

ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA

EN EL MERCADO DEL SERVICIO DE TRANSPORTE
TURÍSTICO DE ACCESO A LA CIUDADELA INKA DE
MACHUPICCHU

Abril, 2017

INDECOPI

Abogacía de la competencia en el mercado del servicio de transporte turístico de acceso a la Ciudadela Inka de Machupicchu

INDECOPI, Lima, 2017.

Área: Ciencias Sociales

Formato: E-book.

Páginas: 55

Copyright © 2017 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Escuela Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual
Calle De la Prosa N° 104 – San Borja, Lima, Perú.

Teléfono: (51-1) 224-7800 - Correo electrónico: escuela@indecopi.gob.pe

Síguenos: Indecopi Oficial



Sitio web: www.indecopi.gob.pe

Informe preparado por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi

Edición: Sara Chávez Urbina.

Supervisión y revisión de la edición: Lucrecia Manrique Galiano, Directora (e) de la Escuela Nacional del Indecopi.

Editado en abril 2017. Primera edición digital

Diseño, diagramación y digitalización e-book: Gino Becerra Flores

ISBN N° 978-9972-664-58-8

E-Book. Esta publicación se puede consultar como un texto interactivo en:

<http://www.escuela-indecopi.com/publicaciones>

La versión electrónica permite a los profesionales e interesados en el tema compartir información y material relacionado para mejorar la experiencia de aprendizaje multimedia y el intercambio de conocimientos.

La información contenida en este documento puede ser reproducida parcialmente, mencionando los créditos y las fuentes de origen respectivas.

Indecopi adopta en sus textos la terminología clásica del masculino genérico para referirse a hombres y mujeres. Este recurso busca dar uniformidad, fluidez y sencillez para la lectura del documento. No disminuye de modo alguno el compromiso institucional en materia de equidad de género.

CONSEJO DIRECTIVO

Ivo Gagliuffi Piercechi	Presidente
Fernando Martín De la Flor Belaunde	Consejero
Laura Berta Calderón Regio	Consejera
Teresa Stella Mera Gómez	Consejera
Rafael Treisman Malamud	Consejero

CONSEJO CONSULTIVO

Richard Webb Duarte
José Ricardo Stok Capella
Alberto Nabeta Ito
María Matilde Schwalb Helguero
Catalina Chepa Guzmán Melgar

GERENTE GENERAL

Juan Joel De la Cruz Toledo

DIRECTORA (e) DE LA ESCUELA NACIONAL DEL INDECOPI

Lucrecia Manrique Galiano

CONTENIDO

Preámbulo	5
RESUMEN EJECUTIVO	6
Mercado de servicio de transporte turístico de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu	7
La vigencia del contrato de concesión celebrado con Consettur	7
Promoción de la competencia	8
I. INTRODUCCIÓN	10
II. MACHUPICCHU	13
III. OBJETIVO DE LA ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA	16
IV. DESCRIPCIÓN DEL MERCADO	18
IV.1. El servicio de transporte turístico de pasajeros en la ruta Aguas Calientes- Puente Ruinas-Ciudadela Inka de Machupicchu	19
IV.2. Visitas a la Ciudadela Inka de Machupicchu	19
IV.3. Acceso a la Ciudadela Inka de Machupicchu	21
IV.4. Mercado de servicio de transporte turístico terrestre en la ruta Aguas Calientes- Puente Ruinas-Ciudadela Inka de Machupicchu	23
V. EL CONTRATO DE CONCESIÓN CELEBRADO CON CONSETTUR	25
V.1 Antecedentes a la suscripción del contrato de concesión	27
V.2 El proceso de concesión	28
V.3 Los contratos suscritos en el tiempo	33
V.4 Sobre la vigencia del contrato de concesión	38
VI. PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA	45
VI.1 La necesidad de competencia en el mercado	46
VII. CONCLUSIONES	49
VIII. RECOMENDACIONES	51

Índice de Cuadros y Gráficos

Cuadro 1	Tarifas de Consettur S.A.C. al 1 de diciembre de 2016	23
Cuadro 2	Conformación de Consettur	32
Gráfico 1	Visitantes a la Ciudadela Inka de Machupicchu 2011-2016	20
Gráfico 2	Evolución Mensual de Turismo hacia Machupicchu 2011 – 2016	20
Gráfico 3	Visitantes según opción de recorrido hacia la Ciudadela Inka de Machupicchu	22

PREÁMBULO

En sesión del 16 de diciembre de 2016, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi aprobó el presente informe y solicitó a la Presidencia del Consejo Directivo que traslade a la Municipalidad Provincial de Urubamba, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada, al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, al Ministerio de Cultura, al Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado, y a la Contraloría General de la República las recomendaciones señaladas en el informe, de conformidad con el literal e) del artículo 14.2 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, modificado por el Decreto Legislativo N° 1205.

Miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia:

Ena Garland Hilbck, Presidenta.

Arturo Vásquez Cordano, Vicepresidente.

María del Pilar Cebrecos González, Comisionada.

Dante Mendoza Antonioli, Comisionado.

Participaron en la elaboración del informe los miembros de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia:

Jesús Eloy Espinoza Lozada, Secretario Técnico.

Mónica Patricia Gálvez Paiba, Asesora.

Humberto Ortiz Ruiz, Asesor.

Víctor Ricardo Ayvar Ayvar, Practicante.

RESUMEN EJECUTIVO

La Ciudadela Inka de Machupicchu conformante del Santuario Histórico de Machupicchu, representa el principal atractivo turístico del Perú y uno de los más importantes del mundo. Su acceso desde la ciudad de Aguas Calientes se brinda a través de los buses del Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu – Consettur Machupicchu S.A.C., única empresa que presta el servicio de transporte turístico de pasajeros en función a un contrato de concesión, cuya duración ha dado lugar a múltiples cuestionamientos.

En tal sentido, la presente abogacía tiene dos objetivos: (i) evaluar qué factores limitan la competencia en la prestación del servicio de transporte turístico de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu, de manera específica, el plazo de vigencia del contrato de concesión; y, (ii) proponer lineamientos que permitan promover la competencia en el acceso a la prestación del referido servicio.

Cabe indicar, que la Comisión tomó conocimiento del contrato de concesión de Consettur debido a dos denuncias presentadas por la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco en los años 2001 y 2007, sobre concertación de precios y precios excesivos respectivamente; ninguna de las cuales dio lugar a un procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, en el marco de la investigación realizada en el año 2007 se aprobó la primera abogacía de la competencia en busca de promover la competencia en este mercado.

De esta manera, este documento ha sido elaborado a partir de las recomendaciones formuladas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el año 2007 a través de la Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC; y, producto de los nuevos requerimientos formulados por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, el Congreso de la República y la Presidencia de Consejo de Ministros.

Mercado de servicio de transporte turístico de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu

El número de turistas a la Ciudadela Inka de Machupicchu se ha incrementado de 832,143 turistas en el 2011 a 1,221,660 turistas para el 2015; lo que implicó un crecimiento de 22.3% en todo el período.

El medio de acceso a la Ciudadela Inka de Machupicchu más utilizado por los turistas es la vía ferroviaria desde la ciudad de Cusco hasta la localidad de Aguas Calientes. Posteriormente, en la ruta de Aguas Calientes a la Ciudadela Inka de Machupicchu únicamente se puede utilizar el servicio de transporte prestado por Consettur o realizar una caminata a través de un sendero.

En relación a la caminata, se considera que dicha opción no representa un sustituto adecuado del servicio de transporte en buses debido al desgaste físico que representa para el turista y el tiempo que implica realizarla (entre 1,5 y 2 horas), considerando además que la visita a la Ciudadela Inka de Machupicchu puede durar pocas horas.

Por lo tanto, se puede afirmar que el servicio de transporte brindado por Consettur desde la localidad de Aguas Calientes hacia la Ciudadela Inka de Machupicchu y viceversa satisface necesidades específicas de los turistas y no cuenta con sustitutos apropiados, al no ser la caminata un sustituto razonable del servicio de transporte terrestre. Cabe indicar que Consettur ofrece salidas cada diez minutos, aproximadamente a partir de las 05:30 hasta la 21:00 horas, y sus tarifas están diferenciadas de acuerdo al tipo de público usuario.

La vigencia del contrato de concesión celebrado con Consettur

De la revisión realizada por la Comisión de los principales documentos del proceso de licitación pública del servicio de transporte turístico en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu, llevado a cabo por la Municipalidad Distrital de Machupicchu en el año 1995, se

puede concluir que todos ellos apuntan de manera inequívoca a que la concesión de la referida ruta fue otorgada por el plazo de 2 (dos) años.

No obstante lo anterior, en relación a la referida concesión se han celebrado diversos contratos, constituyendo la principal controversia la existencia de dos contratos iniciales que determinan dos fechas de vigencia diferente de la concesión; uno por el plazo de 2 (dos) años, que habría sufrido renovaciones, convalidaciones y adecuaciones en lo referido al plazo; y otro por el plazo de 30 (treinta) años, el cual impediría hasta el año 2025 que nuevos agentes económicos puedan prestar los servicios de transporte turístico en la referida ruta.

Consettur ha evidenciado esta contradicción ante la Comisión. Así, en el año 2001 presentó información que apuntaría inequívocamente a que el contrato de concesión celebrado era por el plazo de dos años, el cual habría sido sujeto a modificaciones; sin embargo, en el año 2007 señaló que el contrato que avalaba su operación era un contrato de concesión por un plazo de treinta años, presentando copia de este contrato.

Frente a esta situación, y ante la imposibilidad de Consettur de brindar una explicación convincente sobre esta contradicción, la Comisión inició un procedimiento y sancionó a Consettur por haber cometido la infracción tipificada en el artículo 5º del Decreto Legislativo N° 807, al haber entregado información falsa consistente en el contrato de concesión por un plazo de treinta años. Asimismo, dicho pronunciamiento fue confirmado en sede administrativa por el Tribunal de Indecopi y en todas las instancias del Poder Judicial.

En tal sentido, tanto la Corte Superior de Justicia de Lima como la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de sus pronunciamientos, han coincidido en afirmar que el contrato de concesión por treinta años es falso, ello a partir de un análisis integral de los documentos correspondientes al proceso de contratación y los continuos contratos suscritos por Consettur sobre la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu.

Por otro lado, en relación al contrato de concesión por el plazo de dos años, la Comisión ha podido evidenciar que los tres contratos posteriores, que supusieron modificaciones, convalidaciones o adecuaciones llevadas a cabo en los años 1997, 2001 y 2002, entre Consettur y las Municipalidad Distrital de Machupicchu y la Municipalidad Provincial de Urubamba, a la fecha ya estarían vencidos, ya que la máxima prórroga del contrato de concesión era hasta marzo de 2011.

Finalmente, en relación con el contrato de uso de vía de julio de 2003, celebrado entre la Municipalidad Distrital de Machupicchu y Consettur, último contrato suscrito a nivel municipal, debe indicarse que este contrato se ha celebrado sin que exista de por medio proceso de selección alguno, y se llevó a cabo por una autoridad que no tenía competencia para ello. En tal sentido, lo señaló el Tribunal Constitucional al declarar inconstitucional la ordenanza que sirvió de sustento a este contrato, a través de la cual se atribuía la Municipalidad Distrital de Machupicchu competencia sobre la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu. Por consiguiente, el contrato de uso de vía se suscribió contraviniendo lo dispuesto en nuestro ordenamiento.

Por tanto, en función de todos los argumentos expuestos sustentados en pronunciamientos judiciales y lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, podemos afirmar que Consettur a la fecha no contaría con ninguna habilitación legal válida que lo faculte a operar en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu. Por lo que correspondería que la Municipalidad Provincial de Urubamba convoque a una nueva licitación del servicio.

Promoción de la competencia

De la problemática antes descrita, debemos partir señalando que el Indecopi no tiene la facultad de otorgar o declarar la conclusión de la concesión que mantiene Consettur para brindar el servicio de

transporte turístico en la Ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu; sin embargo, la Comisión sí cuenta con atribuciones para sugerir cómo puede generarse de la mejor manera competencia en este mercado.

Por ello, teniendo en cuenta las características del mercado bajo análisis, la Comisión considera que la propuesta de competencia por el mercado constituye el principal mecanismo para fomentar condiciones de competencia para operar en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu al proveer una solución similar a un escenario competitivo.

En tal sentido, el servicio de transporte turístico de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka deberá ser nuevamente licitado a fin de promover la competencia en este mercado, para lo cual se deberán establecer especificaciones claras que definan los parámetros del servicio y reglas transparentes para el procedimiento de selección.

Finalmente, en virtud del análisis realizado, se recomienda poner en conocimiento de la Municipalidad Provincial de Urubamba, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, el Ministerio de Cultura, el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado y la Contraloría General de la República, el presente documento, a fin de que actúen en el marco de sus competencias.

I. INTRODUCCIÓN

Las autoridades de competencia pueden realizar recomendaciones y señalar criterios que contribuyan a la promoción de mercados más competitivos en beneficio de los consumidores, ello en su rol promotor del desarrollo de una economía de mercado y del desempeño de los mercados bajo el principio de libre competencia¹.

En tal sentido, las autoridades de competencia cumplen, de un lado, un rol sancionador y de restablecimiento de la competencia en el mercado, en aplicación de las prohibiciones contenidas en la legislación de libre competencia; y, del otro, una función de promoción y difusión de una cultura de mercado. Esta segunda labor recibe el nombre de *defensoría, abogacía o promoción de la competencia*.

La *abogacía de la competencia* tiene como objeto la realización de recomendaciones tanto a autoridades públicas² como a agentes privados para que en su ámbito de acción adopten medidas conducentes al desarrollo de mercados competitivos. Asimismo, la *abogacía de la competencia* involucra una labor de difusión de los valores intrínsecos a una cultura de competencia³ que permiten sensibilizar a la opinión pública respecto de los beneficios de la competencia⁴.

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) tiene entre sus facultades⁵ recomendar la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia en el mercado a través de su labor de “abogacía de la competencia”, prevista en el artículo 14 del

¹ Respecto al marco conceptual, objetivos y beneficios sobre los consumidores de la abogacía de la competencia ver: James C. Cooper, Paul A. Pautler y Todd J. Zywicki, “Theory and Practice of Competition Advocacy at the FTC”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 72, N.º. 3, 2005, pp. 1091-1112. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=610586; e International Competition Network – ICN, *Abogacía de la Competencia y Política de Competencia*. Informe elaborado por el Grupo de trabajo Abogacía de la competencia de la Conferencia de la ICN, Nápoles, 2002. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>

² 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.

³ 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 acrecienta la credibilidad y el poder de persuasión de las autoridades encargadas de velar por la aplicación y cumplimiento de la normativa de competencia. International Competition Network, 2002, op. cit., p. 4.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Artículo 14.- La Comisión. -

14.1. La Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado del cumplimiento de la presente Ley con competencia exclusiva, salvo que dicha competencia haya sido asignada o se asigne por ley expresa a otro organismo público.

14.2. Son atribuciones de la Comisión:

(...)

e) Sugerir, exhortar o recomendar a las entidades de la Administración Pública señaladas en el Artículo I de la Ley N° 27444 sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada o la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible, entre otros. La Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi deberá remitir las recomendaciones de la Comisión a las entidades de la Administración Pública correspondientes, las cuales deberán responder explicando su posición en relación con las propuestas planteadas en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles desde su notificación, bajo responsabilidad. Las recomendaciones también serán comunicadas a la Presidencia del Consejo de Ministros y al Ministerio de Economía y Finanzas;

Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, Decreto Legislativo 1034)⁶.

En tal sentido, a través del presente documento se busca proporcionar recomendaciones para promover la competencia en el mercado del servicio de transporte turístico en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu, elaborado a partir de la abogacía de competencia formulada por la Comisión en el año 2007⁷; y, a los requerimientos formulados por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo⁸, el Congreso de la República⁹ y la Presidencia de Consejo de Ministros¹⁰.



⁶ Asimismo, cabe resaltar que la labor de abogacía de competencia se encuentra también amparada en el artículo 61 de nuestra Constitución, el cual señala precisamente la facultad del Estado de facilitar la libre competencia, competencia que, dentro de la estructura del Estado, se encuentra atribuida al Indecopi, a través de la Comisión.

