

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Informe sobre el Expediente de Relevancia Jurídica No. 003-2005/CLC, E-1505: procedimiento administrativo sancionador contra CONSETTUR Machupicchu S.A. iniciado de oficio en mérito de la denuncia presentada por la Asociación de Agencias de Turismo de Cusco por la presunta conducta de abuso de posición de dominio.

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

Natalia Martinez Rosado

REVISOR:

Ramón Alberto Huapaya Tapia

Lima, 2023



PUCP

Sistema
de Bibliotecas

INFORME DE SIMILITUD

Yo **Ramon Alberto Huapaya Tapia**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

Informe sobre el Expediente de Relevancia Jurídica No. 003-2005/CLC, E-1505: procedimiento administrativo sancionador contra CONSETTUR Machupicchu S.A. iniciado de oficio en mérito de la denuncia presentada por la Asociación de Agencias de Turismo de Cusco por la presunta conducta de abuso de posición de dominio.

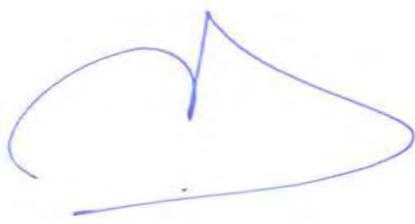
del/de la autor(a)/ de los(as) autores(as)

Natalia Martinez Rosado

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **32%**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **11/09/2023**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 7 de febrero de 2023**

Apellidos y nombres del asesor: Huapaya Tapia, Ramon Alberto	
DNI: 40086784	
ORCID https://orcid.org/0000-0003-2975-6891	
Firma	

RESUMEN

En el presente informe de relevancia jurídica se analiza el procedimiento administrativo sancionador iniciado en 2005 por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI contra el Consorcio de Servicio de Transporte Turístico Machu Picchu S.A.C. en mérito de la denuncia presentada por la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco por presuntamente haber incurrido en una conducta de abuso de posición de dominio en la modalidad de precio excesivo y discriminación explotativa.

La denuncia de la AATC estuvo motivada por el incremento en la tarifa de transporte que había comunicado CONSETTUR para el 2005 en su calidad de único operador en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de Machu Picchu en la que prestaba el servicio de transporte terrestre. Específicamente, la AATC denunció el alza en la tarifa de “turista extranjero” que incrementó de \$ 9.00 a \$ 12.00 y señaló que dicho aumento constituía un precio excesivo impuesto por el concesionario.

En el procedimiento sancionador se analiza, principalmente, si la conducta de CONSETTUR se encontraba prohibida bajo el Decreto Legislativo 701 y, por lo tanto, si podía ser sancionada por la autoridad de competencia. Asimismo, en el marco de su competencia, el INDECOPI propuso una abogacía de la competencia con la finalidad de promover la competencia en una futura licitación para la concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de Machu Picchu.

En esa línea, la primera parte del presente informe tiene como finalidad determinar el objeto y alcance de la política de competencia en el país y, sobre ello, si la conducta que se le imputa al concesionario se encuentra tipificada como una modalidad de abuso de posición de dominio y debe ser sancionada por el INDECOPI. Para ello, se analizará el modelo constitucional con especial énfasis en su manifestación económica, así como la legislación en la materia y su compatibilidad con la conducta imputada a CONSETTUR en el presente caso.

En la segunda parte, se determinará si el diseño de la licitación pública convocada por la Municipalidad Distrital de Machu Picchu para la concesión de la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP promovió la competencia entre la inversión privada por operar la ruta con la finalidad de que se elija al mejor postor posible para prestar el servicio de transporte terrestre a favor de los usuarios. Para ello, se analizará los requisitos sobre los que se convocó en concurso público, así como particularidades del mismo que determinaron la elección del postor ganador.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	5
II.	HECHOS RELEVANTES PARA EL ANÁLISIS.....	7
II.I.	ANTECEDES DE LA CONTROVERSIA	
	a. La operación de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP antes de su concesión	8
	b. La licitación pública para la prestación del servicio de transporte en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP y el otorgamiento de la concesión a CONSETTUR.....	11
	c. El incremento y diferenciación del tarifario para la prestación del servicio de transporte a cargo de CONSETTUR en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP.....	20
II.II.	PRINCIPALES ACTUACIONES PROCESALES	21
III.	IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.....	26
IV.	ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS DEL EXPEDIENTE	26
IV.I.	Primer problema: ¿CONSETTUR incurrió en una conducta tipificada en el Decreto Legislativo 701?.....	27
	a. La política de competencia en el Perú: interpretación del régimen constitucional y legal.....	27
	b. El alcance de la política de competencia en el Perú y las conductas sancionables en el Decreto Legislativo 701	45
	c. Análisis de la conducta imputada a CONSETTUR desde la perspectiva del Decreto Legislativo 701.....	58
IV.II.	Segundo problema: ¿Fue adecuada la privatización del servicio de transporte de la ruta en cuestión?.....	62
	a. La prestación del servicio de transporte en la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP.....	62

b.	El diseño de la licitación para la concesión del servicio de transporte en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP: ¿las variables de competencia de la licitación fueron acertadas?	66
c.	La necesidad de una adecuada regulación tarifaria y supervisión de la calidad en la prestación del servicio de transporte	84
V.	CONCLUSIONES GENERALES	88
VI.	BIBLIOGRAFÍA	89



I. INTRODUCCIÓN

1. El presente trabajo académico analiza el procedimiento sancionador tramitado bajo el Expediente No. 003-2005/CLC. En este, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el “INDECOPI”) resolvió la denuncia presentada por la Asociación de Agencias de Turismo de Cusco (en adelante, la “AATC”) contra el Consorcio de Empresas de Transporte Turístico Machupicchu (en adelante, el “Consorcio” o “CONSETTUR”, indistintamente) por la presunta comisión de una conducta de abuso de posición de dominio en la modalidad de precio excesivo y discriminación explotativa. De acuerdo con AATC, esta conducta sería una infracción sancionable por el Decreto Legislativo 701, norma de competencia vigente al momento de la presentación de la denuncia.
2. De acuerdo con la denuncia de la AATC, CONSETTUR se habría valido de su posición monopólica para prestar el servicio de transporte en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP para elevar el precio del pasaje de transporte. En específico, su denuncia hace referencia al aumento del precio en el pasaje del turista extranjero, el que aumentó en un 30% del 2004 al 2005. De acuerdo con lo señalado por la AATC, esto constituiría un “agravio al usuario de transporte”.
3. Siendo ello así, en el marco del procedimiento sancionador, tanto la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la “CLC”) y la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la “SDC”) analizaron el alcance de la política de competencia en el país y si, a partir de ello, la conducta imputada a CONSETTUR constituía un abuso de posición de dominio sancionable bajo el Decreto Legislativo 701.
4. Para ello, el debate giró en torno a la finalidad de la política de competencia en el Perú: si proteger el bienestar del consumidor o el proceso competitivo o, en todo caso, una combinación de lo anterior. Asimismo, la discusión se extendió al cuestionamiento de con qué herramientas cuenta la autoridad de competencia para combatir aquellas prácticas que limitan o distorsionan la competencia. Esto, a su vez, es determinante porque limita el alcance de la actuación de la agencia.
5. Para resolver este problema jurídico (e, indiscutiblemente, de diseño legal) se acudiría a la rama del Derecho de la Competencia, así como a la teoría económica que involucra dicha materia con la finalidad de determinar el alcance de la política de competencia en el país y su ámbito de aplicación.
6. De lo anterior, concluiré que la política de competencia en el Perú ha sido diseñada de tal manera que tiene – y fue siempre así – como objetivo inmediato la protección del proceso competitivo. Siendo ello así, se concluyó que, bajo el Decreto Legislativo 701 y de manera más clara en el Decreto Legislativo 1034, únicamente podría sancionarse una conducta que tenga como efecto dañar el

proceso competitivo; esto es, que se excluya a competidores o se impida su ingreso al mercado, ya sea de manera efectiva o potencial.

7. En tanto la conducta imputable a CONSETTUR tuvo un efecto explotativo sobre los consumidores, esta no resulta sancionable bajo el Decreto Legislativo 701 ni el Decreto Legislativo 1034.
8. Por otro lado, y ante la falta de competencia del INDECOPI para resolver sobre una denuncia de una conducta con efecto explotativo, la agencia de competencia identificó una serie de irregularidades en el marco de la licitación pública para la concesión de la explotación de la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP. Al respecto, INDECOPI concluyó que el diseño de la licitación restringió la competencia por el mercado.
9. En esa línea, a través del presente trabajo, analizaremos los principales aspectos de hecho y legales bajo los que se convocó la licitación pública de la ruta para determinar si es que esto se hizo en condiciones de competencia. Para ello se acudirá, en su mayoría, al Derecho de la Competencia, pero también al Derecho Administrativo en materia de concesiones de obras y servicios públicos.
10. De lo anterior, se concluirá que la licitación pública convocada por la Municipalidad Distrital de Machu Picchu limitó la competencia para acceder a la prestación del servicio de transporte en la ruta, así como desatendió los principios de igualdad, transparencia, probidad y publicidad que deben caracterizar un concurso público, más aun tratándose de un servicio de vital importancia para la comunidad.
11. Como resultado de lo anterior, puede concluirse que la autoridad licitante no eligió al postor mejor calificado para prestar el servicio de transporte en la ruta, lo cual repercute directamente en el bienestar de los usuarios y la comunidad.

II. **HECHOS RELEVANTES PARA EL ANÁLISIS**

12. El presente informe académico trata el procedimiento sancionador en el que se resuelve la controversia iniciada en mérito de la denuncia presentada por la AATC contra CONSETTUR por la presunta comisión de una conducta de abuso de posición de dominio en la modalidad de precio excesivo y discriminación explotativa.
13. AATC presentó la denuncia ante la autoridad de competencia motivada por el aumento en la tarifa para el rubro de turista extranjero, la cual entraría en vigencia a partir del 1 de enero de 2005. La decisión de aumentar la tarifa fue tomada unilateralmente y comunicada por CONSETTUR al público.
14. AATC es una asociación que reúne a distintas agencias de turismo de la ciudad del Cusco dedicadas a la venta de paquetes turísticos a turistas nacionales y extranjeros que buscan conocer los atractivos de dicha ciudad. Para ofrecer los paquetes, estas agencias cotizan, entre otros, el costo del transporte que facilite el acceso a los sitios turísticos, como lo es la ciudadela de Machu Picchu.
15. CONSETTUR es un consorcio de empresas de transporte con participación privada y pública que tiene como finalidad la prestación del servicio de transporte terrestre. En 1995, CONSETTUR se adjudicó la concesión otorgada por la Municipalidad Distrital de Machupicchu para prestar el servicio de transporte en la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP. Actualmente esta empresa mantiene la concesión de dicho servicio.
16. En relación con la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP, esta corresponde al último tramo para acceder al santuario histórico de MP. La primera parte del camino a la ruina consiste en un viaje (usualmente vía tren) desde la ciudad hacia la localidad de Aguas Calientes y, posteriormente se recorre el trayecto hacia la Ciudadela de MP. Este último recorrido es el que corresponde a la ruta en cuestión.
17. Este camino es considerado como uno sumamente saturado debido a que es la única vía de transporte terrestre para llegar hacia el Santuario. Asimismo, presenta limitaciones naturales debido al angosto de la carretera y a su tendencia a la erosión producto del paso de los vehículos, así como la contaminación ambiental que se genera como resultado del transporte. La otra opción para llegar a la Ciudadela de MP es a través de una caminata de varias horas.
18. Siendo la Ciudadela de MP uno de los principales atractivos turísticos en la ciudad, las agencias de turismo toman en cuenta el precio de la tarifa del servicio de transporte que presta CONSETTUR a efectos de cotizar los paquetes que ofrecen a los turistas. En ese sentido, de aumentar la tarifa del pasaje de Aguas Calientes a la Ciudadela de MP, esto repercutiría en el precio de los paquetes que ofrecen las agencias.

19. Es por ello que, luego de que CONSETTUR elevó el precio de la tarifa para el turista extranjero, la ATTC presentó la denuncia ante la CLC señalando que el concesionario había aprovechado su posición monopólica para cobrar precios excesivos, lo cual había perjudicado a los consumidores del servicio de transporte en la ruta.

A continuación, se explican los hechos relevantes que dan contexto al procedimiento sancionador en cuestión.

II.I. ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA

a. La operación de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP antes de la concesión

20. Tal como señalamos antes, la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP es el tramo final de la única ruta vehicular para llegar a las ruinas inca. Dada su importancia para la economía local, antes de que el servicio de transporte fuera concesionado a CONSETTUR, este fue prestado directamente por la empresa pública.
21. La primera empresa en prestar el servicio de transporte turístico en la ruta fue la Empresa Nacional de Turismo del Perú (en adelante, “ENTUR”) en la década de los ochenta. Luego, mediante Decreto Regional No. 001-91-AR/RI, la administración del tramo se otorgó en exclusiva a otra empresa pública, la Empresa Regional de Turismo de la Región Inca S.A. (en adelante, “EMTURIN”) en el marco del proceso de regionalización iniciado en la primera parte de los noventa.
22. Esto cambió nuevamente en 1995 cuando la Municipalidad Distrital de MP constituyó la Empresa Pública de Transporte (en adelante, “EMUTRAN”) con la finalidad de que también preste el servicio de transporte en la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP, a pesar de que esta actividad había sido encargada en exclusiva a EMTURIN.
23. Ante este escenario, el 2 de enero de 1995, EMTURIN y EMUTRAN suscribieron un convenio a través del que integraron su actividad y activos con la finalidad de prestar de manera conjunta el servicio de transporte en la ruta. Así, si bien la ruta se encontraba administrada únicamente por EMTURIN, esta y EMUTRAN se asociaron a manera de consorcio para prestar el servicio de manera exclusiva.
24. Esta situación variaría nuevamente cuando en 1995 se inicia el procedimiento de liquidación de EMTURIN como resultado del proceso de privatización iniciado en la primera parte de la década de los noventa por el nuevo gobierno liberal de Alberto Fujimori.
25. Sin embargo, del proceso la liquidación de EMTURIN es importante señalar que no se consideró la privatización de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas

- Ciudadela de MP (que era un activo de la empresa), por lo que ninguna empresa ni entidad pública contaba con la autorización para la administración y operación de la ruta en cuestión luego de liquidada EMTURIN.
26. En paralelo, y ante un vacío en la administración de la ruta y prestación del servicio de transporte, a través del Acuerdo Municipal No. 02-95-MDM/U, la Municipalidad Distrital de MP dispuso la reorganización del servicio de transporte que se prestaba en su jurisdicción. A través de dicha norma, se dispuso la necesidad de contar con un permiso de operación otorgado por la Municipalidad de MP para prestar el servicio de transporte en la ruta.
 27. En atención a lo anterior, aquellos que decidieran prestar el servicio de transporte en la ruta debían obtener el permiso de la Municipalidad Distrital de MP. Esta situación fue la más cercana a un escenario de competencia en el mercado, ya que la actividad se entregó a privados para que estos presten el servicio.
 28. Sin embargo, la prestación del servicio de transporte en la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP se encontraba limitado por las características de la infraestructura. Esta se caracteriza por tener limitaciones naturales, erosión, contaminación ambiental y otras externalidades negativas.
 29. En ese contexto, la Municipalidad de MP consideró que existían condiciones inherentes a la ruta que dificultaban su acceso libre y, como resultado de ello, surgió la opción de concesionar la operación de la ruta.
 30. Resulta importante contextualizar que en la década de los noventa, inició en el país un proceso de liberalización de las actividades económicas que antes habían sido reservadas al Estado, así como la privatización de la empresa estatal. Esta política tenía como finalidad reducir la presencia de la actividad empresarial del Estado en la economía nacional.
 31. Un mecanismo de entrega a la inversión privada de aquellas actividades que el Estado se había reservado es la concesión administrativa.
 32. Es así que, mediante Decreto de Alcaldía No. 003-95-A-MDM/V del 7 de agosto de 1995 se constituyó formalmente el Comité de Adjudicaciones de la Municipalidad Distrital de MP (en adelante, el “Comité”) con la finalidad de concesionar la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP. El Comité estuvo conformado por los señores Zenon Conza Huamán, Julio Quispe Acurio y Claudio Arredondo Palomino.
 33. Cabe señalar que la Municipalidad Provincial de Urubamba, a través de la Resolución Municipal No. 026-MPU-94-SG, delegó a la Municipalidad Distrital de MP competencia para el control en materia de transporte en su jurisdicción.
 34. Antes de desarrollar el proceso de concesión de la ruta Aguas Calientes - Puente Ruinas – Ciudadela de MP, corresponde puntualizar brevemente sobre

el proceso de privatización y liberalización en el país, en tanto es en este contexto que surge la necesidad de concesionar el servicio de transporte en la ruta. Asimismo, esto resultará útil para entender la transición de la participación de Estado en la economía.

35. La primera norma que se publicó en el marco de este proceso fue el Decreto Supremo No. 0067-91-EF el 26 de marzo de 1991 mediante el que se dejó sin efecto los monopolios legales que habían sido entregados a las empresas públicas para que desarrollen de manera exclusiva y excluyente actividades económicas en distintos mercados de la industria nacional.

36. Con esta norma se dispuso que las empresas privadas y públicas concurren en el mercado en condición de competencia. Con ello, se ponía fin a que las empresas públicas participen en algún mercado de manera exclusiva y excluyente:

“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.”

37. A esta norma le siguió el Decreto Legislativo No. 674 que aprobó la Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas de Estado el 25 de setiembre de 1991 que dispuso la privatización de las empresas públicas:

“Artículo 1.- Declárase de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado.”

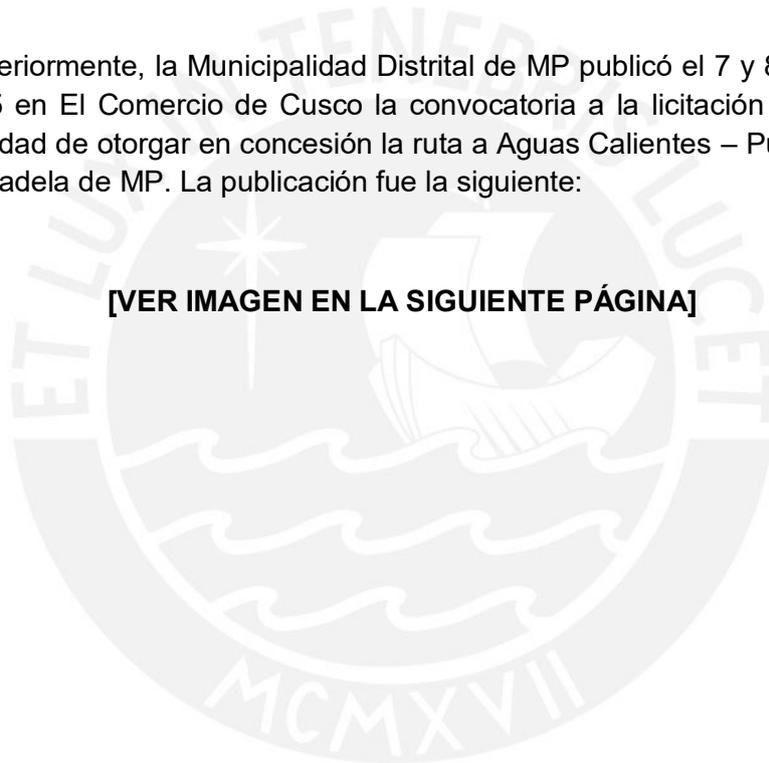
38. En el marco de dicho proceso de privatización es que EMTURIN procedió a liquidarse; sin embargo, como se indicó antes, para dicho proceso no se incluyó la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP, por lo que ninguna entidad ni empresa pública ni privada quedó a cargo de su administración.

39. También se publicó el Decreto Legislativo No. 758 a través del que se Dictan Normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos. A través de esta norma se buscó promover la inversión privada en obras de infraestructura y/o de servicios públicos a través de la figura de la concesión.

40. En relación con la ruta de Aguas Calientes – Ciudadela de MP – Ciudadela de MP, se publicó el Decreto Supremo No. 28-95-ITINCI a través del cual se aprobó que el Fondo de Promoción Turística – FOPTUR sea la entidad encargada de administrar la ruta y, en ese sentido, entregue en concesión el servicio de transporte que se presta en la misma.

41. Sin embargo, dicha norma fue aprobada el 20 de octubre de 1995, luego de que la Municipalidad de MP ya había entregado a CONSETTUR la concesión de la ruta, a pesar de que la competencia sobre la administración de la ruta resultaba ambigua luego de la privatización de EMTURIN.
- b. La licitación pública de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP y su concesión a CONSETTUR**
42. Luego de la privatización de EMTURIN, y ante la necesidad de que exista continuidad en la prestación del servicio de transporte en la ruta, mediante Decreto de Alcaldía No. 003-95-A-MDM/V del 7 de agosto de 1995 se constituyó formalmente el Comité de Adjudicaciones de la Municipalidad Distrital de MP con la finalidad de convocar y licitar la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP.
43. Posteriormente, la Municipalidad Distrital de MP publicó el 7 y 8 de agosto de 1995 en El Comercio de Cusco la convocatoria a la licitación pública con la finalidad de otorgar en concesión la ruta a Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP. La publicación fue la siguiente:

[VER IMAGEN EN LA SIGUIENTE PÁGINA]





44. El marco legal elegido por la Municipalidad de MP para realizar la licitación pública fue el Reglamento Único de Adquisiciones para el suministro de bienes y prestación de servicios no personales para el Sector Público aprobado mediante Decreto Supremo No. 065-85-PCM (en adelante, el “RUA”).
45. La aprobación del RUA tuvo como finalidad unificar los procedimientos en materia de contratación pública para la administración, ya que cada entidad contaba con su propia normativa en relación a adquisiciones.
46. Si bien esta fue la normativa empleada por la Municipalidad de MP para la convocar a licitación pública de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP, en el presente trabajo analizaremos si fue efectivamente la regulación adecuada para concesionar el servicio de transporte en dicha ruta.
47. Ahora, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1.5.1. del RUA, las bases administrativas son el total de condiciones específicas para desarrollar una licitación o un concurso público:

“Artículo 1.5.1.- Las Bases Administrativas contendrán el conjunto de condiciones específicas para celebrar una Licitación o Concurso. Serán formuladas por el Órgano de Abastecimiento y aprobadas con Resolución del Director de Administración, o los que hagan sus veces en la Entidad.

Para los Órganos señalados en los incisos a) y b) del Artículo 1.3.4, el titular de la Entidad delegará la aprobación en un funcionario competente, aplicando las disposiciones vigentes de desconcentración administrativa.”

48. Las bases administrativas de la licitación fueron elaboradas por la Municipalidad de MP y en estas se señalaron los requisitos que debían cumplir los postores para participar, así como las características generales del concurso.
49. Las principales características de la licitación fueron las siguientes:
- (i) La modalidad de adquisición de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP sería la concesión de la ruta por un plazo de dos (2) años; y,
 - (ii) El ganador de la concesión debía asumir el costo de dos mil dólares mensuales (\$ 2.000.00) por administración de la ruta.
50. En las bases de la licitación, la Municipalidad de MP dispuso también los requisitos técnicos mínimos que debían tener las propuestas de los postores para participar en la licitación. Estos requisitos fueron luego empleados por la Municipalidad de MP para determinar la procedencia de las propuestas, como para asignar los puntajes a estas y, en consecuencia, determinar al ganador de la concesión.
51. Los requisitos mínimos que fueron tomados en cuenta por la Municipalidad Distrital de MP en las bases de la licitación de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP fueron los siguientes:
- a) Propiedad de los vehículos para prestar el servicio de transporte turístico:
 - El postor deberá acreditar la propiedad de un mínimo de quince (15) unidades vehiculares. Estos vehículos no podían ser fabricados antes de 1993.
 - Los vehículos debían contar con una capacidad de treinta (30) pasajeros como mínimo y máximo de treinta y cinco (35) pasajeros.
 - Los vehículos debían contar con seguro de vida para cada pasajero que transporte.
 - Los vehículos debían contar con una autorización del Ministerio de Industria y Turismo o acreditar que se encuentra en trámite de obtenerla.

- Los vehículos deben contar con autorización de circulación por parte de la Municipalidad Distrital de MP.
- b) Experiencia en el servicio de transporte turístico:
- El postor debía acreditar experiencia en el servicio de transporte turístico de pasajeros.
- c) Carta fianza otorgada por el postor:
- El postor otorgará una carta fianza a favor de la Municipalidad de MP que cubra el valor de la concesión anual.
- d) Maestranza:
- El postor debía contar con una maestranza en el distrito de MP para la reparación y el mantenimiento de los vehículos.
- e) Propuesta económica:
- El precio mensual de la concesión era de dos mil (2.000.000) dólares mensuales y, en tanto el plazo de la concesión era de dos (2) años, el costo total de la concesión ascendía a veinticuatro mil (24.000.000) dólares por año.

52. Adicionalmente, se señaló que el ganador de la licitación se obligaba a no variar de manera unilateral las tarifas que se cobren para acceder al servicio de transporte, sino que estas únicamente podrían ser modificadas por la Municipalidad de MP en coordinación con las instituciones correspondientes:

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.

53. En las bases se indica que el contenido de estas formará parte integrante del contrato de concesión, así como otros documentos de la licitación:

VII.- DEL CONTRATO.

a).- El postor favorecido con la Buena Fe, quedará obligado a suscribir el contrato respectivo dentro de los 05 días útiles de haber recibido la comunicación, de no hacerlo perderá su derecho.

b).- El postor que pierda su opción quedará fuera de la licitación, quedando expedito al segundo postor para suscribir el contrato respectivo.

c).- Formará parte integrante del contrato, las presentes bases y demás documentos de la licitación.

54. Las bases no especifican los criterios que se tendrán en cuenta como factor de competencia para determinar al ganador ni la metodología de evaluación. Esta información fue conocida el mismo día de la apertura de los sobres el 31 de agosto de 1995, luego de que los postores participantes de la licitación hayan presentado su oferta a la Municipalidad de MP el 28 de agosto de 1995.
55. El relación con el criterio otorgamiento de la buena pro, lo único que señala el documento de las bases es que la adjudicación de la concesión será asignada al postor que presente “*la propuesta más conveniente a los intereses de la Municipalidad y al mejor servicio de transporte Turístico de Pasajeros*”:

VI.- DEL OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO.

a).- La Municipalidad en vista del dictamen e informes respectivos elaborados por la Comisión Calificadora, previamente designada, expedirá Resolución de Adjudicación de la Buena Pro al postor que hubiere presentado la propuesta más conveniente a los intereses de la Municipalidad, y al mejor servicio de transporte Turístico de Pasajeros.

56. Ahora, corresponde detallar el proceso de selección y la designación de CONSETTUR como ganador de mismo.
57. De acuerdo con el Acta de Recepción de Sobres del 28 de agosto de 1995, se conoce que se presentaron cuatro postores: (i) Perú Hotel S.A.; (ii) Yuri Baca Sánchez ; (iii) CONSETTUR; (iv) Camena Cusco S.A.; sin embargo el señor Yuri Baca Sánchez y Camena Cusco S.A. fueron descalificados por no cumplir con los requerimientos señalados en las bases¹.
58. El detalle de la asignación del puntaje se reveló recién en el Acta de Evaluación de Propuestas del 31 de agosto de 1995. Hasta ese momento, y habiendo presentado las propuestas, los postores no conocían cómo serían calificados (p.e. el puntaje que se le asignaría a cada criterio o requisito en las bases).
59. De acuerdo con el Acta de Evaluación de Propuestas, el detalle del puntaje para cada requisito, así como las particularidades que se fijó para cada uno, fue el siguiente:

Requisito	Detalle
Propiedad de vehículos	15 puntos por vehículo comprado. 5 puntos por vehículo en compromiso
Póliza de seguros	100 puntos por seguro contratado. 50 puntos para contrato en trámite. 10 puntos por seguro cotizado.

¹ De acuerdo con lo señalado en el Acta de Apertura de Sobres del 31 de agosto de 1995, la propuesta de Yuri Baca fue desestimada ya que no contaba con los requisitos de declaración jurada, la carta fianza, entre otros. Sobre la propuesta de Camena Cusco S.A. no se detallan qué requisitos no habría cumplido y se limita a indicar que ha sido observada por el Comité debido a que no está completa.

Autorización del Ministerio de Industria y Turismo	100 puntos si cuenta con autorización. 50 puntos en trámite.
Autorización de Circulación por Municipalidad	100 puntos si cuenta con autorización. 50 puntos en trámite.
Experiencia en el servicio	100 puntos si es servicio de transporte turístico 50 puntos si es servicio de transporte. 20 puntos si es servicio turístico en general.
Carta fianza	100 puntos por dos años 50 puntos por un año
Maestranza	100 puntos por maestranza acreditada 25 por maestranza en trámite
Propuesta Económica	1 punto por cada mil dólares

60. Las propuestas de CONSETTUR y Perú Hotel se calificaron de acuerdo con el siguiente detalle y en atención a las siguientes observaciones:

CONSETTUR		
Requisito	Comentario Comité (detalle)	Puntaje
Propiedad de vehículos	16 vehículos en propiedad	240 puntos
Póliza de seguros	Contratado	100 puntos
Autorización del Ministerio de Industria y Turismo	En trámite	50 puntos
Autorización de Circulación por Municipalidad de MP	Cuenta con autorización	100 puntos
Experiencia en el servicio	Servicio de transporte turístico	100 puntos
Carta fianza	Validez por dos años	100 puntos
Maestranza	Acreditada	100 puntos
Propuesta económica	Propuso \$ 72,000.00	72 puntos
Total		862 puntos

Hotel Perú		
Requisito	Comentario Comité (detalle)	Puntaje
Propiedad de vehículos	20 vehículos con compromiso de venta	100 puntos

Póliza de seguros	Presentó cotización	10 puntos
Autorización del Ministerio de Industria y Turismo	En trámite	50 puntos
Autorización de Circulación por Municipalidad de MP	En trámite	50 puntos
Experiencia en el servicio	Servicio turístico en general	20 puntos
Carta fianza	Validez por un año	50 puntos
Maestranza	En trámite	25 puntos
Propuesta económica	Propuso \$ 100,000.00	100 puntos
Total		405 puntos

61. Se determinó que el ganador de la licitación fue CONSETTUR por haber obtenido 872 puntos; mientras que Perú Hotel obtuvo en total de 405 puntos.
62. Posteriormente, mediante Dictamen No. 01-95-CA-MDM (en adelante, el “Dictamen 01-95”) del 31 de agosto de 1995, el Comité de Adjudicaciones presentó los resultados de la licitación en la que declaraban como ganador a CONSETTUR.
63. Mediante Resolución de Alcaldía No. 025-95-A-MDM-U del 1 de setiembre de 1995 se aprobó el Dictamen 01-95 y otorgó definitivamente la buena pro a CONSETTUR.
64. En atención a lo anterior, por medio del Acta de Entrega de fecha 11 de setiembre de 1995, el alcalde de la Municipalidad Distrital de MP, Guillermo Cusi Untama, entregó a CONSETTUR la administración de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP por el plazo de dos (2) años:

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.

65. Asimismo la empresa se comprometió a cumplir con todas las estipulaciones que contienen las Bases y el contrato de concesión de la ruta:

TERCERO.- La empresa concesionaria de la ruta a través de su Gerente don Segundo Humpire Huallpa, expresa su agradecimiento ante el Municipio de Machupicchu y el Comité de adjudicaciones, y a su vez se compromete a dar cumplimiento a todas las estipulaciones que contienen las bases de licitación pública y el contrato de concesión de ruta que forman parte de todo el expediente administrativo,

66. Cabe señalar que no existe documentación del primer contrato de concesión del 4 de setiembre de 1995 suscrito entre la Municipalidad Distrital de MP y CONSETTUR. Es a través de este que se estableció la vigencia de la concesión por un plazo de dos (2) años.
67. Posteriormente, el 28 de agosto de 1997 se suscribió el Contrato Modificatorio al Contrato Primigenio entre la Municipalidad Distrital y CONSETTUR con la finalidad de adaptar la relación contractual a lo dispuesto en el Decreto Supremo No. 012-95-MTC (en adelante, el “DS 012”) que aprueba el Reglamento Nacional del Servicio Público de Transporte Urbano e Interurbano de Pasajeros. Es así que se “adapta” el primer contrato de concesión al nuevo plazo de diez (10) años; es decir, hasta el 6 de setiembre de 2005.
68. Esta “regularización” del plazo del DS 012 se sustentó en una solicitud de CONSETTUR e la Municipalidad Distrital de MP del 23 de mayo de 1997. Si bien esta solicitud no fue en principio atendida por la entidad y operó el silencio administrativo negativo, CONSETTUR presentó un recurso de apelación del 7 de julio de 1997, el cual fue atendido por la Municipalidad de MP.
69. Así, por Acuerdo de Consejo Municipal No. 018/97-CMD del 24 de agosto de 1997, la Municipalidad de MP resolvió declarar fundada la apelación y se concedió el plazo de la concesión de acuerdo con lo solicitado hasta el 6 de setiembre de 2005.
70. Luego se suscribió un Contrato de Uso de Vía a manera de contrato de concesión entre la Municipalidad Distrital de MP y CONSETTUR por un plazo de veinte (20) años, hasta marzo de 2023. Para la suscripción de este nuevo contrato no se convocó a una nueva licitación pública.
71. Este contrato fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional el 4 de mayo de 2004, ya que la Municipalidad Distrital de MP no habría contado con la competencia para otorgar la concesión de la ruta, la cual le pertenecía originalmente a la Municipalidad Provincial de Urubamba.
72. Actualmente, CONSETTUR mantiene la operación de la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP en atención al Contrato de Concesión de Ruta que se habría sido suscrito entre la Municipalidad Distrital de MP y dicha por un plazo de treinta (30) años; es decir, hasta el 2025. El plazo de dicho contrato se sostendría en el plazo máximo regulado en la Ley Orgánica de Municipalidades vigente para 1995.
73. Existen distintos cuestionamientos en sede administrativa y judicial sobre la validez del Contrato de Concesión de Ruta, ya que no coincide con la información enviada por las autoridades ni CONSETTUR al INDECOPI; sin embargo, al no haberse declarado su nulidad, este sigue vigente y justifica la operación de CONSETTUR en la ruta hasta el momento.

74. Finalmente, es importante considerar que CONSETTUR es una empresa conformada por empresas locales de transporte, siendo una de ellas la empresa municipal de transporte EMUTRAN.
75. La conformación de CONSETTUR era la siguiente al momento de licitación de la ruta:

Empresa	Participación
Empresa Municipal de Transporte Turístico Machupicchu S.A. ("TRAMUSA")	38.24%
Empresa de Transportes Turístico Wayna Picchu S.A	38.25%
Empresa de Transportes Turísticos Pachacútec S.R.L.	22.97 %

76. A través del estatuto de CONSETTUR del 7 de agosto de 1995, adjunto a la escritura pública de consorcio, se señaló que su directorio estaba conformado de la siguiente manera²:

Cargo	Persona
Presidente	Raúl Sánchez Soto
Vicepresidente	Julián Quispe Anohaya
Director	Emiliano Ojeda Vargas
Director	Emilio Callañaupa Pezo
Director	Sixto Miranda Quispe

77. Con relación a EMUTRAN (TRAMUSA), la dirección de esta empresa pública se encontraba conformada por el alcalde y regidores de la Municipalidad Distrital de MP³ de acuerdo con el siguiente detalle:

Cargo	Persona
Presidente de la Junta	Guillermo Cusi Untama
Presidente del Directorio	Raúl Sánchez Soto
Directorio	Bernardino Mamani Candía
Directorio	Julio Quispe Acurio
Directorio	Emilio Callañaupa Pezo

78. Esta información resulta relevante para el presente análisis, ya que EMUTRAN participaba como operador de la ruta indirectamente a través de CONSETTUR, siendo que al mismo tiempo se encontraba dirigida por funcionarios públicos de la entidad licitante.

² Acta de Constitución de CONSETTUR.

³ Informe No. 012-2001-INDECOPI/CLC del 12 de diciembre de 2001.

79. Finalmente, el alcalde y regidores de la Municipalidad de MP en el periodo de 1993 – 1995 fueron los siguientes:

Cargo	Persona
Alcalde	Guillermo Cusi Untama
Regidores municipales	Raúl Sánchez Soto
	Julio Quispe Acurio
	Bernardino Mamani Candía
	Emilio Callañaupa Pezo
	Guzmán Solís Condori

80. Hasta este punto, hemos repasado los principales hechos que se enmarcan en el proceso de licitación de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP y la designación de CONSETTUR como operador de esta. Estos hechos son relevantes a efectos de analizar la legalidad y pertinencia de la actuación de la Municipalidad Distrital de MP en la entrega de la ruta a CONSETTUR para su explotación.

c. El alza y diferenciación del tarifario de CONSETTUR para la prestación del servicio de transporte turístico en la ruta

81. Para la prestación del servicio de transporte en la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP, CONSETTUR cuenta con un tarifario diferenciado. Los criterios para diferenciar el precio de la tarifa para cada público son, por ejemplo, el origen del pasajero, el tramo recorrido, entre otros.
82. De la revisión de las bases de la licitación, el precio de la tarifa no fue un factor de competencia a considerar para el otorgamiento de la buena pro. Lo único que se especificó respecto de esta es que la tarifa que debía cobrar el concesionario de la ruta sería impuesta por la Municipalidad de MP y únicamente podía ser modificada por dicha entidad.
83. Ahora, contrario a lo dispuesto en las bases, el tarifario para la prestación del servicio fue modificado dos veces desde la entrega de la concesión en 1995 hasta el 2005, año en que se presentó la denuncia.
84. A continuación se puede apreciar la evolución de las tarifas en el tiempo, siendo algunas disminuciones y otros significativos aumentos:

[VER IMAGEN EN LA SIGUIENTE PÁGINA]

MODIFICACION HISTORICA DE LAS TARIFAS

TARIFAS	DE ABRIL DE 1998 A 29 DE NOV. DE 1999	DEL 29 DE NOV. 1999 AL 31 DE DIC. DE 2004	DESDE EL 1 DE ENERO DEL 2005
ADULTOS S/B	\$ 6.00	\$ 9.00	\$ 12.00
ADULT.PERUAN. S/B			\$ 9.00
ADULTO ONE WAY	\$ 3.00	\$ 4.50	\$ 6.00
ADULT.PERUAN. S/B			\$ 4.50
GUIA S/B	\$ 5.00	\$ 7.50	\$ 5.00
GUIA ONE WAY	\$ 2.50	\$ 3.75	\$ 2.50
ESTUDIANTE S/B	\$ 4.00	\$ 6.00	\$ 6.00
ESTUDIANTE ONE WAY	\$ 2.00	\$ 3.00	\$ 3.00
NIÑO S/B	\$ 3.00	\$ 4.50	\$ 6.00
NIÑO PERUANO S/B			\$ 4.50
NIÑO ONE WAY	\$ 1.50	\$ 2.25	\$ 3.00
NIÑO PERUANO S/B			\$ 2.25
GUIA RESIDENTE S/B		9.00	10.00
GUIA RESIDENTE O/W		4.50	
GUIA CAMINO INCA		5.00	
RESIDENTE CUSCO S/B		10.00	15.00
RES.DENTE MACHU PICCHU S/B		S/. 2.00 / S/.6.00	6.00
ESTUDIANTE CEATEC S/B	10.00	10.00	10.00
EXPRESO IMPERIAL	6.00		10.00
SERVICIO CLASE A	216.00	324.00	432.00
SERVICIO CLASE A1	432.00	648.00	864.00

85. Luego de presentada la denuncia por AATC, CONSETTUR volvió a variar su tarifario en distintas oportunidades.

II.I. PRINCIPALES ACTUACIONES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

- **Denuncia interpuesta por AATC contra CONSETTUR del 14 de abril de 2005**

86. La conducta denunciada fue el presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación explotativa y precios excesivos en perjuicio de los usuarios del servicio de transporte terrestre de la ruta Aguas Calientes - Puente Ruinas – Ciudadela de MP que se encontraba bajo la operación de la empresa de transportes CONSETTUR desde 1995 como resultado de una concesión entregada por la Municipalidad Distrital de MP.

