

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe sobre Expediente de Relevancia Jurídica N° 005-2002/CLC, E-1310, Procedimiento Administrativo Sancionador en contra de Pilot Station S.A. por conductas anticompetitivas en la modalidad de abuso de posición de dominio

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

Juan Alberto Liu Sánchez

REVISOR:
Sánchez Povis, Lucio Andrés

Lima, 2024

INFORME DE SIMILITUD

Yo, **Lucio Andrés Sánchez Povis**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

Informe sobre Expediente de Relevancia Jurídica N° 005-2002/CLC, E-1310, Procedimiento Administrativo Sancionador en contra de Pilot Station S.A. por conductas anticompetitivas en la modalidad de abuso de posición de dominio

del autor

Juan Alberto Liu Sánchez

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **31 %**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **27/8/2024**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 10 de diciembre de 2024**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Sánchez Povis, Lucio Andrés	
DNI: 43460854	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2974-5597	

RESUMEN

El presente informe analiza la denuncia presentada por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, en contra de la empresa Pilot Station S.A. y las personas naturales que integraban sus órganos directivos, por un presunto abuso de posición de dominio en el mercado de servicios de practicaje marítimo en el Terminal Portuario del Callao.

El objetivo del trabajo es analizar tres (3) problemas jurídicos identificados en el Expediente No. 005-2002/CLC: (i) la aplicación del Decreto Legislativo No. 701 a una de las conductas denunciadas, así como la aplicación del principio *non bis in idem*; (ii) la posibilidad de que los contratos celebrados por la empresa investigada vulneren la normativa de libre competencia; y, (iii) la posibilidad de que el conjunto de acciones legales iniciadas por esta misma empresa en sede constitucional, judicial y administrativa sean contrarias al Decreto Legislativo No. 701.

Con base en el desarrollo jurisprudencial y doctrinario expuesto en este informe, concluimos que: (i) en este caso, el Decreto Legislativo No. 701 resulta plenamente aplicable, en tanto la normativa sectorial no tiene la finalidad de proteger el proceso competitivo; además, en tanto no concurren las identidades de sujeto, hecho o fundamento, el principio del *non bis in idem* no resulta aplicable; (ii) dadas las características de los contratos celebrados por Pilot Station S.A. con sus prácticos, estos carecían de justificaciones válidas y tenían efectos negativos sobre la competencia, por lo que eran contrarios al Decreto Legislativo No. 701; y, (iii) las múltiples acciones legales iniciadas por Pilot Station S.A. en contra de cuatro prácticos marítimos que renunciaron a su empresa tenían una naturaleza abusiva y generaban efectos negativos sobre la competencia, por lo que debían ser sancionadas bajo la normativa de competencia.

ÍNDICE DE CONTENIDO

I.	INTRODUCCIÓN	3
II.	ANTECEDENTES Y HECHOS RELEVANTES	3
2.1.	Los agentes involucrados.....	3
2.2.	El mercado de practicaje marítimo	5
2.3.	La investigación en contra de PILOT y otros agentes por cartelización como un antecedente relevante.....	6
2.4.	Denuncia presentada por la ASPPOR y los Prácticos Denunciantes y su admisión a trámite.....	9
2.5.	Descargos de PILOT y los Prácticos Denunciados.....	15
2.6.	Informe técnico y el procedimiento en primera instancia administrativa.....	17
2.7.	Apelación de PILOT y los Prácticos Denunciados y el procedimiento en segunda instancia administrativa	28
III.	ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE	31
3.1.	Primer problema: ¿Resultaba aplicable la norma de competencia a la negativa a entrenar prácticos? ¿Se vulneró el principio non bis in idem al sancionar a PILOT y a los Prácticos Denunciados por no entrenar aspirantes a prácticos marítimos?	32
3.1.1.	Ámbito de aplicación del DL 701 y principio de supletoriedad.....	33
3.1.2.	La aplicación del principio non bis in idem en materia sancionadora	36
3.1.3.	Evaluación del caso en concreto	38
3.1.4.	Conclusiones respecto del primer problema jurídico.....	44
3.2.	Segundo problema: ¿Puede un conjunto de contratos laborales ser contrario a la normativa de libre competencia?	45
3.2.1.	Cuestión previa: el abuso de posición de dominio bajo el DL 701 y la LRCA 46	
3.2.2.	Libertad de contratación y libre competencia	49
3.2.3.	Contratos de exclusividad analizados bajo la normativa de libre competencia.....	52
3.2.4.	La “contratación predatoria” y otras conductas anticompetitivas en el mercado laboral.....	58
3.2.5.	Evaluación del caso en concreto	60
3.2.6.	Conclusiones respecto del segundo problema jurídico	66
3.3.	Tercer problema: ¿Las acciones legales iniciadas por PILOT vulneraron la normativa de libre competencia?	66
3.3.1.	Derecho de petición, derecho de acción y libre competencia	67
3.3.2.	El abuso de procesos legales: Concepto y experiencia comparada.....	69
3.3.3.	Evaluación del caso en concreto	85
3.3.4.	Conclusiones respecto del tercer problema jurídico	90
IV.	CONCLUSIONES.....	91
V.	BIBLIOGRAFÍA.....	94
VI.	ANEXOS.....	98

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente informe de relevancia jurídica tiene como finalidad analizar los principales problemas jurídicos abordados en el Expediente No. 005-2002/CLC (el **“Expediente”**), correspondiente a una controversia resuelta por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (el **“INDECOPI”**).
2. El caso ante el INDECOPI inició a partir de una denuncia presentada por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (la **“ASPPOR”**) y otros en contra de la empresa Pilot Station S.A. (**“PILOT”**) y las personas naturales que integraban sus órganos directivos y gerenciales, por presuntamente haber abusado de su posición de dominio en el mercado de servicios de practicaje marítimo en el Terminal Portuario del Callao (el **“TP Callao”**).
3. Como resultado de su análisis bajo la normativa de defensa de la competencia, el órgano competente del INDECOPI confirmó en segunda instancia administrativa que PILOT abusó de posición de dominio mediante las siguientes conductas: (1) la suscripción de contratos de exclusividad con la totalidad de la oferta de prácticos marítimos disponible en el TP Callao; (2) el inicio de una serie de acciones judiciales y administrativas con la finalidad de perjudicar a sus competidores; (3) la instauración de una política empresarial que prohibía a los prácticos de PILOT entrenar nuevos aspirantes a prácticos marítimos; y, (4) la negativa injustificada a prestar servicios de practicaje a agencias marítimas asociadas a competidores de PILOT.
4. El Expediente versa principalmente sobre tres (3) áreas del derecho: (i) Derecho de la Libre Competencia, en tanto la denuncia de la ASPPOR se refirió a un presunto abuso de posición de dominio por parte de PILOT que perjudicó el proceso competitivo en el TP Callao; (ii) Derecho Administrativo, en tanto el análisis del marco normativo que regula los servicios de practicaje fue necesario para que el INDECOPI evalúe la conducta de PILOT; y, (iii) Régimen Administrativo Sancionador, en tanto el caso involucró el uso de la potestad sancionadora por parte del INDECOPI para resguardar la libre competencia.
5. La elección del Expediente se debe a la relevancia de los problemas jurídicos abordados por el INDECOPI, así como al hecho de que es uno de los pocos casos peruanos en materia de libre competencia en los que la autoridad ha evaluado y sancionado supuestos de abuso de procesos legales. Por ello, considero que los problemas jurídicos analizados en el presente informe se mantienen vigentes y requieren ser objeto de discusión a la luz de la normativa actual y la experiencia comparada en la materia.

II. ANTECEDENTES Y HECHOS RELEVANTES

2.1. Los agentes involucrados

6. Los denunciantes ante el INDECOPI en este caso fueron:

- (i) La **ASPPOR**, una asociación civil sin fines de lucro que agrupa a diversas empresas de los sectores portuario y marítimo. Entre las empresas que constituyeron la ASPPOR y que tuvieron participación en el presente caso se encuentran Agencia Marítima Cosmos S.A.C. ("**COSMOS**") y Trabajos Marítimos S.A. ("**TRAMARSA**")¹; y,
- (ii) Los señores Alejandro Chávez Gurmendi (el "**Sr. Chávez**"), Jorge Petrozzi Molfino (el "**Sr. Petrozzi**"), Manuel Lavado Carrillo (el "**Sr. Lavado**") y Werner Boggiano Morales (el "**Sr. Boggiano**"), quienes formaron parte de PILOT en calidad de directores, accionistas y/o prácticos marítimos y decidieron renunciar a la referida empresa antes del inicio del presente caso (conjuntamente, los "**Prácticos Denunciantes**").