Constitución Política del Perú de 1993.

Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

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

⁷ La referida abogacía fue desarrollada en la Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC de fecha 14 de setiembre de 2007.

⁸ Al respecto, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo remitió los siguientes documentos: (i) Oficio N° 74-2015 MINCETUR/VMT de fecha 13 de febrero de 2015, (ii) Oficio N° 137-2015 MINCETUR/VMT-DNT de fecha 6 de marzo de 2015, (iii) Oficio N° 493-2015 MINCETUR/VMT de fecha 10 de setiembre de 2015, (iv) Oficio N° 89-2016-MINCETUR/VMT de fecha 22 de febrero de 2016, y (v) Oficio N° 816-2016-MINCETUR/VMT/DGPDT de fecha 14 de julio de 2016.

⁹ Al respecto, el Congreso de la República remitió los siguientes documentos: (i) Oficio N° 176-2014-2015/VFMMF-CR de fecha 19 de febrero de 2015, (ii) Oficio N° 1641/19/2015-2016-CFC-CR de fecha 25 de mayo de 2016, y (iii) Oficio N° 753-2015-2016-CTC/CR de fecha 10 de junio de 2016.

¹⁰ Al respecto, la Oficina Nacional de Dialogo y Sostenibilidad de la Presidencia del Consejo de Ministros remitió el Oficio N° 0514-2016-PCM-ONDS de fecha 17 de agosto de 2016.

II. MACHUPICCHU

La Ciudadela Inka de Machupicchu representa el principal atractivo turístico del Perú y uno de los más importantes del mundo¹¹.

Declarada como Patrimonio Histórico y Cultural de la Humanidad por la UNESCO en 1983¹², la Ciudadela Inka de Machupicchu fue elegida como una de las Siete Nuevas Maravillas del Mundo Moderno¹³, y como Destino Turístico del año 2015¹⁴.

Asimismo, fue proclamada mejor destino para visitar en América Latina¹⁵ y se situó en el tercer puesto de los 500 mejores lugares para visitar en la tierra¹⁶.

La Ciudadela Inka de Machupicchu concentra una gran cantidad de turistas que llegan a nuestro país. En el 2015, aproximadamente 2.8 millones de personas visitaron la ciudad del Cusco¹⁷, mientras que cerca de 100,000 visitantes ingresaron mensualmente al Santuario de Machupicchu¹⁸.

Sin embargo, a pesar de representar uno de nuestros principales atractivos turísticos y un patrimonio histórico y cultural de la humanidad, su gestión no se ha visto exenta de problemas, en específico en lo referente a su acceso desde la ciudad de Aguas Calientes a través de los buses del Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu – Consettur Machupicchu S.A.C. (en adelante, Consettur)¹⁹.

¹¹ A través del Decreto Supremo N° 001-81-AA se declaró Santuario Histórico a la superficie de 32,592 hectáreas ubicadas en el distrito de Machupicchu, provincia de Urubamba del departamento de Cusco, según los linderos allí descritos. Al interior del Santuario se encuentra la Ciudadela Inka de Machupicchu.

¹² La Unesco declaró como Patrimonio Histórico y Cultural de la Humanidad al Santuario Histórico de Machupicchu, lo cual incluye a la Ciudadela Inka de Machupicchu. Unesco. *World Heritage List*. Consultado el 28 de noviembre de 2016. <http://whc.unesco.org/en/list/274/documents/>

¹³ New 7 Wonders of the World. *Machu Picchu*. Consultado el 28 de noviembre de 2016. <https://world.new7wonders.com/wonders/machu-picchu-1460-1470-peru/>
Este título fue obtenido en el concurso “Nuevas siete maravillas del mundo moderno” organizado por New Open World Corporation en el 2007.

¹⁴ El Comercio. *National Geographic destaca a Machu Picchu como destino 2015*. Consultado el 28 de noviembre de 2016. <http://elcomercio.pe/vamos/peru/machu-picchu-national-geographic-destaca-machu-picchu-como-destino-2015-noticia-1769567>.
Este reconocimiento en base a un proceso de selección realizado por National Geographic en el 2014.

¹⁵ Gestión. *Cusco es elegido como mejor lugar para visitar en Centro y Sudamérica*. Consultado el 28 de noviembre de 2016. <http://gestion.pe/economia/cusco-elegido-como-mejor-lugar-visitar-centro-y-sudamerica-2129384>
Dicho galardón fue obtenido según la clasificación “Ranking & Advice” realizada por U.S News & World Report en el 2015. Actualmente se encuentra en el tercer lugar.

¹⁶ CNN. *Lonely Planet publica la lista de los mejores destinos turísticos del mundo*. Consultado el 28 de noviembre de 2016. <http://cnnespanol.cnn.com/2015/08/18/lonely-planet-publica-la-lista-de-los-mejores-destinos-turisticos-del-mundo/>
Este premio fue obtenido en el ranking “Ultimate Travel” publicado por la guía de viajes Lonely Planet en el 2015.

¹⁷ Gestión. *Este año Machu Picchu recibirá más de 2.8 millones de turistas*. Consultado el 28 de noviembre de 2016. <http://gestion.pe/economia/este-ano-macchu-picchu-recibira-mas-2800-millones-turistas-2154823>

¹⁸ Dirección Desconcentrada de Cultura de Cusco. “Informe N° 395-2015-AFEP-OPP-DDC-CUS/MC”. Cusco. Este informe contempla la evolución del flujo de visitantes a la Ciudad Inka de Machupicchu actualizado a julio del 2015.

¹⁹ Agente económico que en la actualidad viene administrando el servicio de transporte turístico desde Aguas Calientes hacia la Ciudadela Inka de Machupicchu.

Tal como veremos a continuación, Consettur viene prestando exclusivamente el servicio de transporte turístico de pasajeros a través de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu, debido a un contrato de concesión celebrado con la autoridad municipal que le habría otorgado en su momento dicha posibilidad. No obstante, lo cual, han existido y existen cuestionamientos en relación a la duración de este contrato.

**III. OBJETIVO
DE LA ABOGACÍA
DE LA COMPETENCIA**

La presente abogacía tiene por objetivo evaluar qué factores limitan la competencia en la prestación del servicio de transporte turístico de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu, de manera específica el plazo de vigencia del Contrato de Concesión.

Asimismo, una vez determinado lo anterior, se busca proponer lineamientos que permitan promover la competencia en el acceso a la prestación del servicio de transporte turístico en la referida ruta, para lo cual necesariamente se requerirá la colaboración de diversas entidades del Estado.

IV. DESCRIPCIÓN DEL MERCADO

IV.1. El servicio de transporte turístico de pasajeros en la ruta Aguas Calientes-Puente Ruinas-Ciudadela Inka de Machupicchu

El transporte terrestre de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu es prestado por un solo operador, Consettur. Cabe indicar que la demanda de transporte terrestre es derivada de la demanda de visitas a la Ciudadela Inka de Machupicchu²⁰.

En efecto, las personas utilizan el servicio de transporte para obtener algún beneficio en su destino final, por lo que se deduce que la demanda por transporte para una determinada ruta se incrementará cuanto mayor sea el beneficio que obtengan los pasajeros en su destino final. En el presente caso, la demanda de turistas por los servicios de transporte está directamente relacionada con el flujo de visitas a la Ciudadela Inka de Machupicchu, destino final de estos pasajeros.

Asimismo, debe resaltarse que el servicio prestado por Consettur se enmarca dentro de un conjunto de servicios que son prestados de manera secuencial por una diversidad de operadores; y, que permiten que los consumidores, especialmente los turistas, satisfagan su demanda por visitar la Ciudadela Inka de Machupicchu²¹.

Debido a que la demanda por el servicio de transporte es derivada de la demanda por visitar la Ciudadela Inka de Machupicchu, a continuación, se describirán las principales características de esta.

IV.2 Visitas a la Ciudadela Inka de Machupicchu

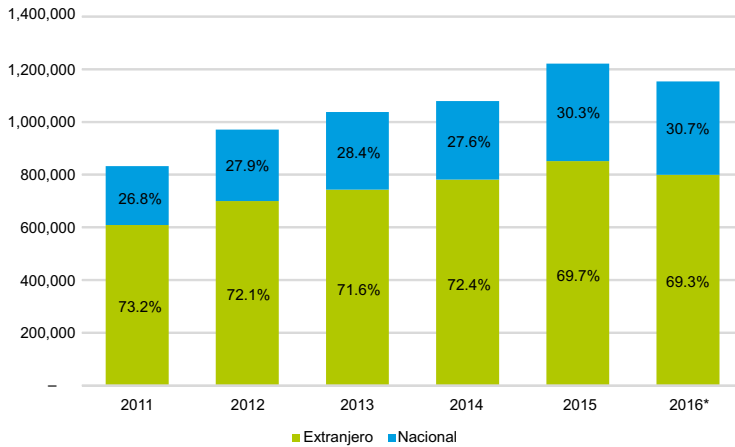
La Ciudadela Inka de Machupicchu es un bien cultural que constituye uno de los principales atractivos turísticos del país. Como se observa en el Gráfico 1, el número de turistas se ha incrementado de 832,143 turistas en el 2011 a 1,221,660 turistas para el 2015; lo que implicó un crecimiento de 22.3% en todo el período.

Al respecto, la mayor proporción de turistas que visitan la Ciudadela Inka de Machupicchu son extranjeros representando alrededor del 70% del total de turistas en el 2015, porcentaje que se ha mantenido estable entre 2011 y 2015 registrando un promedio de 71.8% en dicho período. A octubre de 2016, el porcentaje de extranjeros fue de 69.3%.

²⁰ Un análisis detallado de la demanda por transporte puede encontrarse en: Button, Kennet J. *Transport economics*. 2nd. Ed. Aldershot: E.Elgar, 1993. Cap. 3: "The demand for transport". pp. 25-62.

²¹ Asimismo, en menor proporción, el servicio de Consettur es utilizado por residentes locales y guías de turismo.

Gráfico 1
Visitantes a la Ciudadela Inka de Machupicchu 2011-2016



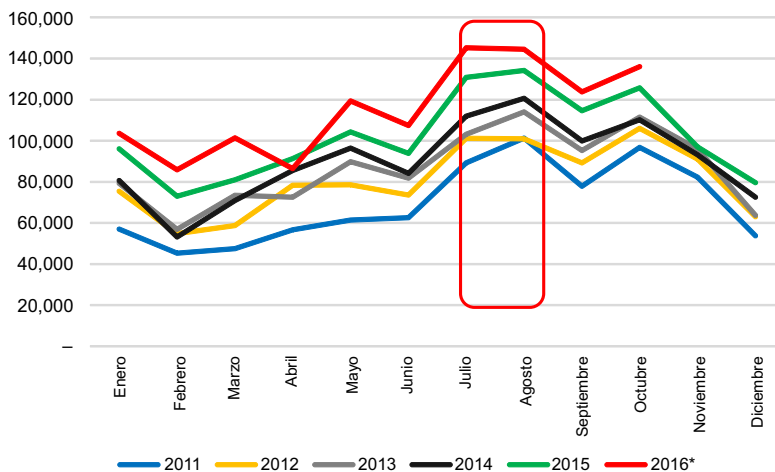
*Información hasta octubre de 2016

Fuente: Ministerio de Comercio Exterior y Turismo

Elaboración: Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia

Además, es importante precisar que la afluencia turística a la Ciudadela Inka de Machupicchu muestra un patrón estacional, pudiéndose identificar un período de temporada alta entre julio y agosto siendo el mes de agosto el de mayor afluencia turística con un 34% más de turistas comparado con el promedio mensual.

Gráfico 2
Evolución Mensual de Turismo hacia Machupicchu 2011 - 2016



*Información hasta octubre de 2016

Fuente: Ministerio de Comercio Exterior y Turismo

Elaboración: Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia

Sobre las características de los turistas, 38% de los turistas extranjeros que viajan dentro de nuestro país tuvieron como destino vacacional el Cusco²²; de los cuales un 96% visitaron la Ciudadela Inka de Machupicchu en el 2015²³. Por su parte, solo el 5% de los turistas nacionales tuvieron como destino vacacional Cusco²⁴; de los cuales el 80% visitaron la Ciudadela Inka de Machupicchu en el 2015²⁵.

Asimismo, el turista extranjero que visita el departamento de Cusco tiene en promedio 40 años de edad; la duración promedio de su viaje es de 6 noches con un gasto promedio por persona de US\$ 994 durante todo el viaje (en Perú). Del mismo modo, cabe indicar que el 32% realiza trekking durante su viaje.

Por su parte, el turista nacional que visita el departamento de Cusco tiene en promedio 38 años de edad; la duración promedio del viaje es de 6 noches con un gasto promedio por persona de S/. 966 durante todo el viaje; y solo un 4% realiza trekking durante su estadía.

IV.3 Acceso a la Ciudadela Inka de Machupicchu

Para llegar a la Ciudadela Inka de Machupicchu, se puede realizar un viaje de aproximadamente cuatro horas en ferrocarril desde el Cusco hasta la localidad de Aguas Calientes. Posteriormente, se debe recorrer el trayecto de Aguas Calientes a la Ciudadela Inka de Machupicchu, para lo cual se puede tomar el servicio de transporte prestado por Consettur o ir caminando.

Otra modalidad de acceso a la Ciudadela desde Cusco es caminando, utilizando el Camino Inka. Los turistas que realizan este recorrido llegan directamente a la Ciudadela Inka de Machupicchu sin necesidad de pasar por Aguas Calientes²⁶. La duración de Camino Inka es entre dos y cinco días, dependiendo dónde comience la caminata y representa un atractivo en sí mismo para los turistas.

En el 2011, de los 832,143 turistas que visitaron la Ciudadela, solo 139,499 turistas (16.8%) realizó el Camino Inka. En el año 2015, pese a que el número de turistas que visitaron la Ciudadela se incrementó a 1,221,660, solo 60,855 turistas (5.0%) realizaron el Camino Inka. A octubre de 2016, los turistas que realizaron el Camino Inka fueron 63,931 (6.3%).

Así, la mayor parte de los turistas con destino a la Ciudadela Inka de Machupicchu, ingresan a esta desde la localidad de Aguas Calientes, como se observa en el siguiente Gráfico 3.

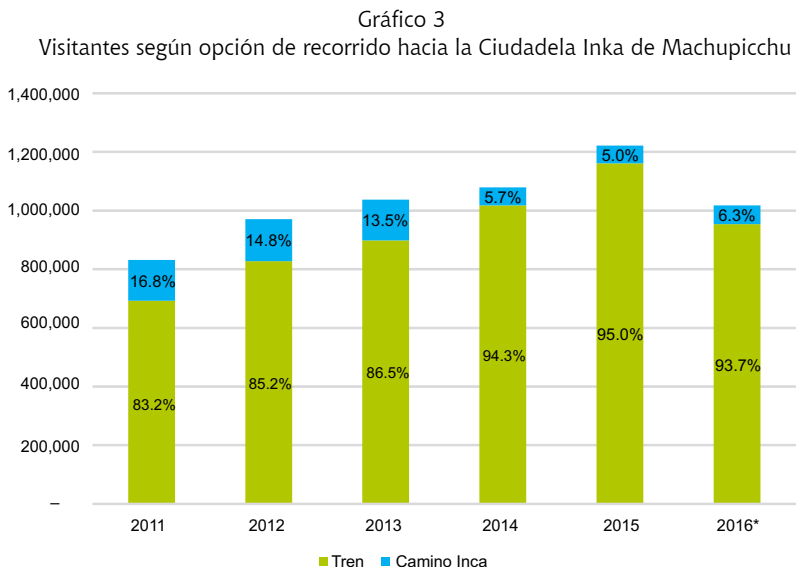
²² Promperu, *Perfil del Turista Extranjero que visita el Perú 2015*. op. cit.

²³ Promperu, *Perfil del Turista Extranjero que visita el departamento de Cusco - 2015*. Disponible en: http://www.promperu.gob.pe/TurismoIn/Sitio/Descargar?url=~/Uploads/perfiles_extranjeros/38/tips/2319/PTE%2015_%20Turista%20que%20visita%20Cusco.pdf. Consultado el 30 de noviembre de 2016.