87. De acuerdo con AATC, debido a la posición monopólica que ostenta en el mercado CONSETTUR, la empresa habría impuesto precios excesivos al servicio de transporte que presta. Ante la ausencia de competencia efectiva o potencial, el precio de la tarifa que cobra CONSETTUR constituiría la más cara en el mercado de transporte en el país por kilómetro recorrido.
88. Las tarifas de cobra CONSETTUR, a pesar de enmarcarse en un mercado monopólico, no están sujetas a regulación.
89. El servicio de transporte por la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP sería el único medio turístico para llegar a las ruinas inca, ya que la otra opción es realizar el viaje a pie por el tramo de 18 kilómetros. Asimismo, se ha descartado la viabilidad del teleférico para llegar hacia Machupicchu.
90. El INDECOPI ya ha señalado en la Resolución No. 0225-2004/TDC- INDECOPI que las prácticas explotativas son aquellas que representan el *ejercicio directo* de la posición de dominio en el mercado y que se manifiesta, principalmente, a través de la elevación de precios por encima del precio de mercado. El efecto de este tipo de conductas no es excluir a un competidor, sino de perjudicar directamente al consumidor a través de la reducción de su excedente.
91. En ese sentido, la conducta de CONSETTUR constituye una conducta tipificada en el literal “f” del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 y, por lo tanto, debe ser prohibida y sancionada por las normas de libre competencia.
- **Resolución No. 025-INDECOPI/CLC del 16 de mayo de 2005 (en adelante, la “Resolución 025”)**
92. A través de la Resolución 025, la CLC admitió a trámite la denuncia presentada por AATC en contra de CONSETTUR por la presunta comisión de una conducta de abuso de posición de dominio de carácter explotativo en la modalidad de fijación de precio excesivo y discriminación de precio en perjuicio de los consumidores del servicio de transporte terrestre de pasajeros en la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP.
93. La admisión a trámite de la denuncia presentada por AATC se fundamentó principalmente en el antecedente de la Resolución No. 0225-2004/TDC- INDECOPI (en adelante, la “Resolución 225”) a través del que el Tribunal de Defensa de la Competencia admitió a trámite una denuncia de abuso de posición de dominio de efecto explotativo.
- **Descargos de CONSETTUR del 8 de junio de 2005**
94. La discriminación de precios en las tarifas de transporte terrestre responde a distintos criterios sin que ello se traduzca a una práctica explotativa.

95. La diferenciación de precios ha sido implementada en orden de alcanzar objetivos económicos y sociales en el servicio. Respecto del objetivo económico, esta práctica promueve la igualdad de acceso, ya que la tarifa funciona como una compensación a favor de aquellos grupos que no se encontraban en la capacidad de pagar el precio del transporte.
 96. Por otro lado, respecto del objetivo social, la diferenciación del precio responde a la idea de que los residentes deberían tener acceso a los sitios turísticos más cercanos a su comunidad.
 97. CONSETTUR reconoce que es función de la Municipalidad de MP la regulación tarifaria del servicio; sin embargo, INDECOPI no habría tomado en cuenta este aspecto.
 98. Asimismo, señala que CONSETTUR asume distintos gastos como son el mantenimiento de vías, formulación de proyectos de mejoramiento y aporte por derecho de concesión, por lo que no es comparable el precio del servicio que presta con otros en el país.
- **Informe Técnico No. 053-2007-INDECOPI/ST-CLC del 27 de julio de 2007**
99. Para que Indecopi ejerza su potestad sancionadora, esta debe estar acorde con las exigencias del principio de legalidad y tipicidad.
 100. De una interpretación sistemática de la política de competencia, las modalidades de abuso de posición de dominio deben necesariamente producir un efecto excluyente de competidores o impedir su acceso al mercado. Por lo tanto, las conductas explotativas no se encuentran tipificadas en la norma de competencia.
 101. Lo dispuesto en la Resolución No. 0225 no se encuentra acorde con los principios de tipicidad y legalidad, así como podría contravenir el Decreto Legislativo No. 757 que prohíbe la fijación administrativa de precios. Además, dicha decisión no es un precedente vinculante y, por lo tanto, su observancia no es obligatoria.
 102. Por lo anterior, la CLC no es competente de sancionar conductas con efecto explotativo, y, en consecuencia, se debe declarar improcedente la denuncia impuesta por la AATC por el presunto abuso de posición de dominio por la imposición de un precio excesivo y discriminación explotativa.
 103. Finalmente, recomienda la aprobación de una abogacía de la competencia con la finalidad de que se promueva la competencia por el mercado, específicamente respecto de la necesidad de un adecuado diseño de una nueva licitación pública para concesionar la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas- Ciudadela de MP.

104. Entre las principales recomendaciones que propone la Secretaría Técnica de la CLC se encuentra una adecuada fijación de las variables de competencia, así como de los criterios técnicos de acuerdo con las necesidades del servicio y de la entidad concedente.
- **Resolución No. 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de setiembre de 2007 (en adelante, la “Resolución No. 052”)**
105. La política de competencia en el Perú tiene como finalidad proteger el proceso competitivo y sancionar las prácticas que lo afectan; es decir, aquellas que excluyen competidores o que impiden su acceso al mercado. Estas son las conductas con efecto exclusorio.
106. En tanto la conducta que se le ha imputado ha CONSETTUR a través de la Resolución 025 es de abuso de posición de dominio en la modalidad de precios y discriminación explotativa, no corresponde que estos sean prohibidos ni sancionados por el INDECOPI, ya que no tiene un efecto exclusorio en el mercado.
107. Por lo tanto, se declara improcedente la denuncia impuesta por AATC debido a que la CLC no es competente de sancionar conductas con efecto explotativo.
108. Asimismo, señala que se deben dejar de lado los criterios considerados en la Resolución 0225 al ser contrarios a la política de competencia. Siendo que este no es un precedente vinculante, la autoridad puede apartarse de dicha decisión.
109. Finalmente, acata la recomendación de la Secretaría Técnica y señala que un nuevo proceso de licitación de la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP debe promover la competencia por operar en dicho mercado. Para ello, recomienda implementar en un posible nuevo proceso de licitación lo siguiente: (i) adecuado factor de competencia, así como el establecimiento de estándares de calidad; (ii) transparencia en las distintas fases del concurso; (iii) un sistema de ajuste de tarifas; (iv) un adecuado mecanismo de supervisión de la concesión, entre otros.
- **Recurso de Apelación interpuesto por AATC contra la Resolución 052 del 19 de octubre de 2007**
110. La Constitución Política del Perú (en adelante, la “CPP”) de 1993 establece que se debe combatir toda práctica monopólica, por lo que la interpretación de la CLC a través de la Resolución 052 es incompatible con el precepto constitucional.
111. El Estado tiene un deber de protección que incide no solo en el proceso competitivo, sino que también sobre la libre competencia y los consumidores.
112. En ese sentido, se debe seguir el criterio de la Resolución 225 que señala que serán sancionadas todas las conductas que atenten contra la competencia en

tanto generen perjuicios a nivel nacional, sin distinguir si se trata de conductas con efecto excluyente o explotativo.

113. La intervención de INDECOPI mediante la sanción de precios excesivos es distinta de la regulación, la cual implica la fijación de precios.

• **Resolución No. 0027-2008/SC1-INDECOPI del 16 de octubre de 2008**

114. A través de la Resolución 0027 se confirmó la Resolución 052 en el extremo que declaró improcedente la denuncia interpuesta por AATC.

115. La finalidad de la política de competencia a luces del Decreto Legislativo 701 es la protección de la promoción del proceso competitivo como generador de la eficiencia económica. En ese sentido, únicamente son sancionables aquellas conductas que afecten el proceso competitivo.

116. Las conductas explotativas no tienen un efecto sobre la competencia, sino que inciden directamente sobre los consumidores. Por otro lado, el abuso de posición de dominio de efecto excluyente afecta directamente la dinámica de competencia. Las conductas sancionables bajo el Decreto Legislativo 701 son únicamente las que tienen efecto excluyente, descartándose las de abuso explotativo.

117. Las conductas de efecto equivalente a las que se refiere el literal "f" del artículo 5 del Decreto Legislativo son de efecto excluyente, por lo que una conducta de efecto explotativo no se encuentra tipificada en el Decreto Legislativo 701.

118. La prohibición de fijar precios administrativamente dispuesta por el Decreto Legislativo 757 alcanza al INDECOPI, ya que esta es una agencia de competencia, siendo que la fijación de precios es propia de la regulación económica.

119. La CLC consideró que la norma aplicable para resolver la denuncia era el Decreto Legislativo 1034 recientemente aprobado en atención al principio de retroactividad benigna. Mientras que en el Decreto Legislativo 701 da pie a una interpretación sobre el alcance de la política de competencia, el Decreto Legislativo 1034 señala expresamente que la finalidad de la política de competencia recae sobre la promoción de la eficiencia económica.

120. Finalmente, la Sala de Defensa de la Competencia confirmó la abogacía de la competencia dictada por la CLC. En esta dispuso que la concesión de la ruta es la que ha dado paso al incremento tarifario y que ello no encuentra solución a través de la fijación tarifaria por la autoridad de competencia, al tratarse de una falla generada por un mercado monopólico.

121. Asimismo, se adhiere al pliego de recomendaciones que la CLC planteó en la Resolución 052.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

122. El caso analizado en el presente expediente es complejo, por lo que es posible identificar distintos problemas jurídicos. Sin embargo, el presente trabajo abordará aquellos problemas jurídicos que tienen mayor relevancia y se encuentran directamente relacionados con el Derecho de la Competencia y Derecho Administrado, específicamente en lo relacionado a la concesión de servicios y obras públicas.

123. En ese sentido, los problemas jurídicos que se analizarán y sobre los que se tomará una posición son los siguientes:

- El primer problema da cuenta de la principal controversia del procedimiento sancionador y busca responder si la autoridad de competencia puede conocer una conducta como la imputada a CONSETTUR (precios excesivos y discriminación explotativa) y, en consecuencia, si es que puede iniciar un procedimiento sancionador contra esta empresa.

Siendo ello así, la discusión principal se centra en interpretar el modelo económico constitucional con la finalidad de determinar si la política de competencia cuenta con las herramientas jurídicas para sancionar la conducta imputada a CONSETTUR.

Para ello se recurrirá principalmente al Derecho de Competencia y a la teoría de la regulación económica.

- El segundo problema está vinculado de manera directa a la licitación pública convocada por la Municipalidad de MP para concesionar la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP, específicamente a si esta se realizó de acuerdo con la regulación y los principios en la materia. Ello con la finalidad de que se elija al postor que procure el mejor servicio para el usuario.

Para ello, se recurrirá principalmente al Derecho Administrativo, especialmente en lo relacionado a concesiones de servicios y obras públicas.

124. En el siguiente apartado analizaré y tomaré posición respecto de cada uno de los problemas jurídicos planteados.

IV. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

IV.I. ¿CONSETTUR INCURRIÓ EN UNA CONDUCTA TIPIFICADA BAJO EL DECRETO LEGISLATIVO 701?

125. Con la finalidad de determinar si la conducta de CONSETTUR constituye una infracción sancionada por el Decreto Legislativo 701⁴, corresponde revisar el modelo constitucional económico, en tanto este orienta la política de competencia en el país, así como el marco legal de esta con la finalidad de tener claridad sobre las herramientas con las que cuenta la política de competencia para corregir y sancionar aquellas conductas que podrían resultar contrarias al dinamismo natural del mercado.

126. Asimismo, nos permitirá conocer y comprender los alcances de la política de competencia en el Perú y sus limitaciones para determinar si la conducta denunciada contra CONSETTUR se encuentra tipificada en el Decreto Legislativo 701 y, en consecuencia, si resulta sancionable bajo esta normativa.

a. La política de libre competencia en el Perú: interpretación del régimen económico constitucional y el marco legal aplicable

• El modelo de economía social de mercado: la importancia del sistema de precios

127. El primer alcance del modelo económico peruano como lo conocemos hoy se remonta a la CPP de 1979⁵ en la que se introdujo el término de Economía Social de Mercado. Este se mantuvo en la CPP de 1993 de la siguiente manera:

“Artículo 58.- Economía Social de Mercado

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

128. De acuerdo con Kresalja y Ochoa, el modelo de economía social de mercado encuentra su fundamento en el liberalismo económico; sin embargo, se distingue de este en que la economía social de mercado reconoce la necesidad del Estado como un organizador del mercado a través de la regulación:

“[...] se basa en dos principios del liberalismo económico: el individualismo que postula la libertad del hombre y comprende el derecho de disponer libremente de su propiedad, y el principio de que la competencia económica es una vía adecuada para lograr el desarrollo. Se diferencia de ese liberalismo porque el mercado está

⁴ El Decreto Legislativo No. 701 – ***Eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia*** – se publicó el 7 de noviembre de 1991 y estuvo vigente hasta el 25 de junio de 2008, fecha en la que entró en vigencia el Decreto Legislativo No. 1034 actual norma de competencia que se mantiene vigente hasta el momento.

⁵ En la CPP de 1979 se introdujo la Economía Social de Mercado de la siguiente manera: ***“Artículo 115.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social.”***

organizado de manera consiente bajo un sistema de reglas o instituciones. [subrayado agregado] (2019, p. 58).

129. Por otro lado, tanto el liberalismo como la economía social de mercado reconocen que la libertad del hombre rige las decisiones de mercado. Siendo ello así, nuestro modelo económico se fundamenta en el ejercicio de la libertad de empresa y de propiedad; es decir, de cada individuo para disponer sobre su patrimonio.
130. En este escenario, prima la iniciativa privada, la cual se manifiesta a través de la distribución de los bienes y servicios en torno a la ley de oferta y demanda. Esta dinámica justifica el principio de la libre disposición de la propiedad privada como presupuesto para el intercambio de bienes y servicios.
131. Ahora, en el modelo de economía social de mercado, los intercambios económicos se ejecutan en esta plataforma que llamamos mercado, en el que interactúan compradores y vendedores de un determinado bien o servicio. Mientras que los primeros determinan la demanda del producto; lo segundos, la oferta (Gregory, 2007, p.47).
132. Así, el mercado constituye el escenario en la que se organiza la actividad económica de la sociedad.
133. A diferencia de una economía planificada, en la que la coordinación de los procesos económicos pertenece a una agencia pública; en una economía de mercado dicha coordinación está a cargo de los individuos privados que participan en el intercambio de bienes y servicios.
134. Los agentes económicos actúan en el mercado orientados por lo que llamaremos “sistema de precios”, el que continuamente traslada información relevante sobre el mercado a sus principales actores: ofertantes y demandantes.
135. De acuerdo con Resico, la organización de una economía de mercado se construye a partir del sistema de precios, el cual facilita el intercambio en el mercado:

“[el sistema de precios] provee una parte importante de la información a los consumidores sobre qué bienes o servicios conviene comprar, mientras que provee a los productores la información sobre qué bienes producir y con qué tecnología. Si un bien se torna más escaso, su precio tenderá a aumentar y, por lo tanto, los consumidores reducirán la cantidad demandada del mismo, mientras que los productores serán incentivados para producirlo en mayores cantidades. Por consiguiente, la economía de mercado es un sistema de coordinación descentralizado de los procesos económicos en el cual los grados de escasez de los diferentes bienes se expresan en precios” (2010, p. 64) [resaltado agregado]

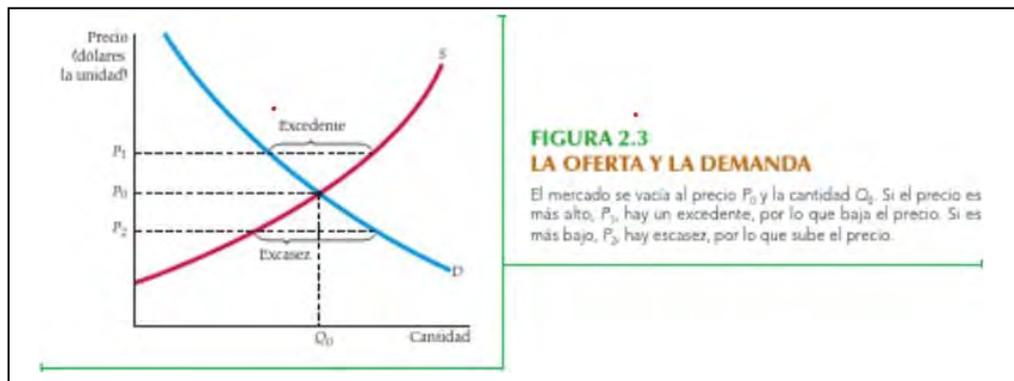
136. En atención a lo anterior, son los indicadores de la oferta y la demanda los que interactúan para el correcto funcionamiento del sistema de precios. Sobre este punto, Gregory señala lo siguiente:

“[...] las economías de mercado toman provecho de las fuerzas de la oferta y la demanda con la finalidad de facilitar la distribución de los recursos en el mercado. Esto es posible porque la oferta y la demanda determinan conjuntamente los precios de los numerosos bienes y servicios de la economía, los cuales son, a su vez, las señales que guían la asignación de recursos” (2007, p.61).

137. Así, en un economía de mercado la asignación de recursos se encuentra justificada por un grupo de productores que se ven incentivados a producir un bien u ofrecer un servicio, lo cual sucede únicamente porque hay un grupo de consumidores que desean dicho bien o servicio que se ofrece en el mercado y que cuentan con la capacidad y disposición de pagar por estos.
138. No debemos dejar de lado que los agentes económicos que interactúan en el mercado son personas que toman decisiones que a gran escala organizan la actividad económica. En el mercado, estas personas asumirán el rol de compradores o vendedores, y la interacción y organización entre estos grupos de agentes económicos se explica bajo los conceptos señalados de demanda y oferta.
139. Esto último es posible solo partiendo de la premisa de que la disposición de la propiedad privada es un requisito fundamental para el funcionamiento de una economía de mercado. Ello es así porque la dinámica de una economía de mercado depende de decisiones humanas en un contexto de intercambio, el cual es posible únicamente si un individuo tiene el poder de disponer de aquello que forme parte de su propiedad; es decir, de aquello que pueda ser objeto de intercambio.
140. Por el lado de los productores (la oferta), el precio refleja el costo de oportunidad de la producción; mientras que por el lado de los compradores (la demanda), el precio expresa la disponibilidad del pago individual y la valuación de los bienes (Resico, 2007, p.78). Es así que el sistema de precios funciona como un indicador para el comportamiento de los agentes que interactúan en el mercado, en tanto los precios determinan quién produce cada bien, así como su precio, calidad y cantidad.
141. Ahora, la ley de la demanda implica que la demanda de un bien o servicio en el mercado tiende a disminuir cuando su precio sube y; por el contrario, cuando el precio disminuye, la demanda tiende a incrementar: la cantidad demandada es inversamente proporcional al precio.

142. Por otro lado, la ley de la oferta implica que, a mayor precio de un bien o servicio, el productor estará incentivado a producir mayor cantidad de este para ofertar en el mercado.
143. Estos conceptos son importantes ya que luego permitirán explicar las implicancias de la intervención estatal en un mercado en competencia.
144. En esa línea, es importante también conocer que un mercado en competencia es aquél en el que vendedores y compradores tienen poco poder de mercado; es decir, que la capacidad individual que tiene para influir un agente económico en el mercado es baja como resultado de la competencia alta en el mismo.
145. Hemos señalado que la interacción entre la oferta y la demanda tiene como finalidad que el mercado se organice a través del sistema de precios. Cuando la curva de la oferta y la curva de la demanda se encuentran, se entiende que el precio y la cantidad están en equilibrio; es decir, que en este punto no hay exceso ni escasez y el precio se encuentra estable (Pindyck y Rubinfeld, 2018, p. 25).
146. Puede suceder que dicho equilibrio cambie por distintos factores; sin embargo, son las mismas fuerzas de la oferta y la demanda las que llevarán a una nueva situación de equilibrio.
147. Esto es así porque, cuando el precio fuera superior al precio en equilibrio, los productores producirán y venderán más que lo que los consumidores están dispuestos a adquirir y entonces se producirá un **excedente** (la cantidad ofrecida es mayor a la demanda), por lo que para lograr el equilibrio, los productores se verán forzados a disminuir el precio, logrando así el precio en equilibrio nuevamente. Este ciclo se repite una y otra vez en el mercado.
148. Por el contrario, cuando el precio de un bien o servicio es menor del precio de equilibrio se producirá una situación de **escasez**. Esta situación encontrará su punto de equilibrio cuando, ante el incremento de la demanda y la menor oferta, los consumidores se disputen el reparto del bien o servicio escaso y ofertado a bajo precio, lo que tendrá como consecuencia que los vendedores aumenten en precio e incrementen su producción. Nuevamente, este ciclo se repite en el mercado.
149. La dinámica anterior grafica el sistema de precios, la cual se puede explicar mejor del siguiente gráfico:

[VER IMAGEN EN LA SIGUIENTE PÁGINA]



Fuente: Pindyck y Rubinfeld, 2018, p 25.

150. De acuerdo con lo anterior, el estímulo principal en una economía de mercado es el **precio**, ya que este factor organiza las decisiones económicas de productores y demandantes. Esto únicamente puede ser posible entendiendo la economía de mercado como la organización que se fundamenta en la libertad del hombre de disponer de su propiedad.
151. En ese sentido, la importancia del sistema de precios en una economía de mercado recae en su funcionalidad como un indicador de escasez o abundancia del bien o servicio para los agentes del mercado; una especie de regulador del mercado.
152. Así, el precio orienta a los consumidores a perseguir un bien o servicio determinado o, en un escenario particular, a un sustituto de dicho bien o servicio; mientras que al productor o inversor le indica la necesidad de introducir oferta al mercado o el exceso de esta. En conclusión el precio es una medida de escasez y orientación en la toma de decisiones en el mercado (Resico, 2007, p. 77).
153. En esa línea, resulta razonable concluir que el sistema de precios es el principal mecanismo de funcionamiento y organización de una economía de mercado. Por lo tanto, la intervención en sistema de precios por parte del Estado es, en principio, incompatible con el orden del modelo constitucional de economía social de mercado.
154. Lo anterior no niega el rol social del Estado en el marco de una economía social de mercado. Así, una economía social de mercado reconoce, e incluso demanda, de la participación del Estado como vigilante, promotor y garante de la economía.
155. De esta manera lo reconoce la CPP de 1993 que señala en su artículo 61 lo siguiente:

“Artículo 61.- Libre competencia

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

156. Con la CPP de 1993, el Estado dejó de asumir un rol de planificador de la economía como lo hacía en la Constitución Política de 1979 y más bien se dirige a una política económica de apertura que implica – necesariamente – reconocer que el mercado se encuentra guiado por la oferta y la demanda; es decir, por el sistema de precios.
157. Así, la intervención del Estado se limita considerablemente en la Constitución Política de 1993, reconociendo su rol subsidiario en la economía y promotor de la libertad privada.
158. Esto se sostiene en el artículo 59 de la CP de 1993 en la que se señala lo siguiente respecto del rol del Estado en la economía:

“Artículo 59.- Rol Económico del Estado

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

159. En el mismo sentido, de acuerdo con la decisión del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 1963-2006-AA, en una economía social de mercado los particulares y el Estado asumen los siguientes roles:

“6. Y es que en una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares. En efecto, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora, en el entendido que, si bien el ejercicio de la libertad de los individuos en el mercado debe ser garantizada plenamente, también es cierto que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y hetero compositiva [...]

160. Al respecto, resulta claro que en el marco del modelo económico peruano, el Estado asume una función subsidiaria. El mercado tiene un mecanismo de auto regulación que hemos denominado sistema de precios; sin embargo, la dimensión social del modelo requiere necesariamente del rol del Estado garante y regulador. Las fuerzas del mercado no son capaces por sí mismas de “arreglar todo”, principalmente porque detrás de estas se encuentra una

decisión humana, y como tal, tiende a estar impulsada por factores como la riqueza y el poder.

161. Esta motivación no es negativa, más bien es el motor de la economía: el sueño de todo empresario es ser un monopolista, captar la preferencia de los consumidores y cobrar un precio de monopolista, para lo cual buscará ofrecer el mejor bien o servicio y ser tan eficiente como pueda. Sin perjuicio de ello, este objetivo puede llevar a que el empresario incurra en prácticas contrarias a la libre competencia. En ese contexto se justifica la regulación de la política de competencia que implica limitar la libertad económica.
 162. Mientras que la economía de mercado implica el ejercicio de las libertades económicas como son el derecho de propiedad, libre iniciativa privada, libertad de empresa, entre otros, el ejercicio de estos derechos constitucionales encuentra su límite en el componente social del modelo económico; el ejercicio de las libertades económicas se realiza en armonía con los fines de un Estado Social y Democrático de Derecho.
 163. La política de no intervención en los precios de un mercado en competencia también fue adoptada en Perú en el marco de un proceso de liberalización de la economía iniciado en la década de los noventa, incluso antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993.
 164. Este proceso se sustentó en el régimen económico de la aún vigente Constitución Política de 1979. Al respecto, es preciso recordar que incluso cuando el principio de competencia no se encontraba expresamente reconocido en el Constitución Política de 1979 (a diferencia de la Constitución Política de 1993), resulta indiscutible que este concepto es inherente a una economía de mercado.
 165. Así, el modelo económico constitucional en ambos textos constitucionales reconoce que la libertad del hombre rige las decisiones de mercado, sin perjuicio de que el Estado oriente su desarrollo (Kresalja y Ochoa, 2019, p.56).
 166. En ese sentido, el capítulo económico de la Constitución de 1979, bajo el que se aprobó el Decreto Legislativo 701, no era incompatible con el ejercicio de las libertades económicas y la competencia como promotora de la economía en el país. Esta idea se impulsó con el proceso de liberalización económica.
- **Prohibición de la fijación administrativa de precios: el Decreto Legislativo 757**
167. El proceso de liberalización de la economía peruana inició con la promulgación de la Ley No. 25327 el 3 de junio de 1991, mediante la que se delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo para normar en torno al crecimiento de la inversión privada en el país:

“Artículo 1.- De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 188 de la Constitución, deléganse en el Poder Ejecutivo facultades legislativas a fin de que, dentro del término de 150 días y mediante Decretos Legislativos, norme las siguientes materias y dentro de las pautas que a continuación se indican:

[...]

3. CRECIMIENTO DE LA INVERSION PRIVADA:

Eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción de bienes y prestación de servicios, permitiendo que la libertad de empresa se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios;

[...]

e) Defender los derechos del consumidor.”

168. Así, con el respaldo de la Ley No. 25327, el Ejecutivo publicó el Decreto Legislativo No. 757 que dictó la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (en adelante, el “Decreto Legislativo 757”) y que tuvo como finalidad “eliminar todas las trabas y distorsiones legales y administrativas que entorpecen el desarrollo de las actividades económicas y restringen la libre iniciativa privada, restando competitividad a las empresas privadas” (Decreto Legislativo 757, 1991).
169. En atención a lo anterior, se dispuso la siguiente política económica a través del Decreto 757:

“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

[...]

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.” [resaltado agregado]

170. En relación con el artículo 2 antes citado, este reconoce el modelo económico constitucional y su relación indisociable con la libre competencia. A pesar de que el principio de libre competencia no se encontraba expreso en la norma constitucional de 1979 (vigente cuando se promulgó el DL 757), este mismo se justifica en el modelo de una economía de mercado.
171. Luego, de acuerdo con el artículo 4 del Decreto Legislativo 757, se reconoce que los precios en la economía son resultado de la oferta y la demanda; es decir, que el sistema de precios es el mecanismo de asignación de recursos de la economía del país. Se desprende del mismo artículo que el sistema de precios es inherente a la política de libre competencia: no puede concebirse la

libre competencia (elemento esencial de una economía de mercado) sin la dinámica de la oferta y la demanda que resulte en la organización del mercado a través del sistema de precios.

172. En conclusión, el DL 757 es claro cuando se refiere a que la libre competencia está orientada por el sistema de precios. Esta es la manera en la que la ley y la norma constitucional entienden la libre competencia: un sistema guiado por el comportamiento en libertad del hombre que interactúa en función a la dinámica de la oferta y la demanda en el mercado.
173. Ahora, el artículo 4 del Decreto Legislativo 757 tiene una dimensión positiva y una negativa.
174. Por un lado, en una **dimensión positiva** señala que los únicos precios que pueden fijarse vía administrativa son los que corresponden a los servicios públicos y en mérito de lo dispuesto por una ley. En ese sentido, el Estado podría fijar el precio de manera excepcional; es decir, cuando se trate de un mercado en el que, por sus características, no exista competencia y una ley disponga la regulación tarifaria del Estado.
175. Esto se justifica; por ejemplo, cuando se trate de un monopolio natural en el que no sea posible la introducción de competencia o, excepcionalmente cuando exista una transición de un mercado monopólico a uno competitivo y en el proceso sea necesario similar condiciones de competencia. Ambos son supuestos en los que no existe una situación de competencia efectiva.
176. Ante este escenario, donde no es posible una asignación eficiente de recursos, corresponde que una agencia regulatoria asigne un precio en equilibrio que maximice el bienestar del consumidor y el bienestar del ofertante (bienestar general). En ese supuesto en el que el mercado no sea competitivo y sea necesaria la aplicación de la regulación tarifaria, no alcanza la política de competencia.
177. La política de competencia se justifica porque existe un proceso competitivo el cual vigila y garantiza; por lo que, en un mercado en el que exista un monopolio natural únicamente será aplicable la regulación económica, ya que no es posible introducir competencia. Esto, a su vez, explica el por qué la prohibición de regular precios en mercados en competencia: porque no es necesario; un mercado en competencia es capaz por sí mismo de establecer los precios de los bienes y servicios que se oferten.
178. Que una agencia de competencia regule precios sería sumamente perjudicial en una economía de mercado, ya que quebrantaría el principal mecanismo de organización del mismo; esto es, el sistema de precios. Con ello se terminaría perjudicando a los consumidores (a quienes inicialmente buscaba ayudar), principalmente por el desincentivo que generaría en las empresas competir en el mercado.

179. En ese sentido, la fijación de precios en un mercado competitivo no solo se encuentra prohibida porque así está señalado en el Decreto Legislativo 757, sino porque es una política regulatoria abiertamente contraria al modelo económico dispuesto en nuestra constitución política vigente y la anterior.
180. Por otro lado, el artículo 4 del Decreto Legislativo 757 asume una **dimensión negativa** porque prohíbe que cualquier otro precio que no sea una tarifa dispuesta por ley pueda ser objeto de fijación administrativa.
181. Tal como señala Mankiw, los precios tienen la misión esencial de equilibrar la oferta y la demanda y, por tanto, coordinar la actividad económica. Al respecto, cuando el Estado a través de una agencia pública interviene en la asignación de precios en un mercado competitivo, ocultan las “señales que guían normalmente la asignación de recursos de la sociedad” (2007, p. 89).
182. En ese sentido, el Decreto Legislativo 757 tiene como finalidad garantizar la libre competencia impidiendo que se distorsione el elemento esencial que organiza su funcionamiento: el sistema de precios.
183. De esta manera, lo dispuesto en los artículos 58, 59 y 61 de la Constitución Política de 1993 se encuentra desarrollado en el Decreto Legislativo 757, en tanto a través de esta norma se concretiza un mandato constitucional expreso pero que a la vez requiere que se llene de contenido a través del desarrollo legal. A través del Decreto Legislativo 757 se esclarece el límite de la participación del Estado en la economía del país.
184. La prohibición de fijación de precios es una manifestación del modelo de economía social de mercado. En ese sentido, el Decreto Legislativo 757 reconoce la importancia del rol del Estado como vigilante y garante de la libre competencia y con ello su renuncia a intervenir en la dinámica de organización de un mercado en competencia, siendo que esto último le compete únicamente a los privados.
185. Esto es así porque cuando el Estado interviene en el mercado a través del control de precios dicho sistema se distorsiona y, por tanto, no se encuentra el equilibrio natural que debería resultar de la dinámica de la competencia. A largo plazo, esto resulta perjudicial a los consumidores tal como se indicó antes.
186. Cuando existe control de precios a través de la fijación de topes máximos, se desincentiva a los ofertantes en el mercado y, en consecuencia, la cantidad ofrecida desciende y la demanda aumenta, resultando en un escenario de escasez. Al no haber un sistema de precios que equilibre y organice el mercado (en competencia), entonces no se encontrará una proporción entre la cantidad y precio, sino un exceso de demanda que no se verá compensada con la cantidad ofertada en el mercado.

- **La política de competencia en el Perú: el Decreto Legislativo 701**

187. Hemos señalado que la competencia económica es principio rector del modelo económico en la Constitución de 1979 y 1993. Así, a pesar de que la Constitución de 1979 no había considerado expresamente la libre competencia en su texto, este principio es inherente al modelo que había adoptado.
188. En el marco del proceso de liberalización y la delegación de poderes del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo a través de la Ley No. 25327, se publicó el Decreto Legislativo No. 701 (en adelante, el “Decreto Legislativo 701”) el 5 de noviembre de 1991, a través del cual se Eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la competencia.
189. Esta fue la primera norma legal en nuestro ordenamiento jurídico que desarrolló el contenido y marco de la competencia económica en el país. El Decreto Legislativo 701 se encontraba vigente en el país cuando AAET presentó la denuncia contra CONSETTUR por abuso de posición de dominio, por lo que corresponde analizar el alcance de esta norma para determinar cuál era su ámbito de aplicación.
190. La Constitución Política de 1993 recoge el rol del Estado respecto de la competencia económica de la siguiente manera:

“Artículo 61.- Libre competencia

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

191. El artículo anterior visibiliza de manera expresa la obligación del Estado de facilitar y vigilar el funcionamiento de la competencia (el cual hemos explicado en el primer punto). Incluso en la segunda parte del mismo artículo se señala cuándo el Estado actúa en protección de la libre competencia: ante la existencia de toda práctica que la limite la competencia y el abuso de posiciones dominantes y monopólicas.
192. Sobre esta última disposición, serán las normas de rango legal las que desarrollen cómo el Estado ejercerá dicho mandato constitucional. Si bien el artículo 61 recoge distintas obligaciones expresas a cargo del Estado respecto a la libre competencia, esto no implica que el Estado tenga una carta libre para conseguir dicho fin.
193. Esta obligación a cargo del Estado tiene como finalidad última crear riqueza y abaratamiento de los bienes y servicios a través de la mayor competencia posible en todos los mercados (Rodríguez, 2021, p. 269). Es por ello que el Estado no solo tiene un rol vigilante en la economía, sino también facilitador; es decir, de generar un ambiente adecuado para su desenvolvimiento.
194. La importancia de que el Estado garantice la libre competencia se encuentra explicada por Hayek de la siguiente manera:

“La competencia, si no se la obstaculiza, tiende a crear una situación en la que, en primer lugar, se producirá todo bien que se desea producir y vender provechosamente a un precio que los consumidores prefieren a otras alternativas disponibles; en segundo lugar, todo bien será producido por individuos que saben producirlo por lo menos tan económicamente como los que no se ponen a producirlo; en tercer lugar, todo se venderá a precios inferiores o a lo sumo iguales a aquellos a los que lo venderían quienes de hecho no se han puesto a venderlo” (Hayek, 2014, p. 411).