7. Por su parte, los agentes denunciados fueron:

- (i) **PILOT**, empresa administradora de prácticos marítimos constituida en abril de 2000, la cual contaba con actividades en el TP Callao y en otros terminales portuarios del Perú al momento de la denuncia.
- (ii) Personas que integraban los órganos directivos y gerenciales y/o brindaban el servicio de practicaje a través de PILOT²; y,
- (iii) **ASPEPRAMA**, asociación civil creada en abril de 1995 por los prácticos que operaban en distintos puertos del Perú, con el fin de actuar en representación de sus asociados ante las autoridades nacionales correspondientes. A la fecha de presentación de la denuncia materia del Expediente, todos los prácticos que prestaban servicios a través de PILOT eran a su vez asociados de ASPEPRAMA.

8. En lo que respecta a la autoridad encargada de resolver la controversia, el **INDECOPI** es un organismo público especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros que cuenta con autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa³.

El INDECOPI es la autoridad encargada de defender la libre competencia en el Perú, contando con facultades para prevenir y sancionar conductas anticompetitivas⁴. Esta función es ejercida a través de los siguientes órganos⁵:

- **Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia**⁶ (la "**Secretaría Técnica**"), órgano encargado de la instrucción del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas.

¹ Información incluida en la sección "Nuestra Historia" de la página web de la ASPPOR, disponible en: <https://bit.ly/3vE9jyB>

² En específico, la ASPPOR denunció a un total de 31 personas naturales que estaban vinculadas a PILOT.

³ Artículo 1 del Decreto Legislativo No. 1033, que aprueba la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

⁴ Artículo 4 del Decreto Supremo No. 104-2021-PCM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI.

⁵ Si bien para este apartado se toma en consideración la normativa vigente, las funciones y los órganos del INDECOPI involucrados en el caso materia del Expediente son en esencia los mismos.

⁶ Actualmente, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia ejerce las funciones de la Secretaría Técnica, según el artículo 96 del Decreto Supremo No. 104-2021-PCM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI.

- **Comisión de Defensa de la Libre Competencia** (la “**Comisión**”), órgano resolutorio de primera instancia en materia de libre competencia.
- **Sala de Defensa de la Competencia** (la “**Sala**”), sala especializada parte del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, órgano resolutorio de segunda instancia en materia de libre competencia.

2.2. El mercado de practicaje marítimo

9. Para el análisis del caso materia del Expediente, es necesario realizar un breve desarrollo sobre la actividad del practicaje marítimo y su regulación bajo la normativa peruana.
10. El practicaje marítimo es un servicio portuario prestado por “prácticos”, quienes son profesionales que buscan asesorar a los capitanes de embarcaciones con el fin de facilitar su entrada y salida a un recinto portuario, así como las maniobras dentro de dicho recinto, en condiciones de seguridad⁷.
11. Conforme se analizará en el presente informe, el practicaje es una actividad esencial para la actividad portuaria (de carácter obligatorio para las naves que deseen ingresar al TP Callao) y es prestada por personas con un alto grado de especialización, el cual es necesario para asegurar la seguridad de las embarcaciones y de los terminales portuarios peruanos.
12. Formalmente, el practicaje fue liberalizado en septiembre de 1991 mediante el Decreto Legislativo No. 668, el cual eliminó y prohibió *“todo tipo de exclusividad, limitación y cualquier otra restricción o práctica monopólica en la producción y comercialización de bienes y prestación de servicios de toda clase, incluyéndose aquellas realizadas por dependencias del Gobierno Nacional”*⁸.
13. Sin embargo, en los hechos el practicaje constituyó un monopolio estatal (administrado a través de la Empresa Nacional de Puertos S.A. – ENAPU) hasta marzo de 1993, mes en que mediante la Resolución Directoral No. 0044-93/DCG se reglamentaron los requisitos con los que debían cumplir las Empresas Administradoras de Prácticos para ingresar al mercado.
14. Como su nombre lo indica, las Empresas Administradoras de Prácticos (como PILOT) son entidades que agrupan a diversos prácticos marítimos con el fin de prestar servicios a favor de líneas navieras, las cuales son representadas en los puertos peruanos por agencias marítimas (empresas intermediarias que contratan

⁷ Artículo 2 de la Resolución Ministerial No. 259-2003-MTC-02, que aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Acuático y Conexos prestados en tráfico de bahía y áreas portuarias, y artículo 189 del Decreto Supremo No. 015-2014-DE, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo No. 1147, que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional – Dirección General de Capitanías y Guardacostas.

⁸ Artículo 4 del Decreto Legislativo No. 668, que dicta medidas destinadas a garantizar la libertad de comercio exterior e interior como condición fundamental para el desarrollo del país.

todos los servicios necesarios para que las navieras internacionales puedan operar en el Perú).

15. Según el marco normativo vigente cuando inició el caso materia de análisis (2002), la principal autoridad encargada de supervisar y reglamentar el practicaje marítimo era la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (la “**DICAPI**”), órgano de la Marina de Guerra del Perú⁹. Entre sus funciones, esta entidad autorizaba la existencia de Empresas Administradoras de Prácticos, otorgaba las licencias requeridas por los prácticos para la prestación de sus servicios y supervisaba la prestación del practicaje (a través de las Capitanías de Puerto, órganos de la DICAPI).
16. Sobre los requisitos con los que una persona natural debía cumplir para contar con la licencia de práctico, estos serán desarrollados y analizados más adelante, con ocasión de las conductas imputadas a PILOT en el caso materia del Expediente. Sin embargo, a partir de una revisión del marco normativo vigente¹⁰, se aprecia que los referidos requisitos en esencia siguen siendo los mismos en la actualidad.

2.3. La investigación en contra de PILOT y otros agentes por cartelización como un antecedente relevante

17. Un antecedente a la denuncia presentada por la ASPPOR y los Prácticos Denunciantes que resulta de especial relevancia y fue incorporado al Expediente¹¹ es aquel vinculado con la investigación a PILOT por una presunta concertación.
18. Sobre dicho antecedente, consta en el Expediente el Informe No. 002-2001-INDECOPI/CLC del 23 de febrero de 2001, mediante el cual la Secretaría Técnica pone en conocimiento de los miembros de la Comisión indicios sobre una posible concertación de precios en el mercado de servicios de practicaje en el TP Callao, según lo siguiente:
 - La Asociación Peruana de Agentes Marítimos, la ENAPU y el OSITRAN pusieron en conocimiento de la Secretaría Técnica un comunicado de la ASPEPRAMA (de fecha 17 de enero de 2001), mediante el cual señalaba que los 36 prácticos habilitados para trabajar en el TP Callao pasarían a desarrollar sus actividades exclusivamente a través de tres empresas: PILOT, Seawell S.A. (“**SEAWELL**”) y Pratmar S.A. (“**PRATMAR**”). De los 36 prácticos, el comunicado de la ASPEPRAMA indicaba que PILOT operaría con 33, SEAWELL con 1 y PRATMAR con 2 prácticos, respectivamente.

⁹ Bajo la normativa vigente, la DICAPI aún posee un rol central como autoridad en la prestación de los servicios de practicaje; sin embargo, con ocasión de la promulgación de la Ley No. 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, en marzo de 2003 (fecha posterior al inicio del caso materia del Expediente), actualmente la DICAPI comparte facultades vinculadas con la reglamentación del practicaje con otras entidades, tales como la Autoridad Portuaria Nacional, adscrita al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (el “**OSITRAN**”) en aquellas áreas sujetas a su supervisión.

¹⁰ Principalmente, la Norma Técnico Operativa para la Prestación del Servicio de Practicaje en la Zonas Portuarias, aprobada por Resolución No. 0039-2021-APN-DIR, y el Decreto Supremo No. 015-2014-DE que regula el fortalecimiento de la DICAPI.

¹¹ Mediante Razón de Secretaría Técnica de Fecha 11 de enero de 2005, la Secretaría Técnica incorporó al Expediente informes, correos y resoluciones emitidas bajo los expedientes 003, 004 y 008-2001-CLC-INDECOPI, donde se investigó a PILOT y a otras empresas por presunta concertación.

Cabe resaltar que antes de dicho comunicado, los referidos 36 prácticos trabajaban en 17 empresas distintas.