²⁴ Promperu, *Perfil del Vacacionista Nacional 2015*. Disponible en: http://www.promperu.gob.pe/TurismoIn/Sitio/VisorDocumentos?titulo=Tips%20Perfil%20Vacacionista%20Nacional%202015&url=~/Uploads/perfiles_vacac_nac/1035/Tips%20PVN2015%20Consolidado1.pdf&nombObjeto=PerfVacacionistaNac&back=/TurismoIn/Sitio/PerfVacacionistaNac&issuuid. Consultado el 30 de noviembre de 2016.

²⁵ Promperu, *Perfil del Vacacionista Nacional 2015*. Vacacionistas que visitaron el departamento de Cusco. Disponible en: http://www.promperu.gob.pe/TurismoIn/Sitio/Descargar?url=~/Uploads/perfiles_vacac_nac/1035/tips/2106/PVN15_Vacacionistas%20que%20visitaron%20Cusco.pdf. Consultado el 30 de noviembre de 2016.

²⁶ Según información de páginas web de empresas de turismo. Al respecto ver: http://www.caminoincamachupicchu.com/mapa_camino_inca.html y <http://caminoincamachupicchu.org/camino-inca-mapas-detallados/> Páginas consultadas el 01 de diciembre de 2016.



*Información hasta octubre de 2016

Fuente: Ministerio de Comercio Exterior y Turismo

Elaboración: Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia

El medio de acceso a la Ciudadela Inka de Machupicchu más utilizado por los turistas, es la vía ferroviaria desde la ciudad de Cusco hasta la localidad de Aguas Calientes. Posteriormente, en la ruta de Aguas Calientes a la Ciudadela Inka de Machupicchu se puede utilizar el servicio de transporte prestado por Consettur o realizar una caminata.

La serie de servicios que permiten la visita a la Ciudadela Inka de Machupicchu, generalmente pueden ser ofrecidos en paquete a los turistas que demandan visitar dicho atractivo. En efecto, el turista, nacional o extranjero, una vez que llega a visitar la ciudad de Cusco puede contactar con operadores turísticos que ofrecen paquetes para realizar la visita a la Ciudadela. Dichos paquetes, usualmente, incluyen, por un único precio, el servicio de recojo del turista en su hotel y traslado a la estación ferroviaria de San Pedro; el boleto de viaje en tren hasta la localidad de Aguas Calientes; el boleto de viaje en bus para la subida de la montaña en cuya cima se encuentra Machupicchu; el boleto de ingreso a la Ciudadela Inka; el servicio de guía turístico durante el recorrido en esta; y los boletos de retorno tanto en el bus para descender desde Machupicchu hasta Aguas Calientes, como del tren que traslada a los turistas desde Aguas Calientes a Cusco²⁷.

De acuerdo con lo anterior, los servicios turísticos, de transporte ferroviario y de transporte terrestre necesarios para realizar la visita a la Ciudadela Inka de Machupicchu se pueden considerar como servicios complementarios a dicho bien cultural.

El efecto descrito por la teoría económica en relación a los bienes o servicios complementarios es que ante un(a) incremento (reducción) de precios de uno de ellos la demanda por el resto disminuirá (aumentará). Los bienes complementarios se consumen de manera conjunta a efectos de satisfacer alguna necesidad.

²⁷ En algunos casos pueden incluir el servicio de almuerzo en el hotel que se encuentra en las inmediaciones de la Ciudadela Inka.

En el presente caso, el turista utiliza los servicios de transporte ferroviario y terrestre para satisfacer su necesidad de visitar el bien cultural constituido por la Ciudadela Inka de Machupicchu.

IV.4 Mercado de servicio de transporte turístico terrestre en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu

Consettur presta el servicio de transporte terrestre turístico entre la localidad de Aguas Calientes y la Ciudadela Inka de Machupicchu²⁸.

Consettur ofrece salidas cada diez minutos aproximadamente a partir de las 5:30 hasta la 21:00 horas. Por su parte, el número de unidades vehiculares que cuenta Consettur para prestar el servicio se encuentra restringido por un límite máximo de 24 unidades, de las cuales 22 corresponden al servicio permanente y 2 al servicio retén, desde el 2011²⁹.

Las diversas tarifas por el servicio prestado por Consettur están diferenciadas de acuerdo al tipo de público usuario. El tarifario vigente actualizado al 01 de diciembre de 2016 presenta los siguientes precios por el transporte entre Aguas Calientes y la Ciudadela de Machupicchu:

Cuadro 1
Tarifas de Consettur S.A.C. al 1 de diciembre de 2016

Tarifa	Ruta	Moneda	Precio
Adulto extranjero	Subida y Bajada	\$	24
Adulto extranjero	Una ruta	\$	12
Niño extranjero	Subida y Bajada	\$	12
Niño extranjero	Una ruta	\$	7
Adulto nacional	Subida y Bajada	\$	15
Adulto nacional	Una ruta	\$	8
Estudiante nacional	Subida y Bajada	\$	10
Estudiante nacional	Una ruta	\$	6
Niño nacional	Subida y Bajada	\$	8
Niño nacional	Una ruta	\$	5
Guía	Subida y Bajada	\$	12
Guía	Una ruta	\$	6
Residente Cusco	Subida y Bajada	\$	19
Residente Cusco	Una ruta	\$	9.5
Residente Machupicchu	Subida y Bajada	\$	8
Residente Machupicchu	Una ruta	\$	4

Fuente: Consettur MachuPicchu S.A.C.

Elaboración: Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia

Como se ha señalado, los turistas que utilizan el servicio de transporte que brinda Consettur llegan en ferrocarril desde el Cusco hasta la localidad de Aguas Calientes. Desde ese punto, el recorrido se completa con el transporte de los vehículos de Consettur hasta la Ciudadela Inka de Machupicchu.

²⁸ Se tiene como punto intermedio de esta ruta el Puente Ruinas, tal como ya se especificó con anterioridad.

²⁹ Según lo dispuesto en la Resolución Jefatural del Santuario Histórico de Machupicchu N° 001-2011-SERNANP-SHM de fecha 6 de enero de 2011.

El recorrido de Aguas Calientes a la Ciudadela Inka de Machupicchu, se hace por una carretera no asfaltada con un ancho que varía entre cinco y diez metros dependiendo del sector. La carretera asciende de manera zigzagueante una montaña rodeada de vegetación que cubre aproximadamente 18.4 kilómetros (ida y vuelta).

El servicio de transporte brindado por Consettur puede poseer, desde el punto de vista de los usuarios, un sustituto que satisfaga su necesidad por ser desplazados desde la localidad de Aguas Calientes hasta la Ciudadela Inka de Machupicchu, sin embargo, condiciones de seguridad y rapidez pueden afectar esta sustituibilidad, considerando que la visita al atractivo turístico puede durar pocas horas.

Como se indicó anteriormente, desde el punto de vista del consumidor la única alternativa al servicio de transporte terrestre para acceder a la Ciudadela Inka de Machupicchu desde la localidad de Aguas Calientes es la realización de una caminata a través de un sendero. Sin embargo, se considera que dicha opción no representa un sustituto adecuado del servicio de transporte en buses por el desgaste físico que representa para el turista y el tiempo que implica realizarla (entre 1,5 y 2 horas)³⁰. Por ello, la caminata desde Aguas Calientes a la Ciudadela no resulta un sustituto razonable del servicio de transporte terrestre³¹.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, no existe un servicio alternativo al servicio de transporte terrestre que pueda ser utilizado por los turistas para el traslado desde la localidad de Aguas Calientes hacia la Ciudadela Inka de Machupicchu y viceversa.

Por lo tanto, se puede afirmar que el servicio de transporte desde la localidad de Aguas Calientes hacia la Ciudadela Inka de Machupicchu y viceversa satisface necesidades específicas de los turistas y no cuenta con sustitutos apropiados.

Por otro lado, el alcance geográfico del servicio de transporte desde la localidad de Aguas Calientes hacia la Ciudadela Inka de Machupicchu y viceversa estaría definido en función de la ruta cubierta, entendida como la unión del punto geográfico de origen y de destino. Con ello, el servicio de transporte de personas desde un lugar de origen al lugar de destino, el ámbito geográfico estará restringido a los proveedores de dicho servicio en tal espacio geográfico.

A continuación, se analizará el mercado de servicio de transporte turístico terrestre desde la localidad de Aguas Calientes hacia la Ciudadela Inka de Machupicchu y viceversa. En particular, se evaluarán las condiciones que determinan que Consettur sea el único operador en dicho mercado.

³⁰ Según información obtenida de <http://boletomachupicchu.com/guia-senderismo-aguas-calientes-machu-picchu/>. Consultado el 01 de diciembre de 2016.

³¹ Otro sustituto potencial al servicio de transporte terrestre en buses podría ser un servicio de teleférico desde la localidad de Aguas Calientes hasta la Ciudadela Inka de Machupicchu. Sin embargo, dicha alternativa fue descartada por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo en mayo de 2001.

V. EL CONTRATO DE CONCESIÓN CELEBRADO CON CONSETTUR

La Comisión tomó conocimiento del Contrato de Concesión celebrado por Consettur, debido a dos denuncias presentadas por la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco, en los años 2001 y 2007, sobre concertación de precios y precios excesivos, respectivamente.

Sobre el particular, en el año 2001, las investigaciones dieron como resultado el Informe Técnico N° 012-2001-INDECOPI/CLC, en el que se concluyó que no era posible identificar una conducta de concertación de precios en tanto el servicio era prestado por una sola empresa (Consettur) y la concertación requiere la voluntad coordinada de por lo menos dos empresas.

Por otro lado, en el año 2007, mediante Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC, la Comisión declaró improcedente la denuncia por tratarse de una conducta explotativa y no exclusoria³². Asimismo, aprobó una abogacía, que planteaba recomendaciones en busca de instaurar mecanismos de promoción de la competencia en el mercado de servicios de transporte terrestre de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu.

En tal sentido, se formularon, en aquella oportunidad, las siguientes recomendaciones:

“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 Inka 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”.

(...)

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.

³² La Asociación 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 Inka de Machupicchu.

En relación al abuso de posición de dominio, la doctrina internacional clasifica a este tipo de conductas anticompetitivas en conductas de efecto exclusorio y conductas de efecto explotativo.

De acuerdo a nuestra normativa de libre competencia, solo es sancionable el abuso de posición de dominio que tenga un efecto exclusorio, es decir, solo son sancionables aquellas conductas que tengan el efecto real o potencial de afectar la competencia, en beneficio del dominante y en perjuicio de sus competidores actuales o potenciales, directos o indirectos, excluyéndolos.

En la doctrina y jurisprudencia comparadas, el incremento unilateral del precio de un bien o servicio por parte de un proveedor es considerado como una conducta explotativa. Las conductas explotativas consisten en el ejercicio directo del poder de mercado del dominante. A través de estas conductas, el agente económico que goza de posición de dominio impone a sus clientes condiciones que le permiten obtener mayores beneficios económicos (condiciones distintas a las que hubiera podido establecer si no gozara de posición de dominio).

No obstante, nuestra normativa solo sanciona aquellos abusos de posición de dominio que puedan tener un efecto exclusorio, más no aquellos de carácter explotativo. En consecuencia, el incremento unilateral de precios de Consettur no pudo ser visto como un abuso de posición de dominio, de acuerdo a nuestra normativa.

Sobre el particular, cabe señalar, que efectivamente la Comisión trasladó la abogacía a las entidades arriba señaladas³³; e, inició un procedimiento contra Consettur por presentación de información falsa, sancionándolo con una multa de 50 UIT, pronunciamiento que fue confirmado en todas las instancias judiciales, tal como veremos en una sección posterior del presente documento.

En tal sentido, a continuación, describiremos aquellos aspectos principales vinculados al Contrato de Concesión que nos permitirán conocer el contexto en que fue suscrito, sus alcances y lo referido a su vigencia.

V.1 Antecedentes a la suscripción del Contrato de Concesión

A fin de situarnos en el contexto histórico-jurídico en el que se dio la concesión a Consettur, se debe resaltar que la década de los años 90 fue una época de cambios normativos que reflejó una transformación de la política a nivel económico, variación que consistió en la reducción de la presencia del Estado en el desarrollo de las actividades mercantiles promoviendo la entrada de los agentes privados en la economía.

En tal sentido, la reforma normativa se inició en la década de los años 90 con la dación de, entre otros, el Decreto Supremo N° 067-91-EF³⁴ a través del cual se dispuso que las empresas del Estado desarrollarían sus actividades en competencia con las empresas del sector privado, buscando con ello promover la inversión privada y la competencia en diversas actividades. De esta manera, se indicó expresamente que las empresas del Estado no desarrollarían sus actividades en forma exclusiva o excluyente. Cabe señalar que entre dichas empresas estaban aquellas destinadas a la actividad de transporte, y de manera específica al servicio de transporte turístico de personas³⁵.

Por su parte, a través del Decreto Legislativo N° 651³⁶ se declaró el acceso libre a las rutas de servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros, autorizadas a través de los Consejos Provinciales, buscando con ello eliminar todas las restricciones legales y administrativas para el desempeño de los agentes privados.

Sin embargo, fue con la dación del Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado³⁷ y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 070-92-PCM,³⁸ que se declaró al proceso de privatización como materia de interés nacional, señalándose

³³ Se le remitió a la Contraloría General de la República la Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC a través del Oficio N° 082-2007/CLC-INDECOPI de fecha 27 de noviembre de 2007, al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo a través del Oficio N° 083-2007/CLC-INDECOPI de fecha 27 de noviembre de 2007; a Proinversión mediante Oficio N° 081-2007/CLC-INDECOPI de fecha 28 de noviembre de 2007; a la Municipalidad Distrital de Machupicchu a través del Oficio N° 084-2007/CLC-INDECOPI de fecha 29 de noviembre de 2007; y a la Municipalidad Provincial de Urubamba mediante Oficio N° 085-2007/CLC-INDECOPI de fecha 29 de noviembre de 2007.

³⁴ Decreto Supremo N° 067-91-EF. Dictan medidas que dejan sin efecto los monopolios de que gozan las empresas del Estado, asegurando la normal actividad del mercado, publicado el 27 de marzo de 1991.

³⁵ Al Decreto Supremo N° 067-91-EF se le confiere fuerza de ley a través del Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción Privada de las Empresas Del Estado.

³⁶ Decreto Legislativo N° 651 - Establecen la libre competencia en las tarifas de servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros en todo el país, publicado el 25 de julio de 1991.

³⁷ El Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, fue publicado el 27 de setiembre de 1991, y entró en vigencia a los 30 días de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

³⁸ El citado Reglamento fue publicado el 17 de julio de 1992.

las modalidades bajo las cuales se promovería el crecimiento de la inversión privada en el ámbito de estas empresas, creándose autoridades específicas para ello³⁹.

Por tanto, las referidas normas nos permiten evidenciar que ya desde el inicio de la década de los años 90, el Estado Peruano buscó permitir el acceso a los agentes privados para el desarrollo de diferentes actividades económicas que antes se concentraban a nivel público, entre ellas, los servicios de transporte; y es en el marco de dicho contexto – el cual prosiguió durante el resto de la década de los 90 - que Consettur inició sus actividades.

Cabe mencionar que la antecesora de Consettur, en la prestación del servicio de transporte turístico de pasajeros en la ruta, fue la Empresa Turística Regional Inca (en adelante EMTURIN), la cual, en 1995, entró en un proceso de Promoción de la Inversión Privada, procediendo a liquidarse⁴⁰.

Finalmente, cabe indicar que mediante Decreto Supremo N° 028-95-ITINCI, vigente desde el 23 de octubre de 1995, se dispuso que sería el Fondo de Promoción Turística – FOPTUR, el organismo que entregaría en concesión el servicio de transporte de turistas desde y hacia el Santuario de Machupicchu, a fin de adecuar el servicio de transporte terrestre al proceso de privatización de las empresas turísticas que antes administraban la ruta, es decir, EMTURIN. En tal sentido, esta atribución sería ejercida en el marco de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 674 y las condiciones que estableciera la COPRI, enfatizándose que la concesión promovería el acceso de pequeños empresarios.

No obstante, ello, este Decreto Supremo N° 028-95-ITINCI no se aplicó en la práctica, dado que la Municipalidad Distrital de Machupicchu licitó la referida ruta unos meses antes de su emisión, en un contexto normativo e institucional ambiguo en relación al órgano u organismo competente para llevar a cabo el proceso de licitación, que precisamente buscó esclarecerse infructuosamente a través del citado Decreto Supremo.