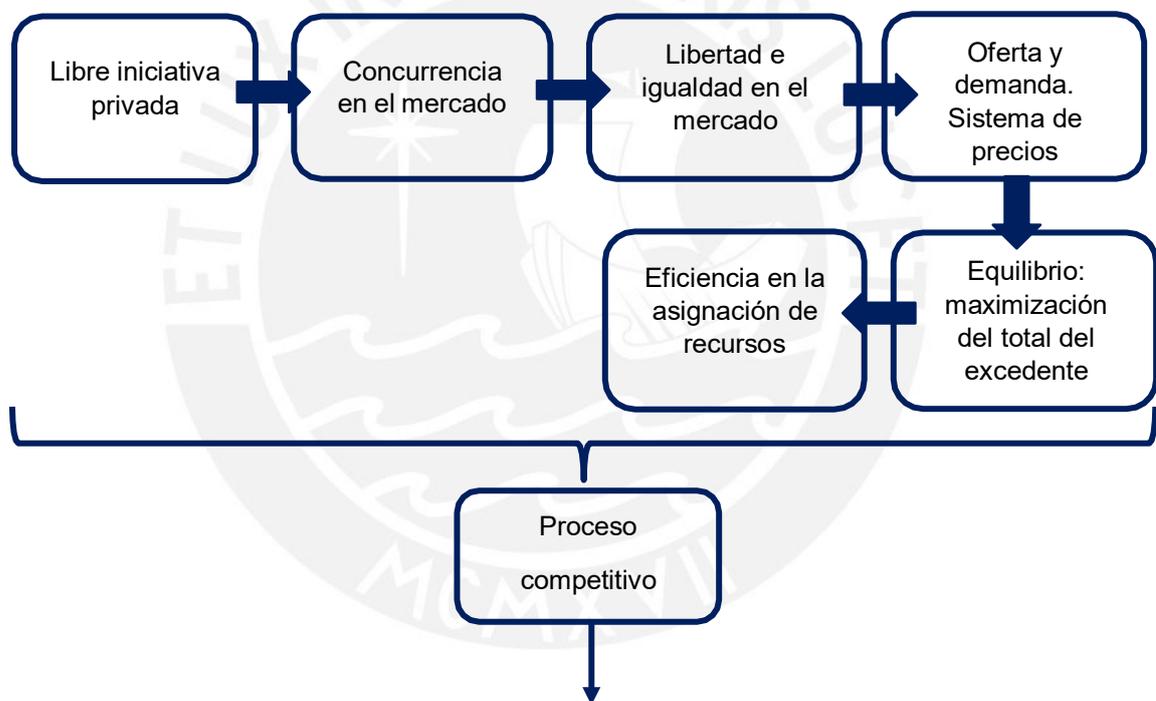
195. Es así que, tal como señala Massimo Motta, la política de competencia consiste en “el conjunto de políticas y leyes que aseguran que la competencia en el mercado no se limite a tal grado que reduzca el bienestar económico” (2004, p. 59); es decir, la política de competencia es la herramienta jurídica que enmarca la conducta de los agentes económicos en el mercado y la facultad del Estado para vigilar este, todo ello orientado al bienestar económico.
196. El bienestar económico es resultado de la eficiente asignación de recursos en el mercado. Así, nos encontramos en un supuesto de eficiencia económica cuando la asignación de recursos maximiza el excedente total, el cual está compuesto por el excedente del consumidor y el excedente del vendedor en el mercado.
197. El excedente del consumidor corresponde a la valoración económica que un consumidor se encuentra dispuesto a pagar por un bien o servicio menos la cantidad que paga realmente; mientras que el excedente del productor está representado por la cantidad que esta percibe menos el costo de producir.
198. Cuando, a través de la interacción de la oferta y la demanda, el mercado encuentra un precio y una cantidad de equilibrio, decimos que se encuentra en un escenario de eficiencia (Mankiw, 2007, p. 110). Esto es así porque el equilibrio del mercado representa el mayor beneficio que pueden obtener los vendedores y los consumidores, alcanzando con ello el **bienestar económico de la sociedad**. El precio que equilibra la oferta y la demanda es el mejor porque maximiza el bienestar total (excedente total).
199. Lo anterior se concretiza en el mercado de la siguiente manera: ante un aumento del precio, disminuye el excedente del consumidor e incrementa el excedente del ofertante. En un mercado competitivo, la tendencia es la aparición de alternativas que satisfagan la demanda de un consumidor que procura conservar el máximo de su excedente, de esta manera se conseguirá un precio y cantidad en equilibrio y nos encontraremos nuevamente en un mercado eficiente.
200. El proceso a través del que ocurre este conjunto de acciones y dinámicas y sobre el que se toman una serie de decisiones es el proceso competitivo; a través de este se manifiesta la competencia.
201. Sin embargo, no siempre el sistema de precios es la solución a todos los incidentes o fallas que pueden aparecer en la dinámica de mercado. En

ocasiones los agentes económicos refuerzan su posición de poder en el mercado de manera ilegítima y, en consecuencia, tienen la capacidad de disuadir a competidores de no entrar al mercado y/o de excluir a los que ya se encuentran. Esto reduce la aparición de sustitutos de cara a los consumidores y altera indebidamente el sistema de precios.

202. Es por ello que la Constitución Política de 1993 no sanciona la posición dominante o monopólica cuando esta es resultado de la eficiencia económica (del adecuado proceso de competencia), sino que únicamente considera reprochables aquellas conductas que son consecuencia de un **abuso** de la posición dominante del mercado, en tanto estas no se valen de la eficiencia económica para preservar o incrementar su poder en el mercado.
203. La política de competencia es entonces una herramienta que debe “vigilar y garantizar un ambiente donde los competidores potenciales y los competidores reales sean capaces de desafiar a las empresas que tengan una posición de gran poder en el mercado” (Motta, 2004, 125). Esto no significa que la política de competencia esté orientada a la defensa de los competidores en el mercado, sino de que su finalidad es la protección del “ambiente” al que llamaremos proceso competitivo
204. Este entendimiento coincide con lo señalado en el alcance del Decreto Legislativo 701 en el que se dispone que la finalidad de la norma es eliminar aquellas prácticas que restringen la libre competencia:
- “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.”*
205. Es preciso señalar que, tanto lo dispuesto en la Constitución de 1993, como en el Decreto Legislativo 701, y ahora el Decreto Legislativo 1034, conforman las principales normas de la política de competencia.
206. El Decreto Legislativo 701 es una concreción legal del mandato contenido en el artículo 61 de la Constitución Política de 1993, el que, como hemos revisado, tiene como finalidad garantizar y vigilar el bien jurídico de la libre competencia, la cual se manifiesta a través del proceso competitivo.
207. La política de libre competencia se fundamenta en que el mercado, si bien tiene su propio mecanismo de organización, puede presentar distorsiones resultado de lo que conocemos como fallas en el mercado como; por ejemplo, las empresas con un alto poder de mercado y que, eventualmente, abuse de dicho poder. Son estos supuestos en los que **se justifica la existencia de política de competencia como una modalidad de regulación que tiene como finalidad la protección del proceso competitivo** (Quintana, 2010, p. 3).

208. Siendo la finalidad de la política de competencia la protección del proceso competitivo, se descarta que esta tenga como finalidad la protección de los competidores en el mercado cuando estos sean excluidos por razones que responden a la eficiencia económica.
209. La dinámica natural del mercado forzará a salir de este a aquellos agentes que no sean eficientes y cuya estadía resulte, más bien, perjudicial para el mercado. Si el Estado centra el objeto de la política de competencia en proteger a los competidores esto puede retrasar o paralizar el desempeño de las otras empresas y, en el largo plazo, esto resulta en el aumento de los precios (menos excedente para el consumidor) y una reducción de la eficiencia productiva.
210. También se puede apreciar en el artículo 1 del Decreto Legislativo 701 que el rol que asume el Estado tiene como objeto el desenvolvimiento de la libre iniciativa privada, procurando el *mayor beneficio de usuarios y consumidores*. Al respecto, es importante analizar el enunciado normativo:
- “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.”***
[resaltado agregado]
211. La primera parte de la disposición resaltada se refiere al objetivo inmediato de la política de competencia: el adecuado desenvolvimiento de la libre iniciativa privada.
212. De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente No. 0011-2013-PI/TC, la libre iniciativa privada es el componente principal de una economía social de mercado, siendo que el ejercicio de esta libertad constituye la confianza en la capacidad de una persona para producir riqueza y progreso material, así como para:
- “Este modelo rechaza todo perfil de desarrollo económico vertical y autoritario, que descrea de la capacidad humana para auto regularse y que, desde el Estado, todo lo planifica, lo dirige y lo determina, anulando las posibilidades de libre creación del espíritu humano y de libre y responsable manejo de los bienes económicos producidos”*** (fundamento 21).
213. En ese sentido, respecto de la garantía de la libertad de la iniciativa privada, el Estado asume un rol subsidiario y rechaza el control de su ejercicio. Pero lo más importante es que reconoce que la libre iniciativa privada es la vía para generar riqueza, ya que su ejercicio es el elemento esencial de la competencia económica, la que se manifiesta a través del proceso competitivo.

214. Como hemos señalado, el proceso competitivo es posible porque existe libre iniciativa privada y, siendo el proceso competitivo el mecanismo por el que se alcanza el bienestar económico general, es consecuente reconocer que la política de competencia tiene como finalidad la vigilancia y el favorecimiento de proceso competitivo. Este es el mandato constitucional que se desarrolla en el Decreto Legislativo 701 y oportunamente faculta a la agencia de competencia a eliminar aquellas prácticas que restringen la libre competencia.
215. Hemos señalado también que el proceso competitivo tiene como finalidad el bienestar social. Es importante entonces diferenciar del proceso competitivo en sí mismo de su consecuencia.
216. Esto lo podemos apreciar de mejor manera en el siguiente gráfico en el que buscaremos resumir los principales componentes del proceso competitivo y cómo la protección de la libre iniciativa privada debería llevar al bienestar del consumidor a través de un adecuado funcionamiento de este sistema:



El conjunto de los elementos y procesos anteriores debería tener como consecuencia el **bienestar económico general** que comprende a la maximización del **excedente del consumidor y excedente del productor**.

217. En atención a lo anterior, la protección al proceso competitivo debería tener como consecuencia el bienestar del consumidor. Es por ello que el Decreto Legislativo 701 tiene como objeto garantizar la libre iniciativa privada (como presupuesto inherente del proceso competitivo) y **procurando** el mayor beneficio de los consumidores. De esta manera, Quintana señala que la eficiencia económica maximiza el bienestar del consumidor, de tal manera que se protege al consumidor indirectamente a través del proceso competitivo (2010, p. 14).

218. Esta misma postura ha asumido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente No. 0048-2004-PI/TC del 1 de abril de 2005, en el que señala lo siguiente sobre la economía social de mercado,

*“[...] parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos es aquel que propicia la concertación libre entre oferta y demanda, puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, se incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas. **Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y a precios competitivos para los consumidores y usuarios.** [...]”* [resaltado agregado]

219. De la cita se desprende que el Tribunal Constitucional considera que el rol del Estado en el mercado es crear un ambiente (como al que se refería Motta en párrafos anteriores) para que los agentes económicos participen de manera libre y en condiciones de igualdad, con la finalidad de que esto tenga un resultado positivo, en última instancia, para los consumidores. De lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 701 no se puede interpretar algo distinto.
220. Así, el artículo 1 de dicha norma señala que tiene como finalidad la eliminación de las prácticas restrictivas de la competencia, *“permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores”*. Este fraseo es similar al que hace el Tribunal Constitucional al señalar que la política de competencia debe generar las condiciones de competencia, cuyos beneficios *redundan* en el bienestar de los consumidores.
221. Si bien el Decreto Legislativo 701 no señala expresamente que la finalidad de la política de competencia es la promoción de la eficiencia económica y como consecuencia de ella el bienestar de los consumidores (como sí lo hace la actual norma), el texto del Decreto Legislativo 701 no es ajeno a dicha fórmula cuando señala la protección de la libertad de la iniciativa privada que *procure* el bienestar de los consumidores.
222. Cabe señalar que este espacio de interpretación de la finalidad de la política de competencia se superó con la publicación del Decreto Legislativo No. 1034 que aprobó la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas el 25 de junio de 2088 (en adelante, la “LRCA”). Así, de acuerdo con el artículo 1 de la LRCA se señala que la finalidad de la norma es promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores:

“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.”

223. A diferencia del Decreto Legislativo 701, a través de la LRCA no queda duda que la finalidad de la política de competencia es la promoción de la eficiencia económica, la cual se logra a través del proceso competitivo. En esa línea, se señala que esto debería llevar al bienestar del consumidor como consecuencia de la eficiencia económica.
224. Lo anterior sigue el orden de ideas de que la política de competencia no tiene como finalidad inmediata el bienestar de los consumidores y que, además, no cuenta con las herramientas para ello. Como en el Decreto Legislativo 701, la LRCA se enfoca en aquellas conductas que distorsionan la competencia; es decir, aquellas que inciden directamente sobre el proceso competitivo.
225. En esa línea, en la exposición de motivos de la LRCA se señala que la finalidad de esta norma es la persecución de aquellas conductas que dañen el proceso competitivo, ya que son estas las que afectan la libre competencia competitiva:

*“De acuerdo con el 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 éstas dañan el proceso competitivo, impactando negativamente en la eficiencia económica y, por ende, en el bienestar de los consumidores**” [resaltado agregado]*

226. La cita anterior manifiesta de manera clara la finalidad de la política de competencia: la prohibición de aquellas conductas que dañan el proceso competitivo, siendo que este es el medio por el cual se manifiesta la libre competencia y se alcanza la eficiencia económica.; como consecuencia de esta se debería lograr el bienestar general y del consumidor.

- **Protección del consumidor en la economía social de mercado**

227. Finalmente, hemos visto que la protección al consumidor es el fin último y mediato de la política de competencia, el cual tiende a alcanzarse a través del adecuado funcionamiento del proceso competitivo. Este bien jurídico también se encuentra positivizado en el capítulo del régimen económico de la Constitución Política de 1993 en los siguientes términos:

“Artículo 65.- Protección al consumidor

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.”

228. Lo anterior implica que el ejercicio de las libertades económicas reconocidas en la constitución deben ser ejercidas en armonía con el bien jurídico de protección al consumidor, el cual, a su vez, representa un garantía frente a los ofertantes cuando el mercado presente fallas. En esa línea, la regulación de protección al consumidor supone una limitación justificada al libre mercado.
229. La política de protección al consumidor es una regulación de tipo social. Esta tiene como objeto incidir en aquellas condiciones bajo las cuales son producidas los bienes y servicios (Liley y Miler, 1977, p. 251). Así, este tipo de regulación limita la libertad empresarial con la finalidad de proteger al consumidor frente a la empresa y, por tanto, constituye una de las herramientas más importantes en una economía social de mercado.
230. En este punto corresponde diferenciar entre el bien jurídico de protección al consumidor contenido en el artículo 65 de la constitución y el bienestar del consumidor como fin último y mediato de la política de competencia, Si bien ambas disposiciones se refieren al mismo sujeto que participa en el mercado (el consumidor), la aproximación de ambas es distinta.
231. Por un lado, la política de protección al consumidor se manifiesta como una modalidad de regulación social en respuesta a la asimetría de poder e información de los proveedores frente a los consumidores. En ese sentido, la regulación de protección al consumidor recae en la relación efectiva o potencial entre proveedores y consumidores.
232. El ordenamiento jurídico peruano recoge distintas normas que tienen como finalidad la protección directa de los derechos del consumidor. La principal norma de este tipo es la Ley No. 29751 que aprueba el Código de Protección y Defensa del Consumidor promulgada el 1 de setiembre de 2010 (en adelante, “Código de Consumo”).
233. De acuerdo con el artículo II del Título Preliminar del Código de Consumo, la finalidad de la norma es la siguiente:

“Artículo II.- Finalidad

El presente Código tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código”

234. Si bien la protección del consumidor es uno de los pilares de la economía social de mercado, su objeto recae únicamente sobre la relación de consumo o una

etapa preliminar. Tan es así que únicamente se encuentran tutelados en el alcance del Código de Consumo aquellas personas naturales y jurídicas que adopten la condición de consumidor por dicha norma.

235. Por el contrario, la aproximación del bienestar del consumidor en la política de competencia es de carácter económico. Para la política de competencia, el bienestar de consumidor implica maximizar su excedente como consecuencia de la dinámica de la competencia. En ese sentido, no es comparable la regulación social de protección al consumidor con el bienestar que este obtiene como resultado de un mercado en competencia.

b. Las conductas sancionables por el Decreto Legislativo 701 y el alcance de la norma en atención a la política de competencia nacional.

236. El principal reto de una política que castiga el abuso de posición de dominio será distinguir cuándo se trata de un ejercicio legítimo del poder de mercado que podría verse reflejado en una práctica agresiva, de cuando; por el contrario, se trata de una conducta ilícita que tiene como finalidad dañar la competencia.

237. Esta tarea resultará particularmente complicada debido a que una empresa en el mercado se encuentra permanentemente incentivada a incrementar su participación en el mercado, Para ello, emplea una serie de métodos comerciales que buscan aumentar su participación a costa de que otras empresas reduzcan la suya, lo que puede llevar a situaciones extremas como su salida del mercado.

238. La prohibición del abuso de posición de dominio se encuentra contenida en el artículo 3 del Decreto Legislativo 701 en los siguientes términos:

“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.**”

239. Resulta más claro del artículo citado que la preocupación o finalidad inmediata del Decreto Legislativo 701 es que la conducta anticompetitiva tenga un efecto negativo sobre la libre competencia. Siendo que el “ambiente” en el cual se desarrolla la libre competencia es el proceso competitivo, entendemos que este es el bien jurídico protegido por la política de competencia.

240. Como habíamos señalado en el punto anterior, la variable del interés económico general o bienestar económico del consumidor no es ajena al análisis la prohibición de una conducta anticompetitiva, sino que no es una justificación inmediata para su sanción.

241. Ahora, el artículo 4 del Decreto Legislativo 701 recoge el supuesto de posición de dominio en los siguientes términos:

“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.”*

242. De acuerdo con lo anterior, la norma no prohíbe en sí misma la posición de dominio. Esta es una premisa que también se encuentra en el artículo 61 del CP de 1993 en la que se señala que el Estado facilita y vigila la libre competencia a través de la **prohibición del abuso** de la posición dominante y monopólica.
243. Lo anterior implica que no se ampara el abuso del derecho. Esto es importante porque, como hemos revisado, no es sancionable el uso de una posición dominante por sí misma, sino cuando su ejercicio se encuentra desnaturalizado.
244. En esa misma línea, la CP de 1993 garantiza el ejercicio de las libertades económicas, tales como la iniciativa privada, libertad de contratación, entre otras que son el pilar de la economía de mercado:

“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho

[...]

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.”

“Artículo 62.- Libertad de contratar

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.

[...]

245. Sin embargo, en una economía social de mercado dichas libertades no son absolutas, sino que encuentran su límite en la protección de otros bienes jurídicos.
246. En el caso de la política de competencia, el bien protegido es el proceso competitivo. Por ello, cuando la libertad económica, específicamente el derecho de contratar genere un daño ilegítimo al mercado, la política de competencia representa un límite a dicha conducta.
247. Lo anterior representa la base de una política de competencia, la cual no tiene como finalidad planear ni organizar el mercado, sino intervenir respecto de aquellas conductas que puedan afectar el proceso competitivo de manera negativa de tal forma que causen un perjuicio al bienestar general.
248. Ahora, si bien la posición de dominio por sí misma no se encuentra prohibida, este elemento resulta primordial en una conducta de este tipo por un motivo: una empresa con posición de dominio asume en el mercado una responsabilidad especial respecto de otras empresas que no tengan dicha posición, ya que tiene capacidad de actuar con prescindencia de otros agentes en el mercado para influir en este.
249. Lo anterior significa que otros agentes del mercado no están en la capacidad de disciplinar el comportamiento de la empresa dominante.
250. Una empresa puede emplear su posición de dominio para distorsionar el proceso competitivo; esto es el uso abusivo del derecho. Esto justifica que el comportamiento de una empresa dominante se encuentra más restringido en el mercado que una que no lo tenga.
251. En un mercado de competencia perfecta existe una variedad de ofertantes que atiendan a la demanda y, por lo tanto, cuando alguno aumenta su precio o reduce su calidad, el efecto en el mercado competitivo será que la demanda reemplace dicha oferta por otra (la sustituye). Por ello, en un mercado de competencia perfecta una empresa no tiene capacidad para actuar de manera independiente en el mercado.
252. Lo contrario sucede en un mercado altamente concentrado, en el que una empresa dominante tiene la capacidad para actuar con independencia respecto de otros competidores. Esto, en contraposición a un escenario de competencia perfecta, constituye una falla en el mercado .
253. En un escenario de competencia perfecta, los agentes económicos en el mercado se comportarán como tomadores de precios; es decir, reciben el precio dado por el mercado y lo asumen como tal. Ninguna empresa tiene la capacidad para modificarlo unilateralmente sin que los otros lo equilibren. Por el contrario, en un mercado altamente concentrado, una empresa que ostente

posición de dominio tiene la capacidad de fijar unilateralmente un precio y las otras no podrán evitar contrarrestar esta situación.

254. Lo anterior se encuentra respaldado por Bogo, quien señala lo siguiente respecto de la relación de un mercado concentrado y la posición de dominio:

*“[la posición de dominio] describe un mercado en el que una firma puede actuar con gran independencia respecto de sus rivales comerciales. [...] la ilegalidad está en el abuso y no en el uso de ese posicionamiento, ya que no habría motivo alguno de reproche cuando este ha **resultado de haber ganado el favor de los consumidores mediante auténticas ventajas competitivas**. La legislación define de este modo reglas de juego que disciplinan la competencia en los mercados, **haciendo ilegales las conductas que mediante la restricción o exclusión de la competencia, tienen por objetivo crear, mantener o ampliar posicionamientos dominantes**” (2003, p. 7).*

255. Esta cita incide en otros elementos, además de la posición dominante en el mercado, para determinar cuándo se trata de una conducta de abuso de posición de dominio. Uno de ellos es que la conducta es sancionable cuando no sea resultado de **“auténticas ventajas competitivas”**; es decir, que una conducta es anticompetitiva cuando no se encuentra justificada en la eficiencia económica.
256. Asimismo, señala que la conducta de abuso de posición de dominio es ilegal cuando tenga por objetivo crear, mantener o ampliar la posición dominante a través de la **exclusión o restricción** de la competencia
257. Todos estos elementos los recoge el Decreto Legislativo 701 para determinar cuándo una conducta constituye un abuso de posición de dominio:

“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, 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 que sean tipificados por Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por los Ministros de Economía y Finanzas, de Justicia y de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración.

g) Otros casos de efecto equivalente.”

258. El artículo 5 recoge la descripción general de una conducta de abuso de posición de dominio. En ese sentido, corresponde repasar los elementos que constituyen una conducta de este tipo, así como las principales características de los supuestos que la norma ha tipificado como prohibidos.
259. Como ya hemos señalado, el primer elemento es que la empresa tenga posición de dominio en un mercado relevante; es decir, que tenga la capacidad de actuar de manera independiente de sus competidores, compradores, clientes o proveedores.
260. El segundo elemento consiste en que la conducta tenga como resultado la obtención actual o potencial de un beneficio para la empresa dominante y, al mismo tiempo, que cause perjuicio a otros.
261. Al respecto, la norma no indica de qué naturaleza es el beneficio o perjuicio causado, ni tampoco a quienes debía estar dirigido el perjuicio, sino que se refirió a *otros* en términos generales. En esa línea, parte del sector interpretó que el perjuicio podría recaer en cualquier otro agente que interactúe en el mercado, ya sean estos competidores o consumidores.
262. Tampoco se requiere que el beneficio que busque el dominante o el perjuicio sea efectivo, sino que únicamente deberá demostrarse que es potencial.
263. Finalmente, el tercer elemento es que la empresa dominante actúe de manera indebida; esto es por razones distintas a la eficiencia económica. En el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 se ha determinado una lista no taxativa de conductas que son consideradas como modalidades de abuso de posición de dominio y, por lo tanto, que reúnen los elementos antes descritos.
264. Cabe señalar que una conducta de abuso de posición de dominio se encuentra sujeta a prohibición relativa. Esto es, que no es sancionada por su simple existencia, sino que se debe demostrar que genera perjuicios para el interés económico general de acuerdo con el artículo 3 del Decreto Legislativo 701.

265. Ahora, la lista de conductas prohibidas del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 no es taxativa. Esto se encuentra reflejado en el literal “g” del artículo 5 de la norma. Esta disposición recoge a manera de cajón de sastre aquellas conductas que no se encuentran listadas y que tengan un “*efecto equivalente*” a las conductas tipificadas en los literales a, b, c del artículo 5.
266. Lo anterior es resultado de que los agentes económicos pueden implementar en el tiempo conductas que sean cada vez más complejas, por lo que el último literal del artículo 5 tiene como finalidad recoger aquellas conductas que, por sus características, cumplan con reunir los elementos de una conducta de abuso de posición de dominio en los términos del Decreto Legislativo 701.
267. En ese sentido, para determinar cuándo una conducta se encuentra prohibida bajo el literal “g” del artículo 5, esta debe reunir los elementos esenciales de las conductas de abuso de posición de dominio y, por lo tanto, que causen un *efecto equivalente* en el mercado que aquellas conductas prohibidas en los literales a, b y c.
268. En conclusión, para determinar si una práctica que no se encuentra expresamente tipificada es prohibida y sancionada por la norma de competencia, deberá cumplir con todos los supuestos de las conductas enlistadas que ya hemos revisado:
- (i) que la empresa tenga posición de dominio;
 - (ii) que la conducta tenga como resultado la obtención actual o potencial de un beneficio para la empresa dominante y, al mismo tiempo, que cause perjuicio a otros.
 - (iii) que tenga el *efecto equivalente* a las otras conductas típicas. Si bien todos los elementos deben concurrir para determinar si estamos ante una conducta de abuso de posición, este determinará que la conducta sea indebida; es decir, que efectivamente ha existido abuso de derecho.
269. La concurrencia de estos elementos determinará si una conducta es un daño concurrencial resultado de la legítima pugna competitiva (eficiencia económica) o si, por el contrario, es sancionable por constituir un abuso de posición de dominio.
270. Como indicamos, la posición de dominio no será por sí misma sancionable, sino que necesariamente se debe evaluar el efecto que la conducta tuvo en el mercado para determinar su ilicitud. En ese sentido, únicamente aquellas conductas que tengan un “*efecto equivalente*” podrán ser sancionadas como una infracción bajo el literal g del artículo 5.
271. Debido a que la norma no ha señalado a qué se refiere con “*efecto equivalente*” corresponde analizar cuál es el efecto que producen las conductas expresamente tipificadas como abuso de posición de dominio para determinar la naturaleza de dicho elemento.

272. Antes de revisar cada una de las prácticas enlistadas, es necesario señalar que el ejercicio de posición de dominio puede tener dos efectos: exclusorio y explotativo. Mientras que el efecto exclusorio recae directamente sobre el proceso competitivo; el efecto explotativo recae directamente sobre el excedente del consumidor.

273. En atención a lo anterior, veremos qué tipo de efecto causan en el mercado las modalidades de abuso de posición de dominio en los literales a, b y c del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, si exclusorio o explotativo. Ello dependerá de si dichas conductas excluyen o impiden la entrada de otros agentes económicos o si constituyen un daño directo al consumidor.

- **Negativa injustificada para contratar (Literal a, Artículo 5)**

274. La libertad de contratar es un derecho reconocido en la norma constitucional y es uno de los pilares de la economía de mercado; sin embargo, este no es ilimitado ante la tutela de otro bien constitucional, como es el proceso competitivo para la política de competencia. Muestra de ello es la limitación a esta libertad cuando se trate de una empresa que se encuentra en posición de dominio.

275. Hemos señalado que una empresa dominante posee una responsabilidad especial en el mercado debido al poder que tiene en el mismo. Lo cierto es que una empresa con posición de dominio tiene la capacidad de dañar su dinámica en perjuicio de competidores y consumidores, por lo que limitar su libertad de contratar resulta legítimo y razonable en dicho contexto.

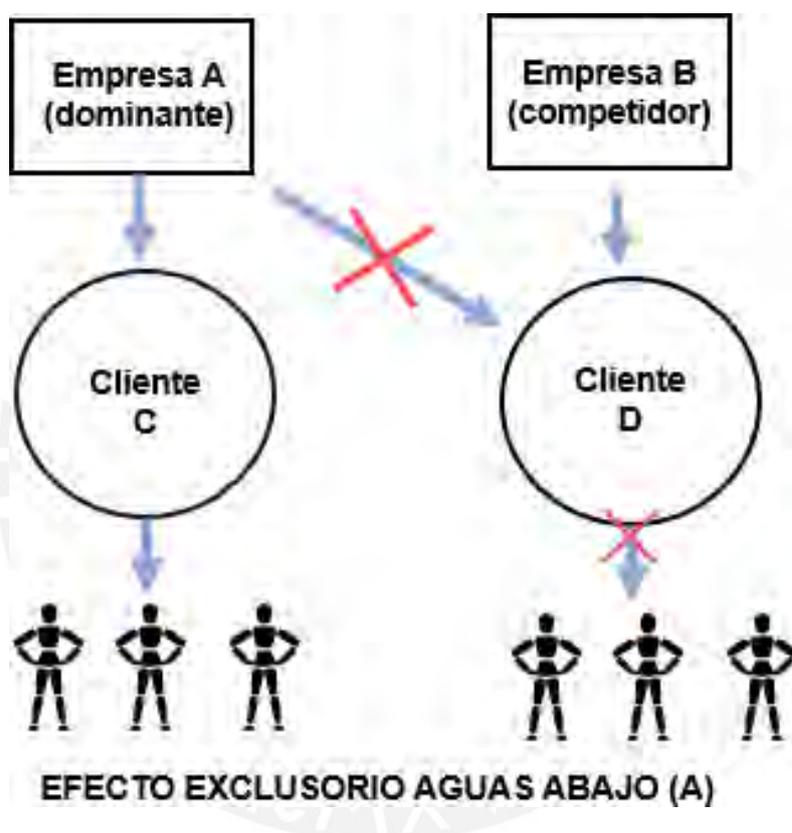
276. Pueden presentarse diversos motivos válidos asociados a la eficiencia económica por los que una empresa dominante se niegue a contratar con otro agente en el mercado y, por lo tanto, será un ejercicio legítimo del derecho de la libertad de contratar. En este supuesto, existe una causa objetivamente justificada por la que la empresa dominante no entabla o mantiene una relación contractual con otro agente en el mercado.

277. Por el contrario, se considerará que existe una conducta prohibida cuando la negativa de contratar no se encuentra justificada por una decisión comercial válida, sino que tiene como finalidad desplazar a agentes económicos del mercado o impedir su acceso para beneficio de la empresa dominante. En este supuesto no se identifican motivos comerciales legítimos asociados a la eficiencia económica que expliquen la negativa a contratar.

278. Debido a la limitación a la libertad de contratar que supone la prohibición de esta conducta, la agencia de competencia deberá ser sumamente cuidadosa de sancionar únicamente aquellos escenarios excepcionales en los que se determine que la conducta de la empresa dominante cumple con (i) generar un

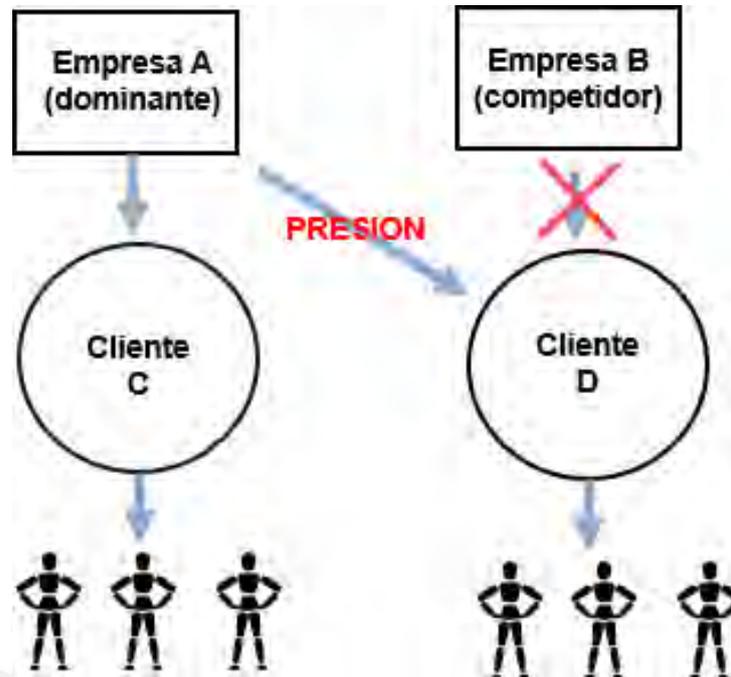
beneficio, sea este o no en el marco de una relación de competencia, y (ii) causar perjuicios a otros.

279. Sobre este último punto, analizaremos qué tipo de perjuicio es el que se causa y quiénes son estos “otros” a los que se refiere el Decreto Legislativo 701. Para ello, a continuación se revisará algunas modalidades de negativa injustificada con la finalidad de determinar cuál es el efecto de la conducta:
280. Escenario 1: La Empresa A es dominante en el mercado y se niega injustificadamente a contratar con el Cliente B:

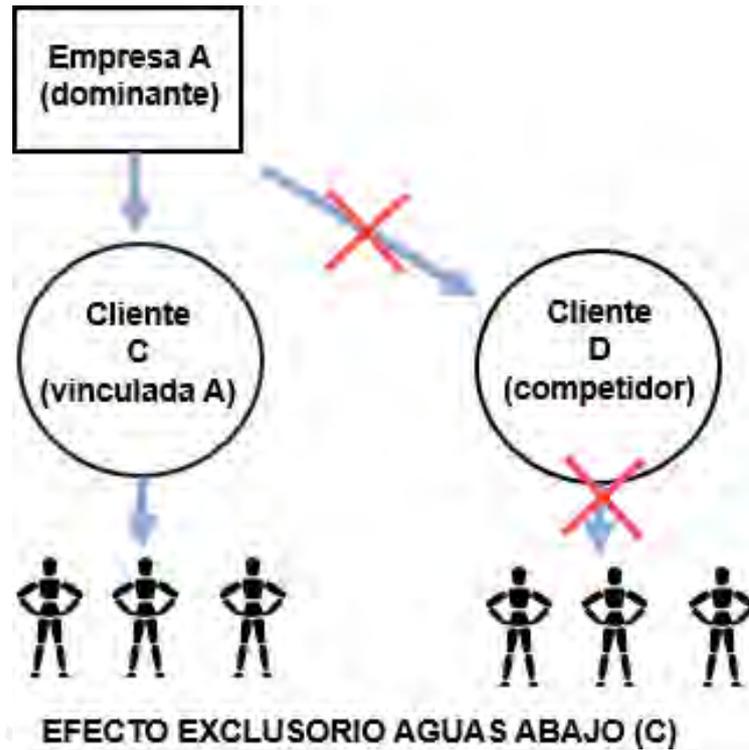


281. (A): El efecto de la conducta de la Empresa A de no contratar con el Cliente D en un mercado relacionado aguas abajo tendrá como efecto desplazar al Cliente D, ya que no puede proveerse de la empresa dominante en el mercado aguas arriba. El efecto exclusorio se manifiesta aguas abajo.

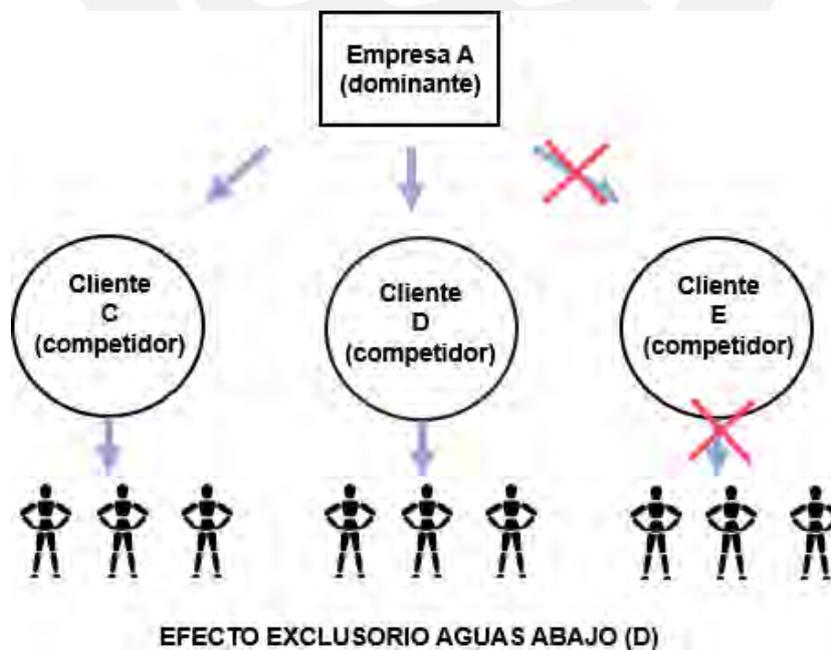
EFFECTO EXCLUSORIO AGUAS ARRIBA (B)



282. (B): El efecto de la conducta de la Empresa A de no contratar con el Cliente D ejercería presión sobre esta última para que deje de proveerse de la Empresa B que es su competidora. Como consecuencia, la negativa de la Empresa A de no contratar con el Cliente B tendrá como efecto excluir a la Empresa B del mercado en el que compiten. El efecto excluyente se manifiesta en el mercado aguas arriba.
283. En (A) y (B) podemos apreciar que la conducta de la Empresa A puede tener un doble efecto excluyente. Por un lado, en (A), cuando la Empresa A se niega a contratar con el Cliente D, este puede desabastecerse, lo que tendría como efecto su salida en el mercado aguas abajo o de distribución.
284. Por otro lado, en (B), la Empresa A ejerce presión sobre el Cliente D con la finalidad de que deje de contratar con la Empresa (B) lo que causaría que de cara al mercado contratar con esta empresa pondría en riesgo la relación comercial con la Empresa A, por lo que las empresas en el mercado aguas abajo dejarían de contratar con la Empresa B; el efecto es su exclusión del mercado es aguas arriba o al nivel de producción.
285. Escenario 2: La Empresa A se niega a venderle injustificadamente al Cliente D con la finalidad de que su empresa vinculada denominada Cliente C gane participación en el mercado en el que participa junto con el Cliente D:



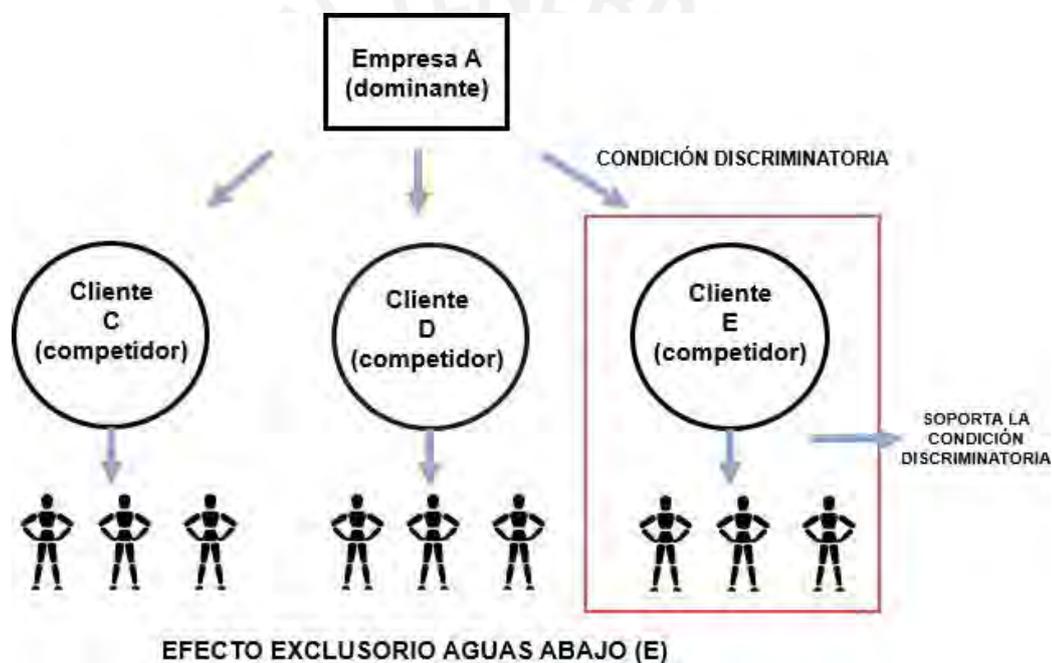
286. (C): Con la negativa de contratar de la Empresa A se genera un efecto excluyente del Cliente D en el mercado aguas abajo o de distribución.
287. Escenario 3: Empresa A se niega a contratar con Cliente E sin que exista relación de competencia con este:



288. (D): en este ejemplo no existe una relación de competencia entre la Empresa A y el Cliente E; sin embargo, su conducta tiene como efecto excluirlo del mercado aguas abajo. Aquí la empresa dominante no busca obtener un beneficio competitivo; sin embargo, su conducta mantiene un efecto excluyente en el mercado aguas abajo.
289. De los ejemplos anteriores se concluye que el efecto que tiene la conducta de negativa injustificada de trato en sus diferentes modalidades, independientemente de que exista o no una relación de competencia, es de excluir del mercado. Ya sea este aguas arriba (nivel de productor) o aguas abajo (nivel de distribución).
290. En ese sentido, **el efecto de una conducta de negativa injustificada de trato es excluyente** en tanto su comportamiento tiende a hacer insostenible la permanencia en el mercado de la empresa sobre la que recae dicho efecto excluyente.
- **Condiciones desiguales para prestaciones equivalentes (discriminación) (Literal b, Artículo 5)**
291. Este tipo de práctica también representa una limitación a la libertad de contratar de una empresa dominante, ya que, en principio, esta tiene la libertad de fijar los precios y condiciones que considere convenientes en el marco de sus relaciones comerciales. Sin embargo, como hemos señalado, estas asumen una responsabilidad especial en atención a su posición en el mercado, debido a que su conducta tiene la capacidad de dañar el mercado de aplicar una discriminación injustificada cuando se encuentra ante prestaciones equivalentes.
292. La prohibición de esta modalidad debe ser excepcional y únicamente cuando represente un daño significativo al mercado. Al respecto, el trato diferenciado es una práctica comercial legítima y necesaria en atención a la particularidad de cada relación comercial; por ejemplo, el costo que implica el suministro de bienes y servicios es distinto para cada cliente debido a variables asociadas a la ubicación del cliente, volumen, entre otros (Bullard, 1997, 80).
293. Estas circunstancias justifican que la empresa dominante aplique condiciones desiguales, precisamente porque no se trata de prestaciones equivalentes; es decir, responden a una razón comercial basada en la eficiencia económica.
294. Incluso el Decreto Legislativo 701 ha recogido aquellos supuestos en los que se encuentra justificado el trato desigual.
295. Estos supuestos constituyen prácticas comerciales generalmente aceptadas que se justifican en circunstancias compensatorias como son el pago anticipado, monto, volumen, calidad, entre otras similares. El legislador entiende que la discriminación es una práctica legítima que suele estar

motivada por las circunstancias particulares de la relación comercial; por lo que su prohibición se debe justificar bajo la regla de la razón.