- El referido comunicado también indicaba que las 3 empresas cobrarían las mismas tarifas para brindar el servicio de practicaje, las cuales se inspiraban en las tarifas cobradas por la ENAPU.
- Ante dicho comunicado, la Secretaría Técnica realizó inspecciones sin notificación previa en febrero de 2001 a las oficinas de PILOT y la ASPEPRAMA, donde se recogieron documentos que contenían indicios de una posible concertación respecto del servicio de practicaje en el TP Callao.
- La Secretaría Técnica constató que, sin perjuicio de a qué empresa pertenecían, los 36 prácticos habilitados eran accionistas de PILOT y miembros de la ASPEPRAMA.
- Entre los documentos que comprobaban una supuesta concertación, la Secretaría Técnica encontró comunicaciones de la ASPEPRAMA a la DICAPI, donde resaltaban que la fuerte competencia en el mercado de practicaje había llevado a un incremento insostenible de la oferta de servicios, lo cual habría reducido considerablemente las tarifas cobradas por cada maniobra de practicaje.
- Ante dicho escenario de fuerte competencia, la Secretaría Técnica constató que la ASPEPRAMA buscó la asesoría del Sindicato Nacional de Prácticos de México. En dicho contexto, la Secretaría Técnica halló un informe de fecha 30 de diciembre del 2000, elaborado por el presidente de la ASPEPRAMA, donde resumía los consejos realizados por el referido sindicato mexicano de la siguiente manera:

*“En caso que la privatización y las leyes antimonopólicas les presionen ellos **están preparados para formar 3 empresas**, gobernadas por el sindicato con mínimas diferencias de tarifa (...) **El práctico que intente traicionar al sindicato prácticamente es eliminado, moviéndose todos los elementos legales que en prevención firmó antes de ser práctico, se inicia solicitando la cancelación definitiva de la licencia a la autoridad marítima, adjuntando un expediente respectivo, si la autoridad se resiste se acude a los tribunales**”.*

[Énfasis agregado]

- También se hallaron otras comunicaciones de la ASPEPRAMA dirigidas a la *International Maritime Pilot Association* tras la creación de PILOT, SEAWELL y PRATMAR, donde informaban:

*“Antes éramos 17 compañías de practicaje en el Callao. **Ahora estamos trabajando con solo una, su nombre es Pilot Station,***

las otras dos compañías Seawell y Pratmar figuran solo para las leyes peruanas y no semejar a un monopolio. (...) Los agentes Marítimos están tratando de entrenar pilotos retirados, para usarlos en sus agencias. Nosotros estamos en contacto con la autoridad marítima, y tratamos de que ellos cierren la admisión de nuevos prácticos. (...) Los agentes marítimos solicitaron a las autoridades del puerto, entrenar a nuevos pilotos, y solicitaron al gobierno que realicen regulaciones de tarifas.”

[Énfasis agregado]

- Ante dichos indicios, la Secretaría Técnica recomendó a la Comisión iniciar una investigación de oficio por la presunta concertación de precios y condiciones de comercialización en el servicio de practica en el TP Callao, en contra de PILOT, SEAWELL, PRATMAR y la ASPEPRAMA.
19. Con motivo del recién señalado Informe No. 002-2001-INDECOPI/CLC y de una denuncia presentada por la empresa Maersk Perú S.A.¹², en junio de 2002, mediante Resolución No. 010-2002-INDECOPI/CLC, la Comisión sancionó a PILOT, SEAWELL y PRATMAR por concertación de precios y condiciones de comercialización del servicio de practica en el TP Callao.
20. Dicha decisión de la Comisión fue apelada y revocada en segunda instancia por la Sala mediante Resolución 0131-2003/TDC-INDECOPI de abril del 2003. Según lo desarrollado por la Sala, una concertación entre PILOT, SEAWELL y PRATMAR no era sancionable bajo la normativa de competencia, en tanto estas empresas realmente no eran competidoras y habían sido creadas solo para crear una apariencia de competencia:
- “PRATMAR y SEAWELL no actúan realmente como competidores en el mercado del servicio de practica; aquellas empresas deben ser consideradas meramente ficciones a efectos de la aplicación de las normas de Libre Competencia (...) no puede discutirse la existencia de prácticas restrictivas a la libre competencia en la modalidad de concertación de precios, en un mercado signado, precisamente, por la inexistencia de competencia, es decir, en un monopolio.”¹³*
21. Así, la Sala recalcó que en este caso no se había configurado una práctica anticompetitiva. Por el contrario, señaló que la creación de las referidas tres empresas para simular un escenario competitivo habría atendido a las recomendaciones del Sindicato Nacional de Prácticos de México antes señaladas, el cual debía cumplir con la normativa de competencia mexicana que preveía un

¹² La denuncia de esta empresa, dirigida también en contra de PILOT, SEAWELL, PRATMAR y la ASPEPRAMA, fue presentada tras recibir el comunicado mediante el cual la ASPEPRAMA señalaba que todos los prácticos prestarían sus servicios a través de estas tres empresas y bajo las mismas condiciones comerciales. En tanto se basaba en los mismos hechos que la investigación realizada por la Secretaría Técnica mediante Informe No. 002-2001-INDECOPI/CLC, fueron evaluadas de manera conjunta.

¹³ Páginas 15 y 16 de la Resolución No. 0131-2003/TDC-INDECOPI.

régimen de control de concentraciones empresariales que habría impedido la creación de una única empresa que agrupase a todos los prácticos habilitados¹⁴.

22. El antecedente recién abordado, pese a estar vinculado con conductas distintas a las analizadas en el Expediente, es de especial relevancia en tanto muchos de los indicios de concertación obtenidos por la Secretaría Técnica en sus visitas inspectivas a PILOT y ASPEPRAMA fueron también tomados en cuenta al momento de evaluar la denuncia de la ASPPOR analizada en este informe.

2.4. Denuncia presentada por la ASPPOR y los Prácticos Denunciantes y su admisión a trámite

23. El caso materia del Expediente inicia el 29 de abril de 2002¹⁵ cuando la ASPPOR y los Prácticos Denunciantes (señores Chávez, Petrozzi, Lavado y Morales) presentan una denuncia en contra de PILOT, las personas que ocupaban cargos directivos en PILOT, los prácticos que prestaban servicios mediante PILOT y la ASPEPRAMA por un presunto abuso de posición de dominio en la prestación del servicio de practicaje marítimo en el TP Callao.
24. En lo referido al mercado relevante y a la posición de dominio de PILOT en el referido mercado, los denunciantes señalaron:

- (i) **El mercado producto.** Los denunciantes señalaron que el “servicio relevante” era el practicaje marítimo, en tanto este no contaba con sustitutos. Para ello, recalcaron que este servicio es uno indispensable para llevar a cabo actividades portuarias (obligatorio por disposiciones normativas para determinadas naves, dependiendo de su Tonelaje Registro Bruto).

Los denunciantes recalcaron que para ingresar a este mercado existen altas barreras de entrada, tales como el hecho de que, para obtener la licencia de práctico marítimo: (a) se requería nacionalidad peruana; (b) el aspirante a práctico debía atender a un mínimo de maniobras realizadas por otros prácticos en actividad, quienes podrían entorpecer dicho aprendizaje; (c) el ascenso en la actividad de practicaje (necesario para atender embarcaciones más grandes) era lento y tomaba mucho tiempo; y, (d) las licencias de prácticos eran otorgadas en función de cada terminal portuario, limitando la movilización de prácticos.

- (ii) **El mercado geográfico.** En línea con su delimitación del servicio relevante, los denunciantes indicaron que el mercado geográfico relevante era el TP Callao, en la medida que prácticos de otros puertos peruanos no podían utilizar sus licencias en el TP Callao y requerían del trámite de nuevas licencias ante la DICAPI para prestar sus servicios en este recinto portuario.

¹⁴ Como se sabe, en el Perú no existió un régimen de control de concentraciones empresariales aplicable a todos los sectores económicos sino hasta junio del 2021, con la entrada en vigencia de la Ley No. 31112. Por ello, una recomendación como la realizada por el Sindicato Nacional de Prácticos de México, consistente en crear tres empresas distintas para simular la competencia, no era necesaria, en tanto nada les impedía formar un monopolio en PILOT de manera directa.

¹⁵ Por un error en el escrito de denuncia, se indicó que la fecha de denuncia fue el 29 de abril de 2001; sin embargo, escritos posteriores y las resoluciones del INDECOPI corroboran que en realidad fue el 29 de abril de 2002.

- (iii) **La posición de dominio de PILOT en el mercado relevante.** Los denunciantes iniciaron indicando que, hasta el 07 de enero de 2001, 17 empresas administradoras de prácticos prestaban sus servicios en el TP Callao (entre ellas, PILOT), existiendo una fuerte competencia entre las mismas.