V.2 El proceso de concesión

A continuación, señalaremos los principales documentos en relación al proceso de licitación pública del servicio de transporte turístico en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu llevado a cabo por la Municipalidad Distrital de Machupicchu en el año 1995.

Mediante Resolución Municipal N° 026-MPU-94-SG⁴¹ la Municipalidad Provincial de Urubamba delegó a la Municipalidad Distrital de Machupicchu las funciones de control en materia de transporte. Asimismo, se indicó que la Municipalidad Provincial debería verificar el cumplimiento de la delegación efectuada.

³⁹ En los inicios del proceso de promoción de la inversión privada en las empresas del Estado, los órganos encargados eran la Comisión de Promoción de la Inversión Privada – COPRI y los Comités Especiales. Actualmente la COPRI ha sido reemplazada por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN.

⁴⁰ La Unidad de Gestión del Santuario Histórico de Machupicchu, organismo público intersectorial encargado de la gestión integral de dicho Santuario y de dirigir las estrategias contenidas en el Plan Maestro del mismo, elaboró el documento denominado “El servicio de transporte terrestre en Machupicchu tramo carretero Pueblo de Machupicchu Ciudadela” en abril de 2005. En este señala que EMTURIN suscribió un convenio de integración de los servicios con la Empresa Municipal de Transporte (EMUTRAN), perteneciente a la Municipalidad Distrital de Machupicchu, con cuyos buses CONSETTUR se presentó a la licitación materia de análisis.

⁴¹ Cabe mencionar que en el marco de las investigaciones realizadas por la Comisión en relación a esta concesión se ha tenido acceso a la Resolución Municipal N° 021-MPU-94-SG, la cual tiene exactamente el mismo contenido que la Resolución N° 026-MPU-94-SG.

A través de publicaciones del 7 y 8 de agosto de 1995 en el Boletín Oficial del Diario Oficial El Peruano, la Municipalidad Distrital de Machupicchu⁴² convocó a licitación pública para otorgar la concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu a empresas de transporte turístico, amparada en la ordenanza citada en el párrafo anterior⁴³.

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MACHUPICCHU

I CONVOCATORIA A LICITACION PUBLICA

BASE LEGAL: - Art 191, 192 y 193 de la Constitución Política.
 - Art. 10 numeral 5, Art. 47 numeral 15, Arts. 54, 55, 56, 62, y 69 numeral 1, Art. 70 numeral 6 de la Ley 23853, LEY ORGANICA DE MUNICIPALIDADES
 - Resolución de Alcaldía N° 026-94-MPU/SG. que delega facultades al Municipio Distrital.

- 1.- **ENTIDAD QUE CONVOCA:**
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MACHUPICCHU
- 2.- **OBJETIVO:**
CONCESION DE LA RUTA AGUAS CALIENTES PUENTE RUINAS Y CIUDADELA INKA DE MACHUPICCHU, A EMPRESAS DE TRANSPORTE TURISTICO.
- 3.- **PRECIO REFERENCIAL:**
\$24.000 00 Dólares Americanos.
- 4.- **VENTA DE BASES:**
Del 7 al 25 de agosto de 1995.
- 5.- **COSTO DE LAS BASES:**
S/. 500 00 nuevos soles.
- 6.- **LUGAR DE VENTA Y CONSULTAS:**
Calle Maruri 228 Of. 106 Cusco
- 7.- **PRESENTACION DE PROPUESTAS:**
Del 8 al 28 AGO 95, en horas de oficina. Calle Maruri 228 Of. 106 Cusco
- 8.- **APERTURA DE SOBRES:**
Dia 31 de agosto de 1995, a las 11.00 a.m. Local Municipio de Machupicchu.
- 9.- **FUENTE DE FINANCIAMIENTO:** Ingresos Propios
- 10.- **CONVOCATORIA:** 2 de agosto de 1995

Machupicchu, 2 de agosto de 1995
GUILLERMO CUSI UNTAMA
 Alcalde

DA: 05641 2v. 7-8 agosto

Cabe precisar que para el año 1995, era el Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestación de Servicios No Personales (en adelante, RUA), la norma que establecía las disposiciones que debían cumplir los diferentes organismos del Sector Público, entre ellas las municipalidades, al momento de contratar la prestación de servicios en el marco de las modalidades de concurso público, licitación pública y la adquisición directa y otras excepcionales. De esta manera, a través de este Reglamento se buscó uniformizar los procedimientos técnico-administrativos para la contratación pública⁴⁴.

⁴² La Municipalidad Distrital de Machupicchu estaba representada en aquella época por el alcalde Guillermo Cusi Untama, el cual también fue el que otorgó la buena pro en el marco de la presente licitación a través de la Resolución de Alcaldía N° 025-95-A-MDM/U.

⁴³ Al momento de la concesión de la referida ruta se encontraba vigente la Ley N° 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, antecesora a la Ley N° 27972, actual norma sobre la materia.

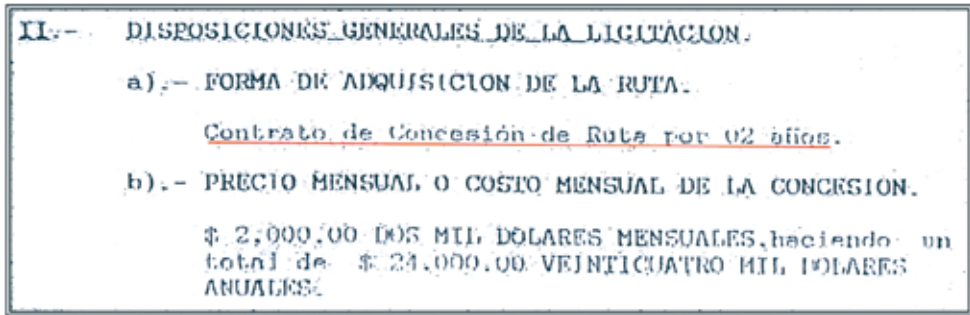
⁴⁴ Ello, acorde con lo dispuesto en los artículos 1.1.1, 1.1.2, 1.1.7 y 1.2.1 del RUA. La actual norma de contrataciones es la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

En tal sentido, uno de los elementos esenciales que preveía el sistema de contratación con el Estado, a fin de dotar de condiciones de transparencia y promover la competencia entre posibles postores, era la formulación de las bases administrativas. Así, a través de este documento se debía detallar el conjunto de condiciones específicas para celebrar una licitación⁴⁵.

Asimismo, conforme lo señalaba el artículo 1.5.4. del RUA⁴⁶, las bases eran de aplicación obligatoria por el organismo público, por los postores intervinientes y para elaborar el contrato definitivo. En tal sentido, el artículo 5.1.3. del RUA⁴⁷, referido a los contratos, señalaba que su formulación definitiva debía ceñirse a las bases administrativas y especificaciones técnicas previstas en estas.

Por su parte, a través de Decreto de Alcaldía N° 003-95-A-MDM/V del 7 de agosto de 1995, se constituyó el Comité de Adjudicaciones de la Municipalidad Distrital de Machupicchu presidido por el abogado Zenón Conza Huamán, a fin de que este colegiado conduzca la licitación pública de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu.

Según las Bases de la Licitación Pública (en adelante, las Bases), la concesión de la ruta se efectuaría por el plazo de dos (2) años, por una suma mensual no menor de US\$ 2000,00, tal como se puede apreciar del texto extraído de la Bases presentado a continuación:



Asimismo, se especificó, entre las obligaciones del postor que resultase ganador, el no variar las tarifas que al momento se cobraban para el transporte del turista tanto nacional, como extranjero, monto que únicamente podría ser modificado o incrementado por la Municipalidad Distrital de Machupicchu, en coordinación con las instituciones correspondientes⁴⁸.

⁴⁵ De esta manera, lo reafirma Alejandro Álvarez Pedroza, en su comentario al artículo 1.5.1 del RUA: “Las bases administrativas, conforme define este Reglamento en el Art. 1.2.1. c), es una relación pormenorizada de condiciones y precisiones para el desarrollo de una Licitación o Concurso, destinadas a la adquisición de bienes o servicios. Jurídicamente, es el documento que contiene las normas a las que ineludiblemente debe sujetarse el proceso de Licitación o Concurso, bajo causal de nulidad”. ALVAREZ PEDROZA Alejandro. El RUA 3. Tercera Edición. Marketing Consultores S.A. Lima. 1994. pp. 64 y 65.

Cabe indicar que las bases administrativas siguen siendo en la actualidad el elemento esencial al momento de plantear un procedimiento de contratación pública.

⁴⁶ Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestación de Servicios No Personales Artículo 1.5.4

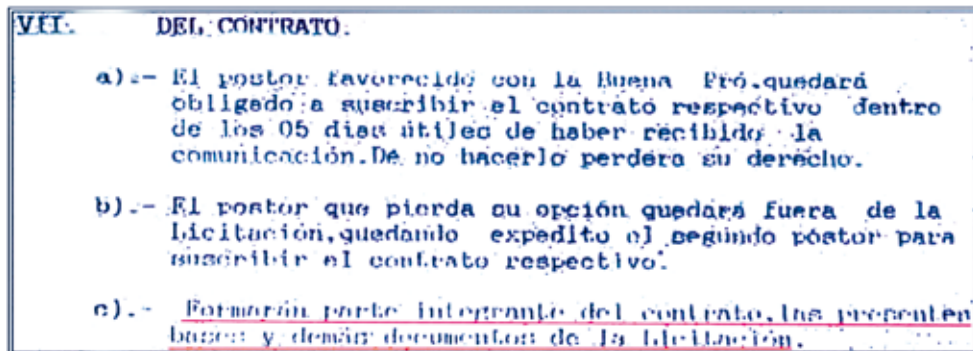
Las bases administrativas son de aplicación obligatoria por el organismo público, por los postores intervinientes y para elaborar el contrato definitivo.

⁴⁷ Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestación de Servicios No Personales Artículo 5.1.3

El órgano de abastecimiento coordinará con asesoría legal o el que haga sus veces, la formulación definitiva del contrato que debe ceñirse a las bases administrativas y especificaciones técnicas (...).

⁴⁸ En las Bases no se especifica cuáles serían estas instituciones.

Finalmente, se indicó expresamente en este documento, que formarían parte integrante del contrato, precisamente las Bases junto con las demás piezas de la licitación.



Según se desprende del Acta de Recepción de Sobres del proceso de selección, se presentaron cuatro propuestas, de las cuales, las correspondientes a Yury Baca Sánchez y a la empresa Camena Cusco S.A. fueron desestimadas por no contar con la información completa, continuando en concurso las empresas Perú Hotel S.A. y Consettur Machupicchu S.A.⁴⁹.

La propuesta de Consettur fue superior a la de su competidor Perú Hotel S.A. en todos los criterios establecidos, salvo en el caso de la propuesta económica, ya que mientras Perú Hotel S.A. ofreció una suma de US\$ 100 000,00 por el período de 2 años (US\$ 4 166,66 mensual), Consettur ofreció un pago de US\$ 72 000,00 (US\$ 3 000,00 mensual).

Mediante Dictamen N° 01-95-CA-MDM del 31 de agosto de 1995 (en adelante, el Dictamen), el Comité de Adjudicaciones puso en conocimiento del alcalde de la Municipalidad Distrital de Machupicchu los resultados de la evaluación de los postores para la concesión de la ruta, dichos resultados daban como adjudicatario a Consettur.

Cabe indicar que la evaluación realizada en el Dictamen fue al amparo de lo señalado en la Bases de la licitación pública y el RUA, según lo dispuesto en este documento.

Mediante Resolución de Alcaldía N° 025-95-A-MDM/U del 1 de setiembre de 1995 (en adelante, la Resolución 25), el alcalde de la Municipalidad Distrital de Machupicchu aprobó el Dictamen N° 01-95-CA-MDM y otorgó la Buena Pro al postor Consettur.

Con fecha 11 de setiembre de 1995, en el punto específico denominado la Paccha (paradero inicial de la ruta) el señor Guillermo Cusi Untama, en su calidad de representante de la Municipalidad Distrital de Machupicchu, y los miembros del Comité de Adjudicaciones, procedieron a la entrega material y directa de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu a Consettur por el lapso de dos años.

Cabe resaltar que conforme figura de manera expresa en el Acta de entrega de la ruta, se procedió a dicha transferencia por el lapso de 2 años, ello de conformidad a tres documentos: (i) las Bases, (ii) el RUA; y, (iii) las cláusulas del Contrato de Concesión, este último ya suscrito para aquel momento – se suscribió el 4 de setiembre de 1995 -, el cual se expondrá en una sección posterior del presente documento debido a fines expositivos.

⁴⁹ Al momento de participar en la licitación, la empresa era una Sociedad Anónima (S.A.), pero como parte de su adecuación a la Nueva Ley General de Sociedades en marzo de 1999 pasó a ser una Sociedad Anónima Cerrada (S.A.C.).

Asimismo, resulta oportuno mencionar que la empresa concesionaria en dicho acto se comprometió a dar cumplimiento a todas las estipulaciones contenidas en las Bases y el Contrato de Concesión, ya que ambos formaban parte del expediente administrativo.

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 viciverana 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.

Tal como se puede apreciar de los documentos relacionados al proceso de la licitación pública de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu, todos ellos apuntan inequívocamente a señalar que el plazo de la concesión era por 2 años. En tal sentido, se puede apreciar que tanto el anuncio de convocatoria, el Dictamen, la Resolución 25 y el Acta de entrega de la ruta se sustentaron en las Bases, las cuales especificaron claramente dicho plazo y debían, según el ordenamiento jurídico vigente, ser respetadas.

De tal manera, es en función a las bases de cualquier proceso de contratación, que un agente económico decide ser postor y determina los alcances técnicos y económicos de su propuesta a fin de intentar hacerse ganador de la buena pro. Así, serán las bases las que determinarán los alcances de la puja competitiva que se genere en el marco de un proceso de contratación.

En tal sentido, no dará lo mismo presentarse frente a un proceso de contratación que sea de corta o larga duración, puesto que esta variable, entre otras, determinará la rentabilidad de la inversión, aspecto primordial para el postor que busca precisamente hacer negocios con el Estado.

Por tanto, las condiciones que debieron respetarse al momento de la suscripción del Contrato de Concesión debieron ser las estrictamente señaladas en las Bases⁵⁰.

Finalmente, en relación al concesionario, cabe mencionar que Consettur es un consorcio de empresas que se encuentra conformado, según información proporcionada por la referida empresa⁵¹, de la siguiente manera:

Cuadro 2
Conformación de Consettur

Accionistas	Porcentaje de participación
Empresa de Transportes Turísticos Waynapicchu S.A	38.89%
Empresa Municipal de Transportes Turísticos Machupicchu (Emutran)	38.24%
Empresa de Transportes Turísticos Pachacutec S.A.	22.87%

⁵⁰ De la revisión de los argumentos brindados por Consettur, tanto en los procedimientos seguidos en el Indecopi como en el Poder Judicial, no se ha sostenido que las Bases analizadas en el presente documento hayan sufrido modificación alguna en el tiempo, ni se ha cuestionado su veracidad.

⁵¹ Según información brindada por Consettur mediante escrito de fecha 11 de agosto de 2015, en atención al requerimiento de información realizado mediante Carta N° 509-2015/ST-CLC-INDECOPI.

Puede advertirse que desde el año 1995, Consettur se encontraba conformada, entre otros, por la empresa de la Municipalidad Distrital de Machupicchu, Emutran, es decir, por una empresa que formaba parte del Concedente (Municipalidad Distrital de Machupicchu).

En tal sentido, consideramos oportuno resaltar que el artículo 60° de la Constitución Política del Perú de 1993⁵² adoptó el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Por su parte el artículo 60° de la Ley Fundamental establece una reserva de ley absoluta, para habilitar al Estado a realizar excepcional y subsidiariamente actividad empresarial, directa e indirectamente, cuando el interés público o la conveniencia nacional lo justifique”⁵³.