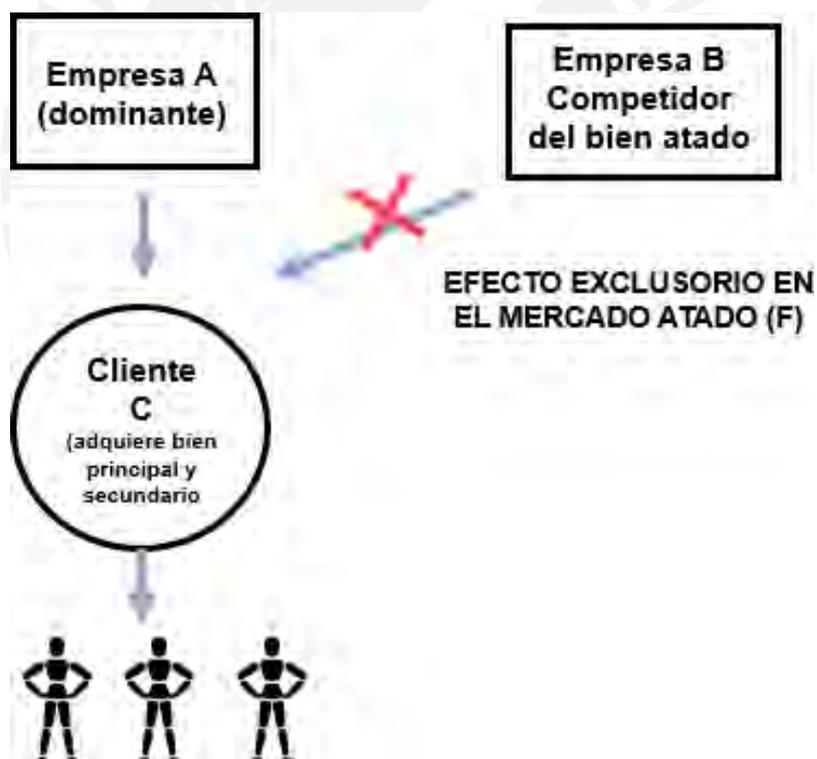
296. En ese sentido, serán sancionables aquellas conductas que representen un trato discriminatorio que no responda a una situación comercial legítima, que ponga a un agente económico en una situación de desventaja y, en consecuencia, que lo lleve a ser desplazado del mercado, siendo insostenible en el mercado minorista mantener la condición discriminatoria impuesta por la empresa dominante.
297. A continuación podemos apreciar el efecto de esta conducta en el mercado:
298. Escenario 1: La Empresa A, dominante en el mercado, aplica una condición discriminatoria al Cliente E.



299. (D): El efecto de la conducta de la Empresa A sobre el Cliente E de imponerle un precio mayor o una condición más costosa respecto del Cliente C y el Cliente D es exclusorio en el mercado aguas abajo. El trato desigual terminaría repercutiendo en el precio del bien o servicio que ofrece el Cliente E en el mercado minorista, el cual sería más caro que el del Cliente C y Cliente D ofrecen.
300. Esto coloca al Cliente E en una situación de desventaja y podría llevar a su salida en el mercado aguas abajo o de distribución.
- **Ventas atadas (literal c. Artículo 5)**
301. Esta conducta se refiere a cuando la venta de un bien o contratación de un servicio se encuentra condicionada a la compra o contratación de otro bien o

servicio. Únicamente se puede llevar a cabo la transacción comercial cuando se adquiere de manera conjunta al bien o servicio secundario que no se encontraba inicialmente requerido por el demandante del servicio o bien principal.

302. A través de la venta atada, se puede vender un producto secundario por separado; sin embargo, cuando se busca adquirir el producto principal siempre se deberá comprar junto con el producto secundario.
303. La atadura se puede identificar también cuando el precio del producto principal y secundario resultan mucho más altos que comprarlos por separado, por lo que el comprador se ve forzado a comprar ambos para obtener el descuento ofrecido por la empresa dominante.
304. Esta conducta también puede manifestarse cuando el producto principal y el secundario no son vendidos por separado bajo ningún supuesto.
305. Estas modalidades se manifiestan de la siguiente manera en la práctica:



306. (F): El efecto de la conducta de la Empresa A tiene como efecto la exclusión de la Empresa B que participa junto con ella en el mercado del bien o bienes atados. La atadura tiene como efecto que el Cliente C deje de proveerse de la Empresa B, lo que podría llevar a su salida del mercado.

307. De acuerdo con la revisión anterior de las modalidades de abuso de posición de dominio tipificadas en los literales a, b y c del artículo 5 del Decreto Legislativo se concluye que todas tienen un efecto excluyente en el mercado. Todas recaen sobre la participación de otros agentes económicos en el mercado, ya sea en su mismo mercado o uno distinto.

308. En atención a lo anterior, el efecto equivalente al que se refiere el literal “g” del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 es un efecto excluyente sobre otros competidores del mercado. Ya sea desplazando a estos del mercado o impidiendo que nuevos agentes entren a participar.

c. La conducta imputada a CONSETTUR y su análisis a la luz del Decreto Legislativo 701

309. Hasta este punto hemos revisado el alcance de la política de competencia y, específicamente del Decreto Legislativo 701. A través de este análisis hemos concluido que la política de competencia en el Perú tiene como finalidad proteger el adecuado funcionamiento del proceso competitivo y, en esa línea, se ha prohibido la fijación administrativa de precios, el cual es un instrumento de la regulación económica, pero no de la competencia.

310. Ahora, el Decreto Legislativo 701 recoge aquellas conductas que distorsionan o restringen la competencia de manera indebida, como es el abuso de posición de dominio. Para que una conducta de este tipo sea sancionable bajo dicha norma, deberá estar tipificada en su artículo 5; ya sea en los literales a, b, c o g, en línea con el análisis hecho en el punto anterior. De lo contrario, no podría ser prohibida ni sancionada.

311. En relación con el literal g del artículo 5, la norma reúne una serie de elementos que deberá tener una conducta de abuso de posición de dominio para que sea sancionable. Específicamente cuando la norma se refiere a que **se encuentran prohibidas otras conductas con efecto equivalente**, este **consiste en un efecto excluyente del mercado; es decir, recae en otros competidores**.

312. En atención a lo anterior, corresponde determinar si en el marco de la presente denunciada impuesta contra CONSETTUR estamos ante un supuesto de abuso de posición de dominio que se encuentra sancionado por la norma de competencia. Es decir, debemos analizar si la conducta imputada a CONSETTUR cumple con tener efectos excluyentes de otros competidores en el mercado (por una razón distinta a la eficiencia económica).

313. De acuerdo con los hechos revisados, la conducta que se le imputa a CONSETTUR consiste en el incremento de los precios en la tarifa del transporte que presta de manera exclusiva en la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP, la que incide en el excedente del usuario de dicho servicio. En ese sentido, la conducta de CONSETTUR no tiene efectos sobre el proceso competitivo, ya que el efecto del alza del precio no afecta la posición de ningún competidor en el mercado.

314. A través del incremento del precio de la tarifa por el servicio de transporte, CONSETTUR busca maximizar su excedente y, en contraste, disminuye el excedente del usuario; sin embargo, no incide en ningún extremo del proceso competitivo.
315. En tanto el Decreto Legislativo 701 no sanciona conductas con efecto explotativo, la conducta imputada a CONSETTUR en el presente procedimiento, al tener un efecto directo sobre los consumidores no se encuentra tipificada en dicha norma.
316. En este punto se aprecia con claridad la importancia del desarrollo de los puntos anteriores, ya que, a pesar de que el excedente del consumidor se reduzca como resultado de la conducta de CONSETTUR, que ciertamente posee una posición dominante, la política de competencia no se encuentra en la capacidad de corregirla.
317. Ello es así porque bajo el Decreto Legislativo 701 únicamente se pueden sancionar conductas que dañen el proceso competitivo de manera ilegítima, más no cuando el excedente del consumidor se vea directamente perjudicado, ya que no cuenta con las herramientas para ello. Una postura contraria, llevaría inevitablemente al ámbito de la regulación de precios, lo que va en contra de la política de competencia y del modelo económico constitucional.
318. De acuerdo con Martínez y Quintana, para la determinación de una conducta de precios excesivos es inevitable que la agencia de competencia no se adentre en la regulación económica; de esta manera, se sostiene que “la evaluación de precios excesivos puede llevar a la autoridad de competencia a terminar fungiendo como un regulador de precios” (2017, p. 19).
319. El hecho de que una conducta perjudique al excedente del consumidor no es justificación para la intervención de la agencia ni la política de competencia, sino que, es necesario identificar la técnica de regulación adecuada para el bienestar del consumidor o usuario. Esta técnica no siempre será la competencia, más aún en un mercado en el que hay ausencia de competencia, como es del presente caso.
320. Si bien el control de precios en un mercado altamente concentrado puede parecer una herramienta que tiene como finalidad el bienestar del consumidor, los efectos de este pueden, a largo plazo, perjudiciales para el consumidor que se busca proteger. En esa línea, el control de precios tiene muchas mayores desventajas que las supuestas ventajas que se manifiestan en periodo muy corto de tiempo.
321. Al respecto, es preciso tener en cuenta que “las políticas de competencias no son sustitos al fenómeno competitivo, sino por el contrario, complementos. Pero para ello no deben entrar en contradicción con los fines que persigue el proceso competitivo” (Bullard, 2001, p. 2001). Lo anterior implica que la política de competencia no puede cumplir la función de la regulación económica y, en

consecuencia, no puede fijar tarifas vía administrativa; especialmente porque el proceso competitivo es la vía indicada para maximizar la eficiencia y con ello el bienestar del consumidor.

322. En la misma línea, Coloma señala que cuando lo que se produce es un abuso explotativo de posición dominante, “el problema es usualmente un problema de precios demasiado altos, cantidades demasiado bajas o distorsiones en los valores de otras variables, que solo pueden remediarse si se los controla directamente a través de la acción de algún organismo regulador que esté en permanentemente monitoreando el mercado” (2003, p. 243)
323. Otro motivo para evitar la fijación administrativa de precios es la poca capacidad de la agencia de competencia para determinar el precio “justo” de un bien o producto en el mercado. A diferencia de los organismos reguladores, que cuentan con una serie de conocimientos específicos e instrumentos legales y económicos para determinar un precio en un mercado en monopolio, la agencia de competencia se enfrentará a una serie de dificultades que le resultan insuperables.
324. Así, Grosman y Serebrisky coinciden en que “existen además distintas razones de diseño institucional por las cuales no es aconsejable que una agencia de defensa de la competencia se dedique a regular. La regulación exige un conocimiento muy específico del mercado del que se trate, mientras que las agencias de defensa de la competencia no se especializan en ningún mercado en particular sino que deben mirar todos los sectores a la vez (2004, p.5)
325. Por su parte, Bullard recoge la importancia de una aplicación correcta de las políticas de competencia, en tanto estas tienen un impacto importante en la comunidad, así, las políticas de competencia:
- “no solo tienen que ver con las estrategias de las empresas. Las normas de competencia cambian los límites de los derechos de propiedad y cambian el marco de lo que es válido pactar o dejar de pactar en el marco del Derecho Contractual. Bajo tal perspectiva la acción equivocada o poco técnica de la autoridad podría convertirse en una afectación de estos derechos” (1997, p. 23).*
326. Con el texto de la LRCA también se superó cualquier interpretación que pudiera existir respecto de la sanción de las conductas con efecto explotativo, concluyéndose que estas no se encontraban dentro del ámbito de aplicación de la política de competencia. En esa línea, la LRCA dispuso en su artículo 1 que su finalidad era la prohibición y sanción de las conductas anticompetitivas para promover la eficiencia económica en los mercados; lo cual descartó la persecución de aquellas conductas que no dañaran el proceso competitivo.
327. Esto se vio reflejado en la tipificación de la conducta de abuso de posición de dominio en la LRCA. De acuerdo con el artículo 10 de dicha norma se señala el siguiente tipo del abuso de posición de dominio:

“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.”

328. El cambio en el texto, aunque parezca mínimo, es sustancial y resolvió de manera definitiva la interpretación de si era posible la sanción de conductas de abuso de posición de dominio con efecto explotativo. El cambio del texto señala que es una conducta de abuso de posición de dominio que restringe la competencia aquella que perjudica a los competidores; es decir, aquella que tiene efecto exclusorio.
329. De esta manera la LRCA deja de lado la ambigüedad del Decreto Legislativo 701 que se refería que la conducta de abuso de posición de dominio debía “causar perjuicio a otros”, no especificándose a quiénes se refería con otros, pudiendo estos ser, entre otros los consumidores.
330. Tan es así que cuando se emitió la resolución que puso fin al procedimiento administrativo, la Sala realizó el análisis bajo la LRCA que había entrado en vigencia poco tiempo antes de su pronunciamiento. La Sala sustentó la aplicación de la nueva norma de competencia en aplicación del principio de retroactividad benigna.
331. Incluso a través de la exposición de motivos de la LRCA se señala lo siguiente respecto de la interpretación que hizo el INDECOPI en este caso:
- “[...] 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.”*
332. De lo anterior se desprende que la modificación introducida en la LRCA facilita la interpretación del objetivo que tutela la libre competencia y, en consecuencia, su alcance. Lo cierto es que, de acuerdo con el análisis planteado, la política de competencia siempre estuvo dirigida a tutelar el proceso competitivo y prohibir aquellas conductas anticompetitivas que representen un daño al mismo.
333. Es decir, la norma siempre estuvo avocada persecución de las conductas con efectos exclusorios, descartando con ello aquellas de efecto explotativo.

- **CONCLUSIONES:**

334. En el Perú hemos adoptado un modelo de economía social de mercado, el cual garantiza el ejercicio de las libertades económicas y considera que la libre competencia es la herramienta a través de la cual se alcanza el desarrollo y la riqueza. En este modelo económico, el sistema de precios es el mecanismo a través del que se asignan de manera eficiente los recursos y se alcanza el bienestar económico general.
335. En ese sentido, se encuentra prohibida la fijación de precios, a menos que se trate de un mercado regulado que por sus propias características haga inviable la competencia efectiva. De acuerdo con lo anterior, podemos afirmar que la regulación económica no es una herramienta de la política de competencia.
336. La política de competencia tiene como finalidad la protección del proceso competitivo, ya que a través de este se alcanza la eficiencia económica y, en consecuencia, el bienestar del consumidor. Por tanto, la política de competencia únicamente persigue a aquellas conductas que limitan o restringen el proceso competitivo.
337. En atención a ello, a través del Decreto Legislativo 701 no se sancionan aquellas conductas que tengan efecto explotativo; es decir, las que recaen directamente sobre el excedente del consumidor.
338. En tanto la conducta imputada a CONSETTUR afecta directamente a los consumidores, entonces esta no se encuentra tipificada como una conducta de abuso de posición de dominio bajo el Decreto Legislativo 701 y aún menos de la LRCA.

V.II. ¿FUE ADECUADA LA PRIVATIZACIÓN DEL SERVICIO DE TRANSPORTE TURÍSTICO DE LA RUTA EN CUESTIÓN?

a. La aplicación de la competencia por el mercado para la prestación del servicio de transporte turístico en la ruta en cuestión.

339. En el capítulo anterior hemos señalado que un análisis de competencia es posible en un mercado *precisamente* en competencia, en el que su estructura permita una diversidad de oferta y demanda que tenga como resultado el funcionamiento del sistema de precios y con ello alcanzar el máximo bienestar social. En ese contexto tiene cabida una agencia de competencia que garantiza el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.
340. En esa línea, y tal como señala Coloma, la defensa de la competencia puede definirse como “una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí” (2003, p. 13)
341. Así, en un mercado en competencia la agencia de competencia dejará a los participantes de este organizar su propia dinámica, ya que se encuentran en la capacidad de hacerlo. Sin embargo, esta situación cambia cuando nos

encontramos en un mercado en monopolio, ya que, por su propia estructura, no existe competencia dentro de este.

342. La política de competencia no es una herramienta útil para un mercado monopolístico, sino que en este se requiere de la figura de la regulación económica que, más bien, simule la dinámica y resultado de un mercado en competencia. Esta situación es excepcional y se presenta cuando se trata de un monopolio natural en el que la política de competencia es incapaz de proteger el interés público.
343. Lo anterior no hace menos cierto que la intervención del Estado en un mercado en monopolio es bastante gravosa, ya que tiene como finalidad simular un escenario competitivo a través de la fijación de precios y para lo cual deberá determinar componentes que en un mercado en competencia se darían de manera natural. Así, el Estado, usualmente en la modalidad de regulador, se encuentra en la capacidad de fijar factores como la calidad del servicio, el precio, el volumen del bien, entre otras condiciones del mercado.
344. Sin perjuicio de ello, la intervención del Estado siempre debe priorizar la promoción de la competencia. Es por ello que, cuando la estructura del mercado no lo permita, se deberá optar por el mecanismo de **competencia en el mercado**. En este escenario, al haber competencia, el Estado se limita a la aplicación de la política de competencia, más no interviene a través de la regulación; no lo necesita.
345. En contraste, al haber ausencia de competencia en el mercado, corresponde que el Estado opte por un modelo que promueva **la competencia por participar en dicho mercado** con la finalidad de que el único agente económico que participa en el mercado sea el más adecuado para prestar un determinado servicio, proveer un bien o emplear una infraestructura escasa.
346. La competencia en el mercado se refiere a lo que hemos venido denominando libre competencia. De acuerdo con Wish y Bailey, un mercado competitivo implica el proceso de rivalidad entre los competidores con la finalidad de ganar la preferencia de los consumidores (2015, p. 4) y para lograr ello los ofertantes podrán a disposición del mercado, los demandantes, el mejor precio y la mejor calidad de los bienes que produzcan y servicios que ofrezcan. La competencia en el mercado implica un continuo esfuerzo de los competidores por alcanzar mayor presencia en el mercado o mantenerla; ya que concurren con otros que tienen la misma finalidad y se ven incentivados por el mismo objetivo: la preferencia de los usuarios o consumidores.
347. Escenario contrario es el que se presenta en un monopolio natural. Este tipo de mercado se organiza bajo el siguiente criterio económico: si la demanda total del mercado puede ser satisfecha a un menor costo por una sola empresa que por dos o más, se dice que el mercado es un monopolio natural (Posner, 1969, p. 548). Debido a la falta de competencia en el mercado, hemos ya señalado que el resultado puede ser que este sea ineficiente y, en ese contexto

se hace necesaria la presencia de un regulador que controle el precio, la calidad del servicio e incluso la entrada al mercado.

348. Ello no descarta que también existan factores asociados a un criterio social que justifiquen la existencia de un monopolio natural. Por ejemplo, se debe tener en cuenta las características ambientales y el grado de contaminación que puede resultar de duplicar una infraestructura. Si el costo social de duplicar la infraestructura es muy alto debido al grado en el que perjudica a la comunidad, podemos también señalar la existencia de un monopolio natural.
349. Debido a que no existe competencia en un monopolio natural, se hace “necesario introducir competencia en algún segmento de la de la prestación del servicio con la finalidad de la entrada de otros agentes económicos, así como también para asegurar la calidad, universalidad regularidad y continuidad del servicio” (Calderon, 2017, 24) a los consumidores. La idea anterior retrata la necesidad de introducir **la competencia por el mercado**.
350. La competencia por el mercado implica la rivalidad entre los agentes económicos para entrar a operar en un mercado. Esta teoría la propuso el economista Harold Demsetz quien señala que la competencia en el monopolio natural sería ineficiente, por lo que correspondía introducir la competencia por el derecho de ser el monopolista (Demsetz, 1996, p. 34). El autor propone que la manera de introducir la competencia por el mercado es a través de concursos en la que el Estado seleccione a la empresa más eficiente, la cual adquiera los derechos de operar en el monopolio.
351. El monopolista buscará operar en el mercado como si estuviera en una situación de competencia, para ello la actuación del regulador resulta esencial.
352. Ahora, para que este concurso pública tenga un resultado beneficioso para la sociedad; es decir, sea eficiente, Barrantes señala que deberán cumplirse dos condiciones: (i) garantizar la competencia a través de un factor o factores de competencia que permitan elegir al mejor postor; y (ii) un número de postores suficiente para que exista competencia en el concurso (2018, p. 35.) y así también disminuir el riesgo de colusión.
353. Sobre el primer punto, el factor de competencia es el principal elemento de evaluación que tome en cuenta el Estado para determinar al ganador de un concurso público, por lo que su delimitación por parte de la entidad de promoción de la inversión privada será determinante de cara a la elección del ganador del concurso. Esta será el que ofrezca la mejor oferta basado en la variable o variables de competencia.
354. El factor de competencia dependerá de los objetivos que persiga el Estado; por ejemplo, el monto de compensación por el otorgamiento del derecho de participar en el mercado, mayor acceso a los usuarios, menor precios de las tarifas, entre otros. Esto dependerá, como señalamos, de los intereses del

Estado, pero también de las características del servicio o infraestructura a concesionar.

355. En relación con el segundo elemento, resulta una característica inherente de un ambiente competitivo: una multiplicidad de competidores con la finalidad de que presenten ofertas más competitivas a favor del interés público y que se reduzca el riesgo de colusión entre estos,
- 356.** De acuerdo con Klein, un adecuado diseño del concurso implica que aquellos agentes que participen por operar en el mercado presenten la oferta más competitiva que puedan, ya quienes finalmente se verán beneficiados por dicha pugna ello serán los consumidores (1998, p.3.).
357. También se deben tomar en cuenta los principios de transparencia e igualdad a efectos del diseño del concurso público. Esto deben ser transversales al procedimiento de concurso y tienen como finalidad promover la participación de la mayor cantidad de postores y que no se favorezca a ninguno. En ese sentido, la transparencia e igualdad en un concurso debe apuntar a generar un ambiente de competencia legítima entre los postores, estando su promoción a cargo del Estado a través de la agencia de promoción de la inversión pública.
358. En atención a lo anterior, las características y especificaciones del concurso público no deben constituir barreras de entrada a los agentes económicos que busquen participar en el mercado. El diseño de la licitación debe apuntar a que participe la mayor cantidad de empresas para garantizar una competencia efectiva en el marco de la licitación.
359. En el presente caso, la Municipalidad Distrital de MP asumió el rol de agencia de promoción de la inversión privada en mérito de la delegación de competencias a través de la cual al Municipalidad Provincial de Urubamba le concedió la administración de la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – MP. En esa línea, la Municipalidad Distrital de MP consideró que el servicio de transporte turístico debía ser prestado por un único operador en la ruta en cuestión.
360. La Municipalidad Distrital de MP, al convocar a la licitación pública para prestar el servicio en la ruta optó por el modelo de competencia por el mercado, lo cual implica que dicha entidad haya considerado que no es posible que el mercado sea uno en competencia; es decir, que más de una empresa pueda prestar el servicio turístico. Cabe señalar que desconocemos si la Municipalidad Distrital realizó algún análisis económico que justifique la ruta haya sido prestada solo por una empresa; por lo que esta parece ser más una decisión política.
361. No contamos tampoco con la información para determinar en la actualidad si el servicio debía o no ser prestado en competencia. Sin perjuicio de ello, es importante considerar que el país atravesaba en la década de los noventa por el inicio de un proceso de desregulación, liberalización y privatización de las

actividades económicas, por lo que sí considero que la Municipalidad Distrital de MP debió realizar una evaluación para determinar las condiciones en las que se debía prestar el servicio de transporte en la ruta con la finalidad de determinar si se podía promover la competencia en algún nivel.

362. A pesar de lo anterior, resulta claro que la Municipalidad de MP optó por un modelo de competencia por el mercado, por lo que corresponde analizar en el siguiente punto si el diseño del concurso público a través del que le entregó el Derecho a CONSETTUR de participar como único operador de la ruta estuvo de acuerdo con las variables básicas que debe caracterizar a una licitación pública: competencia, transparencia e igualdad.

b. El diseño de la licitación para la concesión del servicio de transporte: norma empleada y variables de competencia.

363. Luego de que se liquidó la empresa municipal que tenía a cargo la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP, se presentó un vacío respecto cuál era su régimen jurídico y, al mismo tiempo, existía una necesidad por la continuidad del servicio de transporte debido a su importancia en la economía de la ciudad.
364. Con la urgencia de satisfacer dicha necesidad, la Municipalidad Distrital de MP optó por concesionar la ruta empleando el Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro y Prestación de Servicios No Personales aprobado mediante Decreto Supremo No. 065-85-PCM (en adelante, el “RUA”).
365. El RUA fue en su momento lo que hoy conocemos como la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que fue aprobada mediante Ley No. 30225 (TUO aprobado mediante Decreto Supremo No. 082-2019-EF) (en adelante, “Ley de Contrataciones”), incluso el RUA fue derogado por la primera versión de la Ley No. 26850 el 3 de agosto de 1997.
366. Ahora, de acuerdo con el artículo 1.1.1. del RUA, este tenía como finalidad la contrataciones de bienes y prestación de servicios no personales. Respecto de estos últimos, la norma señala en el artículo 1.2.1. que los servicios no personales se definen como aquella:

*“Actividad o trabajo que efectúa una persona natural o jurídica **ajena al organismo público que desea adquirir, a cambio de una retribución económica, para atender una necesidad intangible**. Se orienta a la producción, construcción, habilitación, funcionamiento, orientación, conservación, preservación u otros; se mide en y por sus efectos o resultados.*

367. En el ámbito civil se encuentra regulada la figura de Locación de Servicios que refleja lo que el RUA se recoge como Servicios No Personales. Así, en el artículo 1764 del Código Civil a manera de Locación de Servicios:

“Artículo 1764º.- Por la locación de servicios el locador se obliga, *sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.*”

368. Cabe señalar que la actual Ley de Contrataciones no define una figura de Servicios No Personales como lo hizo el RUA; sin embargo, para analizar su naturaleza el Tribunal del Servicio Civil suele remitirse a las definiciones contenidas en el RUA y Código Civil, así como la definición contenida en la Resolución Directoral No. 007-99-EF-76.01 que aprueba la “Directiva para la Programación, Formulación y Aprobación de los Presupuestos Institucionales de los Gobiernos Locales para el Año Fiscal 2000” del Ministerio de Economía y Finanzas que define la naturaleza de la Locación de Servicios como:

“Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución, sin que medie vínculo laboral. En el Sector Público dicho contrato se denomina Contrato de Servicios No Personales”

369. De acuerdo con lo anterior, los Servicios No Personales que recoge el RUA es una institución análoga a la figura de Locación de Servicios regulada en el Código Civil. Esta se caracteriza por ser una prestación de servicios en la que no existe subordinación entre la entidad contratante y el locador, el cual tiene independencia para realizar la prestación puntual que le ha sido encargada, respecto de la cual se espera un resultado que dé por concluida la prestación.
370. Lo más cercano a la figura de Servicios no Personales o Locación de Servicios en el ordenamiento actual de contrataciones públicas se puede identificar en el Reglamento de la Ley de Contrataciones aprobado mediante Decreto Supremo No. 344-2018-EF (en adelante, el “Reglamento de la LC”), en el que en su Anexo No. 01 señala lo siguiente:

“Servicio en general: Cualquier servicio que puede estar sujeto a resultados para considerar terminadas sus prestaciones.”

371. De lo anterior se desprende que el servicio al que se refiere el Reglamento de la LC es uno de Locación de Servicios o Servicios No Personal en tanto se refiere a la temporalidad de la prestación, la cual culmina con el resultado final.
372. De acuerdo con ello, el RUA, como norma de contratación con el Estado no resulta aplicable al régimen de concesión de obra o servicio públicos.

373. Ahora, la importancia de distinguir la figuración los Servicios No Personales es útil porque permite diferenciarlo del servicio de transporte que se prestaba en la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP.
374. La entrega del servicio de transporte den la ruta a un privado se constituyó como una concesión de la infraestructura pública para la prestación de un servicio a la comunidad.
375. En esa línea, una concesión de obra pública implica que se entrega al privado temporalmente la administración de la ruta para su explotación efectiva, librándose el Estado de prestar el servicio. Así, el encargo de la prestación de un servicio de esta naturaleza no se justifica en la satisfacción de una necesidad interna de la administración pública, sino de cara a la comunidad por las características que este servicio posee.
376. En atención a lo anterior, resulta aún más claro que el RUA no fue la norma adecuada para concesionar la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP, ya que no se trataba de la prestación de un Servicio No Personal, sino más bien, como demostraremos a continuación, se trataba de la concesión de una infraestructura de servicio público para su explotación.
377. Respecto de la naturaleza del servicio de transporte en la ruta, es importante revisar su caracterización a fin de determinar su constitución como un servicio público. Si bien nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición de servicio público, el Tribunal Constitucional ha recogido las principales características de esta figura en nuestro país a través de diferentes decisiones.
378. La sentencia que trazó el camino para línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional fue la recaída en el Expediente No. 034-2004-PI/TC del 15 de febrero de 2005 y, si bien fue emitida luego de que se concesionara el servicio de transporte en la ruta, la interpretación de Tribunal Constitucional se realiza a luces de la Constitución Política vigente en dicho momento y tiene como finalidad dotar de contenido a lo ya señalado en la norma máxima.
379. En esa línea, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente respecto de las características de un servicio público:

“De esta manera es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público [...]. Estos son:

a) Su naturaleza esencial para la comunidad.

b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.

c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad. d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.

Resulta relevante tomar en cuenta que hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas; y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado”.

380. De acuerdo con Danós, esta una caracterización de tipo material; sin embargo, para que una actividad económica sea considerada como un servicio público en el ordenamiento jurídico peruano, el autor señala que también es necesario el cumplimiento de un requisito formal referido a que el servicio público este señalado como tal en una norma con rango legal, de acuerdo con la exigencia del Tribunal Constitucional (2008, p. 258).

381. Si bien la característica de esencialidad es consustancial a un servicio público, de lo anterior se desprende que es el legislador el que, en atención a su juicio, determina que una actividad económica es servicio público debido a su carácter esencial para la comunidad.

382. Al respecto, el transporte público fue calificado como servicio público, y por lo tanto sujeto al tratamiento de dicho régimen mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo No. 758 publicado el 13 de noviembre de 1991 (vigente al momento de la concesión de la ruta) a través del que se Dictan Normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos (en adelante, el “Decreto Legislativo 758”) en el que se señala lo siguiente:

*“Artículo 2.- Para los efectos del presente Decreto Legislativo, el concepto de **obras públicas comprende, entre otras, obras de infraestructura de transportes**, saneamiento ambiental, energía, salud, educación, pesquería, telecomunicaciones, turismo, recreación e infraestructura urbana.*

*El concepto de **servicios públicos comprende, entre otros, transporte público**, saneamiento, telecomunicaciones, alumbrado público, así como servicios de educación salud y recreación.”*

383. De acuerdo con la norma citada, se calificó como obra pública a aquella infraestructura de transporte, como es la vía de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP a través de la que circulan vehículos de transporte terrestre, y considera como servicio público al transporte público.

384. En esa línea, el profesor Shimabukuro, señala respecto del Decreto Legislativo 758 que este fue un hito para el proceso de promoción de la inversión privada en el país en tanto “[estableció] las pautas generales aplicables a todas las obras de infraestructura y de servicios públicos que son susceptibles de ser otorgadas en concesión a favor de inversionistas privados, regulándose el proceso de promoción de la inversión privada, mediante licitaciones o

concursos de proyectos integrales. Para ello, determina qué actividades son catalogadas como obras públicas de infraestructura y cuáles son servicios públicos.” (2016, p.90).

385. Al respecto es importante señalar que para 1995 no se encontraba vigente una definición de transporte público o transporte privado; sin embargo, sobre su caracterización, López – Gómez, citando a la Sentencia C-981 de la Corte Constitucional Colombiana, señala que se diferencian de la siguiente manera: **“El elemento definitorio de la diferencia entre uno y otro tipo de transporte es que, en el público, una persona presta el servicio a otra, a cambio de una remuneración, al paso que en el privado, la persona se transporta, o transporta objetos, en vehículos de su propiedad o que ha contratado con terceros”** (2010).
386. En esa línea, la principal característica del transporte público es que este constituye precisamente un servicio a la comunidad que constituye una actividad económica; mientras que en el transporte privado se desarrolla en ámbito personal y no de cara a la ciudadanía.
387. Este criterio incluso ha sido recogido por el Reglamento Nacional de Administración de Transporte aprobado mediante Decreto Supremo No. 017-2009-MTC y publicado el 22 de abril de 2009:

“3.60 Servicio de Transporte Público : Servicio de transporte terrestre de personas, mercancías o mixto que es prestado por un transportista autorizado para dicho fin, a cambio de una contraprestación económica.

3.63 Servicio de Transporte Especial de Personas: Modalidad del servicio de transporte público de personas [...] se presta en el ámbito nacional bajo las modalidades de: transporte turístico, de trabajadores, de estudiantes [...]”

388. Si bien dicha norma se publicó mucho después de la concesión de la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP, es reflejo del concepto de transporte al servicio público como aquella actividad económica a disposición de la comunidad que se presta por un transportista.
389. Distinto es el caso del transporte privado en el que, por ejemplo el Reglamento de Transporte, lo define de la siguiente manera:

“Actividad de Transporte Privado : Es aquella que realiza una persona natural o jurídica **dedicada a una actividad o giro económico que no es el de transporte, con el que se satisface necesidades propias de la actividad o giro económico y sin que medie a cambio el pago de un flete [...]**”

390. El artículo anterior caracteriza al transporte privado en los mismos términos que la Corte Constitucional Colombiana que señala que es prestado en atención a

su propia movilización; es decir, con la finalidad de satisfacer su propia necesidad.

391. En esa línea, el transporte que se prestaba en la ruta en cuestión es de tipo público en tanto su prestación es de cara a la comunidad y con la finalidad de satisfacer la necesidad de transporte de los ciudadanos a cambio de una prestación económica.
392. Siendo la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP una saturada es que la Municipalidad Distrital de MP optó por concesionarla para la prestación del servicio de transporte público.
393. Además, es importante tener en cuenta que, si bien el servicio era prestado en el marco de una actividad turística, no se encontraba limitado únicamente a turistas, ya que el servicio de transporte era empleado también por comerciantes o guías que tenía la necesidad de subir de Aguas Calientes hasta la Ciudadela de MP para ejercer una actividad económica y no realizar turismo.
394. Sin perjuicio de lo anterior, el Decreto Legislativo 758 también señala que es una obra pública aquella infraestructura sobre la que se presta el **servicio de transporte**. Este servicio no puede ser otro que el transporte público, ya que, como hemos señalado, el transporte privado no es un servicio que se preste de cara al público. Resulta además importante señalar que la concesión no es una figura regulada en el RUA.
395. Ahora, la prestación de un servicio como el de transporte público requiere de infraestructura mediante la cual se preste dicho servicio. Ello se encuentra en armonía con el planteamiento de la licitación pública convocada por la Municipalidad Distrital de MP en la que se señala que el objetivo es la concesión de la ruta.
396. La concesión otorgada por la Municipalidad Distrital de MP es una de servicio público de transporte público. Si bien la licitación tiene como objeto la concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP, la realidad es que “la obra pública ha quedado desdibujada, absorbida por el servicio y prácticamente ha desaparecido como tal. La explotación de la obra se engloba en la explotación del servicio” (Ariño, 2009 , p. 16).
397. Es así que el fin primordial de la concesión de una infraestructura pública es que se explote y se preste el servicio público. Este criterio también se recoge en el Decreto Legislativo 758 que si bien al inicio pareciese hacer una distinción en concesión de infraestructura pública de servicio público, luego se refiere a que la concesión de obra implica la explotación del servicio:

“Artículo 1.- El presente Decreto Legislativo promueve la inversión privada en obras de infraestructura y/o de servicios públicos y regula su explotación, para cuyo efecto las entidades a que se refiere el artículo 3 podrán otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o

extranjerías, para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras de servicios públicos. La concesión de la obra implica la explotación del servicio.”

398. En ese sentido, la concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP se debió realizar en aplicación del Decreto Legislativo 758, el cual precisamente tenía como objeto promover la inversión privada.
399. El hecho de que la licitación de la ruta se haya realizado bajo el RUA y no en el marco de un proceso de licitación de servicio público representa un impacto en el diseño de la concesión. Ello es así porque el planteamiento de una licitación pública en el marco del RUA no toma en cuenta la naturaleza del servicio que se encarga al privado.
400. En esa línea, en el marco del diseño de una licitación para concesionar una obra pública, la entidad promotora de la inversión pública deberá tomar en cuenta que el fin de la concesión es la explotación del servicio de cara a la ciudadanía y que, por su esencialidad, debe cumplir con reglas para su prestación.
401. Al respecto, el profesor Huapaya señala que los servicios públicos, independiente de si son prestados por un privado o la administración, están sujetos a un “régimen especial de derecho público que garantice su regularidad, continuidad, y universalidad, pero abiertos a la competencia y a la inversión privada”. (2015, p. 69).
402. Así, si el diseño de la concesión está únicamente enfocando en el resultado del servicio, como usualmente sucede con la aplicación de una ley que regula la contratación pública, no tendrá en cuenta variables como las características de un servicio público. En esa línea, el diseño de la concesión de la ruta bajo análisis no tuvo en cuenta variables como la calidad del servicio de transporte, la continuidad de su prestación, la progresividad del servicio, una adecuada estructura tarifaria, entre otros.
403. Por ejemplo, el Decreto Legislativo 758 regula las siguientes obligaciones a cargo del concesionario:

“Artículo 31.- La etapa de explotación se sujetará al siguiente régimen:

[...]

b) La prestación del servicio se hará en forma continua, debiendo el concesionario:

I) Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, eliminando las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o riesgos excesivos, excepto cuando la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o urgente reparación; y,

II) Prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales debidas acaso fortuito o fuerza mayor.”