Sin embargo, resaltan que a partir del 08 de enero de 2001, dichas 17 empresas pasaron a ser solo 3 (PILOT, SEAWELL y PRATMAR), las cuales en la práctica actuaban como una sola empresa y concentraban la totalidad de prácticos disponibles en el TP Callao (36 prácticos).

Así, pese a que 4 prácticos renunciaron a PILOT (los Prácticos Denunciantes), esta empresa aún tenía el 86% del total de prácticos habilitados en el TP Callao. Dicha “captura” de la oferta disponible, sumada a cambios regulatorios en el 2001¹⁶, acciones por parte de PILOT dirigidas a “anular” la actividad de los Prácticos Denunciantes y elevadas cuotas de mercado, habrían comprobado la posición de dominio de PILOT en el mercado relevante a entender de los denunciantes.

25. En lo que respecta a las modalidades de abuso de posición de dominio denunciadas, se indicó que la Comisión debía considerar *“cada uno de los actos como parte de una estrategia completa dirigida a un solo fin: usar el poder de mercado adquirido para perjudicar la competencia”*¹⁷. En específico, según los denunciantes la conducta anticompetitiva se materializó a través de:

- (i) **La suscripción de acuerdos de exclusividad con todos los prácticos habilitados en el TP Callao**

Según los denunciantes, PILOT implementó una estrategia dirigida a incrementar los costos de otras Empresas Administradoras de Prácticos mediante: la suscripción de convenios de exclusividad con todos los prácticos habilitados para prestar servicios en el TP Callao cuya duración expiraba al cumplirse el límite de edad permitido para prestar servicios de practica; la incorporación de dichos prácticos al accionariado de PILOT; y, la designación de algunos de dichos prácticos como directores de PILOT.

A entender de los denunciantes, estas acciones en conjunto habrían estado dirigidas a impedir que competidores potenciales de PILOT ingresen al mercado, al no contar con un insumo necesario (prácticos) para dicho ingreso.

¹⁶ En específico, los denunciantes resaltaron que a partir de junio del 2001 (por insistencia de PILOT y la ASPEPRAMA ante las autoridades), se estableció la obligación de que el practica para naves con eslora (longitud de la nave) mayor a 200 metros necesariamente debía ser prestado por dos prácticos. También en el mismo año se estableció un límite al número de maniobras diarias que podían ser prestadas por cada práctico en el TP Callao. Según los denunciantes, en la práctica esto limitaba a cualquier Empresa Administradora de Prácticos que buscara competir con PILOT, considerando que solo había 4 prácticos habilitados disponibles en el TP Callao (los Prácticos Denunciantes).

¹⁷ Página 86 de la denuncia de la ASPPOR y los Prácticos Denunciantes.

Asimismo, indicaron que la celebración de estas exclusividades no buscaba una mayor eficiencia en la prestación de servicios de practica, en tanto contar con 36 prácticos era a todas luces excesivo para atender la demanda del TP Callao.

De la misma manera, los denunciantes señalaron que era a partir de la suscripción de estas exclusividades (con accionariado y designación como directores de por medio) que PILOT fundamentaba posteriormente sus acciones legales contra los Prácticos Denunciantes, quienes eran percibidos como “traidores” por PILOT.

(ii) El uso indebido de procedimientos legales o gubernamentales

A la fecha de la denuncia, los denunciantes señalaron que PILOT había iniciado las siguientes acciones legales en contra de los Prácticos Denunciantes, tras haber renunciado a PILOT:

Práctico Denunciante afectado	Acción legal iniciada
Sr. Chávez	Acción penal por un presunto “fraude a la administración de personas jurídicas”
	Acción de amparo por presunta “violación a la libertad de contratar”
Sr. Petrozzi	Acción penal por un presunto “fraude a la administración de personas jurídicas”
	Acción de amparo por presunta “violación a la libertad de contratar”
Sr. Lavado	Acción penal por un presunto “fraude a la administración de personas jurídicas”
	Denuncia administrativa por incumplimiento de obligaciones vinculadas con la prestación de servicios de practica.
Sr. Boggiano	Acción penal por un presunto delito contra la fe pública por falsificación de documentos.
	Denuncia administrativa por falsificación de documentos.

Fuente: Denuncia de la ASPPOR y de los Prácticos Denunciantes (Elaboración propia)

Los detalles de cada una de las acciones legales iniciadas por PILOT serán analizados más adelante; sin embargo, se debe destacar que desde el inicio los denunciantes destacaron que estas acciones carecían de fundamento, que algunas ya habían sido desestimadas preliminarmente a la fecha de la denuncia y que su única finalidad era impedir que los Prácticos Denunciantes prestasen servicios a favor de otras Empresas Administradoras de Prácticos.

Asimismo, los denunciantes hicieron referencia a la evidencia encontrada en el Informe No. 002-2001-INDECOPI/CLC (investigación por presunta cartelización), entre la cual se encontraba la recomendación realizada por el Sindicato Nacional de Prácticos de México, dirigida a que: “*El práctico que*

intente traicionar al sindicato prácticamente es eliminado, moviéndose todos los elementos legales que en prevención firmó antes de ser práctico”¹⁸.

Sumado al uso de indebido de acciones legales, los denunciantes indicaron que PILOT, a través de la ASPEPRAMA, también habría buscado establecer normativa a nivel reglamentario cuyo único efecto sería elevar las barreras de entrada al mercado de practica y perjudicar la competencia en su propio beneficio¹⁹. A entender de los denunciantes, este uso indebido del derecho de petición por sí mismo también habría constituido una práctica predatoria.

(iii) La negativa a entrenar nuevos prácticos marítimos y la obstrucción de su entrenamiento

Como ya fue mencionado, uno de los requisitos con los que los prácticos marítimos debían cumplir para que la DICAPI les otorgue su licencia es cumplir con un número mínimo de sesiones de capacitación²⁰, a cargo de prácticos que se encuentren habilitados de manera previa.

Según los denunciantes, los prácticos de PILOT no solo se habrían negado a capacitar nuevos aspirantes a prácticos, sino que también habrían obstruido por diferentes vías dicha capacitación.

Así, los denunciantes presentaron una serie de comunicaciones mediante las cuales prácticos de PILOT se negaban a capacitar a prácticos de COSMOS (empresa asociada de la ASPPOR) sin presentar justificaciones objetivas. También remitieron protestos presentados ante la Capitanía del Puerto del Callao, mediante los cuales se dejaba constancia de amenazas realizadas por prácticos de PILOT en contra de aspirantes a prácticos.

Los denunciantes incluso llegaron a presentar amenazas de muerte dirigidas al Sr. Petrozzi²¹, mediante las cuales se le advertía que entrenar a aspirantes a prácticos nuevos podría implicar una traición a PILOT. A entender de los denunciantes estas constantes negativas injustificadas a entrenar aspirantes a prácticos se habrían dado con el fin de privar a otras empresas competidoras de un insumo necesario para su desempeño en el mercado.

(iv) La negativa a prestar servicios a empresas que contrataban con otros prácticos

Sumado a las conductas anteriores, los denunciantes señalaron que, pese a la falta de prácticos disponibles, PILOT se habría negado a prestar

¹⁸ Página 105 de la denuncia de la ASPPOR y los Prácticos Denunciantes.

¹⁹ Como ejemplo de ello, los denunciantes resaltaron los cambios normativos de junio de 2001 referidos anteriormente, mediante los cuales se estableció un número máximo de maniobras diarias por cada práctico y el requisito de contar con dos prácticos para la prestación de servicios a naves de determinado tamaño (eslora superior a 200 metros). En la medida que ninguna otra Empresa Administradora de Prácticos contaba con un número suficiente de prácticos como para autoabastecerse, dichas medidas solo habrían beneficiado a PILOT a entender de los denunciantes.

²⁰ Dichas capacitaciones requerían que los aspirantes a prácticos ingresen a las naves asesoradas por un práctico en actividad, con el fin de actuar como observadores y poder comprender la dinámica dentro de la nave.

²¹ Entre las páginas 129 y 130 de la denuncia consta el extracto de una carta anónima dirigida al Sr. Petrozzi y a su esposa, donde se comenta: “*Elisa (...) Creo que él [Sr. Petrozzi] no ha pensado en su familia, creo que se ha suicidado (...) tu traición a nuestra empresa te pone en una situación muy difícil, creo que podrías terminar en la cárcel (...) te prometo que el verdadero perdedor serás tú.*”

servicios a agencias marítimas que contrataban con prácticos de otras empresas, con el único fin de castigar a dichas empresas y obligarlas a establecer relaciones comerciales exclusivas con PILOT.