Asimismo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, a propósito de lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución ha señalado lo siguiente:

“El texto constitucional precisa que la intervención empresarial del Estado es excepcional. Esto encuentra respaldo en el modelo de Economía Social de Mercado acogido por la Constitución, que otorga una protección prevalente a las diversas libertades económicas fundamentales de los individuos (v.g. libertad de empresa, libertad de contratación, entre otras), reconociendo que en la economía peruana rige la asignación libre de recursos vía los mercados, conservando el Estado solo una función residual o subsidiaria”.

Por lo tanto, a partir de la interpretación otorgada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal del Indecopi, se puede señalar que la actividad empresarial del Estado se encuentra limitada a aquellos supuestos en los cuales los agentes privados no puedan realizar la actividad económica, y esta deba garantizarse por existir un interés público o conveniencia nacional que lo justifique.

Situación que aparentemente no se evidenciaría en el servicio de transporte turístico en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu al existir más de un operador que puede brindar este servicio.

V.3 Los contratos suscritos en el tiempo

En torno a la concesión del servicio de transporte turístico de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu se han celebrado diversos contratos. Cabe resaltar que todos ellos hicieron referencia al establecimiento de un nuevo plazo de la concesión, ello en base a diversos argumentos, tal como podremos revisar a continuación.

- Contrato de Concesión de Ruta de fecha 4 de setiembre de 1995 suscrito entre la Municipalidad Distrital de Machupicchu y Consettur⁵⁴ para brindar el transporte turístico de pasajeros, por el plazo de 2 años, es decir, hasta el 6 setiembre del año 1997 (en adelante, Contrato de Concesión por 2 años).

⁵² Constitución Política del Perú de 1993.

Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

⁵³ Fundamento 31 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 034-2004-PI-TC.

⁵⁴ En este contrato, Consettur fue representado por el Gerente General, señor Segundo Humpire Huallpa.

- Contrato de Concesión de Ruta de fecha 4 de setiembre de 1995 entre la Municipalidad Distrital de Machupicchu y Consettur⁵⁵, por el plazo máximo permitido por el artículo 54 numeral 2 de la Ley N° 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, de 30 años, es decir, hasta setiembre del año 2025 (en adelante, Contrato de Concesión por 30 años)⁵⁶.
- Convenio Modificatorio de Concesión de fecha 28 de agosto de 1997, celebrado entre la Municipalidad Distrital de Machupicchu y Consettur, estableciendo el plazo de la concesión por 10 años, es decir, hasta 6 de setiembre de 2005. Se varió el plazo en razón de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 012-95-MTC, Reglamento Nacional del Servicio Público de Transporte Urbano e Interurbano de Pasajeros.⁵⁷
- Contrato de Convalidación y Modificación de Concesión de fecha 27 de setiembre de 2001, suscrito entre la Municipalidad Provincial de Urubamba y Consettur, el cual establece una vigencia de la concesión hasta el 06 de setiembre de 2006. A través de este contrato se asume el compromiso de adecuarse al Reglamento Nacional de Administración de Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N° 040-2001-MTC⁵⁸, y asume competencias la Municipalidad Provincial de Urubamba.
- Contrato de Adecuación de Concesión de Ruta del 31 de octubre de 2002, suscrito entre la Municipalidad Provincial de Urubamba y Consettur Machupicchu, por el plazo de 10 años, es decir, hasta marzo del año 2011⁵⁹. El objeto de este contrato es adecuarse al Reglamento Nacional de Administración de Transportes, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2001-MTC.
- Contrato de Uso de Vía del 3 de julio de 2003 suscrito entre la Municipalidad Distrital de Machupicchu y Consettur, por el plazo de 20 años, es decir, hasta marzo del año 2023⁶⁰ para el transporte público de pasajeros nacionales y extranjeros. Este contrato se suscribió al amparo de la Ordenanza Municipal N° 003-MDM-2003, la cual fue declarada inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 4 de mayo de 2004⁶¹.

⁵⁵ En este contrato, Consettur fue representado por el Presidente de Directorio, señor Raúl Sixto Sánchez Soto.

⁵⁶ Ley N° 23853, Ley Orgánica de Municipalidades.
Capítulo VI
De la Gestión Municipal
Artículo 54.-

La concesión de los servicios municipales se sujeta a las siguientes reglas y condiciones mínimas:

(...)

2.- Limitación del plazo de la concesión a no más de 30 años.

(...).

⁵⁷ Este contrato reconoce como antecesor el Contrato de Concesión por 2 años. Asimismo, cabe señalar que este contrato tuvo una addenda con fecha 23 de diciembre de 1998, referida exclusivamente a temas sobre la compensación económica a favor de la Municipalidad Distrital de Machupicchu.

⁵⁸ Este contrato reconoce en la Cláusula Segunda sobre Antecedentes el Contrato de Concesión por 2 años.

⁵⁹ Este plazo se cuenta desde el 16 de marzo de 2001, fecha en que entró en vigencia el Acuerdo de Consejo N° 08-2001-MPU.

⁶⁰ Según la Cláusula Décima del Contrato se indica que los derechos de uso de la vía serán asumidos por Consettur en forma retroactiva a partir del 10 de marzo de 2003; no obstante ello, en la Cláusula Tercera del Contrato, sobre su plazo de vigencia, se indica que tendrá vigencia a partir del 7 de marzo de 2003 hasta el 6 de marzo del año 2023.

⁶¹ Recaída en el Expediente N° 0013-2003-AI/TC.

Tal como se puede apreciar existen diversos contratos suscritos desde el otorgamiento de la buena pro, los cuales han permitido que sea Consettur el único operador en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu. Asimismo, cabe indicar que la principal controversia suscitada gira alrededor de la existencia de dos contratos iniciales de la concesión, uno por el plazo de 2 años, y otro por el plazo de 30 años.

Por otro lado, de los contratos arriba listados se puede apreciar que tanto la Municipalidad Distrital de Machupicchu, la Municipalidad Provincial de Urubamba y Consettur, partes intervinientes en la relación contractual sobre la ruta, han sostenido en determinados momentos la aplicación de normas dirigidas a regular el servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros, a fin de justificar adecuaciones o prórrogas al Contrato de Concesión celebrado en el año 1995, tal como es el caso del Decreto Supremo N° 012-95-MTC; o, han sostenido la necesidad de adecuar la concesión a la normativa general de transporte como es el caso del Decreto Supremo N° 040-2001-MTC.

Sobre el particular, cabe precisar que según los términos previstos en las Bases⁶², el servicio concesionado en el año 1995 fue el servicio de transporte turístico, el cual en aquel momento no poseía la calidad de servicio público. Ello debido a que el Reglamento de las Empresas de Transporte Turístico aprobado mediante Resolución Suprema N° 0011-78-TC/DS⁶³, norma que regulaba en aquel momento de manera específica esta actividad, no lo calificaba como tal, por lo que no resultaba correcto atribuirle dicha naturaleza. Resulta oportuno mencionar que dicho Reglamento estuvo vigente hasta el año 2005.

Tal como ha sido reconocido de manera clara por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 034-2004-PI/TC⁶⁴, la categoría de servicio público debe ser recogida expresamente en el ordenamiento jurídico de la actividad. En tal sentido se indicó lo siguiente:

⁶² Las Bases de la licitación del 2 de agosto de 1995, señalaban lo siguiente en las siguientes secciones:
I. “Objeto de la Licitación Pública: convoca a licitación pública de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas y Ciudadela Inka de Machupicchu a empresas de transporte turístico de pasajeros.

VI.- Del Otorgamiento de la Buena Pro

a) La Municipalidad en vista del dictamen o informe respectivos elaborados por la Comisión Calificadora, previamente designada, expedirá Resolución de Adjudicación de la Buena Pro al postor que hubiera presentado la propuesta más conveniente a los intereses de la Municipalidad, y al mejor servicio de transporte turístico de pasajeros”.

⁶³ El Reglamento de las Empresas de Transporte Turístico del año 1978 se mantuvo vigente hasta el año 2005 que entró en vigencia el Reglamento Nacional de Transporte Turístico Terrestre, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2005-MTC, por lo que fue el Reglamento del año 1978 el que se encontró vigente al momento que Consettur obtuvo la concesión de la referida ruta para el servicio de transporte turístico. Cabe indicar que la aplicación del Reglamento de 1978 en el caso de la concesión de ruta otorgada a Consettur aparentemente se vio desplazado por las normas sobre promoción de la inversión privada, ya que el servicio en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu venía siendo prestado por una empresa del Estado inmersa en un proceso de privatización.

Asimismo, cabe nuevamente mencionar que mediante Decreto Supremo N° 028-95-ITINCI, vigente desde el 23 de octubre de 1995 se dispuso que sería el Fondo de Promoción Turística – FOPTUR, el organismo que entregaría en concesión el servicio de transporte de turistas desde y hacia el Santuario de Machupicchu. Así, si bien es cierto que este Decreto Supremo no se aplicó en la práctica dado que la Municipalidad Distrital de Machupicchu licitó la referida ruta meses antes de su emisión, en un contexto normativo e institucional ambiguo en relación al órgano u organismo competente para llevar a cabo el proceso de licitación, este Decreto Supremo nos permite desprender claramente que en aquel momento se adoptaron normas específicas para el caso de servicios que se venían prestando por empresas del estado, y en específico para el caso de la ruta materia de análisis.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 15 de febrero de 2005.

“Si bien nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público, y, nuestro texto Constitucional no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales, es innegable para este Tribunal que la voluntad del constituyente fue observar y encomendar al Estado, una tarea de especial promoción y resguardo en estos casos; de ahí, la importancia de que el legislador precise claramente tal calificación y el régimen jurídico sometido en cada supuesto.

Ello en razón a que, el contenido del concepto servicio público, así como, el hecho que determinadas actividades económicas califiquen dentro del mismo, resulta una tarea que se resuelve en cada ordenamiento jurídico de manera particular (...)”.

(Subrayado agregado)

Asimismo, el Tribunal Constitucional a fin de brindar aquellos elementos que permiten caracterizar a un servicio público, señaló lo siguiente:

“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 y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. 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”.

En tal sentido, de la revisión del Decreto Supremo N° 012-95-MTC⁶⁵, el cual aprobó el Reglamento Nacional del Servicio Público de Transporte Urbano e Interurbano de Pasajeros y que justificó el Convenio Modificadorio de Concesión de fecha 28 de agosto de 1997 (Primera modificación del Contrato de Concesión por 2 años), se ha verificado que este reguló el servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros, al cual se le calificó como uno de necesidad y utilidad pública y de interés nacional, ello por tratarse de una actividad económica básica para el desarrollo del país⁶⁶.

Sin embargo, la referida calificación no comprendería al servicio de transporte turístico, ello al no dependerse del texto de la citada norma la inclusión de dicha actividad; y, debido a que paralelamente a la vigencia del Decreto Supremo N° 012-95-MTC, la actividad de transporte turístico se encontraba

⁶⁵ Publicado el 28 de julio de 1995.

⁶⁶ Decreto Supremo N° 012-95-MTC
Capítulo II
Disposiciones Generales

Artículo 2.- El Servicio Público del Transporte Urbano e Interurbano de Pasajeros, es de necesidad y utilidad pública y de interés nacional, por tratarse de una actividad económica básica para el desarrollo del país y se realiza adecuándose a las normas legales vigentes y su prestación no deberá ser interrumpida salvo por mandato judicial o de la Autoridad Administrativa.

regulada por el Reglamento de las Empresas de Transporte Turístico aprobado mediante Resolución Suprema N° 0011-78-TC/DS, el cual no le otorgó la calificación de servicio público⁶⁷.

Por otro lado, a través del Decreto Supremo N° 040-2001-MTC⁶⁸, que justificaría los contratos de convalidación y adecuación suscritos entre Consettur y la Municipalidad Provincial de Urubamba, se aprobó la primera versión del Reglamento Nacional de Administración de Transporte - RNAT⁶⁹, con el objeto de regular el servicio público y privado de transporte terrestre de personas y mercancías, estableciendo las disposiciones administrativas relativas a la prestación de dichos servicios⁷⁰.

En tal sentido, el RNAT estableció 5 tipos de criterios para clasificar el transporte terrestre: (i) por la naturaleza del servicio; (ii) por el elemento transportado; (iii) por el ámbito de la prestación del servicio; (iv) por las características del servicio; y, (v) por la fuerza que mueve al vehículo.

Así, en lo referente a las características del servicio, el transporte terrestre fue clasificado en: regular y especial⁷¹. Cabe indicar que dentro de esta última categoría encontramos al servicio de transporte turístico.

⁶⁷ Al respecto, cabe señalar que la norma antecesora al Decreto Supremo N° 12-95-MTC fue la Ley General y de Promoción del Servicio Público de Transporte Terrestre, aprobada por Decreto Legislativo N° 329 publicado el 08 de febrero de 1985, la cual regulaba las actividades del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros y carga, clasificándolas en: (i) Servicio Público de Transporte Urbano de Pasajeros, (ii) Servicio Público de Transporte Interprovincial e Internacional de Pasajeros por Carretera, (iii) Servicio Público de Transporte de Carga, y (iv) Servicio Público de Transporte de Pasajeros en automóviles de alquiler. Esta ley excluye de manera expresa al transporte de turismo.

⁶⁸ Esta norma estuvo vigente a partir del 29 de julio de 2001 y deroga al Decreto Supremo N° 012-95-MTC desarrollado párrafos atrás.

⁶⁹ A lo largo de los años se han formulado diversos RNAT a fin de irse adecuando a la dinámica que se iba presentando en la realidad en lo referente al transporte terrestre. Así, a través de los Decretos Supremos N° 040-2001-MTC, 009-2004-MTC y 017-2009-MTC (vigente) se aprobaron 3 versiones de dicho Reglamento.

Asimismo, cabe resaltar que la Ley General de Transporte, Ley N° 27181 publicada en octubre de 1999, prevé la necesidad de que se emitan diversos reglamentos nacionales a fin de poder implementarla. En tal sentido, se especifican una serie de reglamentos que deberán ser dictados, entre ellos, el Reglamento Nacional de Administración de Transporte, siendo esta Ley General la fuente de su origen.

⁷⁰ Decreto Supremo N° 040-2001-MTC

Artículo 1.- Objeto del Reglamento

El presente Reglamento regula el servicio público y privado de transporte terrestre de personas y de mercancías, y establece las disposiciones administrativas y de organización, relativas a la prestación de dichos servicios y a las actividades complementarias. Establece los criterios que determinan la declaración de áreas o vías saturadas por concepto de congestión vehicular o contaminación ambiental y el régimen de acceso y operación de los servicios de transporte urbano en estas condiciones.

⁷¹ Decreto Supremo N° 040-2001-MTC

Artículo 21.- Por las características del servicio

El Transporte Terrestre, según las características del servicio, se clasifica en regular y especial:

a. Es transporte regular aquel que no requiere de la aplicación de regulaciones específicas, en razón de la naturaleza o características del elemento transportado.

b. Es transporte especial, aquel que en razón de su repercusión social, volumen, incompatibilidad con otro tipo de transporte, características del usuario, u otras causas debe prestarse sujeto a regulación especial.

b.1. Turístico

b.2. Personal

b.3. Escolar

b.4. Personas enfermas o accidentadas

b.5. Funerario.

No obstante, resulta oportuno precisar que este Decreto Supremo no se encontraba vigente al momento del otorgamiento de la concesión en el año 1995, y además no regulaba de manera específica el servicio de transporte turístico⁷², ya que a la fecha de su dación seguía vigente el Reglamento de las Empresas de Transporte Turístico aprobado mediante Resolución Suprema N° 0011-78-TC/DS.

V.4 Sobre la vigencia del Contrato de Concesión

Tal como se ha podido apreciar, existirían dos contratos iniciales que determinan dos vigencias diferentes de la concesión; por un lado, un contrato de 2 años que habría tenido una serie de renovaciones, adecuaciones o convalidaciones; y por otro, un contrato por 30 años, el cual impediría hasta el año 2025 que nuevos agentes económicos puedan prestar los servicios de transporte turístico en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu⁷³.

Sobre el particular, Consettur sostuvo ante la Comisión en el año 2007 que el contrato que avala su operación en la ruta mencionada es el Contrato de Concesión por 30 años firmado en el año 1995, motivo por el cual presentó ante la Comisión copia del contrato que reflejaría el plazo indicado, en el marco de Expediente N° 003-2005-CLC⁷⁴.