404. En esa línea, si bien la licitación pública tiene, entre otras, como finalidad la elección del mejor postor para que preste el servicio público, no debe dejarse de lado el hecho de que la concesión es una herramienta a través de la que se busca entregar el servicio a un privado debido a la importancia de que el servicio se preste de una determinada manera. Finalmente, el motivo por el que se concesiona a la inversión privada es porque se cree que este está en mejor posición de prestar un servicio que la administración pública considera de suma importancia.
405. Quitar este factor de la ecuación del diseño de la concesión tendrá como consecuencia que, a pesar de promover la competencia por el mercado, ni el resultado de la licitación pública ni de la concesión sea el esperado; es decir, que podría no alcanzarse un idóneo nivel de la prestación del servicio, lo que perjudicaría directamente al usuario.
406. Otra muestra de cómo pudo afectar la competencia por el mercado el hecho de que la licitación se haya convocado en base al RUA es que esta se publicó en el diario de circulación regional El Comercio del Cusco una vez el 2 de agosto de 1995⁶ lo que limitó su difusión a la región de Cusco. Por otro lado, el Decreto Legislativo 758 recoge la disposición de que la licitación pública debe ser publicada en el Diario Oficial El Peruano por dos días consecutivo con un intervalo de 30 días calendario entre el primer y segundo aviso:
- “Artículo 16.- La convocatoria a licitación pública o concurso de proyectos integrales deberá publicarse en el Diario Oficial "El Peruano", por dos días consecutivos, debiendo mediar entre la segunda publicación y la fecha límite para la presentación de la documentación requerida por las bases de la licitación o concurso, por lo menos treinta (30) días calendario.”*
407. Siendo El Peruano un diario de circulación nacional y que suele ser revisado por el sector empresarial en atención a las normas que se publican diariamente, la publicación de la licitación de la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP podía tener un mucho mayor alcance geográfica y temporalmente y así captar el interés de más inversionistas y con ello mayor competencia en la licitación.
408. Por el contrario, la única publicación que realizó la Municipalidad Distrital de MP en un diario de alcance regional podría haber restringido el número de participantes de la licitación y reducir la competencia.
409. En ese sentido, la importancia de usar la norma adecuada de concesiones no solo es una cuestión formal, sino que afecta directamente al diseño y resultado óptimo de la licitación pública y, en consecuencia, a la prestación del servicio público en favor de la comunidad.

⁶ De acuerdo con lo señalado por el Informe INC-UGM-IREN del IRENA el 20 de abril de 2005.

410. Sin perjuicio de lo anterior, es también importante analizar si ya licitación de la ruta en cuestión fue diseñada en atención los principios generales aplicables a un proceso de promoción de la inversión privada con la finalidad de promover la competencia dentro del concurso público. Tal como señalamos antes, la licitación de la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP se analizará principalmente en atención a los principios de publicidad y transparencia e igualdad de trato con la finalidad de promover la competencia por el mercado en el concurso público.
411. El principio de trato igualitario y no discriminación implica que todos los inversionistas o postores que se encuentren en circunstancias similares sean tratados de la misma manera por el Estado en el marco de la licitación pública. Así, de acuerdo con la OCDE en su publicación “Marco de Política para la Inversión”, un régimen libre y no discriminatorio tiende a ampliar el número de potenciales participantes con la finalidad de que actúen con eficiencia (2015, p. 24).
412. La aplicación de un trato igualitario incluso al momento de establecer las condiciones en las bases de la licitación pública, evitando con ello que se impongan requisitos que beneficien a una empresa sobre o que se asigne un puntaje arbitrario a ciertos requisitos sin una justificación objetiva.
413. Lo contrario implicaría la creación de reglas que impidan la participación de competidores sin atender ello a razones objetivas y, en consecuencia, se estaría generando una restricción arbitraria a la competencia y evitando que la mayor cantidad de postores compitan por el acceso al mercado.
414. Es así que aquellas condiciones o requisitos sobre los que se diseñe la licitación pública deben atender a criterios de generalidad y ser objetivos con la finalidad de no beneficiar a ningún agente económico sobre otro. Lo anterior promoverá la eliminación de las restricción para participar en el concurso público y maximizará la cantidad de competidores con la finalidad de garantizar una competencia efectiva por participar en el mercado.
415. Al respecto, el INDECOPI ha señalado sobre el principio de trato igualitario en la fase de diseño de la licitación lo siguiente:

“se recomienda adoptar las siguientes medidas que favorecerán la competencia en cualquier tipo de proceso de selección [...]: Evitar las restricciones a la participación de empresas entrantes favoreciendo a las empresas operadoras o establecidas. En particular, se debe restringir el uso de criterios en las licitaciones que privilegien a los operadores establecidos asignándoles, por ejemplo, una ponderación alta en la propuesta técnica que desincentive el ingreso de otros operadores” (2015, p.37)

416. De acuerdo con lo señalado por la agencia de competencia, los requisitos del concurso no deben implicar un trato preferente a aquellos agentes económicos que ya hayan prestado el servicio que se concede, ya que lo anterior pondría en una situación de desventaja a todos los otros postores. Lo anterior representa una grave afectación al proceso de competencia, ya que restringe la apertura a la participación de otras empresas y si es que participan, llegan a la licitación en una situación desfavorable de la empresa que ya prestaba el servicio y que “capitalizaría” dicha ventaja.
417. Así también, la licitación pública debe caracterizarse por ser transparente y pública. Dicho mandato se extiende a la publicación oportuna de los requisitos o condiciones de calificación, el modo de evaluación y la selección del ganador. Esto no solo garantiza un mayor alcance a potenciales inversionistas, sino que dota de probidad a la licitación es un indicador de la legitimidad del procedimiento.
418. En esa línea, la publicidad cumple, además de un importante papel en la promoción de la competencia, una función como medio de fiscalización a la administración pública.
419. Por tanto, corresponde analizar aquellas condiciones establecidas por la entidad municipal con la finalidad de determinar si promovieron la competencia dentro de la licitación.
420. Como se indicó en la primera parte del presente trabajo, la Municipalidad Distrital de MP estableció los requisitos a través de las Bases de la licitación para la concesión de la ruta que luego fueron determinantes para elegir al ganador del concurso público. En ese sentido, corresponde analizar aquellas condiciones establecidas por la entidad municipal con la finalidad de determinar si promovieron la competencia dentro de la licitación.
421. A continuación señalamos los aspectos de las licitaciones que considero pudieron afectar la competencia en la licitación de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP:
- i. Propiedad de vehículos: Este requisito favoreció a CONSETTUR, ya que el consorcio se encontraba conformado por empresas locales que ya habían prestado el servicio de transporte en la ruta con anterioridad a través de una autorización de circulación otorgada por la propia Municipalidad; por lo que contaban de manera anticipada con los vehículos que se exigía en las Bases.

A este requisito se le asignó un puntaje que, como otros, fue determinante para elegir al ganador de la licitación. De acuerdo con las Bases, el postor debía acreditar la propiedad de un mínimo de 15 y máximo 20 vehículos.

Al respecto, es importante señalar que CONSETTUR estaba conformado por la empresa municipal TRAMUSA (que antes fue EMUTRAN) y que aportó seis buses a la asociación.

Por otro lado, las otras dos empresas que conformaban el consorcio también contaban con vehículos como resultado de haber prestado antes el servicio en la misma ruta; el total que aportaban dichas empresas era nueve buses.

En total, las tres empresas sumaban en su propiedad un total de 15 vehículos (antes del concurso público) y postularon 16 a la licitación. Lo cual les otorgó un puntaje total de 240 puntos a comparación de Peru Hotel que presentó el máximo de 20 vehículos que se encontraban en compromiso y por los que se le calificó con 5 puntos por vehículo, obtenido un puntaje de tan solo 100 puntos, a pesar de tener una oferta superior.

Definitivamente el hecho de que el requisito de la cantidad de vehículos requiera que estos sean de propiedad del postor supuso una ventaja sobre el que ya venía prestando el servicio. En la práctica esto consistió en una ventaja a CONSETTUR que ya venía prestando el servicio respecto de Hotel Perú. Más aún porque CONSETTUR contaba con aquellos vehículos que eran activos de la empresa de la misma municipalidad que era a la vez la entidad licitante.

lo cual se agravó con la asignación del puntaje, ya la diferencia entre tener un vehículo en propiedad y uno en compromiso suponía una diferencia de 15 puntos por cada uno. La Municipalidad Distrital de MP no sustentó la amplia diferencia en el puntaje ni por qué se había asignado a cada uno dicha valoración.

- ii. Autorización de Circulación por Municipalidad: El comentario sobre este requisito es bastante similar al anterior, ya que su inclusión benefició al postor que ya contaba con dicho título habilitante, en tanto venía prestando el servicio de transporte en la misma ruta antes de la convocatoria.

Como hemos señalado, CONSETTUR se encontraba conformado por empresas locales de transporte que ya habían prestado el servicio en la ruta, mientras que Hotel Perú, al no haber participado antes en el mercado aún mantenía en trámite de la autorización. Siendo que solo un número reducido de empresas contaban con dicha autorización, sino eran únicamente las empresas que conformaban CONSETTUR, este requisito representó una restricción en la licitación que puso en desventaja a todos los otros postores.

Además, es importante tener en cuenta que la entidad encargada de entregar dicha autorización era la misma Municipalidad de MP, cuya empresa municipal formaba parte de uno de los postores. En esa línea, pudo también existir un interés por parte de la entidad de que el postor en

el que participaba su empresa capitalizara la ventaja de ser el único que contara con la autorización de circulación.

En relación con los puntajes, la empresa que contaba con la autorización obtenía un puntaje de 100 puntos; mientras que la empresa que la tenía en trámite obtenía 50 puntos, siendo la diferencia de 50 puntos.

- iii. Experiencia en el Servicio: Este requisito también representó una limitación a la competencia y captación de inversores, ya que su inclusión no respondía a una razón suficiente y objetiva a efectos de la concesión de la administración de la ruta.

Esto porque el servicio de transporte que se prestaba en la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP era un transporte público general que no requería de particularidades que justifiquen que solo debiera prestar una empresa con experiencia en el transporte turístico.

La inclusión de este requisito impactó también de forma negativa en la asignación de puntaje a ambas empresas. Mientras que a CONSETTUR se le asignó 100 puntos por contar con experiencia en la prestación de transporte turístico, Hotel Perú obtuvo 50 puntos por únicamente acreditar experiencia en el mercado de turismo.

No negamos que es importante contar con una empresa que tenga experiencia en el mercado cuando este es sumamente especializado, Así, por ejemplo, en el mercado portuario usualmente se requiere que una de las empresas que conforme el consorcio tenga experiencia en el mercado de obras de infraestructura portuaria y/o operando dicha infraestructura; sin embargo, esto se justifica debido a la particularidad y alto nivel técnico del mercado.

Distinto es el caso de la ruta concesionada, ya que esta únicamente consistía en el transporte de un punto a otros por un lapso de aproximadamente 30 minutos. En esa línea, la inclusión del requisito de experiencia en el transporte turístico representaba una ventaja respecto de la empresa que ya venía prestando dicho servicio; es decir, CONSETTUR.

- iv. Propuesta económica: Respecto de este requisito, es importante señalar que, como en los anteriores, tampoco se justificó la asignación del puntaje, a pesar de que era una de las variables más importantes de la licitación ya que es la retribución por la explotación de la concesión en favor del Estado.

Si bien de las Bases no se desprende un factor de competencia, de la revisión del diseño de la licitación se desprende que la Municipalidad de MP consideró a este uno de los requisitos más importantes, que incluso debía ser entregado en un sobre aparte para ser evaluado luego de todos los demás requisitos. Sin embargo, la Municipalidad de MP le otorgó un

puntaje no solo arbitrario, sino que no se justifica con la importancia que la misma entidad reconoce respecto de la propuesta económica.

Al respecto, la Municipalidad otorgó un punto por cada 1000 dólares invertidos, coincidentemente en el único rubro en el que Hotel Perú había ofrecido una propuesta más atractiva. Así, CONSETTUR que había ofrecido \$ 72,000.00 obtuvo 72 puntos, mientras que Hotel Perú ofreció \$ 100,000.00 y obtuvo 100 puntos; sin embargo esto no fue suficiente para compensar los puntos que no obtuvo en los otros requisitos.

422. Lo anterior demuestra que la Municipalidad de MP diseñó una licitación pública cuyos requisitos representaban una ventaja para CONSETTUR en tanto las empresas que la conformaban, y especialmente la empresa municipal TRAMUSA, brindaban el servicio en la ruta que se estaba concesionando y tenía una facilidad respecto a su relación con la entidad licitante.
423. Esto no solo condujo a una situación de ventaja dentro de la licitación a favor de CONSETTUR, sino que también representó una limitación respecto de aquellos inversionistas que pudieron haber evaluado una potencial participación en la licitación pero que; por ejemplo, no podían arriesgarse a comprar 15 vehículos para prestar el servicio o no tenían la Autorización de Circulación entregada por la Municipalidad de MP.
424. Asimismo, una licitación de este tipo no solo debe ser transparente e imparcial, sino que también debe parecerse con la finalidad de no desincentivar la participación de inversionistas. En ese sentido, la participación de un postor conformado por una empresa municipal podría haber generado sospechas en el sector privado respecto de la imparcialidad del concurso.
425. Más adelante revisaremos como es que la participación de EMUTRAN pudo haber afectado también la transparencia y probidad de la licitación pública.
426. Por otro lado, y por si ello no fuera suficiente, los puntajes asignados a cada rubro evaluado también afectaron la competencia de la licitación, ya que no se encontraban justificados por razones objetivas. Por el contrario, su determinación apuntó a favorecer a la empresa que se encontraba en una situación más ventajosa por haber prestado antes el servicio de transporte: contaba con la propiedad de los vehículos requeridos, la autorización de circulación, entre otros.
427. Es importante también señalar que el puntaje asignado a cada rubro no fue conocido hasta la fecha en la que se abrieron los sobres y se evaluaron las propuestas presentadas el 31 de agosto de 1995. Así, el puntaje previsto por cada requisito ni la metodología de evaluación fue señalada oportunamente. En las Bases se limitó a señalar que el ganador de la licitación sería el que ofreciera una mejor propuesta.

428. Esto también afectó la transparencia y competitividad de la licitación, ya que de haberse conocido previamente a la presentación de las propuestas la metodología de evaluación, criterios y puntaje, los postores hubieran presentado propuestas más competitivas con la finalidad de obtener un mejor puntaje y así tener mayores posibilidad de obtener la concesión. Esto responde a la necesidad de conocer con anticipación y oportunidad la reglas bajo las cuales se regirá el concurso público.
429. Sin embargo, en este caso se conoció la determinación del puntaje al momento de la evaluación. Al respecto, resulta anecdótico que los supuestos de puntaje por cada rubro casi siempre se adaptaron o distribuyeron al supuesto en el que se encontraban los dos postores que permanecieron en el concurso.
430. Por ejemplo, respecto del requisito de vehículos, el puntaje fue asignado para un supuesto en propiedad y otro en compromiso, lo que cual es aplicable precisamente a CONSETTUR y Hotel Perú respectivamente. Esto también sucede con la autorización de circulación municipal; dentro del requisito se dividió entre la empresa que tenía el permiso y la que aún lo estaba tramitando.
431. Si de por sí la inclusión de dichos requisitos resulta cuestionable por representar una ventaja para la empresa que ya prestaba el servicio, el no publicar la metodología de evaluación ni la asignación de puntaje resto garantía a que la evaluación se encuentre sujeta a una calificación imparcial y, por lo tanto, que se elija a la mejor oferta técnica y económica.
432. No es menos importante señalar que la transparencia y probidad de la licitación pública se vieron opacadas por la presencia de funcionarios públicos de la Municipalidad de MP que conformaron el Comité de Adjudicaciones y que ejercían al mismo tiempo cargos de dirección en CONSETTUR y TRAMUSA.
433. Si bien no es posible asegurar una actuación irregular respecto de la entrega de la ruta a CONSETTUR, el diseño de una concesión debe tener como una de sus principales características la transparencia y publicidad con la finalidad de que no exista ningún cuestionamiento respecto de su legitimidad y probidad. En ese sentido, se debe evitar cualquier hecho que ponga en duda la integridad y moralidad del concurso.
434. Sin embargo, la presencia de funcionarios públicos de la Municipalidad de MP que además formaban parte del Comité de Adjudicaciones en puestos de la dirección de CONSETTUR y TRAMUSA es un hecho, cuando menos, cuestionable.
435. Incluso este hecho fue advertido por el representante de una de las empresas descalificadas cuando se realizó la apertura de sobres y evaluación de propuestas, quien solicitó que se incluya en el Acta de Recepción del 31 de agosto de 1995 que el señor Raúl Sanchez Soto era regidor de la Municipalidad de MP y al mismo tiempo era representante de CONSETTUR la cual estaba

conformada por EMUTRAN (empresa municipal), por lo que estaría impedida de participar en atención al artículo 3.2.2 del RUA.

436. El conflicto de interés en el marco de la licitación pública por la administración de la ruta se puede apreciar a continuación:

Persona	Cargos
Raúl Sánchez Soto	Regidor en la Municipalidad Distrital de MP
	Representante de CONSETTUR
	Presidente del Directorio de EMUTRAN.

437. De lo anterior, se puede observar que Raúl Sánchez Soto era regidor en la Municipalidad Distrital de MP; es decir, ocupaba un cargo importante en la entidad licitante y, al mismo tiempo, se desempeñaba como presidente del directorio de EMUTRAN y fue representante CONSETTUR al constituir el consorcio.
438. Esto constituyó un conflicto de interés, ya que se podría interpretarse que el señor Raúl Sánchez Soto tiene un interés directo en que **el consorcio que representa y que se encuentra conformado por la empresa municipal de la que es presidente** obtenga un resultado favorable en la licitación pública; sin embargo, en paralelo, en su función de regidor de la Municipalidad de MP debe velar por el uso adecuado de los recursos públicas y desempeñar funciones de fiscalización de la gestión municipal.
439. El juicio para ejercer dicha función de manera independiente puede entra en conflicto al enfrentar su interés privado y el que inviste a su cargo público.
440. Otro caso es el del señor Guillermo Cuso Untama, quien se desempeñaba como alcalde la Municipalidad de MP y al mismo tiempo era presidente de la junta empresarial de EMUTRAN:

Persona	Cargos
Guillermo Cusi Untama	Alcalde en la Municipalidad Distrital de MP
	Presidente de la Junta Empresarial de EMUTRAN

441. Así como en el caso anterior, es cuestionable también que la máxima autoridad de la entidad pública licitante sea al mismo tiempo parte de una empresa que participa en la licitación, aunque sea de manera indirecta, a través de un consorcio.
442. Este hecho también puede entenderse como un conflicto de interés, ya que el alcalde tiene, entre sus principales funciones garantizar los derechos e intereses de la comunidad, gestionar los recursos locales, etcétera.

443. Mientras que, por otro lado, como presidente de la junta de EMUTRAN, el señor Cusi Untama tiene un interés de que gane el CONSETTUR, en tanto la empresa que preside es parte del consorcio. El enfrentamiento de estos intereses (privado y público) puede entrar en conflicto y, en consecuencia, afectar el desempeño de su función pública y el resultado de la licitación.
444. Si bien el alcalde no es parte del proceso de evaluación de la licitación de la ruta, es importante tener en cuenta el poder político que su cargo ostenta y la capacidad de influencia que puede tener respecto de los miembros del Comité de Adjudicaciones u otros funcionarios públicos que se encuentren involucrados en el proceso (por ejemplo, aquel funcionario que tramita el permiso de circulación vehicular).
445. Asimismo, no es menor relevante señalar que Guillermo Cusi Untama, en su calidad de alcalde de la Municipalidad de MP fue el que suscribió a través de la Resolución de Alcaldía No. 025-95-A-MDM/U del 1 de setiembre de 1995 los resultados de la licitación pública contenido en el Dictamen No. 01-95-CA-MDM en el que se asignaron los puntajes a cada postor y dio como ganador a CONSETTUR.
446. Si bien el señor Guillermo Cusi Untama no formó parte del Comité de Adjudicaciones de la licitación, este sí aprobó la decisión de este ente y, además, otorgó la buena pro a CONSETTUR como consecuencia de dicha evaluación.
447. En ese sentido, a pesar de que el alcalde no tenía un injerencia directa en la decisión sobre la elección del postor ganador, sí tenía una importante influencia política dentro de la entidad, además de que lo anterior también pudo resultar incompatible con la fiscalización que este pueda realizar de la labor de los funcionarios que sí conformaron el Comité.
448. Con ello no decimos que efectivamente sucedieron actos irregulares como tales, es algo que no es posible asegurar; sin embargo, sí resulta cuestionable y le resta legitimidad a la licitación que la Municipalidad de MP participe como licitante y postora de manera indirecta a través de CONSETTUR.
449. Finalmente, considero que el siguiente es el supuesto en el que es más evidente el conflicto de interés, ya que en el señor Julio Quispe Acurio se desempeñaba como juez y parte en el marco de la licitación pública:

Persona	Cargos
Julio Quispe Acurio	Miembro del Directorio EMUTRAN
	Regidor en la Municipalidad Distrital de MP
	Miembro del Comité de Adjudicaciones

450. Por un lado, el señor Julio Quispe Acurio, junto con otros dos miembros, fue parte del Comité de Adjudicaciones de la licitación; es decir, tenía a su cargo la

evaluación de las propuestas, calificarlas y de la determinación del ganador del concurso público; mientras que, por otro lado, también era parte del directorio de EMUTRAN, empresa municipal que formaba parte de CONSETTUR.

451. De lo anterior se desprende que el señor Quispe Acurio formó parte de manera indirecta del postor que será calificado por él mismo. Esto resulta contrario a los principios de transparencia, imparcialidad e igualdad, ya que la intervención del señor Quispe Acurio como parte licitante y como postor tenía la capacidad de repercutir negativamente en el proceso de licitación debido al conflicto de interés que representaba.
452. El conflicto de interés no solo existe en tanto el señor Quispe Acurio era parte del Comité de Adjudicaciones y al mismo tiempo parte del directorio de EMUTRAN, sino que, además, en su calidad de representante de la municipalidad en el Comité de Adjudicaciones debía determinar la idoneidad de la propuesta de CONSETTUR que se encontraba conformado por la empresa municipal.
453. En esa línea, la licitación estuvo oscurecida por una serie de irregularidades que afectaron la legitimidad del proceso. De acuerdo con el artículo 1.1.2. del RUA, los principios que caracterizan a los procesos de selección son, entre otros, los siguientes:

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

[...]

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.”

454. En atención a lo anterior, un proceso de licitación debe tener, en la medida de lo posible, un trato igualitario con los postores; sin embargo, la Municipalidad Distrital de MP vulneró dicho principio al diseñar una licitación que terminó favoreciendo al postor que venía prestando el servicio de transporte en la ruta y que estaba constituido por una empresa
455. Por otro lado, el principio de moralidad engloba, entre otros, los principios de transparencia, probidad y, en general, actuar de acuerdo con los compromisos y valores socialmente aceptados así como las obligaciones que adopte cada individuo en el marco de una comunidad y que permiten vivir en sociedad.

456. Este principio también fue vulnerado, ya que el procedimiento no fue lo suficientemente transparente respecto de las reglas bajo las cuales se realizaría la evaluación de las propuestas, así como las irregularidades identificadas respecto a la participación de funcionarios públicos de alto cargo en la Municipalidad de MP (alcalde y regidores, e incluso en posición de decisión sobre la licitación) quienes, a su vez, ejercían el rol de director o presidente del postor ganador.
457. De lo analizado en esta sección, es un hecho que CONSETTUR estuvo beneficiado por las distintas circunstancias que hemos descrito y el resultado de la licitación pudo no haber consecuencia de la elección del mejor postor. Que CONSETTUR haya estado en una constante situación de ventaja en el marco de la licitación, tuvo como consecuencia que otros potenciales inversionistas estuvieran en una situación de desventaja.
458. En conclusión, considero que el procedimiento no cumplió con los principios de transparencia, igualdad y probidad desde la determinación de los requisitos de participación, evaluación y selección del ganador. Hemos explicado que esto llevó a una reducción de la competencia respecto de los potenciales postores y también dentro de la licitación, lo cual repercutió negativamente frente a los usuarios.
459. En la primera parte señalamos la importancia de la competencia y que su fin último es el bienestar del consumidor. Cuando trasladamos esa idea al marco del proceso de licitación, encontramos un resultado idéntico: la falta de competencia perjudica al usuario del servicio de transporte y a la comunidad en general ya que no opera en el mercado la empresa más eficiente; es decir, la que ofrece mejor calidad a menor precio.
460. Un proceso de licitación tiene como finalidad elegir al mejor postor para explotar, usualmente, un recurso o infraestructura escasa; sin embargo, cuando se altera el proceso a través el cual se determina al ganador se suele distorsionar un elemento inherente y esencial: la competencia. En concreto, si las Bases, que tienen como finalidad la atracción de la inversión privada, no presentan las condiciones de competencia adecuada, pueden fallar en su objetivo: transparencia y competencia.
461. La competencia es la pugna por el mejor y su distorsión tiene como consecuencia que no sea elegido precisamente quien está en mejor posición para prestar el servicio. En ese sentido, la alteración de la competencia en la licitación de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP en realidad repercutió de manera negativa a los usuarios.

c. La necesidad de una adecuada regulación de tarifas y supervisión de la calidad en la prestación del servicio.

462. Hemos ya señalado que el servicio de transporte en la ruta de Aguas Calientes – Machu Picchu – Ciudadela de MP era considerado un mercado monopólico

por la Municipalidad Distrital de MP y, siendo una ruta saturada, decidió concesionarlo a un solo operador. Debido a las características de monopolio del mercado, la Municipalidad de MP optó por establecer una especie de fijación tarifaria.

463. En esa línea, la Municipalidad de MP señaló en las Bases que el ganador de la licitación pública se comprometía a no variar las tarifas que al momento del concurso se encontraban vigentes; sin embargo, no se dejó constancia de cuáles eran ni cómo se había determinado el monto de la tarifa.
464. En las Bases que rigieron la licitación pública se señalaba lo siguiente respecto al monto de la tarifa que debía cobrar el ganador de la licitación:

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.

465. De acuerdo con lo anterior, el concesionario estaba impedido de modificar las tarifas, siendo la Municipalidad de MP la única que podía cambiar dicho monto, en coordinación con las instituciones correspondientes. En ese sentido, al Municipalidad de MP asumió de cierta manera, por un lado, un rol de “supervisor” de tarifas para que estas no modifiquen y, por otro, de “regulador”, en tanto únicamente dicha entidad podía modificarla. Sin embargo, como veremos a continuación, esto no sucedió en la práctica.
466. Es importante señalar que lo dispuesto en las Bases sí resultaba vinculante al concesionario de acuerdo con lo señalado en el mismo documento:

VII.- DEL CONTRATO.

a).- El postor favorecido con la Buena Pró. quedará obligado a suscribir el contrato respectivo dentro de los 05 días útiles de haber recibido la comunicación. De no hacerlo perderá su derecho.

b).- El postor que pierda su opción quedará fuera de la licitación, quedando expedito el segundo postor para suscribir el contrato respectivo.

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

467. De acuerdo con el literal “c” del artículo VII de las Bases, estas formaban parte del contrato, así como los demás documentos de la licitación. Esta documentación forma parte del vínculo contractual y, en ese sentido, no solo son un instrumento de interpretación, sino que exigibles a las partes.

468. Asimismo, de acuerdo con el artículo 1.5.4. del RUA, la norma marco empleada por la Municipalidad de MP para la licitación pública, las bases administrativas son de aplicación obligatoria por parte del organismo público y los postores, así como para el contrato de concesión:

“Artículo 1.5.4.- Las Bases Administrativas son de aplicación obligatoria por el organismo público, por los postores intervinientes y para elaborar el contrato definitivo.”

469. Del artículo citado, se desprende que la voluntad de la norma era que las bases administrativas sean parte del contrato de concesión debido a su importancia, siendo este documento el que contiene los cimientos del proyecto en concesión. En ese sentido, el postor ganador que suscribe el contrato se encuentra obligado por lo dispuesto en las bases administrativas.
470. Respecto del tratamiento de las tarifas en el marco de la licitación, hemos señalado que su introducción en las Bases se justifica debido a la posición monopólica que ocuparía el concedente como único prestador del servicio de transporte en la ruta y, en consecuencia, ante la ausencia de competencia. Sin embargo, es importante anotar que el criterio de menor precio de la tarifa no fue un factor de competencia para elegir al ganador del concurso.
471. El menor índice tarifario es un factor de competencia que suele ser empleado para determinar al postor que puede prestar el servicio de manera más eficiente. Así, la elección del factor de competencia responde a las necesidades del Estado y la particularidad de la concesión, siendo esta una decisión de la entidad convocante y responde a la pregunta de qué prioriza el Estado en el marco de la licitación.
472. Siendo ello así, la elección de la mayor retribución al Estado a manera de factor de competencia, como en el caso de la licitación de la ruta de Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de MP responde a una política asociada a mejorar la situación económica del Estado (municipio); mientras que el menor índice tarifario tiene un enfoque en línea con el bienestar del usuario del servicio.
473. Además, la inclusión de la menor tarifa como factor de competencia también se encuentra asociada a la eficiencia en la operación de la infraestructura, ya que, con la finalidad de maximizar su ganancia, el concesionario buscará ser más eficiente y así reducir sus costos. En esa línea, el empleo de la tarifa como un factor de competencia tiene distintos beneficios de cara al bienestar del consumidor; sin embargo, este no fue empleado en la concesión.
474. Ahora, casi todas las categorías tarifarias fueron modificadas en dos oportunidades desde la entrega de la concesión en 1998 hasta la presentación de la denuncia en 2005, excepto por la tarifa aplicable al rubro de “Estudiante CEATEC S/B”.

475. Como señalamos antes, de acuerdo con las Bases, las tarifas no eran inmodificables, sino que estas únicamente podían ser variadas por la Municipalidad de MP y no unilateralmente por CONSETTUR; sin embargo, de acuerdo con la información remitida en el procedimiento, conocemos que la Municipalidad no participó en ninguno de los dos aumentos tarifarios.

476. Respecto de la modificación de 1999, a través del Oficio No. 009-2001-MDM-LA del 19 de abril de 2001, la Municipalidad de MP señaló al INDECOPI que no intervino en la modificación de tarifas de 1999. En ese sentido, la Municipalidad de MP indicó lo siguiente:

“El aumento de tarifas dispuesto por CONSETTUR MACHUPICCHU S.A.C., no fue coordinado con la Municipalidad Distrital de Machupicchu, por tanto no existe documentación alguna al respecto”

477. En la misma línea, de acuerdo con un escrito presentado por CONSETTUR de fecha 8 de enero del 2000 en respuesta a un requerimiento de INDECOPI, señala lo siguiente respecto a la modificación de tarifas de 1999:

“Debo de hacer de su conocimiento que la empresa que represento desde el año 1995 hasta diciembre del año de 1999, no ha realizado incremento alguno en el costo del pasaje, y es en Diciembre del mismo año, que recién por acuerdo de Directorio, se incremente el precio del mismo de SEIS a NUEVE dólares americanos [...]”

478. En relación con la modificación de las tarifas para el año 2005, a través de la Carta No. 94-GG-2004 del 30 de diciembre de 2004 en respuesta a AATC, CONSETTUR señala lo siguiente sobre la modificación tarifaria:

“Con relación a nuestras tarifas para el año 2005 mi representada deja expresa constancia que estas se encuentran INALTERABLES, a excepción de TURISTA EXTRANJERO que serpa de \$12.00 Dólares y por decisión de las instancias de mi representada ha rebajado el pasaje Residente Cusqueño [...]”

479. De acuerdo con lo anterior, a través del Oficio No. 148-A-MDM-2006 del 21 de abril de 2006, la Municipalidad de MP señala en respuesta a un requerimiento del INDECOPI lo siguiente respecto a la determinación de las tarifas:

“El Municipio de Machupicchu ni regula precios del servicio de transporte; sin embargo, se tiene conocimiento que el DIRCETUR tiene convenios suscritos con la Empresa concesionaria para establecer tarifas especiales y preferenciales [...]”

480. Así, se entiende que la Municipalidad de MP no solo no modificó las tarifas, siendo la única habilitada para hacerlo de acuerdo con las Bases, sino que tampoco estuvo involucrada en ninguno de las dos variaciones de tarifa correspondientes a los años 1999 y 2005.

481. Cabe señalar que CONSETTUR realizó una tercera modificación de las tarifas de acuerdo con el Oficio 0110-2008/GG-CONSETTUR del 7 de mayo de 2008 en el que señala lo siguiente:

“[...] ante el incremento del precio de los combustibles, aceites, lubricantes e insumos, que se han registrado en los últimos años, los mismos que se encarecen los costos de operaciones, el Consorcio de empresas CONSETTUR MACHUPICCHU SAC, después 5 años, se ve obligado a incrementar las tarifas de servicio de transporte, de Machupicchu Pueblo al Santuario [...]”

482. Tal como se puede apreciar, CONSETTUR modificó hasta en tres oportunidades el tarifario de manera unilateral sin que medie autorización ni intervención de la Municipalidad de MP. Lo anterior es contrario a las Bases y, por lo tanto, a las obligaciones a las que se comprometió con la entrega de la concesión de la ruta.
483. Sin embargo, y a pesar de que CONSETTUR incrementaba periódicamente las tarifas indebidamente, la Municipalidad de MP nunca cuestionó su actuación ni el incumplimiento contractual de las obligaciones de CONSETTUR que debió llevar a declarar la resolución del contrato de concesión.
484. Esto resulta aún más cuestionable considerando que la Municipal de MP se veía beneficiada de las ganancias de la prestación del servicio de la ruta, ya que participaba indirectamente de esta a través de la empresa TRAMUSA, la cual era parte de CONSETTUR.
485. Nuevamente se identifica la existencia de un conflicto de interés, ya que la Municipalidad de MP, al participar en la operación de la ruta, también percibía utilidades a través de TRAMUSA y al mismo tiempo debía supervisar la prestación del servicio a cargo de la empresa de la que era parte.

• **CONCLUSIONES:**

486. Ante la ausencia de competencia en el mercado, corresponde la elección de un modelo de competencia por el mercado acompañado del instrumento de la regulación económica. Esto con la finalidad de que el monopolista no abuse de su posición en el mercado.
487. La licitación pública para la concesión de la ruta no fue diseñada en condiciones que promuevan la competencia y con la finalidad de convocar a la mayor cantidad de postores y así que incremente la “rivalidad” entre estos para presentar una mejor oferta ante la entidad licitante. En ese sentido, la Municipalidad de MP impuso una serie de restricciones que desincentivó y limitó la participación de más postores.

488. Estas restricciones supusieron finalmente una ventaja para CONSETTUR, que ya venía prestando el servicio y además se encontraba conformado por la empresa municipal de transporte. Esto se desprende al calificación para postor en el que el criterio de asignación de puntos beneficio de manera contundente a CONSETTUR.
489. Esto ocasionó también que se presentaran una serie de conflictos de interés en el marco de la licitación pública, ya que distintos funcionarios públicos de la municipalidad ostentaban cargos importantes, tanto de dirección como representación en CONSETTUR y EMUTRAN.
490. Finalmente, y a pesar de que la Municipalidad de MP contaba con la facultad de controlar la modificación de las tarifas, en ningún momento ejerció dicha función, ni tampoco supervisó el incremento tarifario que unilateralmente había realizado CONSETTUR. Esta falta de regulación fue el principal componente para que CONSETTUR ejerciera su poder monopólico de manera indiscriminada y en perjuicio directo de los consumidores.

V. CONCLUSIONES GENERALES

491. El modelo económico constitucional es el de la economía social de mercado, a través del que se garantiza el ejercicio de las libertades económicas en armonía con el interés social. En una economía de mercado se reconoce la dinámica de la competencia como la vía a través de la cual se alcanza la riqueza, ya que es a través de esta que se realiza el intercambio económico entre los agentes que participan del mercado.
492. En ese sentido, este modelo rechaza las prácticas controladoras del Estado. En una economía de mercado se reconoce que las fuerzas de la oferta y la demanda organizan el intercambio económico a través del sistema de precios. Este mecanismo traslada información continuamente entre los distintos agentes en el mercado, los cuales toman decisiones individuales en atención a la información que receptionan del mercado.
493. El sistema de precios funciona como una mecanismo de auto organización del mercado, por lo tanto la fijación de precios es incompatible con su dinámica. En ese sentido, en el país se encuentra prohibida la fijación administrativa, directa o indirecta, de precios.
494. La política de competencia en el país tiene como finalidad precisamente ser el medio a través del que se desarrolla la libre competencia, la cual organiza y tutela lo que hemos llamado proceso competitivo. A través de este se alcanza el bienestar económico, incluido el bienestar del consumidor.
495. En ese sentido, a través de la política de competencia se persiguen y corrigen aquellas conductas que tienen como efecto el daño al proceso competitivo a través de la exclusión ilegítima de los competidores. Por el contrario, la política

de competencia no alcanza en su ámbito de aplicación a aquellas conductas con efecto explotativo.