Para probar ello, los denunciantes presentaron diversos protestos realizados por las agencias marítimas TRAMARSA y COSMOS (asociadas de la ASPPOR) ante la Capitanía del Puerto del Callao, donde dejaban constancia de la negativa de PILOT a prestarles el servicio de practicaaje.

26. Por ello, los denunciantes solicitaron a la Comisión que se sancione a los denunciados por la comisión de infracciones muy graves al Decreto Legislativo No. 701 (el “DL 701”), norma de competencia vigente al momento de la denuncia.
27. Tras la denuncia y antes de su admisión a trámite, los denunciantes presentaron dos escritos adicionales el 13 y el 21 de mayo de 2002, mediante los cuales:
 - Señalaron que, con base en información pública de la ENAPU, del total de maniobras realizadas por Empresas Administradoras de Prácticos entre enero de 2001 y febrero de 2002, 78% correspondían a PILOT.
 - Resaltaron que INDECOPI contaba con facultades para sancionar la negativa injustificada a entrenar aspirantes a prácticos. Indicaron que, pese a que normativa sectorial vigente en dicha época (Resolución No. 0472-2000/DCG) sancionaba a prácticos activos por negarse a entrenar aspirantes, dicha sanción no buscaba proteger la libre competencia como sí lo hacía el DL 701.
28. Casi dos meses después de presentada la denuncia y tras la realización de una visita inspectiva a las oficinas de PILOT y la ASPEPRAMA²², la Comisión admitió a trámite la denuncia mediante Resolución No. 009-2002-CLC/INDECOPI del 28 de junio de 2002, tomando en consideración lo siguiente:

(i) El mercado relevante y la posición de dominio de PILOT

En esta etapa de análisis preliminar, la Comisión siguió la definición de mercado relevante realizada por los denunciantes (servicio de practicaaje marítimo en el TP Callao) y, basándose principalmente en la regulación portuaria, indicó que existían considerables barreras legales de acceso. Asimismo, a partir de las estadísticas presentadas por los denunciantes (según las cuales PILOT tenía una participación de mercado del 78%), reconoció que existían indicios razonables sobre la posición de dominio de PILOT en este mercado.

²² Según los antecedentes de la Resolución No. 009-2002-CLC/INDECOPI, el 29 de mayo de 2002 la Secretaría Técnica realizó visitas inspectivas sin notificación previa a las oficinas de PILOT y la ASPEPRAMA. Con motivo de dichas visitas, entrevistó a directivos de ambas entidades. Entre la información recabada, se encontraban los convenios suscritos con todos los prácticos, así como documentos complementarios a dichos convenios que serán analizados más adelante.

(ii) La suscripción de contratos de exclusividad entre PILOT y los prácticos marítimos

La Comisión consideró que existían indicios razonables para admitir a trámite la denuncia en contra de PILOT por un presunto abuso de posición de dominio mediante la celebración de contratos de exclusividad, de conformidad con los artículos 2²³ y 5.f)²⁴ del DL 701. La Comisión también admitió a trámite este extremo de la denuncia en contra de las personas que ejercieron funciones de directores y gerentes de PILOT, en tanto habrían sido responsables de la implementación y sostenimiento de esta práctica.

La Comisión no admitió a trámite este extremo de la denuncia en contra de la ASPEPRAMA, en tanto no hallaron indicios suficientes que vinculen a dicha asociación con la suscripción de los contratos de exclusividad.

(iii) La utilización indebida de procesos administrativos y judiciales

Dada la cantidad de denuncias y procedimientos iniciados por PILOT en contra de los Prácticos Denunciantes, la Comisión consideró que existían indicios razonables para admitir a trámite la denuncia en contra de PILOT por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de predación a través de mecanismos administrativos y judiciales, de conformidad con los artículos 2 y 5.f) del DL 701. La Comisión también admitió a trámite este extremo de la denuncia en contra de las personas que ejercieron funciones de directores y gerentes de PILOT, en tanto habrían sido responsables de la implementación y sostenimiento de esta práctica.

En este extremo, la Comisión no admitió a trámite la denuncia en contra de la ASPEPRAMA, en tanto *“su participación en los hechos denunciados se limitó a uno de un total de siete procedimientos iniciados”*²⁵.

(iv) Negativa injustificada al entrenamiento de aspirantes a prácticos

La Comisión consideró que existían indicios razonables para admitir a trámite la denuncia en contra de PILOT por un presunto abuso de posición de dominio mediante la negativa injustificada al entrenamiento de nuevos prácticos, de conformidad con los artículos 2 y 5.a)²⁶ del DL 701. La Comisión también admitió a trámite este extremo de la denuncia en contra

²³ **DL 701**

“Artículo 2.- La presente Ley es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas. Se aplica también a las personas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas, instituciones o entidades en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por esta Ley.”

²⁴ **DL 701**

“Artículo 5.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio. (...) Son casos de abuso de posición de dominio: (...) f) Otros casos de efecto equivalente.”

²⁵ Párrafo 31 de la Resolución No. 009-2002-CLC/INDECOPI.

²⁶ **DL 701**

“Artículo 5.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio. (...) Son casos de abuso de posición de dominio: (...) a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios.”

de las personas que ejercieron funciones de directores y gerentes de PILOT, en tanto habrían sido responsables de la implementación y sostenimiento de esta práctica.

La Comisión no admitió a trámite este extremo de la denuncia en contra de la ASPEPRAMA, en tanto no hallaron indicios suficientes que vinculen a dicha asociación con esta conducta.

(v) Negativa injustificada para la prestación de servicios de practicaje a empresas operadoras portuarias

La Comisión consideró que existían indicios razonables para admitir a trámite la denuncia en contra de PILOT por un presunto abuso de posición de dominio mediante la negativa injustificada a la prestación de servicios de practicaje, de conformidad con los artículos 2 y 5.a) del DL 701. La Comisión también admitió a trámite este extremo de la denuncia en contra de las personas que ejercieron funciones de directores y gerentes de PILOT, en tanto habrían sido responsables de la implementación y sostenimiento de esta práctica.

La Comisión no admitió a trámite este extremo de la denuncia en contra de la ASPEPRAMA, en tanto no hallaron indicios suficientes que vinculen a dicha asociación con esta conducta.

29. En ese sentido, la mayoría²⁷ de las conductas imputadas por los denunciantes fueron admitidas a trámite por la Comisión en contra de PILOT, sus directores y gerentes²⁸ (los “**Prácticos Denunciados**”). Ninguna de estas conductas fue admitida a trámite en contra de la ASPEPRAMA (por la falta de indicios razonables) o de los prácticos que prestaban sus servicios a través de PILOT sin ocupar cargos directivos.

2.5. Descargos de PILOT y los Prácticos Denunciados

30. El 22 de julio de 2002 los denunciados presentaron sus descargos tras la admisión a trámite de la denuncia presentada por la ASPPOR y los Prácticos Denunciantes. Dichos descargos se basaron en lo siguiente:

(i) Aspectos procedimentales y situación del mercado de practicaje

Como defensa procedimental, los denunciados señalaron que la ASPPOR, al ser una asociación sin fines de lucro y no participar directamente en el

²⁷ La única conducta que no fue admitida a trámite por la Comisión fue aquella referida a una presunta utilización indebida de procedimientos regulatorios con el fin de incrementar las barreras legales de entrada al mercado relevante. Según la Comisión, las peticiones realizadas por la ASPEPRAMA a las autoridades marítimas corresponderían a un supuesto de “lobby” propio de la actividad gremial, el cual no puede ser considerado una infracción a la normativa de libre competencia. En todo caso, señaló la Comisión, los denunciantes deberían acudir a la “Comisión de Acceso al Mercado” (hoy Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas) del INDECOPi si consideraban que las normas reglamentarias impulsadas por la ASPEPRAMA eran ilegales o carentes de razonabilidad.

²⁸ En total fueron 17 los prácticos con cargos directivos en PILOT que fueron investigados tras la admisión a trámite de la denuncia. Los Prácticos Denunciados se defendieron de manera conjunta con PILOT.

mercado de practicaaje, no contaba con legitimidad para obrar activa y, por tanto, no podía presentar denuncia en su contra bajo el DL 701.

Respecto a la situación del servicio de practicaaje en el TP Callao, los denunciados señalaron que, con ocasión de la liberalización del practicaaje en 1993, los prácticos comenzaron a prestar servicios de manera casi informal, sin mantener vínculos laborales con ninguna Empresa Administradora de Prácticos, sin beneficios sociales y sin coordinación entre los prácticos habilitados para prestar servicios en el TP Callao. Esa situación, a entender de los denunciantes, afectaba la calidad en la prestación del practicaaje, en perjuicio de la seguridad de esta actividad.