Sin embargo, al ser esta información incompatible en relación con la presentada por Consettur en el año 2001 también ante la Comisión⁷⁵, unido a que no logró en el marco del Expediente N° 003-2005-CLC desvirtuar las contradicciones existentes entre los documentos presentados en ambas oportunidades, la Comisión decidió iniciar un procedimiento por presentación de información falsa seguido bajo el Expediente N° 006-2008-CLC.

Resulta importante mencionar que en el marco del Expediente N° 006-2008-CLC, la Comisión emitió la Resolución N° 041-2008-INDECOPI/CLC del 21 de agosto de 2008, en donde declaró que Consettur había cometido la infracción tipificada en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 807⁷⁶, al entregar

⁷² El Decreto Supremo N° 040-2001-MTC señaló expresamente en su Tercera Disposición Transitoria lo siguiente: “El Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción en un plazo de ciento ochenta (180) días calendario contado a partir de la vigencia del presente Reglamento, dictará el régimen de administración de cada uno de los servicios especiales o locales y otras prestaciones no habituales”. Cabe precisar que recién en el año 2005, a través del Decreto Supremo N° 003-2005-MTC se aprobó el Reglamento Nacional de Transporte Turístico Terrestre, publicado el 23 de enero de 2005.

⁷³ El Contrato de Concesión por 30 años señala que se otorga la concesión a Consettur para que explote la ruta con carácter exclusivo y excluyente.

⁷⁴ Denuncia interpuesta por la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco el 14 de abril de 2005 contra Consettur por 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 Inka de Machupicchu.

⁷⁵ La Comisión siguió en el año 2001 una Investigación Preliminar seguida contra Consettur por la presunta concertación de precios en el servicio de transporte de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu. Esta investigación tuvo como resultado el Informe 012-2001-INDECOPI-CLC del 12 de diciembre de 2001. En dicha oportunidad, si bien Consettur no presentó contrato de concesión alguno, de los documentos exhibidos se infirió con claridad que el contrato inicial fue por el plazo de 2 años.

⁷⁶ Decreto Legislativo N° 807 – Facultades, normas y organización del Indecopi
Artículo 5.- Quien a sabiendas proporcione a una Comisión, a una Oficina o a una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual información falsa u oculte, destruya o altere información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, o sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o se niegue a comparecer o mediante violencia o amenaza impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión, Oficina o Sala del

información falsa consistente en el Contrato de Concesión por 30 años, y dispuso que se le sancionara con una multa ascendente a 50 UIT. En tal sentido indicó lo siguiente:

“A criterio de esta Comisión, la información proporcionada por Consettur con relación a que el contrato de concesión de ruta del 4 de setiembre de 1995 se habría celebrado por un plazo de treinta (30) años, resulta falsa (...)

En consecuencia la información proporcionada por Consettur mediante escrito del 18 de agosto de 2005, adolece de falsedad, toda vez que se ha demostrado la existencia de un conjunto de hechos, cuyo sentido y orden cronológico, revelan de manera uniforme que el plazo de concesión de ruta no pudo haber sido de treinta (30) sino solo de dos (2) años, plazo que posteriormente sufrió modificaciones. Asimismo, se ha demostrado que los alegatos formulados por Consettur resultan abiertamente contradictorios y no desvirtúan los hechos que se le imputan.

La materialización de esta conducta, constituye la realización del supuesto de hecho previsto en el artículo 5 del Decreto Legislativo 807”.

Asimismo, dicho pronunciamiento fue confirmado en sede administrativa por la Sala de Defensa de la Competencia N° 1⁷⁷ a través de la Resolución N° 0100-2009/SC1-INDECOPI del 12 de marzo de 2009⁷⁸; y, en todas las instancias del Poder Judicial.

De esta manera, en sede judicial, a través de Resolución Ocho del 14 de abril de 2011, la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de Poder Judicial, expidió sentencia frente a la demanda presentada por Consettur contra la Resolución N° 0100-2009/SC1-INDECOPI⁷⁹, declarándola infundada en todos sus extremos. Sobre el particular, resulta oportuno mencionar lo señalado por la Corte Superior de Justicia de Lima en relación al Contrato de Concesión por 30 años:

“Analizada en su conjunto toda la información presentada por la demandante en sede administrativa, se desvirtúa la alegación de que tanto la Comisión [Comisión de Defensa de la Libre Competencia] como el Tribunal de Indecopi hubieran realizado una interpretación errada respecto al plazo de duración de la concesión, argumento que no resulta amparable pues la información que fluye del texto expreso de las instrumentales objeto de análisis lleva a concluir que no resulta coherente que la empresa actora y la Municipalidad de Machu Picchu hubieran suscrito sucesivas prórrogas de la concesión otorgada en 1995, primero por diez (10) años más, computables desde el 06 de setiembre de 1995 o sea (sic) hasta el 2005, y luego hasta el año 2023, si desde su inicio el plazo de la concesión fue por treinta años, como afirma la demandante porque si ello fuera cierto, la celebración de prórrogas de la concesión resultaban innecesarias

Noveno: sobre la copia del contrato celebrado en 1995 [se hace referencia al contrato de 30 años] (...) aunque su validez no ha sido discutida en sede judicial, su contenido no se condice con los documentos a que se hace referencia en el considerando precedente, presentados por la propia accionante, por lo que tampoco causa convicción a este Colegiado sobre su autenticidad”⁸⁰. (Subrayado agregado).

Tribunal, será sancionado por ésta con multa no menor de una UIT ni mayor de 50 (cincuenta) UIT, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesivamente en caso de reincidencia.

⁷⁷ Actualmente Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

⁷⁸ Cabe precisar que mediante Resolución N° 0817-2009/SC1-INDECOPI del 10 de agosto de 2009 se declara improcedente la solicitud de nulidad de la Resolución N° 0100-2009/SC1-INDECOPI formulada por Consettur.

⁷⁹ Tramitada bajo el Expediente N° 01689-2009-0-1801-SP-CA-03.

⁸⁰ Se verifica que en sede administrativa, Consettur presentó los siguientes documentos, que fueron a su vez evaluados por el Poder Judicial a fin de resolver: (i) Base de licitación de la ruta, de fecha 02 de

Del mismo modo, a través de Resolución del 31 de julio de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la República confirmó la sentencia apelada, señalando lo siguiente:

SÉTIMO.- (...) debe anotarse que de la revisión de lo actuado en instancia administrativa se advierte que mediante Resolución N° 013-2008-2008-INDECOPI/CLS (...) la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de Indecopi dispuso el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra la empresa demandante por infracción del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 807, por cuanto en el expediente N° 003-2005/CLC (...) Consettur expresó que operaba en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Machupicchu en mérito a un contrato de concesión suscrito el cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y cinco con la Municipalidad Distrital de Machupicchu por el plazo de treinta años (...); sin embargo, del caudal probatorio aportado en el procedimiento sancionador por la propia empresa Consettur –ahora demandante-, (...) se advierte que toda la documentación estaba orientada a acreditar que la empresa Consettur y la Municipalidad Distrital de Machupicchu suscribieron un contrato de concesión de la referida ruta en principio por el plazo de dos años, a computar desde el seis de setiembre de mil novecientos noventa y cinco, el cual posteriormente, en mil novecientos noventa y siete, fue modificado por el plazo de diez años, esto es, vencer indefectiblemente el seis de setiembre de dos mil cinco, lo cual fue corroborado con lo señalado en la cláusula 1.4 del contrato de Uso de Vía de fecha seis de setiembre de dos mil tres –obrante a fojas 65 del expediente administrativo- que señala: “(...) Consettur Machupicchu S.A.C. viene prestando servicios de transporte público de pasajeros en la ruta Machupicchu pueblo – Puente Ruinas – Ciudad Inca de Machupicchu desde mil novecientos noventa y cinco, que fue licitada por la Municipalidad Distrital de Machupicchu, bajo el amparo de un contrato de concesión sucesivamente renovado hasta el año dos mil cinco (...); siendo ello así, resulta evidente que la información prestada por la empresa demandante a la autoridad administrativa no fue veraz. (Énfasis y subrayado agregado)⁸¹.

De este modo, podemos afirmar que tanto la Corte Superior de Justicia de Lima como la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de sus pronunciamientos han coincidido en afirmar que

agosto de 1995, cuyo contenido está referido a la “concesión de ruta por el plazo de dos (02) años”; (ii) Dictamen N° 01-95-CA-MDM, de fecha 31 de agosto de 1995, donde se informa al Alcalde de la Municipalidad Distrital de Machupicchu sobre los resultados de la licitación; (iii) Resolución de Alcaldía N° 025-95-A-MDM/U, de fecha 01 de setiembre de 1995, que aprueba el Dictamen y otorga la Buena Pro a Consettur de acuerdo a las Bases; (iv) Acta de entrega de ruta a Consettur por el plazo de dos (02) años; (v) Acuerdo de Consejo Municipal N° 018/97-CMD de fecha 24 de agosto de 1997, por la que se resuelve modificar la Resolución de Alcaldía N° 025-95-A-MDM/U, entendiéndose que el plazo de la concesión de la ruta es por diez (10) años, computables desde el 06 de setiembre de 1995; (vi) Convenio Modificadorio de Concesión de fecha 28 de agosto de 1997, referido específicamente al Convenio Modificadorio de la Concesión sobre la base de lo dispuesto mediante el Acuerdo de Consejo Municipal N° 018/97-CDM; y (vii) Carta remitida por Consettur a la Secretaría Técnica de fecha 09 de enero de 2001, donde informa que el plazo de la concesión de la ruta es hasta el 06 de setiembre de 2005.

De manera complementaria a lo señalado, podemos apreciar además que en el Considerando 7 de la referida sentencia se indicó lo siguiente: “En tal sentido, del examen de las instrumentales antes referidas se desprende que el Contrato de concesión para la operación de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca Machupicchu se celebró el 04 de setiembre de 1995 por el plazo de dos (02) años, siendo prorrogado en 1997 por diez (10) años hasta el 2005, y por mutuo acuerdo entre Consettur y la Municipalidad de Machupicchu se concedió el plazo de veinte (20) años hasta el año 2023. Si bien la actora alega que el único contrato de concesión suscrito en 1995 ha sido objeto de varias transacciones, lo concreto ha sido que inicialmente Consettur celebró en 1995 un contrato de concesión de rutas por un plazo de dos años – que no ha sido desvirtuado en sede administrativa por el actor – para luego ser prorrogado progresivamente (...)”.

⁸¹ Resulta oportuno precisar que contra esta sentencia se presentó recurso de casación, el cual fue declarado improcedente a través de auto calificadorio del recurso CAS. N° 7977-2013, de fecha 31 de octubre de 2013. Asimismo, mediante Resolución 10 del 5 de marzo de 2014, la Octava Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado ordenó archivar definitivamente los actuados tramitados en este expediente.

el Contrato de Concesión por 30 años es falso, ello a partir de un análisis integral de los documentos correspondientes al proceso de contratación y los continuos contratos suscritos por Consettur sobre la referida ruta. Así, el Poder Judicial ha verificado y reafirmado la labor y conclusión arribada en sede administrativa por la Comisión sobre la falsedad del Contrato de Concesión por 30 años.

Asimismo, no se debe dejar de lado que el Poder Judicial no ha realizado un análisis de la legalidad de los otros contratos celebrados entre Consettur y las municipalidades en el marco del proceso señalado, sino únicamente ha verificado que la existencia de estos reafirmaría la imposibilidad de que exista un contrato por 30 años, unido a los documentos que sustentaron el proceso de contratación que señalaron el otorgamiento de la concesión por un plazo de 2 años⁸².

Finalmente, cabe indicar que estos pronunciamientos judiciales son posteriores al emitido en el marco del proceso de reconocimiento del Contrato de Concesión por 30 años como prueba anticipada⁸³.

⁸² a) Expedientes civiles tramitados bajo los siguientes números: (i) 2005-86, 2003-165 y 2004-296 (acumulados) y (ii) 008-2012-0-1017-JM-CI-01 (aún en giro). Asimismo, cabe precisar que el proceso acumulado ha concluido debido a la celebración de una conciliación entre las partes del proceso; y, a través del Expediente N° 008-2012-0-1017-JM-CI-01 se cuestiona la validez de la referida conciliación. b) Expedientes penales tramitados bajo los siguientes números: (i) 00013-2010-01017-JM-PE-01, (ii) 431-2010-0-1001-SP-PE-02, (iii) 00775-2008-0-1001-SP-PE-02; y (iv) 2005-127-(269-XI)-19d. La información de estos contratos ha sido obtenida producto de diversos requerimientos dirigidos a la Municipalidad Distrital de Machupicchu, Municipalidad Provincial de Urubamba, Consettur y a Inversiones Consorcio Machupicchu Santuario "MAS" – Consorcio MAS; y a la información proporcionada por el Congreso de la República, a propósito de su informe final de investigación, denominado "Investigación sobre los presuntos actos irregulares en los que la Empresa de Transportes Turísticos Machupicchu S.A.- Consettur –habría incurrido con el objeto de obtener la concesión de la ruta Hiram Bingham por un período de 30 años para realizar transporte de pasajeros desde el Pueblo de Machupicchu hasta Ciudadela Inka y sobre el incremento irregular de tarifas en el mismo" realizado por la Comisión de Fiscalización y Contraloría de abril de 2016.

⁸³ A través del Expediente N° 195-2005, Consettur solicitó al Poder Judicial el reconocimiento del Contrato de Concesión por 30 años como prueba anticipada, ello con la finalidad de iniciar un proceso de cumplimiento de obligación de hacer (según lo indicado por Consettur). En tal sentido, a través de la audiencia de actuación y declaración judicial de fecha 21 de junio (no se precisa año, se presume según los actuados que fue en el 2006), el Juzgado Mixto de Urubamba da por cumplido el reconocimiento en el contenido y suscripción del referido documento, teniéndolo en consecuencia por verdadero. No obstante ello, la Comisión considera que deberá tomarse en cuenta lo siguiente a fin de poder evaluar los alcances de este pronunciamiento:

- El artículo 284 del Código Procesal Civil señala que toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso; debiendo cumplir para ello con los siguientes requisitos: (i) expresar la pretensión genérica de que se va a reclamar en el próximo proceso a iniciarse; y, (ii) la razón que justifica la actuación anticipada del medio probatorio.
- En el presente caso, Consettur solicitó el reconocimiento del Contrato de Concesión por 30 años como prueba anticipada; sin embargo, del escrito a través del cual se presenta la solicitud, no se desprende cuál sería la pretensión genérica que se reclamaría a futuro con un mínimo nivel de determinación que permita justificar la actuación de una prueba bajo esta modalidad. Así, únicamente se indica que se iniciará un proceso de cumplimiento de obligación de hacer, sin indicar en qué consistiría esta obligación.
- A pesar del requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica a través de Carta 712-2016/ST-CLC-INDECOPI del 21 de setiembre de 2016, solicitándole, entre otros, que se le brinde el motivo que justificaría el reconocimiento del Contrato de Concesión por 30 años como prueba anticipada; Consettur se limitó a entregar información referente a la solicitud y resolución que admite la solicitud de prueba anticipada y el acta de la audiencia de reconocimiento, mas ninguna información adicional sobre el proceso que debió iniciarse en donde cobraría sentido el documento reconocido. Por lo cual, solo nos queda concluir que ningún proceso se inició.
- Este último aspecto resulta medular, dado que el proceso de prueba anticipada se tramita como proceso no contencioso según lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Civil, lo cual responde

Ahora bien, una vez expuesto lo resuelto por el Poder Judicial sobre el Contrato de Concesión por 30 años que confirmaría su falta de autenticidad, corresponde hacer unas reflexiones finales tanto sobre el Contrato de Concesión por 2 años y sus posteriores modificaciones; y, en relación con el Contrato de Uso de Vía celebrado en el año 2003.

Tal como se puede apreciar, en el supuesto de que el Convenio modificatorio de la concesión celebrado el 28 de agosto de 1997 entre Consettur y la Municipalidad distrital de Machupicchu; y, los posteriores contratos celebrados entre Consettur y la Municipal provincial de Urubamba, es decir, el Contrato de Convalidación y Modificación de la Concesión de fecha 27 de setiembre de 2001 y el Contrato de Adecuación de Concesión de Ruta del 31 de octubre de 2002, hayan sido celebrados correctamente acorde a lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, estos 3 contratos a la fecha ya estarían vencidos, ya que la máxima prórroga del Contrato de Concesión era hasta marzo de 2011.