496. Es por ello que las conductas de abuso de posición de dominio de efecto explotativo no son sancionables a luces de la política de competencia. En esa línea, la conducta imputada a CONSETTUR, al incidir directamente en el excedente del consumidor, no se encuentra sancionada por el DL 701 ni tampoco por la LRCA. Más aún porque la redacción de esta no dejó espacio a interpretar que la autoridad de competencia únicamente podía resolver sobre conductas que tengan un efecto exclusorio en el mercado.
497. El incremento de las tarifas por parte de CONSETTUR no era una situación que se debía resolver a través de la política de competencia, sino que, al tratarse de un monopolio, esto debió ser atendido desde la regulación económica; sin embargo, la Municipalidad de MP nunca ejerció la facultad regulatoria que le fue otorgada en el marco de la concesión.
498. El diseño de la licitación para la ruta no promovió la competencia y, más bien, supuso una restricción para la participación de más postores, ya que la Municipalidad de MP no planteó adecuadamente elementos determinar como el factor de competencia; atractivo económico para el futuro operador, entre otras variables.
499. Esto se trasladó también a la etapa de calificación, ya que el diseño de la licitación terminó beneficiando a CONSETTUR, el cual cumplía coincidentemente con cada observación de Municipalidad de MP respecto de cada criterio a calificar. Así, sumó una considerable ventaja respecto del otro único postor de la licitación y le fue otorgada la operación de la ruta. Finalmente, el perjudicado ante la cuestionable actuación de la Municipalidad de MP fue el usuario del servicio.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Bullard, A. (2001). El Indecopi: ¿Por qué no es un organismo regulador? *Advocatus*, 251-259.
- Collins, W. H., & Bork, R. (1979). The antitrust paradox: a policy at war with itself. *Southern Economic Journal*, 45(4), 1309. <https://doi.org/10.2307/1056981>
- Coloma, G. (2002). *Defensa de la competencia. Análisis económico comparado*. (1.a ed.). Editorial Ciudad Argentina.
- Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables? | *Revista de Derecho Administrativo*. (s. f.). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14010>

- Galbraith, J. K. (2021). ¿Qué es la economía? una disciplina política para el mundo real. *Revista de economía institucional*, 24(46), 3-25. <https://doi.org/10.18601/01245996.v24n46.0>
- Gómez, A. F. L. (2021). El servicio privado de transporte: una propuesta de reinterpretación. *Revista Derecho del Estado*, 51, 261-311. <https://doi.org/10.18601/01229893.n51.0>
- Gonzalez, A. B. (1994, 15 noviembre). Los monopolios en la Constitución entre el mito y la verdad. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/1427>
- González, A. B. (1997, 1 marzo). ¿ Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11724>
- Gregory, M., N. (2004). *Principios de economía* (4.a ed.). Thomson Editores Spain.
- Kresalka, B., & Ochoa, C. (2019). *Derecho Constitucional Económico* (1.a ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Lilley, Walter y James C. Miller (1977), "The New 'Social Regulation'". *The Public Interest*, N°. 47.
- Licetti, M. M. (2007, 28 abril). La necesidad de tomar nuevos rumbos en la aplicación de políticas de competencia en el Perú: a propósito de las prácticas anticompetitivas de precios. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17212>
- Motta, M. (s. f.). *Política de competencia. Teoría y práctica*. (2018.a ed.). FCE, UNAM, COFECE, CIDE.
- ORCID. (s. f.). <https://orcid.org/0000-0002-8901-1026>
- Ordóñez, J. E. D. (2008). El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana. DOAJ (DOAJ: Directory of Open Access Journals). <https://doaj.org/article/4d04435c3fe647baa35bc81095b7aad>
- Pineda, J. A. S. (2015). La protección al consumidor como finalidad primordial de la defensa de la competencia: la experiencia de los Estados Unidos, la Unión Europea y Colombia. *Díkaion*, 23(2), 351-421. <https://doi.org/10.5294/dika.2014.23.2.7>
- *Policy Framework for Investment*, 2015 Edition. (2015). En OECD eBooks. <https://doi.org/10.1787/9789264208667-en>
- Privatización y extinción del régimen concesional en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura en el marco jurídico de

Promoción de la Inversión privada | Revista de Derecho Administrativo. (s. f.).

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16293>

- Quintana, E., Talavera, F. N., Olivera, L. G. P., Sumar, M. M., Molina, J. C. F., & Ortiz, E. V. (2013). Eliminación de barreras burocráticas: análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos.
- Resico, M. F., & Timor, M. J. (2010). Introducción a la economía social de mercado (1.a ed.). Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung.
- RUBINFELD., D. L., & PINDYCK, R. S. (2009). MICROECONOMÍA (7.a ed.). PEARSON EDUCACIÓN, S.A.
- Sánchez, E. Q. (2008, 4 mayo). Sobre la prohibición de abuso de posición de dominio sin necesidad de probar relación de competencia. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17414>
- Tapia, R. H. (2015, 20 mayo). Concepto y régimen jurídico del servicio público en el ordenamiento público peruano. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14827>
- Valdivia, D. Z. (2020). Los servicios públicos locales en el Perú: una aproximación a su caracterización jurídica. Documentación Administrativa, 149-159. <https://doi.org/10.24965/da.i6.10769>
- Vista de la reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993. (s. f.). <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16003/16427>
- Whish, R., & Bailey, D. (2012). Competition Law. Oxford University Press, USA.

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA (ANTES, COMISIÓN DE
LIBRE COMPETENCIA)
DENUNCIANTE : ASOCIACIÓN DE AGENCIAS DE TURISMO DEL
CUSCO
DENUNCIADO : CONSORCIO DE SERVICIOS DE
TRANSPORTE TURÍSTICO MACHUPICCHU –
CONSETTUR MACHUPICCHU S.A.C.
MATERIA : LIBRE COMPETENCIA
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO
IMPROCEDENCIA DE LA DENUNCIA
ACTIVIDAD : TRANSPORTE TURÍSTICO DE PASAJEROS

SUMILLA: *se confirma la Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de septiembre de 2007 en el extremo que declaró improcedente la denuncia contra el Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu – Consettur Machupicchu S.A.C. por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio manifestado mediante la imposición de precios “excesivos” y discriminación explotativa en el servicio de transporte de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu, toda que vez que conforme a las disposiciones del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que resultan aplicables en virtud del principio de retroactividad benigna, las conductas denunciadas no se consideran supuestos de abuso de posición de dominio en el mercado en el ámbito de la ley de libre competencia.*

Lima, 16 de octubre de 2008

I. ANTECEDENTES

1. El 14 de abril de 2005, la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco (en adelante, la AATC) denunció al Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu – Consettur Machupicchu S.A.C. (en adelante, Consettur) por una presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de “precios excesivos” en el servicio de transporte de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu.
2. La denunciante alegó que el 1 enero de 2005, Consettur incrementó la tarifa del servicio respecto al segmento de adultos extranjeros de US\$ 9,00 a US\$ 12,00. De igual manera, indicó que no existían razones de mercado para tal incremento, el cual se imponía a los

usuarios por tratarse de un servicio prestado por un monopolio, dado que la denunciada opera de manera exclusiva en virtud de la concesión otorgada por la Municipalidad Distrital del Machupicchu y sus tarifas no son objeto de regulación alguna.

3. Mediante Resolución 025-2005-INDECOPI/CLC del 16 de mayo de 2005, la Comisión resolvió admitir a trámite la denuncia por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio explotativo en las modalidades de precios excesivos y trato discriminatorio en perjuicio de los consumidores en el servicio de transporte terrestre de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu.
4. El 8 de junio de 2005, Consettur efectuó sus descargos señalando que la discriminación de precios con respecto a los turistas nacionales y extranjeros se encontraba justificada en razones económicas, en la medida que consideraba la habilidad y disposición a pagar de cada uno de los grupos de clientes. Asimismo, la denunciada manifestó que la concesión no constituye una barrera de acceso al mercado pues fue otorgada por el municipio mediante una licitación, oportunidad en la cual diversas empresas pudieron competir para obtenerla. Finalmente, la empresa señaló que la validez del contrato de concesión de la ruta es objeto de discusión en el Poder Judicial, por lo que el Indecopi no puede conocer cuestiones que no son de su competencia.
5. Mediante Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de septiembre de 2007, la Comisión declaró improcedente la denuncia de la AATC por las siguientes consideraciones:
 - (i) Conforme a lo dispuesto por el artículo 61 de la Constitución Política del Perú y el Decreto Legislativo 701, las normas de libre competencia tienen por finalidad la protección del proceso competitivo. La protección a los consumidores, por tanto, se produce de manera indirecta a través de su incidencia en el debido funcionamiento del proceso competitivo.
 - (ii) Las conductas de abuso de posición de dominio que resultan sancionables por las normas de libre competencia son aquellas que excluyan competidores o impidan su ingreso al mercado (conductas exclusorias), pues serán las que afectan indebidamente la concurrencia al mercado al eliminar la rivalidad propia de la competencia mediante mecanismos distintos a la eficiencia económica.

- (iii) Según lo establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, los únicos precios que pueden fijarse son las tarifas de los servicios públicos cuando así se disponga expresamente mediante una ley del Congreso de la República. Por tanto, la administración no puede intervenir en la asignación de bienes privados y conocer supuestos de precios abusivos o excesivos.
 - (iv) El precio excesivo es una conducta que se refiere directamente al nivel de precios de una empresa dominante y, al igual que la discriminación explotativa, la finalidad de estas conductas no es excluir competidores o impedir su ingreso al mercado, de manera que no afectan el proceso competitivo.
 - (v) Finalmente, como parte de su función de abogacía de la competencia, la Comisión instó a la Municipalidad Distrital de Machupicchu con la finalidad que cumpla con instaurar mecanismos de competencia por el mercado para la concesión del servicio de transporte de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu; asimismo, comunicó de la situación de la ruta a otros órganos estatales con el objeto de que puedan adoptar medidas en el ámbito de sus competencias para implementar condiciones de competencia en dicho tramo carretero.
6. El 19 de octubre de 2007, la AATC apeló la Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC señalando lo siguiente:
- (i) El artículo 61 de la Constitución Política del Perú establece una prohibición absoluta de combatir toda práctica que limite la libre competencia, sin que resulte posible que por vía reglamentaria o interpretativa se efectúe una restricción a las conductas prohibidas como sostiene la Comisión en la resolución apelada.
 - (ii) El deber especial de protección del Estado no incide sólo en la protección del proceso competitivo, sino principalmente, sobre los derechos fundamentales como son la libre competencia y la defensa del interés de los consumidores y usuarios.
 - (iii) Conforme a lo establecido por la Sala mediante la Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI, el artículo 3 del Decreto Legislativo 701 establece que serán sancionadas todas las conductas que atenten contra la competencia de modo que se generen perjuicios al interés nacional, sin hacer distinción entre el efecto exclusorio o explotativo; asimismo, el literal f) del artículo 5 de dicha norma

hace referencia a “otros casos de efecto equivalente” y con ello se refiere a todas las conductas que limiten la competencia como el alza de precios denunciada.

- (iv) El Indecopi ha señalado que la prohibición expresa de fijar precios por la autoridad administrativa no significa que renuncie a su competencia para sancionar conductas lesivas a la competencia. La intervención mediante la sanción de precios excesivos es distinta a la regulación que implica la fijación de precios.
 - (v) Finalmente, solicitó el uso de la palabra para informar ante la Sala.
7. El 12 de febrero de 2008, Consettur presentó un escrito en el cual reiteró sus argumentos esgrimidos durante el procedimiento, en particular, manifestó que la Comisión no es competente para sancionar supuestos de precios excesivos y discriminación explotativa pues son conductas que no se encuentran tipificadas como infracción por el Decreto Legislativo 701. Asimismo, ello contravendría la prohibición de la fijación administrativa de precios establecida por el Decreto Legislativo 757.
 8. El 17 de junio de 2008, la AATC puso en conocimiento de la Sala presuntos actos reiterativos de abuso de posición de dominio en el mercado efectuados por Consettur, pues a partir del 1 de junio del presente año ha dispuesto un incremento de tarifas en el segmento adulto extranjero de US\$ 12.00 a US\$ 14.00. Asimismo, solicitó se le conceda el uso de la palabra para informar oralmente ante la Sala.
 9. El 26 de agosto de 2008, Consettur solicitó a la Sala que declare la nulidad del concesorio de apelación expedido por la Comisión el 19 de octubre de 2007. La denunciante manifestó que dicho recurso fue suscrito por el señor Mario Ochoa Góngora, Vicepresidente de la AATC, quien no contaba con facultades de representación legal para interponer el referido recurso.
 10. El 16 de septiembre de 2008, la AATC presentó un escrito en el cual señaló que en virtud de la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, esta nueva norma sólo será aplicable para los procedimientos en trámite en sus aspectos procesales y no en los sustantivos. Por tanto, se deben aplicar las disposiciones sustantivas del Decreto Legislativo 701 para el análisis de los hechos denunciados.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

11. Determinar:

- (i) Si el Vicepresidente de la AATC contaba con facultades de representación para interponer el recurso de apelación; y,
- (ii) si los hechos denunciados son de competencia de la Comisión; y,

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Facultades de representación para interponer el recurso de apelación

- 12. Mediante escrito del 26 de agosto de 2008, Consettur solicitó a la Sala que declare la nulidad del concesorio de apelación, en la medida que el recurso de apelación fue suscrito por el señor Marco Antonio Góngora Ochoa, Vicepresidente de la AATC, quien no contaba con facultades para impugnar el acto administrativo cuestionado.
- 13. Al respecto, conforme a lo establecido en el artículo 53 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en el marco del procedimiento administrativo, las personas jurídicas actúan a través de sus representantes, quienes deben presentar sus respectivos poderes.¹ En ese sentido, las personas jurídicas se rigen por las reglas de su régimen general y de sus estatutos.
- 14. Sobre el particular, conforme al Estatuto de la AATC, el Presidente es quien ejerce la representación legal de la asociación². Asimismo, en el mismo Estatuto, se establece que el Vicepresidente asumirá las funciones del Presidente por ausencia, impedimento o delegación de éste y con sus mismas facultades, cumplirá con las funciones que se le encomienden³.
- 15. En consecuencia, el Vicepresidente podría asumir las funciones de representación legal de la asociación, entre ellas, la interposición de

¹ LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.-

Artículo 53.- Representación de personas jurídicas

Las personas jurídicas pueden intervenir en el procedimiento a través de sus representantes legales, quienes actúan premunidos de los respectivos poderes.

² ESTATUTO DE LAS ASOCIACIÓN DE AGENCIAS DE TURISMO DEL CUSCO.-
FUNCIONES DEL PRESIDENTE.-

Artículo 39.- Ejerce la representación legal de la AATC preside las asambleas y generales, el Consejo Directivo y supervigila la marcha económica y administrativa. Dirige la política institucional.

³ ESTATUTO DE LAS ASOCIACIÓN DE AGENCIAS DE TURISMO DEL CUSCO.-

Artículo 40.- El Vicepresidente asumirá las funciones del Presidente por ausencia o por impedimento o delegación de estos con sus mismas facultades cumplirá con las comisiones que se le encomiende.

recursos ante autoridades administrativas. Aunque como señala Consettur, no existe acreditación que la Presidenta de la AATC haya estado ausente o impedida de ejercer la representación, su ejercicio por parte del Vicepresidente no ha sido cuestionado por la asociación y por el contrario, todos los actos efectuados por el anterior Consejo Directivo y su Presidenta han sido ratificados⁴. En ese sentido, en aras del principio de informalismo⁵ que guía el procedimiento administrativo, cualquier duda sobre la legitimación debe interpretarse con benignidad a favor del administrado y favorecer la viabilidad del acto procesal⁶. Por tanto, la Sala considera que el Vicepresidente de la AATC contaba con facultades de representación para impugnar y por ende, corresponde desestimar el argumento señalado por Consettur.

III.2. La competencia de la Comisión

16. En el presente caso, la AATC denunció a Consettur por un presunto abuso de posición de dominio manifestado mediante la imposición de precios abusivos o “excesivos” en el servicio de transporte de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu, al incrementar la tarifa de dicho servicio de US\$9,00 a US\$12,00. Asimismo, consideró que se podría configurar una discriminación explotativa, debido a la diferencia de precios entre los usuarios adultos nacionales y extranjeros (US\$9,00 y US\$12,00, respectivamente), a pesar que se trataba del mismo servicio.
17. De igual manera, mediante escrito del 17 de junio de 2008, la AATC informó a esta Sala de la existencia de actos reiterativos de abuso de posición de dominio implementados por Consettur, en la medida que mediante carta del 7 de mayo de 2008, la empresa informó a los agentes de turismo que a partir del 1 de junio del presente año, se habría dispuesto un nuevo incremento de la tarifa correspondiente al adulto extranjero de US\$12,00 a US\$14,00. Esto acreditaría que la empresa sigue ejerciendo su posición de dominio mediante la imposición de precios “excesivos” en perjuicio de los usuarios.

⁴ Ver: Escrito de la AATC del 17 de junio de 2008.

⁵ **LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.-**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.6. Principio de informalismo.- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Lima, 2003. Pág. 35.

18. A continuación se analizará en qué consisten dichas conductas y posteriormente, si conforme al marco constitucional y legal vigente, la Comisión y por tanto, la Sala, resultan competentes para analizar supuestos de precios “excesivos” y de discriminación explotativa.
- (i) La norma aplicable a los hechos denunciados
19. Antes de analizar los hechos denunciados por la AATC, corresponde señalar que durante el trámite del procedimiento ante esta Sala, el 25 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, norma cuya Segunda Disposición Final Derogatoria, deroga expresamente el Decreto Legislativo 701 y sus normas modificatorias, complementarias, sustitutorias y reglamentarias⁷.
20. Al respecto, la AATC señaló que la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1034 establece que las disposiciones de naturaleza procesal se aplicarán a los procedimientos en trámite bajo el Decreto Legislativo 701 en la etapa en que se encuentren. Por tanto, la nueva norma sería aplicable solo en sus aspectos procesales y no sustantivos, por lo que se deben aplicar las normas del Decreto Legislativo 701 para analizar la denuncia interpuesta contra Consettur.
21. Sobre el particular, si bien en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, los hechos denunciados deben ser analizados conforme a las normas sustantivas vigentes durante su comisión, existe una excepción a esta regla general y es que puede operar la retroactividad cuando una norma posterior favorece al imputado⁸, lo cual se denomina como retroactividad benigna.
22. En consecuencia, la Sala deberá determinar cuál es la norma material o sustantiva que resulta más favorable para el imputado con la finalidad

⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1034.-
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS**

(...)

SEGUNDA.- Derogación expresa.-

Quedan derogadas expresamente a partir de la vigencia de la presente Ley, las siguientes normas:

- a) El Decreto Legislativo N° 701 y sus normas modificatorias, complementarias, sustitutorias y reglamentarias; y

(...)

⁸ **LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.-**

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 favorables.

de establecer si corresponde analizar los hechos denunciados conforme a las disposiciones del Decreto Legislativo 701, o según lo establecido en el vigente Decreto Legislativo 1034.

- (ii) Las conductas denunciadas: los precios excesivos y la discriminación explotativa
23. En la doctrina comunitaria europea, las conductas de abuso de posición de dominio se encuentran clasificadas en la distinción entre prácticas exclusorias y explotativas. Una práctica exclusoria es aquella cuyos efectos impactan principalmente en la estructura de mercado o que apuntan a reforzar el poder de mercado colocando en desventaja a otros competidores, por ejemplo, mediante la negativa a contratar o denegar el acceso a facilidades esenciales. Los abusos denominados explotativos implican la explotación del poder de mercado y son aquellos que impactan directamente en los consumidores, por ejemplo, mediante la imposición de precios “excesivos” o condiciones y términos irrazonables.⁹
24. Los precios “excesivos” es una figura que ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Comisión Europea y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a partir de lo establecido en el artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea¹⁰. En dicha norma, se recoge a los precios inequitativos o “excesivos” como supuestos de abuso de posición de dominio en el mercado.
25. En la jurisprudencia comunitaria europea, a partir de casos como *General Motors Continental*¹¹ y posteriormente, *United Brands*¹², se

⁹ GOYDER, D.G. *EC Competition Law*. Oxford University Press. 4ta. Edición. New York, 2003. Págs. 284-285. MOTTA, Massimo y Alexandre DE STREEL. *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*. En: <http://www.eui.eu/Personal/Motta/Papers/ExcessivePrices18122003.pdf> (Visitada el 16 de octubre de 2008)

¹⁰ **Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.-**
Artículo 82.- Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida de que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.
Tales prácticas abusivas podrán consistir particularmente en:
a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta, u otras condiciones de transacción no equitativas;
(...)

¹¹ *General Motors Continental* fue el primer caso seguido por la Comisión Europea por la imposición de precios excesivos. Conforme a la legislación belga, los fabricantes de vehículos eran los encargados de certificar el cumplimiento de los estándares de seguridad que se exigía a los importadores de los automóviles de sus marcas a Bélgica. La Comisión determinó que el precio establecido por General Motors era inequitativo principalmente en comparación con lo que cobraban otras compañías belgas por otorgar certificados de sus marcas y con lo que cobraba el gobierno por este tipo de procedimientos antes de otorgarle el monopolio de certificación a la empresa. En segunda instancia, la Corte resolvió que el precio cobrado por las inspecciones era excesivo en relación con el valor económico del servicio prestado, pero no estableció criterios para determinar dicho carácter excesivo. Finalmente, consideró que este caso no se configuró una infracción al Tratado de Roma pues la empresa modificó sus precios de manera acorde con el costo económico real de la operación.

entendió que los precios “excesivos” o inequitativos son aquellos que no tienen una relación razonable con el valor económico del servicio prestado. Es decir, un precio sería “excesivo” cuando está por encima del valor económico del producto, lo cual significaría que se encuentra por encima de un nivel competitivo normal¹³.

26. Aunque dicha figura no es producto de la teoría económica, se podría identificar el precio “excesivo” impuesto por una empresa dominante con el precio cobrado por una empresa monopólica¹⁴, es decir, por aquella que tiene el control exclusivo de la venta de un bien o determinado servicio y no enfrenta competencia alguna¹⁵. Este control le otorga poder para fijar el precio de mercado y obtener ganancias supranormales hasta donde su poder monopólico lo permite, lo cual dependerá de factores tales como la cantidad y variedad de bienes sustitutos, la durabilidad del bien y la posibilidad de entrada de nuevos competidores¹⁶.
27. Por otro lado, la discriminación explotativa implica que el mismo bien o servicio se le está proveyendo a cierto grupo de clientes (o

(Al respecto, ver: Decisión de la Comisión Europea del 19 de diciembre de 1974 en el Asunto General Motors, Diario Oficial 1975, L 29/18 y Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Asunto General Motors c. Comisión Europea)

¹² *United Brands Company* era el productor líder de plátanos en el mercado común europeo y se posicionó en el mercado mediante su marca de plátanos Chiquita. La Comisión denunció a la empresa por la imposición de precios excesivos pues consideró que el precio cobrado a sus distribuidores en países como Bélgica y Dinamarca era significativamente mayor (cerca de un 80%) que el pagado por sus distribuidores en Irlanda. Este análisis comparativo permitió a la Comisión establecer la existencia de un precio excesivo. En apelación, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, estableció que existían precios excesivos cuando una empresa con posición de dominio cobra un precio que no tiene una relación razonable con el valor económico del producto vendido, de manera que los costos incurridos por la empresa debían ser comparados con los precios establecidos y la ganancia excesiva sería la prueba del precio excesivo. Sin embargo, la empresa no fue sancionada por el Tribunal al no haberse efectuado una suficiente actividad probatoria por la Comisión que acredite la disparidad entre los costos y el precio ofrecido a los distribuidores. (Ver: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *United Brands Company* y *United Brands Continental BV v. Comisión Europea*, Asunto 27/76)

¹³ MOTTA, Massimo y Alexandre DE STREEL. Op.Cit. Pág. 3

¹⁴ En un mercado competitivo, las empresas obtienen el máximo de sus beneficios en el punto en el que el costo de la última unidad producida (costo marginal) coincide con el ingreso por dicha unidad (ingreso marginal), que en este caso en particular es el precio. En otras palabras, el valor que otorga al bien el último comprador es igual al costo de producción que incurre el último vendedor. En cambio, si bien en la situación del monopolio, éste tratará de obtener el máximo de sus beneficios produciendo hasta el punto en que el costo de la última unidad producida (costo marginal) es igual al ingreso obtenido por ésta (ingreso marginal), similarmente a lo que haría una empresa en un mercado competitivo, el costo de producción de la última unidad será menor al valor que otorga el bien el último comprador, ocasionándose un diferencial entre lo que realmente cuesta producir el producto y la valoración que el consumidor tiene por éste.

¹⁵ Sobre la imposición de precios por parte de una firma monopolista ver también: HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice*. West Group, St. Paul Minnesota. Segunda Edición. 1999. Págs. 11 –13.

¹⁶ FERNÁNDEZ – BACA LLAMOSAS, Jorge. *Organización Industrial*. Universidad del Pacífico – Centro de Investigación. Lima, 2006. Pág. 11.

comprándosele a cierto grupo de proveedores) en condiciones diferentes respecto de otro grupo más favorecido, y es esa diferencia la que puede servir para medir el grado de explotación al cual está siendo sometido el grupo discriminado.¹⁷

28. Este tipo de conducta podría calificar como una discriminación de tercer grado, en la medida que se refiere a la posibilidad de una empresa de cobrar precios diferentes a consumidores que tienen diferentes características que son identificables por el oferente.¹⁸ Esta discriminación tiene lugar cuando el monopolista sólo puede obtener información sobre la disposición a pagar de los consumidores a través de señales externas como edad, ocupación, género, ubicación geográfica, entre otras¹⁹.
29. Como se puede advertir, las conductas explotativas no tienen un impacto en la competencia, sino directamente en los consumidores, quienes pagarían precios “excesivamente” altos o en todo caso, pagarían precios más elevados que otros consumidores en la misma situación. A diferencia del abuso de posición de dominio exclusorio, que afecta directamente la dinámica de la competencia pues impide el acceso de los agentes económicos al mercado o dificulta su permanencia en él²⁰, los abusos explotativos se centran en sancionar cuánto gana un agente económico dominante en perjuicio de los consumidores.

(iii) La finalidad de la ley de libre competencia

¹⁷ COLOMA, Germán. *Defensa de la Competencia*. Editorial Ciudad Argentina, 2003. Págs. 250 y ss.

¹⁸ MOTTA, Massimo. *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge University Press. New York, 2004. Pág. 492.

¹⁹ FERNÁNDEZ – BACA LLAMOSAS, Jorge. *Microeconomía. Teoría y aplicaciones*. Universidad del Pacífico - Centro de Investigación. Tomo II. Lima, 2003. Págs. 104 y 120-132.

²⁰ En la jurisprudencia de las cortes de los Estados Unidos de Norteamérica sólo son sancionables por la legislación de libre competencia las denominadas prácticas exclusorias, es decir, aquellas que en ejercicio del poder de mercado de un monopolista u operador dominante disuaden la entrada de potenciales competidores al mercado o impiden que éstos incrementen su producción. Al respecto, Hovenkamp señala:

(...)

Judge Wyzanski wisely defined the “exercise” of monopoly power as an “exclusionary” practice – that is, a practice that deters potential rivals from entering the monopolist’s market, or existing rivals from increasing their output in response to the monopolist’s price increase. The monopolist’s sales of its product at a monopolistic price is not an “exclusionary” practice.

(...)

“Exclusionary practices” are acts by the monopolist designed to discourage potential competitors from entering the field, or to prevent competitors from increasing output.

En: HOVENKAMP, Herbert. Op.Cit. Págs. 267-269.

30. El artículo 61 de la Constitución Política del Perú consagra la protección de la libre competencia al establecer lo siguiente:

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.

31. Conforme a la norma constitucional, la competencia económica adquiere valor en sí misma, de manera que el desarrollo de los mercados se deberá sustentar en la rivalidad de los agentes económicos, quienes pugnarán por alcanzar las preferencias de los consumidores. Asimismo, la Constitución Política impone al Estado la obligación de combatir y sancionar las prácticas anticompetitivas, entre ellas, las prácticas colusorias y el abuso de posición de dominio en el mercado, así como prohíbe la creación de monopolios legales.
32. En un escenario de competencia, los agentes que concurren en el mercado buscarán atraer las preferencias de los consumidores mediante la oferta de productos y servicios de mejor calidad y menores precios. Esta dinámica del proceso competitivo permite que la eficiencia económica —manifestada a través de las eficiencias productivas (menores costos de producción), innovativas (nuevos productos) y asignativas (bienes asignados a quienes los valoran más y menores precios)— tenga un impacto directo o redunde en el bienestar general o de la sociedad en su conjunto.²¹
33. Al respecto, la doctrina señala que el objetivo de la política de competencia debe ser promover la eficiencia en sentido económico²² y con ello lograr el bienestar económico o de la sociedad en su conjunto²³. Este bienestar económico se encuentra constituido por lo que se denomina en la teoría económica como la suma del excedente de los consumidores y los productores.
34. El excedente de un consumidor individual está dado por la diferencia entre la valoración de un determinado bien (o lo que estaría dispuesto a pagar) y el precio que efectivamente paga por ello. El excedente del consumidor o el bienestar del consumidor es la medida agregada o la suma del excedente de todos los consumidores. El excedente de un productor individual es la ganancia por la venta del bien en cuestión. El

²¹ MOTTA, Massimo. Op.Cit. Págs. 39-64.

²² POSNER, Richard. *Antitrust Law*. Second Edition, The University of Chicago Press, Chicago, 2001. Pág. 2.

²³ MOTTA, Massimo. Op. Cit. Págs 17-30

excedente del productor es la suma de todas las ganancias de los productores de una determinada industria²⁴.

35. El correcto funcionamiento del proceso competitivo genera eficiencias económicas que redundarán en lograr el mayor bienestar económico o de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, las normas de libre competencia buscarán eliminar las prácticas anticompetitivas en la medida que estas últimas dañan y distorsionan el proceso competitivo, lo que a su vez impacta negativamente en la eficiencia económica y en consecuencia, en el bienestar de la sociedad.
36. El artículo 1 del Decreto Legislativo 701, norma vigente durante los hechos denunciados, establecía que el objeto de la ley de libre competencia era eliminar las prácticas anticompetitivas —lo que incluía los abusos de posición de dominio y las prácticas colusorias—, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.²⁵
37. Sobre el particular, corresponde señalar que lo establecido en esta norma dio lugar a dos interpretaciones distintas por parte de los órganos funcionales del Indecopi —es decir, la Comisión y la Sala—, sobre cuál era la finalidad de las normas de libre competencia. Esto se encontraba estrechamente vinculado con el ámbito de aplicación de la ley y por ende, con el alcance de las conductas prohibidas como abuso de posición de dominio en el mercado.
38. Por un lado, mediante Resolución 0225-2004/INDECOPI-TDC del 4 de junio de 2004²⁶, la Sala interpretó que conforme al marco constitucional y las disposiciones del Decreto Legislativo 701, la finalidad de la ley de libre competencia no sólo era la protección del proceso competitivo, sino también, procurar el mayor bienestar de los consumidores tal como lo señala el artículo 1, lo cual se conseguía mediante la represión de las conductas que afecten directamente a los consumidores, como es el caso de las denominadas prácticas explotativas.

²⁴ *Ibidem*. Pág. 18. En igual sentido ver: VISCUSI, Kip; VERNON, John y Joseph E. HARRINGTON, Jr. *Economics of Regulation and Antitrust*. Second Edition, The MIT Press. Cambridge, Massachusetts, 1995. Págs. 73-76.

²⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 701.-**
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.

²⁶ Resolución expedida en el procedimiento 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.

39. Contrariamente a ello, bajo una interpretación más restrictiva, mediante Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de septiembre de 2007, la Comisión consideró que el Decreto Legislativo 701 tenía por finalidad velar por el correcto funcionamiento del proceso competitivo. Por tanto, consideró que la protección que brindan las normas de libre competencia a los consumidores se produce de manera indirecta o mediata a través de su incidencia en el debido funcionamiento del proceso competitivo.
40. Por otro lado, conforme al artículo 1 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas —ley de libre competencia vigente—, la finalidad de las normas de libre competencia es promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.²⁷ Para lograr la eficiencia económica se requiere de un adecuado funcionamiento del proceso competitivo, sin las distorsiones que pueden producir las prácticas anticompetitivas.
41. De esta manera, en virtud de esta nueva disposición, la eliminación de las conductas de abuso de posición de dominio en el mercado y de las prácticas colusorias impactará indirectamente en el bienestar de los consumidores, que conforme a lo antes expuesto, no es lo mismo que los consumidores. El comportamiento eficiente en el mercado que se busca promover con la norma se traducirá en un ahorro para el consumidor, en la medida que podrá acceder a bienes y servicios a menores precios y de mayor calidad, de manera que, esto es lo que se debe entender como el mayor bienestar de los consumidores que propugna la norma.
42. Como se puede observar, a diferencia del Decreto Legislativo 701 que mereció dos interpretaciones distintas, mediante el artículo 1 del Decreto Legislativo 1034 se restringe expresamente la finalidad de las normas de libre competencia a la promoción de la eficiencia económica para obtener el bienestar del consumidor en el sentido económico antes señalado. En consecuencia, esta Sala considera que en caso de aplicar la norma vigente, dicha finalidad de la ley debe ser la pauta de interpretación para analizar la presente denuncia.
- (iv) La intervención de la administración en la fijación de los precios
43. La vigilancia y promoción de la libre competencia que propugna la Constitución Política encuentra concordancia con otras normas de

²⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1034.-**
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.

rango legal que permiten hacer efectiva la protección del proceso competitivo. Entre ellas, destaca el Decreto Legislativo 757²⁸, mediante el cual se aprueba la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.

44. El Decreto Legislativo 757 es una norma que busca garantizar la libre iniciativa privada²⁹, la posibilidad que tienen los agentes económicos de ingresar libremente al mercado para desarrollar la actividad económica de su preferencia³⁰, el derecho de organizarse bajo cualquier forma empresarial³¹ y se establece como principio que los precios se establecen por el mercado y no por el Estado. En esta norma se consagran por primera vez en el ordenamiento jurídico peruano los parámetros legales de una economía de mercado³².
45. El artículo 4 del Decreto Legislativo 757 establece que los precios en la economía se determinan en función de la oferta y demanda, de manera que la intervención de la administración en la determinación de los precios se produce de manera excepcional, conforme se desprende de la cita siguiente:

Decreto Legislativo 757.-

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.*

²⁸ Publicado el 13 de noviembre de 1991.

²⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 757.-**

Artículo 2.- Garantía a la libre iniciativa privada

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.

³⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 757.-**

Artículo 3.- Definición de libre iniciativa privada

Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las leyes.

³¹ **DECRETO LEGISLATIVO 757.-**

Artículo 5.- Del pluralismo económico y acceso a actividades económicas

El Estado garantiza el pluralismo económico. Toda empresa tiene el derecho de organizarse bajo cualquier forma empresarial en la legislación nacional.

No puede limitarse el acceso directo o indirecto de los inversionistas o las empresas en que éstos participen a actividades económicas específicas, en función a la forma empresarial que adopten. Está exceptuado de esta disposición el sistema financiero de acuerdo a la ley que lo regula, y las excepciones que en el futuro se establezcan por la ley del Congreso. Queda derogada toda disposición legal que convenga lo dispuesto en el presente artículo.

En los casos en que la ley establezca que la explotación de los recursos naturales o la prestación de los servicios públicos deba realizarse mediante concesiones u otras formas de otorgamiento a los particulares, se respetará lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo en lo que no contravenga la legislación sectorial.

³² DIEZ CANSECO, Luis José y Enrique PASQUEL RODRÍGUEZ. *Precios excesivos: Una mirada a la luz del Derecho Comparado*. *Advocatus* Nueva Época 10. Pág. 354.

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.

46. La finalidad de esta norma es evitar que la Administración Pública o cualquier entidad estatal tenga discrecionalidad para intervenir en la asignación de bienes y servicios en el mercado, directa o indirectamente, a no ser que medie una autorización expresa mediante una ley. Este último es el caso de la fijación de tarifas de los servicios públicos por parte de los organismos reguladores, quienes cuentan con una habilitación legal para ello.
47. Aunque el Decreto Legislativo 757 es una norma anterior a la Constitución Política de 1993, encuentra concordancia con el modelo económico que ésta propugna, en el cual, el derecho a la propiedad privada³³, la libertad de contratación³⁴ y la libertad de empresa³⁵, son los pilares de la economía social de mercado en un régimen de libertad de precios.
48. Los precios cumplen una función esencial en la economía, pues transmiten información a los consumidores y productores sobre la escasez de los diferentes bienes y servicios, brindan incentivos para que su conducta sea consistente con esta abundancia o escasez relativas y, asimismo, generan una distribución del ingreso compatible con la contribución de cada uno de los agentes a la satisfacción de las necesidades de la población.³⁶

³³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.-**

Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

³⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.-**

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.

Mediante contratos -ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

³⁵ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.-**

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

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

³⁶ FERNANDEZ – BACA LLAMOSAS, Jorge. Op.Cit. Págs. 51-54.

49. El sistema de precios permite hacer efectivos los derechos constitucionales antes señalados pues mediante el ejercicio de la libre iniciativa privada y la libertad de empresa se desarrolla el intercambio de bienes y la contratación de servicios por parte de los agentes económicos. Dado que el sistema de precios permite conocer las preferencias de los consumidores y los usos alternativos de los insumos, si no existiera libertad de fijar precios, el proceso de transmisión de información se verá distorsionado y los bienes no podrán asignarse a sus usos más valiosos³⁷.
50. En tal sentido, la prohibición de la intervención del Estado que establece el Decreto Legislativo 757, obedece a que hacerlo distorsionaría el sistema de precios, proporcionando una información errada al mercado sobre la valoración de los bienes y servicios, y ello llevaría a una ineficiente asignación de recursos.
51. A criterio de esta Sala, la sanción de la imposición de precios considerados “excesivos” implicaría que mediante la aplicación de la ley 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.
52. Otro argumento en contra de la sanción de precios “excesivos” es que las metodologías empleadas para ello son herramientas propias de la regulación económica y no de una agencia de competencia. Por esta razón, la figura de los precios “excesivos” no se ha encontrado exenta de problemas en su aplicación en la jurisprudencia comunitaria europea, principalmente, debido a que el criterio mediante el cual un precio puede ser considerado como excesivo es usualmente difícil de establecer en la práctica³⁸. Como parte de las metodologías empleadas para analizar estos casos se encuentran el análisis de costos de la firma dominante, la comparación con otros precios de la misma firma dominante (*benchmark*) y la comparación de precios de otras firmas³⁹, las cuales se han caracterizado por la indefinición en sus límites en su aplicación.
53. Finalmente, si bien los bienes y servicios deben ser asignados por el mercado, la participación de los agentes económicos debe estar sujeta

³⁷ DIEZ CANSECO, Luis José y Enrique PASQUEL RODRÍGUEZ. Op.Cit. Pág. 357.

³⁸ GOYDER. Op.Cit. Pág. 284.

³⁹ MOTTA, Massimo y Alexandre DE STREEL. Op.Cit. Pág. 3 y ss.

a límites y esto se desprende del artículo 61 de la Constitución Política. Uno de los mecanismos es la ley de libre competencia, mediante la sanción de las distorsiones producidas como consecuencia de las prácticas anticompetitivas; sin embargo, ello se deberá efectuar de manera acorde con la finalidad de la norma y en concordancia con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente.