Ante dicho contexto, los denunciados señalaron que la formación de PILOT tuvo como finalidad mejorar las condiciones laborales a favor de los prácticos, lo cual a su vez implicaría una mejora en la prestación del servicio a favor de los usuarios que operaban en el TP Callao.

(ii) El mercado relevante y la posición de dominio de PILOT

En sus descargos, los denunciados no cuestionaron la delimitación del mercado relevante realizada por los denunciantes ni por la Comisión en la resolución de admisión a trámite.

Por el contrario, habrían estado de acuerdo con dicha definición y con la existencia de una posición de dominio, llegando a afirmar *“es cierto que Pilot Station S.A. ostenta una posición de dominio en el mercado del practicaaje marítimo; sin embargo, es falso que dicha empresa haya hecho abuso de dicha posición”*²⁹.

(iii) La suscripción de contratos de exclusividad entre PILOT y los prácticos marítimos

Sobre las exclusividades pactadas con todos los prácticos habilitados para operar en el TP Callao, los denunciados indicaron que estos contratos fueron celebrados por propia voluntad de los prácticos, quienes se encontraban interesados en obtener mejores condiciones laborales.

Asimismo, basándose en el registro de Empresas Administradoras de Prácticos, afirmaron que existían otras empresas que podrían competir en el mercado relevante y que los contratos de exclusividad por sí mismos no podían afectar la competencia.

(iv) La utilización de procesos administrativos y judiciales

Los denunciados afirmaron que las procesos administrativos y judiciales iniciados se encontraban plenamente justificados, en la medida que

²⁹ Página 6 de los descargos presentados por PILOT y los Prácticos Denunciados. Si bien en este documento los denunciados admitieron la posición de dominio de PILOT, en escritos posteriores buscaron desconocer dicha afirmación.

buscaban velar por los intereses de PILOT (por ejemplo, para que se respeten las exclusividades pactadas) y por la seguridad en la prestación del servicio de practicaaje en el TP Callao (refiriéndose a las denuncias administrativas iniciadas por el presunto incumplimiento de requisitos para para ser prácticos de algunos Prácticos Denunciantes).

En ese sentido, argumentaban que *“las acciones seguidas contra los prácticos denunciantes no tienen como fin el incremento de sus costos y, por consiguiente, de sus servicios”*³⁰, por lo que no habrían abusado de su posición de dominio.

(v) Negativa al entrenamiento de aspirantes a prácticos

Al abordar esta conducta, los denunciados reconocieron que algunos prácticos de PILOT se negaron a entrenar a aspirantes a prácticos de otras empresas; sin embargo, resaltaron que *“ES FALSO que se haya debido a causas o razones injustificadas o razones de política de la empresa”*³¹.

Así, indicaron que todas las negativas reportadas por los denunciantes se debieron a decisiones personales de los prácticos involucrados, por motivos tales como: la falta de contraprestación por el entrenamiento de aspirantes a prácticos, cuestiones “éticas”³² y la falta de coordinación previa para realizar dichos entrenamientos de manera oportuna.

(vi) Negativa para la prestación de servicios de practicaaje a otras empresas

Sobre las negativas a prestar el servicio de practicaaje, los denunciados señalaron que, pese a los protestos presentados como evidencia por los denunciantes, PILOT sí prestó el servicio a algunas de las naves representadas por COSMOS y TRAMARSA que presuntamente habrían sido objeto de negativa.

De la misma manera, los denunciados señalaron que en gran medida sus negativas a prestar el servicio de practicaaje se debieron a que las agencias COSMOS y TRAMARSA no cumplieron con las formalidades requeridas por la normativa aplicable para solicitar el practicaaje, tales como: la identificación precisa de la nave y la línea naviera a la cual se prestaría el servicio; y, realizar la solicitud con una anticipación mínima de 24 horas antes del arribo de la nave al terminal portuario.

2.6. Informe técnico y el procedimiento en primera instancia administrativa

³⁰ Página 12 de los descargos presentados por PILOT y los Prácticos Denunciados.

³¹ Página 12 de los descargos presentados por PILOT y los Prácticos Denunciados.

³² Página 15 de los descargos presentados por PILOT y los Prácticos Denunciados. *“Si uno es empleado de una empresa X y es contactado por una empresa B de la competencia, para que se ‘prepare e instruya’ a uno de sus empleados, precisamente, en la misma actividad de la empresa para la cual labora, ¿no resultaría lógico que, por una cuestión de ética, el empleado contactado se niegue a entrenar al empleado de su competidor directo? Por supuesto que sí, dado que ello afectaría directamente a la empresa que le da trabajo e indirectamente al mismo empleado.”*

31. El 18 de febrero de 2005 la Secretaría Técnica presentó ante la Comisión el Informe No. 010-2005-INDECOPI/ST-CLC (el “**Informe Técnico**”), mediante el cual recomendó declarar fundada la denuncia presentada por la ASPPOR y los Prácticos Denunciantes, bajo las siguientes consideraciones:

(i) Aspectos procedimentales

Ante lo señalado por los denunciados en sus descargos, vinculado con la falta de legitimidad para obrar activa por parte de la ASPPOR, la Secretaría Técnica resaltó que, al ser un asunto de interés público reconocido a nivel constitucional (artículo 61 de la Constitución Política del Perú), toda persona natural o jurídica tiene el derecho a iniciar procedimientos administrativos relacionados con la tutela de la libre competencia³³.

En ese sentido, la Secretaría Técnica resaltó que la norma de competencia vigente en dicho momento (DL 701) “*no exige la preexistencia de una relación de competencia y/o consumo directa para que un administrado tenga legitimidad para obrar activa a efectos de iniciar un procedimiento (...) por infracción a las normas de libre competencia, bastando para ello el derecho de petición en interés general de la colectividad*”³⁴.

Por tanto, contrario a lo argumentado por los denunciados, la Secretaría Técnica indicó que la participación de la ASPPOR en este procedimiento era completamente legítima.

(ii) El mercado relevante y la posición de dominio de PILOT

La Secretaría Técnica inició su análisis indicando que tanto los denunciantes como denunciados coinciden en que el mercado relevante es el de servicios de practicaje marítimo en el TP Callao.

Al respecto, tras analizar la normativa aplicable al servicio de practicaje, la Secretaría Técnica resaltó que “*no será posible encontrar un servicio de similares características que represente un sustituto del servicio en mención*”³⁵, en la medida que este es de carácter obligatorio en diversos puertos del Perú, tal como el TP Callao. En ese sentido, incluso ante incrementos de precios, los usuarios no tendrían ningún otro servicio al cual puedan acudir como sustituto. Por tanto, la Secretaría Técnica delimitó el “servicio relevante” como el practicaje marítimo prestado a través de Empresas Administradoras de Prácticos.

Sobre el ámbito geográfico del mercado relevante, la Secretaría Técnica resaltó que para contratar a una Empresa Administradora de Prácticos o para contratar directamente a prácticos provenientes de otros puerto,

³³ Párrafo 22 del Informe Técnico. “*Debe entenderse que la competencia es un bien jurídico de naturaleza colectiva cuya tutela puede ser solicitada por cualquier ciudadano mediante el ejercicio del derecho de petición administrativa para la protección de intereses difusos.*”

³⁴ Párrafo 23 del Informe Técnico.

³⁵ Párrafo 157 del Informe Técnico.

existen diversas barreras legales³⁶ que limitaban o desincentivaban su ingreso oportuno al TP Callao.

Por tanto, al igual que denunciantes y denunciados, la Secretaría Técnica señaló que el mercado relevante estaba constituido por los servicios de practicaje marítimo en el TP Callao.

Respecto a la posición de dominio de PILOT en dicho mercado, con ocasión de requerimientos de información realizados a la ENAPU y a la DICAPI, la Secretaría Técnica constató que PILOT fue la principal Empresa Administradora de Prácticos en el TP Callao, con operaciones que representaron: el 78 y 60% del total de maniobras de practicaje en los años 2001 y 2002 respectivamente; y, el 70 y 57% del total del Tonelaje de Registro Bruto³⁷ (“TRB”) movido en los mismos años. Asimismo, a partir del índice Herfindahl - Hirschman³⁸, la Secretaría Técnica constató que el mercado relevante era uno de naturaleza altamente concentrada.