Por su parte, en relación con el Contrato de Uso de Vía de julio de 2003, celebrado entre la Municipalidad Distrital de Machupicchu y Consettur, último contrato suscrito a nivel municipal, debe indicarse que este contrato se había celebrado sin que exista de por medio proceso de selección alguno y se llevó a cabo por una autoridad que no tenía competencias para ello, acorde con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, tal como apreciaremos a continuación.

Sobre el particular, la Municipalidad Distrital de Machupicchu emitió la Ordenanza N° 003-2003-MDM, a través de la cual declaró que esta ejercería la administración directa del "camino vecinal rural carrozable, Machupicchu Pueblo – Puente Ruinas – Machupicchu Santuario (Ciudadela Inka de Machupicchu)", ordenanza que generó que la Municipalidad Provincial de Urubamba promueva un conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional, por considerar que dicho dispositivo normativo era inconstitucional al atribuirse la Municipalidad Distrital de Machupicchu funciones reservadas a las municipalidades provinciales según lo dispuesto en la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972; y la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, Ley N° 27181.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional decidió admitir la demanda como una de acción de inconstitucionalidad, toda vez que el conflicto versaba sobre una competencia expresada en una norma con rango de ley (Ordenanza N° 003-2003-MDM), declarándola inconstitucional en base a los siguientes argumentos:

precisamente a la lógica de que esta prueba será aportada y discutida en el marco de un proceso que justifica este reconocimiento anticipado.

- Así, debe tomarse en cuenta que el juez al realizar la audiencia de reconocimiento y dar por cumplido dicho acto, únicamente se limita a confrontar el Contrato de Concesión por 30 años, con el ex alcalde de la Municipalidad Distrital de Machupicchu, Guillermo Cusi Untama quién lo habría firmado; y el señor Oscar Valencia Auca, alcalde vigente de la referida municipalidad al momento del reconocimiento. De esta manera, no se discute o tiene a la vista los otros contratos existentes, señalados anteriormente en la presente abogacía, a fin de que el juez pueda conocer el panorama completo de la relación contractual que sostenía Consettur con el Estado Peruano, para poderlo dar por verdadero.

- El proceso de reconocimiento de documento como prueba anticipada no tiene por finalidad que un agente económico, ciudadano, o entidad pública busque que el Poder Judicial reconozca la validez de un documento sin un fin ulterior.

- Debe resaltarse que, a la fecha de la audiencia de reconocimiento judicial, existían procesos previos en donde precisamente se discutían los términos de la relación contractual existente con Consettur a propósito del servicio de transporte que brindaba en la ruta materia de análisis – Expedientes N° 2005-86, 2003-165 y 2004-296 (acumulados) - los cuales no habían concluido.

- Por lo tanto, la Comisión considera que no es posible afirmar que el Poder Judicial, a través del proceso mencionado, haya emitido un pronunciamiento que suponga la imposibilidad de cuestionar la veracidad del Contrato de Concesión sobre la referida ruta, supuestamente celebrado por un plazo de 30 años. Prueba de ello son los pronunciamientos judiciales que confirmaron el pronunciamiento emitido por la Comisión sobre información falsa en relación al mismo documento.

“23. Precisamente, la Ley N.° 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre, publicada con fecha 8 de octubre de 1999 [norma que establece los lineamientos generales económicos, organizacionales y reglamentarios del transporte y tránsito terrestre que rige en todo el territorio de la República (artículo 1°)], delimitó las competencias entre las municipalidades provinciales y distritales en esta materia, precisando, en su artículo 17°, que las municipalidades provinciales se encargarían de “Dar en concesión, en el ámbito de su jurisdicción, los servicios de transporte terrestre en áreas o vías que declaren saturadas; así como otorgar permisos o autorizaciones en áreas o vías no saturadas, de conformidad con los reglamentos nacionales respectivos”; y, en su artículo 18°, que las municipalidades distritales asumirían competencia en “(...) la regulación del transporte menor (mototaxi y similares)”.

Por tanto, si bien la demandada es autónoma en el desarrollo de sus funciones políticas, económicas y administrativas, y, como tal, puede expedir normas para promover el desarrollo y la economía local, no puede ignorar que sus derechos deben ser ejercidos dentro del ámbito de su competencia.

24. Consecuentemente, teniendo en consideración que la Constitución declara que los gobiernos locales tienen competencia para desarrollar y regular el servicio de transporte colectivo, de conformidad con la ley, y que esta ha dispuesto que la competencia en el otorgamiento de concesiones o autorizaciones en materia de transporte terrestre esté a cargo de las municipalidades provinciales (artículo 17° de la Ley N.° 27181), es claro que la Ordenanza cuestionada vulnera el inciso 8) del artículo 195° de la Constitución. Así mismo, viola los artículos 43° y 189° de la Constitución, que proclaman el principio de unidad del Estado, y el artículo 188°, que precisa que el proceso de descentralización es gradual y progresivo.

25. Finalmente, debe mencionarse que si bien al momento de expedirse la Ordenanza cuestionada (10 de enero de 2003) no se encontraba en vigencia la actual Ley Orgánica de Municipalidades, N.° 27972, publicada con fecha 27 de mayo de 2003, esta coincide con la distribución de competencias en materia de transporte urbano contemplada en la Ley N.° 27181, que establece, en su artículo 81°, como funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales, las de normar y regular el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción, y como funciones específicas compartidas de las municipalidades distritales, las de otorgar licencias para la circulación de vehículos menores y demás, de acuerdo con lo establecido en la regulación provincial”.

Tal como se puede apreciar, a través de esta sentencia se declaró inconstitucional la ordenanza que sirvió de sustento al Contrato de Uso de Vía, precisamente por regular sobre una materia sobre la cual no tenían competencias las municipalidades distritales, tal como es el otorgamiento de concesión del servicio público de transporte de pasajeros en una ruta como la que es materia de análisis. Cabe enfatizar que en esta oportunidad el servicio sobre el cual se contrató consistía en el servicio público de transporte de pasajeros y no en el servicio de transporte turístico⁸⁴. Por tanto, el Contrato de Uso de Vía se suscribió contraviniendo lo dispuesto en nuestro ordenamiento.

Por su parte, desde el punto de vista del efecto sobre la competencia, el principal resultado del Contrato de Uso de Vía suscrito en el año 2003 fue dejar de lado la posibilidad de convocar una licitación para operar la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu, y promover un escenario de competencia por el mercado en el cual diversas empresas pudieran participar en el proceso ofreciendo mejores precios y condiciones para prestar sus servicios. Así, esta situación terminó favoreciendo de manera indebida a un consorcio que concursó por una concesión de dos (2) años y para un servicio distinto (servicio de transporte turístico).

Por tanto, en función de todos los argumentos expuestos sustentados en pronunciamientos judiciales y lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, podemos afirmar que Consettur a la fecha no contaría con ninguna habilitación legal válida que la faculte a operar en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu.

⁸⁴ En este escenario resulta competente para otorgar la concesión las municipalidades provinciales.

Finalmente, debe mencionarse que a través de Ordenanza N° 016-2016-MPU del 5 de agosto de 2016, la Municipalidad Provincial de Urubamba ha desconocido la existencia del Contrato de Concesión por 30 años. En tal sentido, ha dispuesto lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO.- DESCONOCER LA EXISTENCIA DE SUPUESTO CONTRATO DE CONCESIÓN DE RUTA DE 30 AÑOS QUE CONTIENE el documento administrativo de fecha 04 de setiembre de 1995, desvirtuada con otro contrato de buena pro de concesión de ruta por el plazo de DOS años (...).”

Tal como se puede apreciar, la entidad competente para el otorgamiento de concesión del servicio de transporte turístico en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu, ha desconocido recientemente la existencia del Contrato de Concesión por 30 años, reconociendo la veracidad del Contrato de Concesión por dos años; llegando inclusive a prohibir cualquier tipo de aprovechamiento por parte de Consettur, según lo dispuesto en el artículo tercero de la referida ordenanza⁸⁵.

Por lo que en vista de lo señalado y el análisis realizado, correspondería que la Municipalidad Provincial de Urubamba convoque a una nueva licitación del servicio, para lo cual la Comisión plantea a continuación una serie de sugerencias para promover la competencia en este mercado, a fin de que sean consideradas por la referida Municipalidad.

⁸⁵ Ordenanza N° 016-2016-MPU
(...)

Artículo Tercero. - PHOHIBIR CUALQUIER APROVECHAMIENTO de la empresa concesionaria, dentro del marco de respeto de protección de interés público consumidor con intervención de las instancias gubernamentales de nivel regional y nacional competentes en materia de transporte.

VI. PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

De la problemática antes descrita, debemos partir señalando que el Indecopi no tiene la facultad de otorgar o declarar la conclusión de la concesión que mantiene Consettur para brindar el servicio de transporte turístico en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu; sin embargo, la Comisión sí cuenta con atribuciones para sugerir cómo puede generarse de la mejor manera competencia en este mercado, teniendo en cuenta para ello las características de la referida ruta, lo cual procederemos a realizar a continuación.

VI.1 La necesidad de competencia por el mercado

La ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu es la única vía de transporte terrestre posible para que los turistas nacionales y extranjeros que provienen de Cuzco o de Ollantaytambo a través del tren, puedan ingresar a la Ciudadela de Machupicchu. Por ello, esta vía de 9.2 kilómetros de longitud soporta un alto nivel de tráfico que provoca la erosión de la carretera, el levantamiento de polvo por el tránsito frecuente de los buses, la contaminación del aire y el suelo provocadas por las emisiones de los buses y la acumulación de residuos sólidos en este tramo⁸⁶.

De esta forma, la prestación del servicio de transporte turístico de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu generaría efectos negativos como el daño al medio ambiente del Santuario Histórico de Machupicchu o sus alrededores. Dichos efectos se denominan externalidades negativas⁸⁷ en la medida que el uso de la ruta incluye costos que el potencial operador del servicio no considera (o internaliza como el de la erosión y la contaminación), de forma tal que el precio del servicio no refleja todos los costos incurridos para su prestación, produciéndose un resultado ineficiente. Por ello, son necesarias medidas que permitan internalizar en los agentes los costos sociales generados en la producción, y por tanto, alcanzar el óptimo eficiente⁸⁸.

Adicionalmente, otra limitación de la prestación del servicio de transporte turístico de pasajeros es la restricción del espacio. La prestación del servicio se realiza en una vía muy angosta (entre cinco y diez metros de ancho), siendo difícil la circulación de más de un vehículo al mismo tiempo.

Al respecto, la regulación vigente limita el acceso de unidades de transporte para la prestación del servicio turístico bajo análisis. En el 2011, el Sernanp estableció que solo pueden ingresar veinte (24) vehículos al ámbito de la Unidad de Conservación del Santuario de Machupicchu⁸⁹.

⁸⁶ Ver: *El transporte de Buses entre Aguas Calientes y la ciudadela Inca de Machupicchu*, informe remitido por el Instituto Nacional de Recursos Naturales – INRENA mediante Oficio N° 791-2005-INRENA-IANP/DOANP del 5 de septiembre de 2005.

⁸⁷ Las externalidades son beneficios o costos que surgen a raíz de la actividad económica de una empresa o persona, pero que esta no recibe esos beneficios o no paga esos costos. Por ejemplo, si una empresa vierte desechos en un río, afectando a los de río abajo, pero sin que le cueste, se dice que la empresa produce más de lo socialmente óptimo, puesto que produciría menos si no pudiera contaminar sin costos. VARIAN, Hal R. *Análisis Microeconómico*. Tercera Edición. Universidad de Michigan, 1980. p. 507.

⁸⁸ Al respecto, en la prestación de servicios de transporte se pueden implementar distintas alternativas para corregir las externalidades señaladas, entre las que se encuentran: la prohibición de circulación vehicular, restricciones de emisión (en ciertas áreas o días), políticas de impuestos, creación de mercado de permisos u otros que permitan controlar el nivel de externalidad, entre otros. Ver: PARKHURST, Graham (2003), *Regulating cars and buses in cities: the case of pedestrianisation in Oxford*, *Economic Affairs*, 23(2), pp. 16–21; Steer Davies Gleave (2006), *Proposed London Low Emission Zone- Economic and Business Impact Assessment*, Reporte Final preparado para Transport for London, p. 107 Disponible en: <http://content.tfl.gov.uk/economic-impact-assessment.pdf> (consultado el 12 de diciembre de 2016); BAUMOL, William J., y Wallace OATES (1988), *The theory of environmental policy*, Cambridge University Press, Segunda Edición, pag. 177-189; y FULLERTON, Don y Li GAN (2005), *Cost-Effective Policies to Reduce Vehicle Emissions*, *The American Economic Review*, 95 (2), pp. 300-304.

⁸⁹ Resolución Jefatural del Santuario Histórico de Machupicchu N° 001-2011-SERNANP-SHM del 6 de enero de 2011. Cabe precisar que 22 unidades corresponderán al servicio permanente y 2 de servicio de reten.

Las características señaladas limitan el acceso a la prestación del servicio bajo análisis, lo que dificulta que se incentive la competencia en el mercado. La prestación del servicio genera externalidades negativas, de forma tal que los costos (marginales) privados son menores que los costos (marginales) sociales (los costos marginales privados más el daño causado por la externalidad) produciendo que el nivel de prestación del servicio sea mayor que el socialmente óptimo. Asimismo, las condiciones de prestación del servicio se ven limitadas por las condiciones de la vía que no permiten que más de un vehículo de transporte transite al mismo tiempo. Así, los competidores enfrentarían altos costos de transacción en la medida que deben organizar horarios de ascenso y descenso y el orden de salidas de sus respectivas unidades de transporte.

Ahora bien, la literatura económica señala que en los casos dónde no es posible desarrollar competencia en el 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"⁹⁰.

Para que este mecanismo sea factible, deben cumplirse dos requisitos: (i) los insumos deben estar al alcance de todos los postores en el mercado, con precios determinados en forma competitiva; y (ii) el costo de una colusión entre los postores rivales debe ser alto.

La propuesta de Demsetz sugiere que la competencia entre los postores generará que el precio de mercado se acerque hacia el costo medio (para el caso de monopolios naturales). Sin embargo, a pesar de lo atractiva que resulta la competencia a la Demsetz por permitir la posibilidad de competencia aún en mercados monopólicos, también presenta una seria deficiencia: la firma ganadora de la licitación puede, en el corto plazo, verse motivada a adoptar la estrategia de prestar el servicio con el menor nivel de calidad posible, ya que de este modo puede lograr una considerable reducción de los costos, y por ende un incremento en el margen de beneficios. Así, todo este tipo de posibles inconvenientes deben ser previstos en el contrato que se celebre.

Otra limitación importante se presenta cuando las empresas pueden ofrecer más de un servicio a sus consumidores, o cuando existe la posibilidad de discriminación de precios en el mercado, ya que en este caso no se puede determinar qué firma será la ganadora de la licitación; pues la competencia de Demsetz no ofrece ninguna base para elegir entre dos vectores de precios en los cuales no pueda establecerse una clara conveniencia.

Por otro lado, es común que los procesos de licitación no solo se centren en una variable, sino que la competencia por el mercado se base en más de una variable según los objetivos que se persigan con la concesión (como evitar el ejercicio del poder monopólico del concesionario, alcanzar el acceso de los más pobres al servicio o evitar las externalidades).

En estos casos, se puede incluir en la competencia por el mercado más de una variable, aunque en la práctica, si no se han considerado adecuadamente las variables relevantes, la competencia puede terminar centrándose tan solo en una de las variables⁹¹. Cabe señalar que al momento de definir la va-

⁹⁰ Al respecto, Church y Ware señalan:

Demsetz proposed that competition for the market could arise if the government auctioned off a monopoly franchise contract. The bids by firms would be the price at which they are willing to serve the market. The firm that bids the lowest price would win the monopoly franchise and be awarded a contract to serve.

Jeffrey CHURCH y WARE Roger. op.cit. p. 761.