(v) La tipicidad de las conductas denunciadas

54. El principio de tipicidad se encuentra recogido en el numeral 4 del artículo 230 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴⁰. Este principio constituye una exigencia en el marco del procedimiento sancionador y establece que sólo constituyen conductas sancionables aquellas previstas expresamente en una norma con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin posibilidad de admitir interpretación extensiva o analogía.
55. Para sustentar su apelación, la AATC señaló que los precios “excesivos” y la discriminación explotativa eran conductas de abuso de posición de dominio comprendidas en los alcances de la cláusula general del artículo 3 y en el literal f) del artículo 5 Decreto Legislativo 701. Según la recurrente, esta última disposición contempla la posibilidad de sancionar otras conductas de abuso de posición de dominio con efecto equivalente a las establecidas en los literales a), b) y c) del artículo 5 (es decir, a los supuestos de negativa injustificada de contratar, discriminación de precios y ventas atadas, respectivamente) y en consecuencia, permite analizar el incremento de precios efectuado por la denunciada.⁴¹

⁴⁰ **LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.-**

(...)

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

⁴¹ **DECRETO LEGISLATIVO 701.-**

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.

(...)

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, 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

56. En tal sentido, la denunciante considera que en concordancia con lo señalado en la Constitución Política y la Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI, las denominadas prácticas explotativas tales como los precios “excesivos” y la discriminación explotativa, se encuentran recogidas en el Decreto Legislativo 701 —norma vigente durante los hechos denunciados y que consideran aplicable al caso concreto— y por tanto, existe tipicidad suficiente de las conductas denunciadas para sancionar a Consettur.
57. Por su parte, la Comisión consideró que conforme a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico peruano y el objetivo de la política de competencia, las modalidades de abuso de posición de dominio establecidas en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, deben producir necesariamente un efecto de exclusión a competidores o impedir su ingreso al mercado y por lo tanto, afectar actual o potencialmente el proceso competitivo para ser consideradas como infracciones sancionables por las normas de libre competencia.
58. Por otro lado, el numeral 2 del artículo 10 del Decreto Legislativo 1034, ley de competencia vigente, establece que el abuso de posición de dominio podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como la negativa injustificada de contratar, la discriminación de precios, las ventas atadas, el establecimiento o imposición de contratos de distribución o venta exclusiva, así como en general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso al mercado de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones distintas a una mayor eficiencia económica⁴². Con dicha disposición se establece

comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatoria 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 suplementarios que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d) (...)
- e) (...)
- f) Otros casos de efecto equivalente.

⁴² **DECRETO LEGISLATIVO 1034.-**

Artículo 10.- El abuso de posición de dominio.-

(...)

10.2. El abuso de posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

- a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- 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;
- c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su

expresamente el carácter exclusorio del abuso de posición de dominio en el mercado, el cual consiste en conductas mediante las cuales se excluye del mercado a competidores o se impide su ingreso. Con ello, quedarían de lado las denominadas prácticas explotativas dado que no ostentan dichas características.

59. Asimismo, el numeral 5 del artículo 10 del Decreto Legislativo 1034 establece expresamente que no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales⁴³. Con esta disposición, las denominadas prácticas explotativas tales como los precios “excesivos” o la discriminación explotativa, conductas que no afectan a competidores reales o potenciales, no pueden ser consideradas como supuestos de abuso de posición de dominio.
60. De esta manera, 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. Por tanto, 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, la cual establece que conductas como las denunciadas no constituyen manifestaciones del abuso de posición de dominio en el mercado.
61. Con ello no se reconoce que el Decreto Legislativo 701 haya contemplado la posibilidad de sancionar dichas conductas o que hayan dejado de considerarse como conductas tipificadas como abuso de posición de dominio; sin embargo, si existía controversia sobre el ámbito de conductas prohibidas por dicha norma o si se incluía a las conductas explotativas en el alcance de la ley, mediante el Decreto

-
- d) naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
 - e) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;
 - f) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;
 - g) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;
 - h) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,
 - 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.
- (...)

⁴³ **DECRETO LEGISLATIVO 1034.-**
Artículo 10.- El abuso de posición de dominio.-

(...)
10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.

Legislativo 1034 se ha establecido expresamente su exclusión del ámbito de conductas prohibidas.

62. La sanción del abuso de posición de dominio con carácter exclusorio encuentra concordancia con la finalidad de la ley que recoge el Decreto Legislativo 1034, norma que busca promover la eficiencia económica para lograr el bienestar de los consumidores. Según se señaló anteriormente, sólo las conductas exclusorias afectan el proceso competitivo y por ende, son aquellas las que dañan las eficiencias que genera la competencia.
63. En consecuencia, el marco constitucional y legal vigente descrito en los apartados anteriores impide que la Comisión conozca casos de precios “excesivos” o de discriminación explotativa. Estas conductas no afectan el proceso competitivo y conforme a la prohibición legal expresa del Decreto Legislativo 757, una autoridad administrativa no podría pronunciarse sobre niveles “excesivos” de precios en el mercado, salvo se trate de tarifas de servicios públicos para lo cual son competentes los organismos reguladores⁴⁴. Dichas conductas se encuentran expresamente excluidas por el Decreto Legislativo 1034 en la medida que no afectan a competidores reales o potenciales.
64. Por lo tanto, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró improcedente la denuncia interpuesta por la AATC contra Consettur por la presunta comisión de actos de abuso de posición de dominio en el mercado del servicio de transporte de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puentes Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu en la modalidad de precios “excesivos” y discriminación explotativa.
65. Finalmente, mediante la Resolución 052-2007/INDECOPI-CLC, la Comisión estableció criterios interpretativos sobre el alcance de las conductas de abuso de posición de dominio en el mercado en el ámbito del Decreto Legislativo 701⁴⁵. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1034

⁴⁴ Es importante señalar que la regulación de precios debería producirse sólo en aquellos mercados que presentan características de monopolio natural y donde no es posible la competencia en el mercado.

⁴⁵ Mediante Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC, la Comisión dictó el siguiente precedente:

(...)

Tercero: De conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo 807, declarar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación del siguiente principio:

- (i) *El objetivo de la política de competencia es velar por el correcto funcionamiento del proceso competitivo, eliminando a través de la ley de libre competencia todas aquellas conductas que lo distorsionen o afecten, mediante lo cual se procurará el bienestar de la sociedad y por ende, el mayor beneficio de los usuarios y consumidores que propugna el artículo 1 del Decreto Legislativo 701.*

establece expresamente que las conductas que implican el ejercicio de poder mercado sin afectar a competidores reales o potenciales, tales como el establecimiento de precios “excesivos” (conductas explotativas), no constituyen supuestos de abuso de posición de dominio. En consecuencia, dado que con la nueva ley se deja de lado cualquier opción interpretativa distinta sobre dichas conductas, son las disposiciones del Decreto Legislativo 1034 las que resultan aplicables ante denuncias vinculadas con prácticas explotativas.

III.3. La abogacía de la competencia

66. El artículo 14 del Decreto Legislativo 1034, establece que es función de la Comisión sugerir a la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI, emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada, la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible, entre otros.⁴⁶ Esta actuación se denomina como “abogacía de la competencia” o “promoción de la competencia”.
67. Conforme lo advirtió la Comisión en la resolución de primera instancia, debido a la concesión en exclusiva otorgada por la Municipalidad Distrital de Machupicchu para operar el servicio de transporte de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu, Consettur constituye un monopolio y sus tarifas no

-
- (ii) *El artículo 4 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, en concordancia con lo dispuesto en el régimen constitucional económico, el marco legal vigente y el objetivo de la política de competencia, impide a esta Comisión sancionar supuestos de precios “excesivos” o “abusivos”, pues aquello implicaría atentar contra la prohibición de la fijación administrativa de precios que proscribió dicho dispositivo legal.*
- (iii) *Según lo establecido en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, conforme a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico peruano y el objetivo de la política de competencia, las modalidades de abuso de posición deben producir necesariamente un efecto de exclusión a competidores o impedir su ingreso al mercado y por lo tanto, afectar actual o potencialmente el proceso competitivo para ser consideradas infracciones sancionables por las normas de libre competencia.*
- (iv) *En ese sentido, conforme a lo dispuesto en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, para sancionar un supuesto de abuso de posición de dominio, deben presentarse los siguientes requisitos: la tenencia de posición de dominio; la actuación indebida que produce un efecto de exclusión y afecta actual o potencialmente la competencia; el fin de obtener beneficios; el fin de causar perjuicios; y, la imposibilidad de lograr el resultado obtenido de no existir posición de dominio.*

⁴⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1034.-**
Artículo 14.- La Comisión.-
14.2. Son atribuciones de la Comisión:

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

son objeto de regulación económica por parte de entidad estatal alguna.

68. Asimismo, del proceso de concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca Machupicchu a favor de Consettur, se observa lo siguiente:
- (i) La entidad convocante, es decir, la Municipalidad Distrital de Machupicchu, participó como postor en el proceso de selección en el año 1995 a través de la Empresa Municipal de Transportes Machupicchu S.A. – TRAMUSA, socia de Consettur y participa en la actualidad en la operación de la ruta.
 - (ii) No existe control por parte del concedente o de alguna otra autoridad respecto de las tarifas que cobra Consettur en el mercado.
69. Sobre el particular, la Sala coincide con la Comisión respecto a que 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. La sanción de precios “excesivos” no resuelve los problemas generados por un monopolio otorgado por una entidad estatal y que no está sujeto a regulación de tarifas.
70. En la resolución apelada, la Comisión consideró que el mecanismo más idóneo para encontrar una solución a dicha situación, en aras de promover competencia en el servicio, era convocar una nueva licitación para la operación de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu, estableciendo con ello un escenario de competencia *ex ante* o competencia por el mercado. Sin embargo, dado que se encuentra en trámite un proceso judicial en el cual se discute la validez del contrato de concesión suscrito por Consettur, dicha recomendación sólo se podría implementar una vez culminado el proceso judicial en curso.
71. La Sala coincide con la Comisión en el sentido de que 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. Asimismo, se requiere de la intervención del concedente para que vigile la actividad del concesionario y limite el ejercicio de poder de mercado por parte del operador.

72. Por otro lado, en el presente caso, la Comisión remitió el Informe Técnico y la resolución apelada a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN, la Contraloría General de la República y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo con la finalidad que dichas instituciones puedan tomar medidas en el ámbito de sus competencias considerando las condiciones actuales del servicio.
73. En tal sentido, dado que las recomendaciones efectuadas por la Comisión fueron expedidas antes de la existencia de un pronunciamiento definitivo en sede administrativa, la Sala considera 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.

III.4. El pedido de informe oral

74. Mediante escritos del 19 de octubre de 2007 y del 17 de junio de 2008, la AATC solicitó a la Sala que se le conceda el uso de la palabra con la finalidad de sustentar oralmente sus argumentos.
75. Con relación a las solicitudes de informe oral ante la Sala, es de aplicación el artículo 16 del Decreto Legislativo 1033 —Ley de Organización y Funciones del Indecopi— que establece que, en caso de una solicitud de parte de informe oral, la Sala podrá denegar el pedido mediante decisión debidamente fundamentada.
76. Al respecto, mediante Sentencia del 10 de abril de 2006 (recaída en el Expediente de Apelación 356-2005-Piura), la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, confirmando una sentencia que declaró infundada una demanda contencioso administrativa, afirmó que: “...se colige que es una facultad y no una obligación de la entidad demandada [el INDECOPI] el conceder los informes orales a las partes; por lo que no se evidencia que se haya contravenido el derecho de defensa de la apelante...”
77. De la norma y sentencia antes citadas, se verifica que constituye una facultad discrecional del Tribunal de INDECOPI, el conceder el uso de la palabra. Si esta instancia considera complejo y trascendente el caso o advierte una eventual afectación a los derechos de los administrados durante la tramitación del procedimiento, resulta razonable que conceda el uso de la palabra.

78. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, en Sentencia del 29 de agosto de 2006, recaída en el proceso de amparo signado bajo Expediente 3075-2006-PA/TC, y en calidad de precedente de observancia obligatoria, ha señalado que no todo informe oral resulta obligatorio por el solo hecho de haber sido solicitado sino que éste procede particularmente, cuando del análisis de los actuados aparecen notorias irregularidades acaecidas durante el desarrollo del procedimiento.
6. En la presente resolución, no se ha evaluado si la empresa denunciada ha realizado o no la conducta típica de infracción que se le imputa, sino sólo se ha limitado a analizar si el hecho objeto del procedimiento constituye una infracción administrativa de competencia de la Comisión, por lo que la Sala considera que no es necesario convocar a la audiencia de informe oral solicitada.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de septiembre de 2007, en el extremo que declaró improcedente la denuncia interpuesta por la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu – Consettur Machupicchu S.A.C. por un presunto abuso de posición de dominio manifestado mediante la imposición de precios “excesivos” y discriminación explotativa.

SEGUNDO: denegar el informe oral solicitado por la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco.

TERCERO: sugerir a la Presidencia del Consejo Directorio 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 la resolución de primera instancia.

Con la intervención de los señores vocales Juan Ángel Candela Gómez de la Torre, Miguel Antonio Quirós García, Raúl Francisco Andrade Ciudad y Alfredo Ferrero Diez Canseco.

JUAN ÁNGEL CANDELA GÓMEZ DE LA TORRE
Presidente

052-2007-INDECOPI/CLC

14 de setiembre de 2007

VISTO:

El Informe Técnico N° 053-2007-INDECOPI/ST-CLC, del 27 de julio de 2007, expedido por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia en el marco del procedimiento iniciado por la denuncia interpuesta 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) por una presunta infracción al Decreto Legislativo 701; los escritos de descargos presentados por las partes; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito del 14 de abril de 2005, la AATC interpuso una denuncia contra Consettur por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de precios "excesivos" en el servicio de transporte de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu.

La AATC denunció que a partir del 1 de enero de 2005, Consettur incrementó su tarifa del servicio para el segmento de adultos extranjeros de US\$ 9,00 a US\$ 12,00. Asimismo, señaló que no existían razones de mercado para el incremento de precios, el cual se impone a los usuarios por tratarse de un servicio brindado por un monopolio. El servicio de transporte ofrecido por Consettur sería el único medio para acceder desde Aguas Calientes hasta Machupicchu, y a su vez, en virtud de la concesión otorgada por la Municipalidad Distrital de Machupicchu, Consettur presta en exclusividad el servicio y sus tarifas no son objeto de regulación alguna.

2. Mediante la Resolución N° 025-2005-INDECOPI/CLC, del 16 de mayo de 2005, considerando lo señalado por la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) mediante la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI¹, la Comisión resolvió admitir a trámite la denuncia en los siguientes términos:

¹ Resolución expedida el 4 de junio de 2004, recaída en el procedimiento seguido bajo el Expediente N° 001-2003/CLC en mérito de la denuncia interpuesta por la Central Unitaria de Trabajadores del Perú y Javier Diez – Canseco Cisneros contra la Asociación de AFP, AFP Horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida y Profuturo AFP.

- (i) Por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio de carácter explotativo, manifestado tanto a través de la fijación de un precio 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 Inca de Machupicchu.
 - (ii) Que tales hechos configuran supuestos de infracción contemplados en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701.
 - (iii) Que tales supuestos de infracción son susceptibles de ser sancionados conforme a lo previsto en el artículo 23 del Decreto Legislativo 701.
3. El 8 de junio de 2005, Consettur presentó sus descargos a las imputaciones en su contra y señaló lo siguiente:
- (i) La discriminación de tarifas con respecto a las características de usuarios extranjeros y nacionales no es exclusiva del servicio en cuestión, sino que se produce en el ingreso a parques nacionales, monumentos históricos, entre otros, en los que el turista extranjero paga otra tarifa.
 - (ii) Desde el punto de vista económico, no hace diferencia alguna sobre qué base se definen distintos grupos en la medida que tienen diferentes disposiciones a pagar por la entrada. Es una práctica estándar alrededor del mundo que los sitios cobren precios diferenciados de acuerdo a la edad (por ejemplo, niños y jubilados) o al estatus de empleo (por ejemplo, desempleados o estudiantes), consideraciones que se encuentran ligadas a la disposición y habilidad de pagar.
 - (iii) La diferenciación de precios promueve la igualdad de acceso a diferentes grupos, permitiendo el acceso de aquellos que de otra manera no serían capaces de pagar el precio. A su vez, la diferenciación de precios sobre la base de la nacionalidad para acceder a sitios turísticos o considerados patrimonio cultural se practica en diversos países del mundo. Se aplica en países en vías de desarrollo considerando la diferencia en los ingresos entre nacionales y extranjeros. Asimismo, se aplica en países desarrollados en orden a promover el acceso de ciertos grupos, como por ejemplo, a través de los derechos académicos en las universidades.
 - (iv) La implementación de precios diferenciados en Machupicchu obedece a criterios económicos y sociales. Por un lado, la existencia de dos grupos identificables que difieren en su habilidad de pagar proporciona la justificación económica. Por otro lado, la preocupación social en la igualdad de acceso sustenta una diferenciación que procura que los ciudadanos conozcan de su historia, y Machupicchu ostenta una considerable importancia histórica y nacional.
 - (v) Con relación al mercado relevante, si bien no existe un sustituto al servicio prestado por Consettur, como es de conocimiento del Indecopi según se aprecia en el Informe N° 012-2001-INDECOPI/CLC, se encuentra en trámite el proyecto de instalación del teleférico, el cual constituiría un sustituto razonable al servicio.

- (vi) La concesión otorgada a Consettur no constituye una barrera de acceso al mercado. Cuando se otorgó la concesión por parte de la Municipalidad Distrital de Machupicchu en el año 1995, diversas empresas tuvieron la oportunidad de participar según las reglas establecidas en las bases de la licitación.
 - (vii) No se ha tomado en cuenta los costos que Consettur tiene que afrontar en mérito de la concesión, como: el mantenimiento de vías, la formulación de proyectos de mejoramiento y el pago a la Municipalidad Distrital de Machupicchu por derecho de concesión.
 - (viii) La regulación de tarifas es una función de la municipalidad concedente, según lo reconoce el propio Indecopi, aunque dicha función no ha sido debidamente evaluada por éste.
 - (ix) Las bases de la concesión y la concesión en sí misma fueron establecidas por la municipalidad correspondiente, lo cual ha quedado firme jurídicamente y debe respetarse en virtud de la garantía de seguridad jurídica de los actos administrativos.
 - (x) Asimismo, es importante señalar que lo relativo a la concesión se está ventilando en sede jurisdiccional y se encuentra pendiente de resolver, por lo que el Indecopi no debe abocarse a cuestiones que no son de su competencia.
4. Luego de la etapa de instrucción, la Secretaría Técnica emitió el Informe N° 053-2007-INDECOPI/ST-CLC del 27 de julio de 2007, en el cual concluyó y recomendó lo siguiente:

Como resultado del análisis realizado, esta Secretaría Técnica concluye lo siguiente:

- (i) La Comisión admitió a trámite la denuncia interpuesta por la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra el Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu – “Consettur Machupicchu S.A.C.” por un presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de precios “excesivos” y discriminación “explotativa”. Sin embargo, en el presente informe se plantea retomar el análisis sobre el ámbito de sus competencias.

En efecto, considerando que la Comisión nunca ha sancionado dichas conductas como infracciones al Decreto Legislativo 701, el análisis respectivo debe considerar las exigencias del principio de legalidad para el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado; así, como la necesidad de realizar una interpretación sistemática de las normas del ordenamiento jurídico que forman parte de la política de competencia.

- (ii) Las modalidades de abuso de posición de dominio contenidas en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, deben producir necesariamente un efecto de exclusión de competidores o impedir su ingreso al mercado, y por ende, afectar actual o potencialmente el proceso competitivo para ser consideradas como infracciones sancionables por las normas de libre competencia. Esta interpretación se desprende de una lectura integral de la ley de libre competencia, considerando lo señalado en las modalidades de abuso de posición de dominio enunciadas en los literales a), b) y c) del artículo 5.

- (iii) Los precios “excesivos” y la discriminación “explotativa” no producen un efecto de exclusión de competidores o de impedir su ingreso al mercado. En ese sentido, las conductas denunciadas no se encuentran tipificadas como infracción en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701 y por tanto, sancionarlas no se encuentra en el ámbito de competencias de la Comisión.
- (iv) La interpretación de la Sala de Defensa de la Competencia en la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI, inicialmente recogida por la Comisión para admitir la presente denuncia, no resulta compatible con el principio de tipicidad (manifestación del principio de legalidad). Asimismo, sancionar precios “excesivos” como un supuesto de infracción al Decreto Legislativo 701 podría contravenir el artículo 4 del Decreto Legislativo 757, norma que establece la prohibición de la fijación administrativa de precios por parte de la administración pública salvo habilitación legal expresa.
- (v) Los criterios establecidos por la Sala de Defensa de la Competencia en la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI no constituyen un precedente de observancia obligatoria en los términos establecidos en la ley.
- (vi) No obstante, si bien en opinión de esta Secretaría, la Comisión no es competente para sancionar supuestos de precios “excesivos” o discriminación “explotativa”, su función de promoción o abogacía de la competencia constituye una herramienta para fomentar mecanismos que permitan restituir condiciones de competencia en un mercado, en particular, cuando se presenten altas barreras a la entrada o monopolios legales.

En consecuencia, la Secretaría Técnica recomienda a la Comisión de Libre Competencia:

- (i) Declarar improcedente la denuncia presentada por la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu – “Consettur Machupicchu S.A.C.” por un presunto abuso de posición de dominio “explotativo” manifestado mediante la imposición de un precio “excesivo” y un trato discriminatorio (discriminación “explotativa”) en el mercado del servicio de transporte de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ruinas Machupicchu.

Este pronunciamiento significaría apartarse de los criterios establecidos por la Sala de Defensa de la Competencia, considerando que la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI no contiene un precedente de observancia obligatoria que vincule a la Comisión, y en la medida que este parecer divergente estaría debidamente motivado y fundamentado con la finalidad de preservar la legalidad de sus pronunciamientos.

- (ii) Aprobar la abogacía de la competencia que contiene el presente informe y disponer su remisión a los agentes involucrados en la concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ruinas Machupicchu, incluyendo a la Municipalidad Provincial de Urubamba.
- (iii) Remitir lo actuado en el presente procedimiento a la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi con la finalidad que evalúe el supuesto de discriminación denunciado en el marco de sus competencias.

- (iv) Remitir el presente informe a la Contraloría General de la República con la finalidad que evalúe en el marco de sus competencias las condiciones de la concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ruinas Machupicchu.
 - (v) Remitir el presente informe a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN con la finalidad que tome conocimiento de la situación de la concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ruinas Machupicchu y pueda recomendar las medidas correspondientes en el ámbito de sus competencias.
 - (vi) Disponer el inicio de un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra el Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu – “Consettur Machupicchu S.A.C.”, debido a que, según lo detallado en el numeral (iv) del punto IV.3.1. del presente informe, existirían indicios razonables de la presentación de información falsa en el marco del presente procedimiento, conducta contemplada como infracción en el artículo 5 del Decreto Legislativo 807.
 - (vii) Remitir al Ministerio Público los actuados correspondientes del presente procedimiento debido a las contradicciones detectadas en la documentación proporcionada por la denunciada a la autoridad de competencia respecto de la concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ruinas Machupicchu.
5. Mediante escritos del 10 de agosto y del 3 de setiembre de 2007, la AATC y Consettur², respectivamente, presentaron sus descargos a las conclusiones y recomendaciones del Informe N° 053-2007-INDECOPI/ST-CLC.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

6. La presente resolución tiene como objeto determinar lo siguiente:
- (i) Si corresponde conceder el informe oral solicitado por la AATC;
 - (ii) Si la Comisión es competente para conocer y sancionar conductas de abuso de posición de dominio en las modalidades de precios “excesivos” y discriminación “explotativa” como supuestos de infracción al Decreto Legislativo 701;
 - (iii) En caso la Comisión resultara competente, si Consettur ostenta posición de dominio en el mercado relevante; y,
 - (iv) Si, de ser el caso, Consettur abusó de su posición de dominio mediante la imposición de prácticas explotativas en las modalidades de precios “abusivos” y discriminación “explotativa”.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Solicitud de informe oral ante la Comisión

7. En su escrito de descargos³, la AATC solicitó que se le conceda el uso de la palabra para informar oralmente ante la Comisión. No obstante, en los

² Mediante Carta N° 0153-2007-GG-CONSETTUR MACHUPICCHU SAC., del 14 de agosto de 2007, Consettur solicitó una prórroga para efectuar sus descargos, la cual fue concedida por la Comisión de Libre Competencia mediante la Carta N° 188-2007/CLC-INDECOPI.

descargos, las partes no han aportado elementos para que esta autoridad requiera de una mayor convicción sobre las cuestiones controvertidas, las cuales versan principalmente sobre la procedencia de la denuncia. Por lo tanto, resulta innecesario conceder el uso de la palabra en esta ocasión.

8. En consecuencia, y en ejercicio de la facultad discrecional con que cuenta esta Comisión para conceder la realización de audiencias⁴, corresponde denegar el pedido de informe oral formulado por la AATC.

III.2. Cuestión previa: competencia de la Comisión

9. Debido a la naturaleza de las pretensiones corresponde delimitar si las prácticas de precios “excesivos” y discriminación “explotativa” denunciadas son conductas que se encuentran en el ámbito de las competencias de esta Comisión. Esto es importante pues en caso de no ser competente para sancionar las conductas denunciadas, la resolución que pueda emitir la Comisión sería un acto administrativo viciado de nulidad.
10. En efecto, el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que uno de los requisitos de validez del acto administrativo es que éste sea emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado⁵.
11. La determinación de la competencia por parte de la autoridad administrativa al momento de emitir un acto administrativo resulta de vital importancia, pues la autoridad sólo puede realizar ese tipo de actuación cuando en virtud al principio de legalidad⁶ se encuentra debidamente habilitada para ello, siendo la ley el acto por el cual se atribuye una potestad a la administración.

³ Escrito presentado el 10 de agosto de 2007.

⁴ En ese sentido, corresponde una lectura concordada de los artículos 42 y 34 del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, aprobado mediante Decreto Supremo 077-2005-PCM, los que a saber dicen lo siguiente.

Artículo 42.-

Los procedimientos que se siguen ante las Comisiones se regirán por las disposiciones que regulan las materias de su competencia, así como por las normas de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI y supletoriamente, por la Ley del Procedimiento Administrativo General. Rigen también para las Comisiones las disposiciones procesales contenidas en los artículos 29º, 34º y 35º del presente Reglamento, en lo que resulten aplicables.

Artículo 34.-

Sin perjuicio del cumplimiento de los plazos establecidos para la apelación, el Tribunal podrá solicitar a las Comisiones, Oficinas y otros organismos públicos y privados, los informes, dictámenes y, en general, todos aquellos elementos de juicio para la mejor resolución del caso.

Igualmente, podrá celebrar audiencias públicas, para interrogar a las partes, escuchar sus alegatos y oír las opiniones de terceros con legítimo interés que así lo soliciten o que el propio Tribunal hubiere convocado.

⁵ Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley 27444.-

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.
2. (...)

⁶ Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley 27444.-

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

- 1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

12. En el presente caso, considerando que esta Comisión nunca ha sancionado supuestos de precios “excesivos” o de discriminación “explotativa” es necesario determinar con certeza si sancionar dichas conductas se encuentra en su ámbito de competencias. En ese sentido, aunque la Comisión, recogiendo el antecedente de la Sala en la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI, admitió a trámite la presente denuncia, resulta pertinente retomar el análisis sobre sus competencias antes de proseguir con el trámite del presente procedimiento⁷.
13. Asimismo, es importante considerar que los criterios establecidos por la Sala mediante la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI no constituyen un precedente de observancia obligatoria⁸ y por lo tanto, esta Comisión podría tener un parecer divergente respecto de la materia controvertida en el presente procedimiento.
14. En particular, esta Comisión considera que corresponde analizar:
- (i) Qué se entiende por precios “excesivos” y discriminación “explotativa”
 - (ii) Cuál es el objetivo de la política de competencia y la finalidad de la ley de libre competencia

(...)

⁷ Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley 27444.-
Artículo 80.- Control de competencia

Recibida la solicitud o la disposición de autoridad superior, según el caso, para iniciar un procedimiento, las autoridades de oficio deben asegurarse de su propia competencia para proseguir con el normal desarrollo del procedimiento, siguiendo los criterios aplicables al caso de la materia, el territorio, el tiempo, el grado o la cuantía.

⁸ No puede considerarse un precedente de observancia obligatoria por tres razones: la Sala no declaró expresamente su carácter de precedente de observancia obligatoria; la Sala incluyó esta opinión en la Resolución como dictum*, por lo que no puede sostenerse que constituyó una interpretación con carácter general del sentido de la legislación; y, finalmente, la Sala tampoco solicitó la publicación de dicha Resolución.

(*). Dictum es una expresión latina que alude a aquellos comentarios que complementan las razones utilizadas por el juzgador para decidir un caso, pero que no forman parte de ellas.

La legislación vigente establece las siguientes condiciones para la existencia de un precedente de observancia obligatoria:

Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444.-

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo VI.- Precedentes administrativos

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.
2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.
3. En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes.

Decreto Legislativo 807.-

Artículo 43.- Las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El Directorio de Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial El Peruano cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

- (iii) Las disposiciones constitucionales y legales que rigen la política de competencia
 - (iv) La procedencia de las pretensiones denunciadas
- (i) Los precios “excesivos” y la discriminación “explotativa”
15. La presente denuncia se admitió a trámite por un presunto abuso de posición de dominio manifestado mediante la imposición de un precio “excesivo” y un trato discriminatorio (discriminación “explotativa”) en el servicio de transporte de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu. En ese sentido, corresponde determinar qué se entiende por ambas conductas.
16. El precio “excesivo” o “abusivo” no es un concepto de la teoría económica, sino una categoría elaborada por la jurisprudencia y la doctrina comunitaria europea a partir de lo dispuesto en el artículo 82 del Tratado de Roma⁹. Fue inicialmente en el caso General Motors Continental NV¹⁰, y posteriormente en United Brands Company¹¹ que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estableció que el precio excesivo es aquel que no tiene una relación razonable con el valor económico del bien.
17. Por su parte, la doctrina comunitaria europea ha definido un precio “excesivo” como aquel claramente superior al que tendría lugar en una situación de competencia y que es consecuencia de la existencia de un monopolio o del ejercicio de cierto poder de mercado.^{12 13}
18. Los precios “excesivos” podrían identificarse con el concepto de precios monopólicos de la teoría económica. El precio monopólico es aquel que establece una empresa en condición de monopolio maximizando sus beneficios¹⁴. Otro concepto económico vinculado es el de “poder de mercado”,

⁹ El artículo 82 (antes artículo 86) del Tratado de Roma establece lo siguiente:

(...)

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directamente o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

(...)

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 13 de noviembre de 1975, General Motors c. Comisión Europea, Asunto 26/75. En esta sentencia se señaló que puede ser considerado como abusivo: (...) the imposition of a price which is excessive in relation to the economic value of the service provided. Comentado por: MOTTA, Massimo y DE STREEL, Alexandre. Exploitative and Exclusionary Excessive Prices In EU Law. Págs. 7 - 8. En: www.iue.it/Personal/Motta/Papers/ExcessivePrices18122003.pdf. (visitada 4 de setiembre de 2007)

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, United Brands Company y United Brand Continental BV v. Comisión Europea, Asunto 27/76.

¹² Pascual y Vicente, Julio. Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa. Madrid, Civitas, 2002. Pág. 324.

¹³ En igual sentido, Motta y De Streel, citando a Joliet, señalan que un precio es “inequitativo” o también considerado como “abusivo” cuando las empresas pueden tomar ventaja de su posición dominante para fijar precios significativamente mayores que aquellos que serían resultado de una competencia efectiva. (MOTTA, Massimo y DE STREEL, Alexandre. Op.Cit. Pág. 3)

¹⁴ A diferencia del resultado de competencia perfecta en donde los precios se igualan a los costos marginales, la conducta maximizadora de beneficios de una empresa monopólica determina la fijación de precios en un nivel superior al de sus costos marginales (“precio monopólico”) y una reducción de la oferta respecto al nivel que prevalecería en un entorno competitivo.

el cual es entendido como la capacidad que tiene una empresa de influir en el precio de un bien, fijándolo o manteniéndolo por encima de precios que regirían en un entorno competitivo¹⁵. El ejercicio del poder de mercado determinará la imposición de un precio monopólico. Por lo tanto, la imposición de los denominados precios “excesivos” representa la fijación por parte de una empresa dominante de precios superiores a los de un entorno competitivo.

19. Por otro lado, según lo señalado por la Sala mediante la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI, la discriminación “explotativa” sería aquella implementada por una empresa dominante que puede tener interés en diferenciar a sus compradores a fin de obtener la mayor ventaja posible sin que medien justificaciones objetivas¹⁶.

20. Los precios “excesivos” y la discriminación “explotativa” se encuentran relacionados con la distinción en la doctrina entre prácticas exclusorias y explotativas.

Las prácticas exclusorias son aquellas cuyo efecto es excluir o desplazar a competidores o impedir su ingreso al mercado y por ende, afectan directamente el proceso competitivo. El daño a los consumidores se produce indirectamente mediante la afectación al proceso competitivo. En esta clasificación se encuentran, por ejemplo, la negativa injustificada de suministro, la discriminación de precios, subordinar una venta a la compra de otros bienes o servicios, entre otras¹⁷.

Por su parte, las prácticas explotativas representan la explotación directa del poder de mercado de la empresa dominante¹⁸. Estas conductas de explotación surgen cuando la posición dominante se usa en un mercado en perjuicio directo de los suministradores, clientes o consumidores. Los precios “excesivos” y la discriminación “explotativa” se encuentran dentro de esta clasificación.¹⁹

21. A continuación corresponde determinar si la represión de conductas como los precios “excesivos” y la discriminación “explotativa” (prácticas calificadas como “explotativas”) resulta acorde con el objetivo de la política de competencia y las disposiciones del ordenamiento jurídico peruano que la rigen.

(ii) Objetivo de la política de competencia

22. El artículo 61 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

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.

¹⁵ Bajo el modelo de competencia perfecta los productores, actuando individualmente, no tienen la capacidad de influir en el precio de mercado sino que lo toman como dado y en función del mismo deciden los niveles de producto a ofrecer; sin embargo, una empresa dominante o, en el extremo, monopólica, sí se encuentra en capacidad de influir por sí sola en los niveles de precios del mercado. El ejercicio de dicha capacidad (“poder de mercado”) en este último caso determinará la imposición de un precio monopólico.

¹⁶ Ver: Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI.

¹⁷ BELLAMY Christopher y Graham CHILD. Derecho de la Competencia en el Mercado Común. Edición española a cargo de Enric Picañol, primera edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992. Págs. 533-545.

¹⁸ MOTTA, Massimo y DE STREEL, Alexandre. Op.Cit. Pág. 1.

¹⁹ BELLAMY Christopher y Graham CHILD. Op.Cit. Págs. 550-556.

23. Del dispositivo constitucional citado, se desprende que el Estado se encarga de tutelar la libre competencia, siendo ésta considerada como el bien jurídico objeto de protección. En ese sentido, la autoridad se encargará de vigilar el proceso competitivo de manera que combatirá y sancionará todas aquellas prácticas que afecten indebidamente la concurrencia de competidores al mercado y disminuyan la rivalidad entre las empresas propia de un escenario de competencia.

24. Por otro lado, el artículo 1 del Decreto Legislativo 701 establece lo siguiente:

La presente Ley tiene como 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.

25. Según se desprende de lo anterior y de manera coincidente con el artículo 61 de la Constitución, el objeto de la norma es eliminar las prácticas que afecten la libre competencia, estableciéndose además, que ello se produce con la finalidad de que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

26. La iniciativa privada de las empresas se desenvuelve procurando obtener las preferencias de los consumidores, a través del ofrecimiento de productos que satisfacen las necesidades de éstos en mejores condiciones de precio y calidad respecto a las condiciones ofrecidas por las empresas rivales. Las preferencias de los consumidores serán obtenidas por aquellas empresas que les reporten mayores beneficios a aquéllos. A través de la obtención de dichas preferencias las empresas maximizan sus propios beneficios.

27. Las prácticas anticompetitivas (prácticas colusorias y abusos de posiciones dominantes) impiden que el proceso competitivo. Pa través del cual las empresas pugnan por obtener las preferencias de los consumidores, reduciendo sus costos (eficiencia productiva) ofreciendo nuevos y mejores productos (eficiencia innovativa) y fijando precios cercanos a sus costos (eficiencia asignativa)P se desenvuelva en beneficio de aquéllos.

28. Dicho de otro modo, las empresas buscan maximizar sus beneficios para lo cual deben obtener las preferencias de los consumidores, la manera de lograrlo es mediante el ofrecimiento de productos de una adecuada relación precio y calidad que a su vez maximicen el beneficio de los consumidores. Por ello, las prácticas anticompetitivas vulneran el proceso competitivo que redundan en beneficios para los consumidores.

29. Por consiguiente, el Decreto Legislativo 701 tiene por objeto eliminar aquellas prácticas que vulneran el proceso competitivo y que, por ende, redundan en perjuicios para los consumidores.

30. Adicionalmente, lo dispuesto en ambas normas es acorde con lo señalado en la doctrina acerca de que las normas de libre competencia deben encargarse de velar por el correcto funcionamiento del proceso competitivo, con el fin de promover el uso eficiente de los recursos logrando como resultado el bienestar

de la sociedad²⁰ (social welfare).²¹ La finalidad última de una política de competencia será mejorar el bienestar del consumidor pero ello deberá ser fruto de la promoción y protección del proceso competitivo.

31. Mediante la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI, la Sala consideró que interpretar que el Decreto Legislativo 701 tiene como objeto proteger el proceso competitivo, dejaría de lado el deber especial de protección del Estado frente a los consumidores que se desprende de la Constitución Política del Perú. De esta manera, aquellos se verían indefensos frente a la inacción estatal ante conductas dirigidas a explotarlos (prácticas explotativas) y que niegan los efectos beneficiosos de la competencia.²²
32. Sin embargo, esta Comisión considera que la protección de los consumidores a través de la aplicación de las normas de libre competencia se da precisamente a través de la protección del proceso competitivo, debido a que éste redundaría en beneficio de los primeros. Es decir, la protección que brindan las normas de libre competencia a los consumidores se da de manera indirecta a través de su incidencia en el debido funcionamiento del proceso competitivo.
33. Lo que se debe proteger es el proceso competitivo pues mediante condiciones de competencia se permitirá un ahorro para el consumidor en la medida que podrá acceder a bienes y servicios a menores precios y mayor calidad como consecuencia de las actividades de las empresas. En los términos del artículo 1 del Decreto Legislativo 701, esto permitirá que la libre iniciativa privada redunde en el mayor beneficio de los consumidores y usuarios.
34. En particular, las prácticas que constituyen abusos de posición de dominio están conformadas por aquellas conductas destinadas a excluir a competidores actuales o potenciales por razones distintas a la competencia basada en méritos. En efecto, como parte del proceso competitivo algunas empresas Paquellas menos eficientesP serán excluidas del mercado, lo que se constituye en un daño concurrencial legítimo. Por el contrario, el daño causado a los competidores por parte de las prácticas abusivas de una posición de dominio no se basa en la mayor eficiencia de las empresas que las implementan.
35. Las denominadas prácticas “explotativas” como los precios “excesivos” y la discriminación “explotativa” Pa diferencia de las prácticas exclusoriasP no afectan las condiciones de competencia o disminuyen la rivalidad entre las empresas, sino que inciden directamente en cuánto gana determinado agente económico dominante²³. Según se observa, como resultado de estas conductas no existe una afectación a la competencia.