Sumado a lo anterior, la autoridad señaló que los principales competidores de PILOT en este mercado (TRAMARSA y la empresa Trimservice) tenían cuotas de mercado mucho menores a las sostenidas por PILOT en el tiempo, que no alcanzaban el 25%.

Por su parte, las altas barreras legales a la entrada y el hecho de que PILOT haya tenido contratos de exclusividad (barrera estratégica) con todos los prácticos habilitados para prestar servicios en el TP Callao, llevaron a la Secretaría Técnica a confirmar que, durante el periodo investigado (diciembre de 2000 a junio del 2002), PILOT ostentó posición de dominio en el mercado relevante.

(iii) La suscripción de contratos de exclusividad entre PILOT y los prácticos marítimos

Al evaluar los contratos de exclusividad suscritos por PILOT con todos los prácticos marítimos habilitados para prestar servicios en el TP Callao (denominados “Contratos de Trabajo a Plazo Indefinido” por PILOT), la Secretaría Técnica señaló que todos fueron celebrados el 15 de diciembre del 2000 y guardaban un mismo formato, bajo el cual dichos prácticos se obligaban a prestar servicios a través de PILOT de manera exclusiva hasta cumplir el límite de edad fijado por la DICAPI (65 años).

De la misma manera, con ocasión de las visitas inspectivas realizadas a las oficinas de PILOT, la Secretaría Técnica halló archivos digitales que

³⁶ Por ejemplo, para el traslado de un práctico marítimo de un puerto a otro, la Secretaría Técnica constató que la normativa exigía que el práctico tenga nacionalidad peruana y que la normativa calificaba como práctico de tercera categoría (habilitados para prestar servicios a naves de menor tamaño) a toda persona que obtenía una nueva habilitación en el TP Callao, independientemente de su experiencia previa en otros puertos.

³⁷ Indicador utilizado para medir el tamaño de las naves, representa su capacidad disponible.

³⁸ Índice utilizado para medir la concentración de un mercado. Se calcula sumando los cuadrados de las cuotas de mercado de todos los agentes participantes en un determinado mercado. Normalmente, índices que superen los 2500 puntos denotan una alta concentración de mercado.

buscaban modificar los contratos de exclusividad antes referidos, con el fin de incorporar penalidades ascendentes a USD 300 mil para cualquier práctico que incumpliese la exclusividad pactada a favor de PILOT. Esto, para la autoridad, constituía una *“barrera adicional de salida de la empresa para los prácticos firmantes de los contratos de exclusividad”*³⁹.

Para analizar los potenciales efectos anticompetitivos de estos contratos, la Secretaría Técnica tomó en cuenta su **duración**, la **cantidad** de contratos que fueron celebrados y la **racionalidad** detrás de su celebración.

Sobre la **duración** de los contratos, la Secretaría Técnica recalcó que estos eran “indefinidos” hasta que se alcance el máximo legal de edad para prestar los servicios de practica, por lo que la duración de cada contrato variaría en función de la edad de los prácticos firmantes. Así, al analizar las edades de los prácticos, la Secretaría Técnica constató que los contratos tendrían duraciones de entre algunos cuantos meses hasta 28 años, con un promedio de duración de 11 años.

Dada la larga duración de esta exclusividad, la cual además era un requisito para futuros prácticos que buscaran incorporarse a PILOT⁴⁰, sumada al establecimiento de una penalidad tan alta en caso de incumplimiento, la Secretaría Técnica señaló que estos contratos podrían privar a competidores de PILOT del acceso a prácticos marítimos (insumo necesario para competir).

Respecto a la **cantidad** de contratos celebrados por PILOT, la Secretaría Técnica resaltó que se contrató a la totalidad de prácticos habilitados para prestar servicios en el TP Callao. Ello, sumado a las altas barreras de entrada para el ingreso de otros prácticos al TP Callao, *“generó un efecto excluyente en perjuicio del resto de empresas administradoras de prácticos, al privarlas del acceso a dichos profesionales”*.

Por su duración y cantidad, la Secretaría Técnica señaló que los contratos de exclusividad celebrados por PILOT tenían efectos anticompetitivos. En ese sentido, procedió a analizar su **racionalidad** y la existencia de efectos procompetitivos que mitiguen los riesgos a la competencia.

Tras un estudio de mercado, la autoridad determinó que, para atender a todo el mercado de practica en el TP Callao entre el 2000 y 2002, una Empresa Administradora de Prácticos habría requerido de únicamente 15 prácticos. Sumado a ello, a partir de diversas comunicaciones de PILOT y la ASPEPRAMA a las autoridades marítimas, la Secretaría Técnica halló que ambas entidades se habrían quejado constantemente por un exceso de

³⁹ Párrafo 283 del Informe Técnico.

⁴⁰ Según el Reglamento de Trabajo de PILOT, obtenido por la Secretaría Técnica a través de su visita inspectiva: *“Para ser práctico de Pilot Station S.A., los interesados deben suscribir un contrato de exclusividad y un compromiso de honor, lealtad y fidelidad por un periodo de tiempo indeterminado”* (citado en el párrafo 296 del Informe Técnico).

oferta en el TP Callao, la cual habría reducido considerablemente las tarifas en perjuicio de los prácticos.

En dicho contexto, ante el cual no se necesitaban más de 15 prácticos para atender toda la demanda del TP Callao y donde la propia PILOT advertía sobre un exceso de oferta de prácticos, la Secretaría Técnica concluyó que *“la intención de [PILOT] al celebrar y mantener vigentes contratos de exclusividad con la totalidad de la oferta disponible era únicamente la de monopolizar el mercado (...) y no la de conformar una empresa administradora de prácticos que opere eficientemente”*⁴¹.

Por ello, ante la falta de efectos procompetitivos o justificaciones válidas por parte de los denunciados, y la obtención de un beneficio a favor de PILOT (exclusión de sus competidores) la Secretaría Técnica recomendó declarar fundada la demanda en este extremo, al haberse infringido los artículos 3⁴² y 5 del DL 701. Esta infracción también alcanzó a los directores y gerentes de PILOT, quienes a entender de la autoridad habrían tenido un rol esencial en el sostenimiento de estos contratos.

La Secretaría Técnica también recomendó a la Comisión ordenar a PILOT dejar sin efecto las cláusulas de exclusividad y las penalidad pactadas en los contratos con sus prácticos, así como que se abstengan de celebrar contratos similares en el futuro.

(iv) Negativa al entrenamiento de aspirantes a prácticos

Para analizar esta conducta, la Secretaría Técnica inició su razonamiento indicando que el servicio de practica es uno que se caracteriza por ser altamente especializado y complejo, por lo que el marco normativo⁴³ requería un intenso entrenamiento por parte de los aspirantes a prácticos. Entre los requisitos de dicho entrenamiento, figuraba el de realizar prácticas de maniobra, las cuales consistían en observar el trabajo de otros prácticos activos, quienes se encontraban obligados a permitir dicho entrenamiento⁴⁴.

Ante ello, la Secretaría Técnica recordó que en sus descargos PILOT nunca rechazó la existencia de negativas por parte de sus prácticos a entrenar nuevos aspirantes; por el contrario, buscó justificar dichas negativas en que: (a) estas no respondían a una decisión de PILOT, sino a decisiones propias y personales de los prácticos; y, (b) los prácticos no brindaron el entrenamiento porque no recibían ninguna contraprestación por ello.

⁴¹ Párrafo 329 del Informe Técnico.

⁴² DL 701

⁴³ “Artículo 3.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.”

⁴⁴ Principalmente, las “Normas de Practica Marítimo y de los Prácticos Marítimos”, aprobadas mediante Resolución Directoral No. 0472-2000-DCG de la DICAPI, vigentes en dicha época.

⁴⁵ Según el numeral 6.i) de las “Normas de Practica Marítimo y de los Prácticos Marítimos”.

Sobre lo primero, la Secretaría Técnica demostró que el Reglamento de Trabajo de PILOT (obtenido mediante visita inspectiva) sí contenía una disposición de la empresa dirigida a obstaculizar el entrenamiento de aspirantes a prácticos o, por lo menos, de sujetar dicho entrenamiento a la suscripción de un convenio de exclusividad con PILOT⁴⁵.

Sobre la segunda justificación esgrimida por los denunciados, la Secretaría Técnica resaltó que el entrenamiento de aspirantes a prácticos tiene una naturaleza obligatoria y que el marco normativo no prevé la existencia de ninguna contraprestación por dicho entrenamiento. Como muestra de ello, la Secretaría Técnica señaló que la Capitanía del Puerto del Callao ya había sancionado a prácticos de PILOT por esta clase de negativas y que la exigencia de una contraprestación por este entrenamiento también respondía a una directiva de PILOT como empresa⁴⁶.