⁹¹ Las empresas comparan los cambios en la puntuación que recibirían ante cambios en cada variable, en valor presente. La variable que incrementa la puntuación en mayor medida, para cada cambio en el valor presente del proyecto, es la que se escoge como la variable competitiva, mientras que las otras

riable relevante se debe tener presente de qué manera esta afectará los incentivos para la negociación post-contractual.

Asimismo, es importante separar el rol ex post de las partes del contrato de su rol en el diseño de este. Si una de las partes beneficiadas por el contrato está involucrada en el diseño de las reglas del concurso, puede establecer condiciones que, en vez de buscar la eficiencia de la empresa ganadora, busquen el mejor resultado para sí misma. El diseño de las reglas del concurso debe ser realizado por entidades que no participarán directa ni indirectamente como postores.

Sin embargo, no solo es importante promover la competencia por ganar la licitación, sino que el diseño del contrato es un elemento esencial para alcanzar la eficiencia en la operación del operador y limitar la capacidad de renegociación.

Sobre este último punto, cabe señalar que, si bien es importante que se consideren maneras de ajustar el contrato ante eventos inesperados, la flexibilidad de los contratos induce a su renegociación, lo que puede generar que una de las partes tome ventaja de las inversiones realizadas por la otra parte. De esta manera, es importante lograr un equilibrio entre la flexibilidad del contrato y el riesgo de renegociación⁹².

En consecuencia, las características del mercado bajo análisis determinan que la propuesta de competencia a la Demsetz o competencia por el mercado, aparezca como el principal mecanismo para fomentar condiciones de competencia por operar en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu, a pesar de los posibles inconvenientes que también puede presentar este modelo.

Respecto a las variables de competencia para otorgar la operación de la ruta, el concedente puede establecer al momento de diseñar el concurso, entre otras, las siguientes: (i) el precio a ser cobrado a los usuarios finales; (ii) el pago de una contraprestación mensual al municipio; y, (iii) la participación de empresas locales. El concedente debe seleccionar el factor o factores de competencia más adecuados, tomando en consideración el fomento de la libre competencia.

El diseño de la licitación también 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 o entidad directamente relacionada con el municipio.

En ese sentido, es importante anotar que una eventual licitación de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu debe procurar la mayor difusión posible con la finalidad de atraer a suficientes inversionistas que compitan por obtener la concesión de la ruta, fomentando así la competencia.

Por otro lado, la Comisión considera que, si el órgano concedente implementa las medidas recomendadas, ello no tiene por qué implicar un perjuicio para la población de Machupicchu.

En tal sentido, considerando que las empresas que conforman al actual operador del servicio están constituidas principalmente por pobladores de la zona aledaña, estas podrían participar en el proceso de selección, pero deben hacerlo en iguales condiciones de competencia a las de cualquier otro postor.

se llevan a los niveles máximos permitidos por los términos del contrato. Ver: Paredes, Ricardo y José Miguel Sánchez, *Government Concesión Contracts in Chile: The role of Competition in the Bidding Process*, Economic Development and Cultural Change, Oct. 2004, 53,1 p. 221.

⁹² *Ibidem*, p. 218.

VII. CONCLUSIONES

- i) Los pronunciamientos del Poder Judicial han confirmado lo dispuesto por la Comisión en el marco del procedimiento iniciado por presentación de información falsa, consistente en el Contrato de Concesión por un plazo de 30 años. En tal sentido, se confirmó la existencia de la infracción y la sanción dispuesta.
- ii) El Contrato de Concesión celebrado entre la Municipalidad Distrital de Machupicchu y Consettur por el plazo de dos años, junto con el Convenio Modificatorio de la Concesión celebrado el 28 de agosto de 1997 se encuentran vencidos. Asimismo, los posteriores contratos celebrados entre Consettur y la Municipalidad Provincial de Urubamba de setiembre de 2001 y octubre de 2002 también se encuentran vencidos, ya que solo permitían una prórroga máxima de la concesión hasta marzo de 2011.
- iii) El Contrato de Uso de Vía de julio de 2003 celebrado entre la Municipalidad Distrital de Machupicchu y Consettur, último contrato suscrito a nivel municipal, se celebró sin que exista de por medio proceso de selección alguno y se llevó a cabo por una autoridad que no tenía competencias para ello, acorde con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 013-2013-AI/TC.
- iv) El mecanismo de competencia por el mercado podría ser calificado como una solución eficiente debido a las particularidades de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu, dado que la pugna competitiva por la obtención de la habilitación legal para operar, otorgada en el marco de una licitación, provee una solución en la que se llega a niveles de precio de competencia.
- v) El servicio de transporte turístico de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka deberá ser nuevamente licitado a fin de promover la competencia en este mercado, para lo cual se deberán establecer especificaciones técnicas claras que definan los parámetros del servicio y reglas transparentes para el procedimiento de selección.

VIII. RECOMENDACIONES

En virtud del análisis realizado, se recomienda poner en conocimiento a las siguientes entidades la presente abogacía, para que en un plazo de 90 (noventa) días hábiles expliquen su posición sobre lo sugerido en el presente documento, en el marco de sus competencias:

- (i) Municipalidad Provincial de Urubamba, con la finalidad que, en base a sus competencias sobre la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inka de Machupicchu, convoque a un proceso de selección para el servicio de transporte turístico o el servicio de transporte terrestre urbano e interurbano, según sea el caso⁹³.
- (ii) Ministerio de Transportes y Comunicaciones, con la finalidad que, conforme a sus facultades, brinde apoyo a la Municipalidad Provincial de Urubamba en el desarrollo de sus funciones en materia de transporte, en el marco del proceso de selección para el servicio de transporte que se determine, según sea el caso⁹⁴.

⁹³ Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades

Artículo 81.- Transito, vialidad y transporte público

Las municipalidades, en materia de tránsito, vialidad y transporte público, ejercen las siguientes funciones:

1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:

(...)

1.2 Normar y regular el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción, de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales sobre la materia.

(...)

1.4 Normar y regular el transporte público y otorgar las correspondientes licencias o concesiones de rutas para el transporte de pasajeros, así como regular el transporte de carga e identificar las vías y rutas establecidas para tal objeto.

Decreto Supremo N° 017-2009-MTC – Reglamento Nacional de Administración de Transporte

Artículo 3.- Definiciones

Para efectos de la aplicación de las disposiciones contenidas en el presente Reglamento, se entiende por:

(...)

3.63.1 Servicio de Transporte Turístico Terrestre: Servicio de transporte especial de personas que tiene por objeto el traslado de turistas, por vía terrestre, hacia los centros de interés turístico y viceversa, con el fin de posibilitar el disfrute de sus atractivos. Se presta en vehículos que cuentan con comodidades especiales, mediante las modalidades de:

3.63.1.1 Traslado: Consiste en el transporte de usuarios desde los terminales de arribo, establecimientos de hospedaje u otros establecimientos donde se prestan servicios turísticos hasta puntos de destino de la misma ciudad o centro poblado y viceversa.

Artículo 11.- Competencia de los Gobiernos Provinciales

Las Municipalidades Provinciales, en materia de transporte terrestre, cuentan con las competencias previstas en este Reglamento, se encuentran facultadas, además, para dictar normas complementarias aplicables a su jurisdicción, sujetándose a los criterios previstos en la Ley, al presente Reglamento y los demás reglamentos nacionales. En ningún caso las normas complementarias pueden desconocer, exceder o desnaturalizar lo previsto en las disposiciones nacionales en materia de transporte.

Ejerce su competencia de gestión y fiscalización del transporte terrestre de personas de ámbito provincial a través de la Dirección ó Gerencia correspondiente.

Artículo 23.- Condiciones técnicas específicas mínimas exigibles a los vehículos para el Servicio de transporte público de personas, bajo la modalidad de transporte especial.

Los gobiernos provinciales, en el ámbito de su competencia, podrán autorizar, mediante Ordenanza Provincial, debidamente sustentada, la prestación de los servicios de transporte turístico, de trabajadores, de estudiantes o bajo otras modalidades, en vehículos M1 que cumplan con lo dispuesto por el RNV, el presente Reglamento en cuanto les sea aplicable y las normas especiales que ellos establezcan.

⁹⁴ Ley N° 29370 – Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Artículo 4.- Ámbito de competencia

Es competente de manera compartida con los gobiernos regionales y gobiernos locales, conforme a sus leyes orgánicas y las leyes sectoriales, en las siguientes materias:

(...)

- (iii) Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Proinversión, a fin que, en el marco de la nueva convocatoria realizada, brinde asesoría especializada a la Municipalidad Provincial de Urubamba para el adecuado diseño de la licitación del servicio de transporte de la ruta en cuestión. Ello en tanto es competente para prestar asistencia técnica a los gobiernos locales para la promoción de la inversión privada. Deberá tomarse en cuenta que actualmente, el servicio se viene prestando en parte por una empresa municipal⁹⁵.
- (iv) Ministerio de Comercio Exterior y Turismo para que, de acuerdo con sus atribuciones, adopte las acciones necesarias en busca de propiciar condiciones más favorables para el desarrollo de la iniciativa privada en la actividad turística, y asesore a la Municipalidad de Urubamba para el adecuado desempeño de sus funciones en materia de turismo⁹⁶.

b) Servicios de transporte de alcance regional y local, circulación y tránsito terrestre.

(...)

Estas competencias compartidas se ejercen de acuerdo a ley.

Artículo 5.- Funciones rectoras

Las funciones rectoras son las siguientes:

(...)

3. Coordinar con los gobiernos regionales y locales la implementación de las políticas nacionales y sectoriales, y evaluar su cumplimiento.

Artículo 7.- Funciones específicas de competencias compartidas

En el marco de sus competencias compartidas, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones cumple las siguientes funciones:

(...)

6. Prestar apoyo técnico a los gobiernos regionales y locales para el adecuado cumplimiento de las funciones sectoriales descentralizadas.

⁹⁵ Resolución Ministerial N° 083-2013-EF-10 – Aprueban Reglamento de Organización y Funciones de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Proinversión

Artículo 3.- Funciones generales de Proinversión

Corresponde a Proinversión las siguientes funciones generales:

(...)

h. Brindar asistencia técnica especializada a las entidades del Poder Ejecutivo y los gobiernos subnacionales, en los procesos de promoción para incorporar la inversión privada en activos, proyectos, empresas y demás actividades estatales; tarea que incluye la celebración de convenios y la ejecución de tareas por encargo;

Artículo 38.- Funciones

Son funciones de la Dirección de Inversiones Descentralizadas:

(...)

h) Brindar, a solicitud, asistencia técnica y acompañamiento a los gobiernos regionales y locales en la estructuración de proyectos con participación del sector privado.

⁹⁶ Ley N° 27790 – Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo

Artículo 4.- De los objetivos

Son objetivos del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo los siguientes:

(...)

En materia de Turismo:

a) Promover el desarrollo de la actividad turística como un medio para contribuir al crecimiento económico y al desarrollo social del país, propiciando las condiciones más favorables para el desarrollo de la iniciativa privada y la generación de empleo;

Ley N° 29408 – Ley General de Turismo

Artículo 5.- Funciones del organismo rector

El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, adicionalmente a las funciones que le competen, de acuerdo a su Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, cumple en materia de turismo las siguientes:

(...)

- (v) Ministerio de Cultura, a fin de que se lleven a cabo las acciones de coordinación que correspondan, a fin de garantizar la mayor protección del Santuario Histórico de Machupicchu y contribuir a su conservación a través del servicio a brindarse⁹⁷.
- (vi) Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado – Sernanp, a fin de que se lleven a cabo las acciones en el marco de sus facultades sobre el Santuario Histórico de Machupicchu en coordinación con los gobiernos locales⁹⁸.

5.3 Coordinar, orientar y asesorar a los gobiernos regionales y locales en el desarrollo de las funciones asignadas en materia de turismo, según corresponda.

⁹⁷ Ley N° 29565 – Ley de Creación del Ministerio de Cultura

Artículo 6.- Competencias compartidas

El Ministerio de Cultura ejerce las siguientes competencias compartidas con los gobiernos regionales o gobiernos locales, según corresponda:

(...)

b) Con los gobiernos locales en materia de patrimonio cultural, creación y gestión cultural e industrias culturales: prestar apoyo técnico y coordinar las acciones para la defensa, conservación, promoción, difusión y puesta en valor de los monumentos integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación.

Corresponde ejercer a los gobiernos regionales y gobiernos locales, en su respectiva jurisdicción, aquellas funciones previstas en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Municipalidades. El ejercicio de dichas funciones debe guardar concordancia con las normas y políticas nacionales y sectoriales que dicte el Ministerio de Cultura.

Artículo 8.- Funciones compartidas

En el marco de sus competencias, el Ministerio de Cultura cumple las siguientes funciones compartidas con los gobiernos regionales y locales:

(...)

2. Con los gobiernos locales:

a) Coordinar la protección y difusión del Patrimonio Cultural de la Nación dentro de su jurisdicción y la defensa y conservación de los monumentos arqueológicos, históricos y artísticos.

Decreto Supremo N° 005-2013-MC – Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura

Artículo 97.- De las funciones de las Direcciones Desconcentradas de Cultura:

Las Direcciones Desconcentradas de Cultura tienen las siguientes funciones:

(...)

97.5 Promover la protección y defensa, y ejecutar la fiscalización para el cumplimiento de la normatividad y reglamentación del Patrimonio Cultural de la Nación, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, así como proponer a la Dirección General de Defensa de Patrimonio Cultural las normas y directivas pertinentes.

⁹⁸ Decreto Supremo N° 006-2008-MINAM – Reglamento de Organización y Funciones del Sernanp

Artículo 3.- Funciones Generales

Son funciones generales del Sernanp:

a) Dirigir el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - Sinanpe en su calidad de ente rector de las Áreas Naturales Protegidas y asegurar su funcionamiento como sistema unitario.

(...)

c) Gestionar las Áreas Naturales Protegidas de administración nacional, sea de forma directa o a través de terceros bajo las modalidades que establece la legislación de la materia.

(...)

i) Supervisar y monitorear las actividades que se realicen en las Áreas Naturales Protegidas de administración nacional y sus zonas de amortiguamiento, velando por el cumplimiento de la normatividad, los planes aprobados y los contratos y convenios que se suscriban.

(...)

o) Asegurar la coordinación interinstitucional entre las entidades del gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales que actúan, intervienen o participan, directa o indirectamente, en la gestión de las Áreas Naturales Protegidas.

Ley N° 26834 – Ley de Áreas Naturales Protegidas

Finalmente, se recomienda poner de conocimiento de la Contraloría General de la República la presente abogacía, a fin que, de considerarlo conveniente, tome las acciones que juzgue necesarias en función de lo señalado en el presente documento⁹⁹.



Artículo 6.- Las Áreas Naturales Protegidas a que se refiere el Artículo 22 de la presente ley, conforman en su conjunto el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (Sinanpe), a cuya gestión se integran las instituciones públicas del Gobierno central, Gobiernos Descentralizados de nivel Regional y Municipalidades, instituciones privadas y las poblaciones locales que actúan, intervienen o participan, directa o indirectamente en la gestión y desarrollo de estas áreas.

Artículo 22.- Son categorías del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas:

(...)

c. Santuarios Históricos: áreas que protegen con carácter de intangible espacios que contienen valores naturales relevantes y constituyen el entorno de sitios de especial significación nacional, por contener muestras del patrimonio monumental y arqueológico o por ser lugares donde se desarrollaron hechos sobresalientes de la historia del país.

⁹⁹ Ley N° 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República

Artículo 15.- Atribuciones del sistema

Son atribuciones del Sistema:

(...)

b) Formular oportunamente recomendaciones para mejorar la capacidad y eficiencia de las entidades en la toma de sus decisiones y en el manejo de sus recursos, así como los procedimientos y operaciones que emplean en su accionar, a fin de optimizar sus sistemas administrativos de gestión y de control interno.

c) Impulsar la modernización y el mejoramiento de la gestión pública, a través de la optimización de los sistemas de gestión y ejerciendo el control gubernamental con especial énfasis en las áreas críticas sensibles a actos de corrupción administrativa.

ISBN: 978-9972-664-58-8



9 789972 664588



www.indecopi.gob.pe

 www.escuela-indecopi.com

 escuela@indecopi.gob.pe

Calle De la Prosa N°104 San Borja, Lima - Perú Telef. (51-1) 224-7800