²⁰ Con relación a este punto, los indicadores comúnmente utilizados en el análisis económico para medir el bienestar de la sociedad son el excedente del consumidor y el excedente del productor. El excedente del consumidor se define como la diferencia entre lo que el consumidor está dispuesto a pagar por el bien y lo que paga realmente cuando lo compra. Un mayor excedente del consumidor permite alcanzar un nivel de utilidad con menor gasto, liberando recursos para la adquisición de otros bienes y consecuentemente el mejoramiento del bienestar. Por su parte, el excedente del productor, es la suma de la diferencia entre el precio del mercado de un bien y el costo marginal de producción en todas las unidades de producción.

²¹ Al respecto, ver: POSNER, Richard. *Antitrust Law*. The University of Chicago Press. Second Edition, 2001. Pág. 23. VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M. y Joseph E. HARRINGTON. *Economics of Antitrust and Regulation*. Segunda edición, Massachusetts, 1998. Págs. 62-64. Organisation for Economic Co-Operation and Development. *What is Competition on the Merits?*. Policy Brief. June 2006. En: www.oecd.org/publications/Policybriefs

²² Ver: Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI.

²³ Ahora bien, por ejemplo, podría existir un supuesto hipotético de discriminación de precios, en el cual el agente dominante puede excluir a determinado competidor respecto de otro al que se encuentra vinculado y a su vez,

36. Por lo tanto, la política de competencia a través de la ley de libre competencia se debe encargar de proteger el proceso competitivo y sancionar las prácticas que lo afectan, es decir, aquellas que excluyen competidores o impiden su acceso al mercado (conductas exclusorias), debido a que eliminan la rivalidad propia de la competencia mediante mecanismos distintos a la eficiencia económica de los agentes del mercado.

37. Al respecto, es importante advertir que objetivos tales como la distribución de la riqueza o la protección de pequeñas empresas, no son propios de las normas de libre competencia sino que son objeto de protección de otras legislaciones (tributaria, laboral, etc.). Incorporar en la aplicación de las leyes de competencia tales objetivos podría afectar las eficiencias que precisamente dichas normas tratan de proteger²⁴. Por ejemplo, la prohibición de conductas como las denominadas “explotativas” que no afectan a la competencia sino que procuran directamente incrementar los ingresos de las empresas que las implementan, podrían afectar las decisiones inversión, producción o innovación de los agentes privados.

38. En consecuencia, esta Comisión considera que conforme a lo dispuesto en el artículo 61 de la Constitución Política del Perú y al mandato del Decreto Legislativo 701, la autoridad de competencia debe reprimir sólo aquellas prácticas que distorsionen o afecten el proceso competitivo y por lo tanto, que tengan actual o potencialmente un impacto negativo en la competencia.

(iii) Régimen constitucional económico y marco legal

39. El Título III de la Constitución Política del Perú, en lo que se refiere al Régimen Económico, reconoce que los agentes económicos tienen derecho a:

- La libre iniciativa privada²⁵, según la cual toda persona natural o jurídica tiene derecho a desarrollar la actividad económica de su preferencia. El libre acceso a la actividad económica implica el libre acceso a la adquisición, transformación y comercialización de insumos, bienes y servicios.
- La libertad de empresa, comercio e industria²⁶, según la cual toda persona natural o jurídica tiene derecho a elegir libremente la forma empresarial de su preferencia²⁷, así como su conducción y explotación²⁸.

extraer la mayor cantidad de excedente posible del cliente discriminado. Sin embargo, lo sancionable de esta situación por las normas de libre competencia es el efecto de exclusión de la conducta y no el componente explotativo, pues es el primero el que afecta al proceso competitivo.

²⁴ POSNER, Richard. Antitrust Law. Op.Cit. Págs. 23-28; KHEMANI, Shyam. Objetivos de la Política de Competencia. En: Planeación y Desarrollo, Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico, Vol, XXIV, N° 2 (Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, Mayo – Agosto 1993).

²⁵ Constitución Política del Perú.- Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

²⁶ Constitución Política del Perú.- Artículo 59. El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

- La libre competencia (artículo 61), según la cual los precios de los bienes y servicios resultan de la confluencia de la oferta y la demanda. Asimismo, la tutela de este derecho implica que el Estado sanciona el abuso de posiciones dominantes y las prácticas restrictivas de la libre competencia.
 - La libre contratación²⁹, según la cual toda persona tiene derecho a elegir con quien contrata y los términos y condiciones del contrato (plazos, precios, ofertas, descuentos, etc.).
 - La libre elección y plena información de los consumidores³⁰, según la cual los consumidores tienen derecho a que los proveedores les suministren toda la información necesaria respecto de los bienes y servicios que adquieren, para efectos de elegir libremente sobre la base de una variedad de precios, marcas, calidad, etc.
40. El marco constitucional propugna un modelo de economía social de mercado (artículo 58), en el cual son los agentes económicos, mediante decisiones individuales quienes en ejercicio de sus derechos a la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libertad de contratar participan en el mercado en un régimen de libertad de precios. Sin embargo, en este contexto, el Estado mantiene un rol vigilante fundamental en el mercado con la finalidad de reprimir y sancionar los posibles excesos cometidos al amparo de libertades económicas.
41. A su vez, este modelo constitucional económico es compatible con lo señalado en otras disposiciones actualmente vigentes y expedidas con anterioridad a la Constitución Política del Perú de 1993, en particular, con lo establecido en el Decreto Legislativo 701 y el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. Ambas leyes encuentran plena concordancia con los principios establecidos en el régimen económico consagrado en la Constitución.
42. Por un lado, según se señaló, el artículo 61 la Constitución Política del Perú, establece la obligación del Estado de facilitar y vigilar la libre competencia combatiendo toda práctica que la limite. Por su parte, el Decreto Legislativo 701, se encarga de reprimir y sancionar las conductas colusorias y de abuso de

²⁷ Es decir, sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad civil, empresa individual de responsabilidad limitada, contratos asociativos, etc.

²⁸ Esto implica la elección de la administración, modalidades de producción o índices de producción, utilización de insumos y procesos tecnológicos, capacidad instalada, política de costos y precios, comercialización y distribución de productos, márgenes de utilidades, distribución de dividendos, entre otros.

²⁹ Constitución Política del Perú.-
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. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

³⁰ Constitución Política del Perú.-
Artículo 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

posición de dominio en el mercado precisamente con el objeto de controlar los posibles excesos en ejercicio de las libertades económicas reconocidas constitucionalmente.

43. Asimismo, el artículo 58 de la Constitución Peruana consagra que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado. Este postulado encuentra plena concordancia con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 757, cuyo artículo 2 establece que el régimen económico se basa en el principio de libre competencia³¹; el cual, a tenor de la primera parte del artículo 4 del Decreto Legislativo 757, implica que los precios en nuestra economía deban resultar del libre interacción de la oferta y la demanda³².
44. Lo anterior significa que la Constituyente optó por que en nuestro país los bienes privados sean asignados mediante el mercado. Ello, en el entendido que esta interacción generará una asignación más eficiente de recursos privados que si se permitiese a la Administración Pública asignarlos (como en las economías planificadas).
45. La segunda parte del artículo 4 del Decreto Legislativo 757 constituye la otra cara de la misma moneda. Según ella, “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”.
46. En efecto, al haber decidido el legislador que los precios sean fijados mediante la libre oferta y demanda, la Administración Pública no puede atribuirse la facultad de intervenir en la asignación de bienes privados, a menos que el Congreso cree una excepción, mediante ley expresa, a la regla que él mismo ha establecido.
47. Ahora bien, mediante la Resolución No. 0225-2004/TDC-INDECOPI, la Sala señaló expresamente lo siguiente:

“(...) la Comisión no está facultada para fijar administrativamente los precios, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto Legislativo No. 757; sin embargo la Comisión se encuentra facultada a declarar la existencia de una conducta que constituye abuso de posición de dominio en el mercado en la modalidad de precio excesivo (...)”
48. En otras palabras, según la Sala, la agencia de competencia debería sancionar a una empresa que cobre lo que a su criterio es supuestamente demasiado caro, pero además estaría impedida de determinar el tope a partir del cual un precio resulta elevado o cuál sería el margen de ganancia permisible³³.

³¹ Decreto Legislativo 757.-
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.

³² Decreto Legislativo 757.-
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.

³³ DIEZ CANSECO NÚÑEZ, Luis José y PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique. El Excesivo Precio de una Decisión Impredecible. A Propósito del Caso de las AFP, En: Diálogo con la Jurisprudencia. Lima (PE) v.10 (71): agosto., 2004. Pág. 52.

49. A criterio de la Comisión, una interpretación de ese tipo pareciera dejar de lado que la ratio legis o el sentido de la norma es impedir que la Administración Pública tenga discrecionalidad para intervenir en la asignación de bienes privados, directa o indirectamente, a no ser que medie una autorización expresa del Congreso. Por lo tanto, se debe concluir que el Decreto Legislativo 757 impide a la Comisión abocarse a conocer casos que involucren precios “excesivos”.
50. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la sanción de precios “excesivos” como una modalidad de abuso de posición de dominio es un remedio ineficaz e impredecible, toda vez que la Comisión no puede establecer un precio tope o un margen de ganancia razonable, por carecer de las herramientas diseñadas para los organismos reguladores. Esto abriría las puertas a la arbitrariedad³⁴.
51. En igual sentido, la prohibición de la fijación administrativa de precios del Decreto Legislativo 757 es acorde con una política de competencia que no se encarga de sancionar determinado nivel “excesivo” o “muy alto” de precios, sino que está dirigida a proteger el proceso competitivo y reprimir aquellas prácticas de exclusión de competidores que directamente lo restringen o afectan.
52. A criterio de esta Comisión, el mandato de tutelar la libre competencia al que se refiere el artículo 61 de la Constitución Política del Perú y el Decreto Legislativo 701 debe encontrar concordancia con lo señalado en las otras normas jurídicas que también forman parte de la política de competencia. Así, la autoridad combatirá toda práctica que limite la competencia, toda vez que con aquella se disminuya la rivalidad entre empresas propia de un escenario competitivo y en la medida que dicha intervención se enmarque en lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, como en el caso en particular, considerando la prohibición directa o indirecta de la fijación administrativa de precios.
53. Por lo tanto, no creemos que exista sustento jurídico suficiente para sancionar precios “excesivos” bajo el ámbito del Decreto Legislativo 701, pues ello no sólo vulneraría expresamente lo establecido en el Decreto Legislativo 757, sino también, podría resultar contrario a lo dispuesto en el marco constitucional vigente y a la finalidad asignada a las normas de libre competencia.
54. En consecuencia, esta Comisión concluye que no es competente para sancionar supuestos de precios “excesivos” o “abusivos”.
- (iv) Análisis de procedencia de la denuncia
55. El objetivo de la política de competencia es la protección del proceso competitivo, siendo una de sus herramientas la sanción Pa través de la ley de libre competenciaP de prácticas de exclusión a competidores como supuestos de abuso de posición de dominio. Asimismo, y de acuerdo al marco constitucional en materia económica y la prohibición legal expresa del Decreto Legislativo 757, esta Comisión está impedida de sancionar supuestos de precios “abusivos” o “excesivos”.
56. Con relación al efecto de exclusión de las conductas prohibidas como abuso de posición de dominio por el Decreto Legislativo 701, es importante señalar lo

³⁴ En el mismo sentido, ver *Ibidem*. Pág. 58.

resuelto recientemente por la Sala mediante la Resolución N° 0407-2007/TDC-INDECOPI del 22 de marzo de 2007³⁵:

(...)

Las conductas abusivas de Pilot se evidencian en lo siguiente:

- (i) La suscripción de contratos con la totalidad de la oferta de prácticos marítimos que incluyen cláusulas de exclusividad y por una duración que comprende el período licenciado que como práctico marítimo del TPC posee cada práctico. Adicionalmente, a ello, diseño de cláusulas punitivas que hubieran sido aplicables en caso los prácticos marítimos renunciasen a prestar servicios de practicaaje marítimo a través de Pilot (US\$ 300, 000);
- (ii) La interposición de una serie de acciones judiciales y administrativas con la finalidad de impedir que los prácticos marítimos que renunciaron a Pilot puedan prestar servicios a través de empresas competidoras que ejerzan libremente su actividad profesional, excluyéndolos del mercado y/o elevando sus costos de concurrencia a éste;
- (iii) La política empresarial consistente en prohibir que los prácticos licenciados subordinados a Pilot efectúen su obligación legal de entrenar prácticos aspirantes para la obtención de la licencia respectiva;
- (iv) La negativa injustificada a prestar servicios de practicaaje a agencias marítimas con las que Pilot no hubiere establecido relaciones comerciales previas con carácter de exclusividad en materia de practicaaje marítimo en el TPC.

En consecuencia, debe confirmarse la Resolución N° 037-2005-INDECOPI/CLC en el extremo que declaró fundada la denuncia formulada contra Pilot por infracción a los artículos 3° y 5° del Decreto Legislativo N° 701, consistente en la implementación de una serie de conductas conducentes a mantener un monopolio por razones distintas a la eficiencia económica, imponer precios monopólicos y elevar barreras de entrada al mercado relevante.

(...)

Mediante esta resolución, la Sala sancionó una serie de conductas de exclusión a competidores cuya consecuencia final fue la creación de un monopolio y la consecuente imposición de un precio monopólico. Sin embargo, no se sancionó el precio en sí mismo sino el impedir vía estas prácticas de exclusión la entrada de nuevos competidores al mercado.

57. Una vez delimitado lo anterior, conforme a los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701³⁶, el análisis de las conductas de abuso de posición de dominio, deberá considerar:

³⁵ Resolución expedida en el Expediente 005-2002/CLC en el marco del procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. y otros.

³⁶ Al respecto, los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, señalan 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.

(...)

- (i) la tenencia de posición de dominio;
- (ii) la actuación indebida que produce un efecto de exclusión de competidores o impide su ingreso al mercado afectando actual o potencialmente el proceso competitivo;
- (iii) el fin de obtener beneficios;
- (iv) el fin de causar perjuicios; y,
- (v) la imposibilidad del resultado de no existir posición de dominio

58. Dichas condiciones para el análisis de abusos de posición de dominio en el mercado son acordes con el objetivo de la política de competencia y guardan armonía con el marco constitucional y legal vigente. Sólo las prácticas que producen este efecto de exclusión o impiden el ingreso de competidores al mercado afectan actual o potencialmente el proceso competitivo, el cual constituye el objeto de protección de lo establecido en el artículo 61 de la Constitución Política del Perú.

59. El precio “excesivo” es una conducta que se refiere al nivel de precios que puede establecer una empresa dominante y no a un comportamiento anticompetitivo cuya finalidad sea excluir competidores o impedir su ingreso al mercado afectando así la libre competencia.

Asimismo, la posible contravención a la prohibición de la fijación administrativa de precios establecida en el Decreto Legislativo 757 así como los pronunciamientos de la propia Sala con relación a la imposibilidad de fijar precios a través de la aplicación de las normas de libre competencia³⁷,

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, 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.
- d) (...)
- e) (...)
- f) Otros casos de efecto equivalente.

³⁷ Al respecto, ver:

Resolución N° 0078-1999/TDC-INDECOPI del 5 de marzo de 1999 expedida el procedimiento iniciado por Empresa Editora El Comercio S.A. contra Aero Continente S.A. en el Expediente N° 005-97-CLC:

(...) Resulta claro, entonces, que las autoridades administrativas en general carecen de competencia para evaluar la política de precios que decida adoptar una determinada empresa, (...)

En igual sentido, en la Resolución N° 131-2003/TDC-INDECOPI del 11 de abril de 2003 expedida en el procedimiento iniciado por Maersk Perú S.A. contra la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos y otros, en los Expedientes acumulados números 003 y 004-2002-CLC, la Sala señaló:

“(...) el monopolio no es condenado per se por la legislación nacional y en consecuencia, la imposición unilateral de precios por un monopolio tampoco puede ser condenada bajo los alcances del Decreto Legislativo 701.”

determinan que esta Comisión declare improcedente este extremo de la denuncia de la AATC.

60. De igual manera, debe tenerse en cuenta que al admitir la denuncia que luego llevó a la Resolución N° 025-2005-INDECOPI/CLC, se consideró que el presunto abuso de posición de dominio explotativo implementado por la concesionaria se podría manifestar también a través de un trato discriminatorio (discriminación “explotativa”), debido al mayor precio cobrado por Consettur a los pasajeros adultos extranjeros respecto de los nacionales, a pesar que se les otorgaba exactamente el mismo servicio.
61. Sin embargo, el supuesto de discriminación denunciado por la AATC no produce un efecto actual o potencial de exclusión a competidores o de impedir su ingreso al mercado, tal como se requiere para sancionar un abuso de posición de dominio en el ámbito del Decreto Legislativo 701. En consecuencia, corresponde declarar improcedente el extremo de la denuncia por discriminación “explotativa”.
62. Sin perjuicio de lo anterior, dado que se ha denunciado un supuesto de discriminación dirigido a usuarios finales del servicio, correspondería determinar si dicha conducta sería susceptible de sanción por las normas de protección al consumidor³⁸. Por lo tanto, recogiendo así lo señalado en el Informe Técnico, corresponde poner lo actuado en conocimiento de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi.
63. Finalmente, esta Comisión concluye que los precios “excesivos” y la discriminación “explotativa” no son supuestos de abuso de posición de posición de dominio contemplados bajo el ámbito de lo dispuesto en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, debiéndose declarar improcedente la denuncia en todos sus extremos.

³⁸ Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor
Artículo 5.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:

- (...)
- d) Derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios

Precisase que al establecer el inciso d) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 716, que todos los consumidores tienen el derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial, se establece que los consumidores no podrán ser discriminados por motivo de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier índole, en la adquisición de productos y prestación de servicios que se ofrecen en locales abiertos al público.

(Texto precisado por el artículo 1 de la Ley N° 27049)

(...)

Artículo 7B°.- Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público.

Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias.

Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

(Artículo adicionado por el artículo 2° de la Ley N° 27049).

Asimismo, carece de objeto pronunciarse sobre la posición de dominio de la denunciada y analizar las prácticas de precios “abusivos” y discriminación “explotativa” debido a que esta Comisión no es competente para conocer dichas conductas.

(v) Conclusiones sobre la competencia de la Comisión

64. Del análisis realizado en la presente resolución se llega a las siguientes conclusiones:

- El objetivo de la política de competencia es la protección del proceso competitivo, pues mediante la vigilancia de su correcto funcionamiento se procurará el bienestar de la sociedad y por lo tanto, el mayor beneficio de los usuarios y consumidores que propugna el artículo 1 del Decreto Legislativo 701.
- A través de la ley de libre competencia, 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, en la medida que son aquellas conductas las que afectan de manera actual o potencial el proceso competitivo.
- Los precios “excesivos” y la discriminación “explotativa” (prácticas explotativas) son conductas que no excluyen competidores o impiden su ingreso al mercado y por lo tanto, no implican directamente una afectación actual o potencial a la competencia.
- 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, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, norma que forma parte de la política de competencia y es posterior al Decreto Legislativo 701.
- 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 las normas de libre competencia.
- La interpretación realizada por esta Comisión implica dejar de lado los criterios establecidos por la Sala mediante la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI, los cuales no constituyen un precedente de observancia obligatoria que vincule a este órgano resolutorio. En ese sentido, mediante el presente pronunciamiento esta Comisión puede establecer criterios de análisis aplicables a los supuestos de abuso de posición de dominio en el mercado.

En consecuencia, esta Comisión concluye que no es competente para sancionar precios “excesivos” o supuestos de discriminación “explotativa”.

IV. PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

65. En la presente resolución, esta Comisión ha interpretado el alcance de las conductas prohibidas como abuso de posición de dominio y por lo tanto, es posible sentar los siguientes principios interpretativos para la determinación de las conductas sancionables bajo el ámbito de los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701:

- (i) El objetivo de la política de competencia es velar por el correcto funcionamiento del proceso competitivo, eliminando a través de la ley de libre competencia todas aquellas conductas que lo distorsionen o afecten, mediante lo cual se procurará el bienestar de la sociedad y por ende, el mayor beneficio de los usuarios y consumidores que propugna el artículo 1 del Decreto Legislativo 701.
- (ii) El artículo 4 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, en concordancia con lo dispuesto en el régimen constitucional económico, el marco legal vigente y el objetivo de la política de competencia, impide a esta Comisión sancionar supuestos de precios “excesivos” o “abusivos”, pues aquello implicaría atentar contra la prohibición de la fijación administrativa de precios que proscribe dicho dispositivo legal.
- (iii) Según lo establecido en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, conforme a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico peruano y el objetivo de la política de competencia, las modalidades de abuso de posición deben producir necesariamente un efecto de exclusión a competidores o impedir su ingreso al mercado y por lo tanto, afectar actual o potencialmente el proceso competitivo para ser consideradas infracciones sancionables por las normas de libre competencia.
- (iv) En ese sentido, conforme a lo dispuesto en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, para sancionar un supuesto de abuso de posición de dominio, deben presentarse los siguientes requisitos: la tenencia de posición de dominio; la actuación indebida que produce un efecto de exclusión y afecta actual o potencialmente la competencia; el fin de obtener beneficios; el fin de causar perjuicios; y, la imposibilidad de lograr el resultado obtenido de no existir posición de dominio.

66. En aplicación del artículo 43 del Decreto Legislativo 807, y atendiendo a que la presente resolución interpreta de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, corresponde declarar que ésta constituye un precedente de observancia obligatoria en la aplicación del principio que se enuncia en la parte resolutive. Adicionalmente, corresponde solicitar al Directorio del Indecopi que disponga su publicación en el diario oficial El Peruano.

V. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA

67. Las autoridades de competencia cumplen tanto un rol sancionador, en aplicación de la legislación de libre competencia, como de promoción y difusión de una cultura de mercado. Esta segunda labor recibe el nombre de abogacía o promoción de la competencia. La abogacía de la competencia tiene como objeto la realización de recomendaciones tanto a autoridades públicas³⁹ como a agentes privados para que cada uno en su ámbito de acción adopte medidas conducentes al desarrollo de mercados competitivos. Asimismo, la promoción

³⁹ Las que pueden tomar la forma de opiniones previas a procesos de privatización, propuestas de reformas legislativas, exhortaciones para el mejoramiento de procesos, entre otros.

de la competencia involucra una labor de difusión de los valores intrínsecos a una cultura de libre competencia⁴⁰.

68. En general, el término abogacía de la competencia hace referencia a las actividades de la autoridad de competencia relacionadas con la generación de un entorno competitivo para las actividades económicas a través de mecanismos distintos a los de la aplicación de mandatos y sanciones, como son las exhortaciones a otras entidades estatales y la sensibilización de la opinión pública respecto de los beneficios de la competencia.⁴¹
69. En ese orden de ideas, cuando la autoridad de competencia identifica la existencia de un mercado en el cual opera un monopolio no sujeto a regulación económica ni a la amenaza de competencia potencial que le impida el ejercicio de su poder de mercado Pposiblemente debido a que dicho monopolio ha sido otorgado por alguna autoridad gubernamentalP, puede utilizar los mecanismos de la abogacía de la competencia con el objeto de promover la introducción de competencia, de tal manera que se eliminen los efectos nocivos para la sociedad y los consumidores debido a la permanencia de un monopolio no desafiante.
70. Previamente, con relación al mercado bajo análisis, es importante considerar, que existe un proceso judicial en trámite en el cual se discute la validez del Contrato de Concesión para la operación de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Machupicchu suscrito en el año 2003 entre la Municipalidad de Machupicchu y Consettur.
71. En ese sentido, esta Comisión no puede ni pretende abocarse a lo que es materia de discusión en el Poder Judicial. Por lo tanto, las recomendaciones que se señalan a continuación, están necesariamente supeditadas a lo que decida el órgano jurisdiccional competente.
72. Por un lado, la concesión de ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu otorgada a favor de Consettur, se caracterizó principalmente por:
 - (ii) La participación de la entidad convocante (municipio) como postor del proceso de selección en el año 1995 a través de la Empresa Municipal de Transportes Machupicchu S.A. - TRAMUSA, socia de Consettur, así como su actual participación en la operación de la ruta.

⁴⁰ Aquí se incluye una amplia gama de actividades: seminarios para representantes de empresas, abogados, jueces, académicos, etc., comunicados de prensa sobre la aplicación de la normativa de competencia, publicación de informes anuales y directrices que recojan los criterios seguidos para resolver los asuntos de competencia, etc. Este tipo de actividades da mayor transparencia a la política de competencia y acrecientan la credibilidad y el poder de persuasión de las autoridades encargadas de velar por la aplicación y cumplimiento de la normativa de competencia.

RED INTERNACIONAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. Abogacía de la Competencia y Política de Competencia. Informe preparado por el Grupo de trabajo Abogacía de la competencia de la Conferencia de la Red Internacional de Competencia Económica. Nápoles, Italia, 2002. Disponible en: <http://www.cfc.gob.mx/images/stories/comunicacion/Publicaciones/Advocacy.pdf>. (Visitada el 4 de setiembre de 2007).

⁴¹ *Ibidem*.

- (iii) La inexistencia de algún tipo de control o aprobación por parte de la concedente del incremento de las tarifas de la operadora Consettur durante la vigencia de la concesión.
- (iv) La inexistencia de un proceso de selección para otorgar la concesión de la ruta en el año 2003 por un período de veinte (20) años adicionales.
73. En este punto, coincidiendo con lo señalado por la AATC en sus descargos⁴², se evidencia que las condiciones en las cuales se otorgó y prorrogó la concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ruinas Machupicchu afectaron significativamente el ingreso de potenciales competidores, quienes pudieron participar en una pugna competitiva para prestar el servicio de transporte de pasajeros en la ruta.
74. En este contexto, la falta de transparencia del proceso de selección en el año 1995, la inexistencia de control de tarifas por parte del municipio a pesar de lo señalado en la Bases de la Concesión⁴³ y la prórroga del contrato de concesión hasta por un plazo de veinte (20) años adicionales sin proceso de selección alguno, determinan que el presunto precio “excesivo” denunciado o el incremento unilateral de precios por Consettur sea una consecuencia de condiciones aparentemente irregulares de otorgamiento y operación de la concesión.
75. La situación anterior también evidencia que las normas de libre competencia no resultan el mecanismo idóneo para sancionar supuestos de precios “excesivos”, no sólo por la imposibilidad legal, sino porque la sanción y represión de estas prácticas no resuelve los problemas generados por un monopolio otorgado por un ente estatal, operado indirectamente por éste último, y que no se encuentra sujeto a regulación de tarifas. En particular, cuando la legislación prevé las condiciones y procedimientos que se deben seguir por parte de las autoridades competentes para evitar dicha situación⁴⁴.
76. Vistas así las cosas, esta Comisión considera que una alternativa de solución a la situación actual en la cual se presta el servicio de transporte de pasajeros y asimismo, el mecanismo más idóneo para promover un escenario de competencia en dicho tramo carretero, es convocar una nueva licitación para la operación de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu.

⁴² Ver: Página 9 del escrito de descargos presentado por la AATC el 10 de agosto de 2007.

⁴³ Ver: Bases para la Licitación Pública para la Concesión de la Ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu del 2 de agosto de 1995.

⁴⁴ Así por ejemplo, la Ley 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, norma vigente al momento de otorgar la concesión en el año 1995, establecía lo siguiente sobre las condiciones de otorgamiento de concesiones:
Artículo 54.- La concesión de los servicios municipales se sujeta a las siguientes reglas y condiciones mínimas:
1.- Subasta pública.
2.- Limitación del plazo de la concesión a no más de 30 años.
3.- Garantía suficiente que asegure la eficiencia del servicio y el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a la naturaleza, calidad o características de los servicios a prestar.
4.- Rescisión de la concesión por incumplimiento del contrato.
5.- Capital que debe invertir el concesionario y forma de su amortización.
6.- Tarifa de los servicios, la que podrá ser modificada por variación justificada de sus costos.
(Norma derogada en virtud de lo dispuesto en la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, del 27 de mayo de 2003)

Sin embargo, tal como se mencionó, dicha recomendación se debería ejecutar posteriormente a la finalización de los procesos judiciales actualmente en trámite, con el objeto de otorgar un marco de predictibilidad a la licitación propuesta.

77. La ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ruinas Machupicchu es la única vía posible para llegar a la Ciudadela y presenta limitaciones naturales que determinan que no pueda existir un acceso irrestricto a la ruta por parte de empresas que operen de manera independiente. La presencia de externalidades negativas tales como la erosión de la ruta, la contaminación ambiental, los límites naturales de espacio, entre otros factores, determinan la necesidad de que se plantee una solución de competencia ex ante por el mercado o « Competencia a la Demsetz »⁴⁵.
78. Al respecto, desde el punto de vista del mayor beneficio para los consumidores, el factor de menor precio del servicio constituiría la principal variable a considerar en las bases de la licitación. En tal sentido, si el concedente está interesado en ofrecer menores precios a los usuarios, el postor que ofrezca menores tarifas obtendrá un mayor puntaje y mayores posibilidades de obtener la concesión. Este factor de competencia debería ser complementado con el establecimiento de estándares de calidad.
79. La competencia por el mercado podría ser calificada como una solución eficiente al problema estructural de la ruta y al actual diseño de la concesión, dado que la pugna competitiva por la obtención de la concesión en el marco de una licitación arroja una solución en la que se llega a niveles de precios de competencia.
80. De igual manera, el diseño de la concesión debería tomar en consideración elementos que fomenten la transparencia durante el proceso competitivo como por ejemplo, que ninguna de las empresas participantes pueda estar integrada por funcionarios o empresas de la entidad concesionaria (órgano de control), y que a su vez, en aplicación del principio de subsidiariedad, tampoco por ninguna empresa directamente relacionada con el concedente (municipio).
81. Por ello, se deberían establecer reglas claras para el proceso de selección y durante la prestación del servicio. Así por ejemplo, convendría:
 - (i) Establecer un plazo de vigencia de la concesión sustentado técnicamente en función del flujo de caja esperado y los compromisos de inversión exigidos, fomentando una pugna por la obtención de la ruta;
 - (ii) Implementar algún mecanismo que permita actualizar las tarifas establecidas por el concesionario bajo algún tipo de factor objetivo (por ejemplo, según los índices de inflación); y,

⁴⁵ La literatura económica señala que en los casos donde no es posible desarrollar competencia dentro del mercado, se puede desarrollar competencia por los derechos de operar en ese mercado. Las empresas interesadas en prestar el servicio pueden participar de un proceso de licitación, por el cual se concederá la licencia a la empresa que ofrezca el servicio al precio más bajo. Como resultado de este proceso se espera que el precio se acerque al de competencia, eliminando o reduciendo la posibilidad de ejercicio de poder de mercado del operador monopólico. Este tipo de estrategia es conocida como “Competencia a la Demsetz” o “Competencia por el mercado”. Al respecto, ver: Jeffrey CHURCH y WARE Roger. Industrial Organization. A strategic approach. The Mc Graw-Hill Companies, Inc., 2000. Pág. 761.

- (iii) Procurar la constante supervisión de las actividades del concesionario y las condiciones mínimas en la prestación del servicio. Esta labor podría ser financiada mediante el establecimiento de una tasa de supervisión, similar al aporte por regulación que pagan las entidades prestadoras de los organismos reguladores.
82. Es importante anotar que una eventual licitación de la concesión del tramo Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela de Machupicchu debe realizarse contando con la mayor difusión posible, con la finalidad de atraer a suficientes inversionistas que compitan por obtener la concesión de la ruta. Este es un factor importante si se pretende contar con propuestas que contengan un menor precio (similar al precio de competencia) y mejores condiciones para los usuarios del servicio.
83. Por otro lado, si el órgano concedente implementa las medidas recomendadas, ello no tiene por qué implicar un perjuicio para la población de Machupicchu, considerando que las empresas que conforman al actual operador del servicio están constituidas principalmente por pobladores de la zona aledaña. En efecto, las empresas que conforman Consettur o que operan como usuarias podrían participar en el proceso de selección de la ruta, pero deben hacerlo en iguales condiciones de competencia a las de cualquier otro postor.
84. Sobre el particular, durante el presente procedimiento, la Municipalidad Distrital de Machupicchu señaló que no existe monopolio alguno dado que son ocho (8) empresas diferenciadas bajo la administración de Consettur las que prestan el servicio en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu⁴⁶.
- No obstante, es claro que aunque varias empresas operan como socias o usuarias del consorcio, el actual diseño de la concesión le otorgó la operación de la ruta a un único operador (Consettur), el cual actúa como un monopolio dado que las empresas que lo conforman cobran una sola tarifa y no existe la posibilidad de competencia entre ellas.
85. Considerando lo anterior, esta Comisión considera que corresponde instar a la Municipalidad Distrital de Machupicchu e igualmente, a la Municipalidad Provincial de Urubamba —según lo definan las autoridades competentes—, con la finalidad que, el municipio correspondiente, instaure mecanismos de promoción de la competencia en el mercado de servicios de transporte terrestre de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu.
86. De igual manera, estas medidas podrían contar con el apoyo y asesoría de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSION, ente que según lo establecido en el artículo 18 de la Ley 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, puede asesorar a los municipios sobre el diseño de los procesos de concesión⁴⁷, de manera que se cumpla con las recomendaciones que se efectúan en la presente resolución.

⁴⁶ Punto N° 10 del Oficio N° 148-A-MDM-2006 del 24 de abril de 2006 remitido a la Secretaría Técnica por la Municipalidad Distrital de Machupicchu.

⁴⁷ Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, Ley 28059, publicada el 13 de agosto de 2003 Artículo 18.- Participación de PROINVERSIÓN

87. Sin embargo, debido a las condiciones de la concesión y operación de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu⁴⁸, esta Comisión considera que también corresponde poner a conocimiento de la Contraloría General de la República lo detectado en el presente procedimiento con la finalidad que se pronuncie en el marco de sus competencias.

88. Finalmente, considerando lo señalado con relación a la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu, es conveniente que el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo tome conocimiento del Informe Técnico y de la presente resolución, en la medida que la prestación del servicio en cuestión se encuentra directamente vinculada con el acceso al Santuario Histórico de Machupicchu, uno de los principales destinos turísticos del país.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, el Decreto Legislativo 701 y la Ley 27444, la Comisión de Libre Competencia;

RESUELVE:

Primero: Denegar el pedido de informe oral presentado por la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco.

Segundo: Declarar improcedente la denuncia presentada por la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu – “Consettur Machupicchu S.A.C.” por un presunto abuso de posición de dominio explotativo manifestado mediante 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 Inca de Machupicchu, debido a que esta Comisión no es competente para sancionar dichas conductas.

Tercero: De conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo 807, declarar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación del siguiente principio:

- (i) El objetivo de la política de competencia es velar por el correcto funcionamiento del proceso competitivo, eliminando a través de la ley de libre competencia todas aquellas conductas que lo distorsionen o afecten, mediante lo cual se procurará el bienestar de la sociedad y por ende, el mayor beneficio de los usuarios y consumidores que propugna el artículo 1 del Decreto Legislativo 701.
- (ii) El artículo 4 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, en concordancia con lo dispuesto en el régimen constitucional económico, el marco legal vigente y el objetivo de la política de competencia, impide a esta Comisión sancionar supuestos de precios “excesivos” o “abusivos”, pues aquello implicaría atentar contra la prohibición de la fijación administrativa de precios que proscribe dicho dispositivo legal.
- (iii) Según lo establecido en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, conforme a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico peruano y el objetivo de la política de competencia, las modalidades de abuso de posición deben producir necesariamente un

PROINVERSION brindará asistencia técnica a los Gobiernos Regionales y Locales que lo soliciten, para el diseño y conducción de los procesos de promoción de la inversión privada bajo su competencia, complementariamente a lo que señala el artículo 24 inciso 1 literal f de la Ley N° 27783, Ley Orgánica de Bases de la Descentralización. Para llevar a cabo estos procesos, el gobierno regional o local conformará comités de promoción de la inversión privada en su jurisdicción.

⁴⁸ Ver para mayor detalle el Apartado IV.3.1. del Informe N° 053-2007-INDECOPI/ST-CLC.

efecto de exclusión a competidores o impedir su ingreso al mercado y por lo tanto, afectar actual o potencialmente el proceso competitivo para ser consideradas infracciones sancionables por las normas de libre competencia.

- (iv) En ese sentido, conforme a lo dispuesto en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, para sancionar un supuesto de abuso de posición de dominio, deben presentarse los siguientes requisitos: la tenencia de posición de dominio; la actuación indebida que produce un efecto de exclusión y afecta actual o potencialmente la competencia; el fin de obtener beneficios; el fin de causar perjuicios; y, la imposibilidad de lograr el resultado obtenido de no existir posición de dominio.

Cuarto: Poner en conocimiento de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi lo actuado en el presente procedimiento, con la finalidad que lo evalúe en el marco de sus funciones.

Quinto: Exhortar a la Municipalidad Distrital de Machupicchu y a la Municipalidad Provincial de Urubamba en los términos de lo señalado en la abogacía de la competencia contenida en el numeral V de la presente resolución, con la finalidad que se cumpla con instaurar mecanismos de competencia para la concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu; así como instar a la Contraloría General de la República, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo con la finalidad que implementen o recomienden medidas en el ámbito de sus competencias que permitan restaurar las condiciones de competencia en dicho tramo carretero.

Sexto: Remitir el Informe Técnico y la presente resolución a la Municipalidad Provincial de Machupicchu y a la Municipalidad Provincial de Urubamba con la finalidad que según lo determinen las autoridades se instauren 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 Inca de Machupicchu.

Sétimo: Remitir el Informe Técnico y la presente resolución a la Contraloría General de la República con la finalidad que evalúe en el marco de sus competencias las condiciones de la concesión y operación de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu.

Octavo: Remitir el Informe Técnico y la presente resolución a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN con la finalidad que tome conocimiento de la situación de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu y pueda recomendar las medidas correspondientes en el ámbito de sus competencias.

Noveno: Remitir el Informe Técnico y la presente resolución al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo con la finalidad que pueda recomendar e implementar las medidas que considere convenientes en el ámbito de sus competencias.

Décimo: Disponer que la Secretaría Técnica inicie una investigación con relación a la presentación de información contradictoria en el marco del presente procedimiento, sin perjuicio de remitir en su oportunidad los actuados correspondientes al Ministerio Público con la finalidad que se pronuncie conforme a sus atribuciones.

Undécimo: Solicitar al Directorio del Indecopi que ordene la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Libre Competencia: Luis Felipe Arizmendi Eche copar, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Joselyn Olaechea Flores y Paul Phumpiu Chang.

Luis Felipe Arizmendi Eche copar
Presidente