Descartadas las justificaciones presentadas por PILOT, la Secretaría Técnica indicó que la verdadera intención de la empresa al negar el entrenamiento de aspirantes a prácticos habría sido la de monopolizar el servicio de practica en el TP Callao, excluyendo así a competencia potencial. A su vez, la autoridad indicó que esta estrategia se alineaba con las recomendaciones realizadas por el Sindicato Nacional de Prácticos de México⁴⁷, las cuales ya habían sido adoptadas por PILOT y la ASPEPRAMA anteriormente.

Por ello, la Secretaría Técnica recomendó a la Comisión declarar fundada la demanda en este extremo, al haberse infringido los artículos 3 y 5 del DL 701. Esta infracción también alcanzó a los Prácticos Denunciados en su calidad de directores y gerentes de PILOT.

(v) La utilización de procesos administrativos y judiciales

Para analizar la presunta predación mediante procesos administrativos y judiciales por parte de PILOT, la Secretaría Técnica inició recordando lo señalado por el señor Arnulfo Gómez, práctico de PILOT, en un informe de diciembre del 2000, donde comentaba a la ASPEPRAMA las recomendaciones realizadas por el Sindicato Nacional de Prácticos de México, las cuales reconocían que: *“El práctico que intente traicionar al*

⁴⁵ El referido Reglamento de Trabajo estipulaba: *“Un capitán de Travesía, autorizado a postular a Práctico Marítimo por la Autoridad Marítima, para poder asistir a las maniobras de los Prácticos Marítimos de Pilot Station S.A. como observador deberá firmar un Contrato de Exclusividad por tiempo indeterminado (...) Ningún Práctico Marítimo de Pilot Station S.A. bajo su responsabilidad podrá llevar como Observador a un Capitán de Travesía postulante a Práctico Marítimo.”* (citado en el párrafo 386 del Informe Técnico).

⁴⁶ El Reglamento de Trabajo de PILOT estipulaba: *“Los Capitanes de Travesía, autorizados a postular a Práctico Marítimo por la Autoridad Marítima, para poder asistir a las maniobras de los Prácticos Marítimos de Pilot Station S.A. como observador, deberán ejecutar un pacto, por cada maniobra, de acuerdo a la tarifa que el Directorio de la empresa determine.”* (citado en el párrafo 391 del Informe Técnico).

⁴⁷ Estas recomendaciones, que también fueron tomadas en cuenta en el caso por presunta concertación en contra de PILOT, SEAWELL y PRATMAR, señalaban: *“En Veracruz existen 8 prácticos, cuando cumplen los 65 años deben retirarse algunos de ellos, los prácticos en consenso deciden si el tráfico amerita reemplazarlo, en caso decidan hacerlo convocan mediante concurso a capitanes con 5 años de experiencia (...), una vez elegido el práctico firma un compromiso con el sindicato de lealtad y en caso viole será demandado (...) no se acepta que la autoridad decida sobre este asunto.”* (citado en el párrafo 406 del Informe Técnico).

*sindicato prácticamente es eliminado, moviéndose todos los elementos legales que en prevención firmó antes de ser práctico*⁴⁸.

Acto seguido, procedió a analizar cada una de las acciones legales iniciadas por PILOT en contra de los Prácticos Denunciantes, con el fin de evaluar si las mismas efectivamente fueron concebidas como represalias por desvincularse de la empresa. Para ello, la autoridad señaló que era de especial relevancia evaluar el estado actual (al momento del Informe Técnico) de cada una de dichas acciones, para determinar si efectivamente buscaban tutelar algún derecho. Sobre dichas acciones legales:

Acción legal iniciada por PILOT	Fundamento esgrimido por PILOT y estado a la fecha del Informe Técnico
Amparo en contra del Sr. Chávez ⁴⁹	La acción se basó en una presunta violación a la libertad de contratar por parte del Sr. Chávez, al haber renunciado a PILOT, pese a la existencia de un contrato de exclusividad. A la fecha del Informe Técnico, dicha acción había sido declarada improcedente .
Amparo en contra del Sr. Chávez, del Sr. Petrozzi y de otras empresas de prácticos ⁵⁰	La acción se basó en una presunta violación al contrato de exclusividad por parte del Sr. Chávez, con el fin de beneficiar a TRAMARSA en su calidad de nuevo empleador. Imputaciones similares fueron atribuidas al Sr. Petrozzi, quien comenzó a trabajar en Trimservice. PILOT incluso solicitó una medida cautelar dirigida a suspender los servicios prestados por los Sres. Chávez y Petrozzi. A la fecha del Informe Técnico, dicha acción había sido declarada improcedente .
Denuncia penal por fraude en administración de personas jurídicas en contra de Sres. Chávez y Petrozzi ⁵¹	PILOT denunció a los Sres. Chávez y Petrozzi porque, pese a su condición de directores y accionistas, habrían omitido informarle que se encontraban prestando servicios a favor de empresas competidoras (TRAMARSA y Trimservice). Mediante este proceso obtuvieron una medida cautelar que suspendió las actividades de ambos prácticos; sin embargo, dicha medida posteriormente fue declarada nula por resultar irracional y desproporcionada. A la fecha del Informe Técnico, dicha acción se encontraba pendiente de resolución.
Denuncia penal por fraude en administración de personas jurídicas en contra del Sr. Lavado ⁵²	Denuncia similar a la presentada en contra de los Sres. Chávez y Petrozzi. A la fecha del Informe Técnico, dicha acción se encontraba archivada , en tanto el Juez competente declaró que no había lugar para la apertura de instrucción en tanto el Sr. Lavado había demostrado su renuncia previa a su calidad de director y accionista de PILOT. PILOT apeló el archivo de su denuncia; sin embargo, en segunda instancia se confirmó la decisión de que no había lugar a investigación .
Denuncia administrativa ante la DICAPI por incumplimientos normativos del Sr. Lavado	Denuncia ante la DICAPI porque según PILOT el Sr. Lavado no habría cumplido con coordinar su renuncia a una maniobra de practicaje en específico y porque se habría presentado a prestar sus servicios en estado de ebriedad. En primera instancia se sancionó al Sr. Lavado; sin embargo, apeló y le dieron la razón al no existir pruebas suficientes en su contra. A la fecha del Informe

⁴⁸ Dicho informe fue obtenido con ocasión de la investigación en contra de PILOT por concertación. Extracto citado en el párrafo 440 del Informe Técnico.

⁴⁹ Interpuesto ante el Tercer Juzgado Civil del Callao.

⁵⁰ Interpuesto ante el Primer Juzgado Corporativo de Derecho Público de Lima.

⁵¹ Iniciado ante el Tercer Juzgado Penal del Callao.

⁵² Iniciado ante el Noveno Juzgado Penal del Callao.

	Técnico, le dieron la razón al Sr. Lavado y se había agotado la vía administrativa.
Denuncia penal por falsificación de documentos en contra del Sr. Boggiano⁵³	PILOT denunció al Sr. Boggiano porque presuntamente habría presentado información adulterada en su solicitud de renovación de licencia de práctico en el TP Callao. A la fecha del Informe Técnico, la denuncia había sido archivada porque se comprobó que el Sr. Boggiano había presentado información veraz para el referido trámite.
Denuncia administrativa ante la DICAPI por falsificación de documentos del Sr. Boggiano	Iniciada por la ASPEPRAMA, con los mismos fundamentos presentados por PILOT en la denuncia anterior. A la fecha del Informe Técnico, la denuncia fue archivada porque la Capitanía del Puerto del Callao (parte del DICAPI) señaló que no era competente, en la medida que había una investigación en trámite por el mismo hecho en el Ministerio Público (la cual fue archivada, conforme a la acción señalada anteriormente).

Fuente: Informe Técnico (Elaboración propia)

Tras constatar que la mayoría de las acciones legales iniciadas por PILOT en contra de los Prácticos Denunciante fueron declaradas improcedentes o desestimadas por las autoridades competentes, la Secretaría Técnica indicó que ello *“constituye un indicio de que en realidad fueron utilizados no con el propósito de proteger un interés legítimo sino con la finalidad de obstaculizar la labor de los prácticos marítimos”*⁵⁴. Ello, a entender de la autoridad, también se habría demostrado a partir de las solicitudes de medidas cautelares realizadas por PILOT, las cuales directamente buscaban suspender las actividades de los Prácticos Denunciantes.

Por ello, la Secretaría Técnica recomendó a la Comisión declarar fundada la demanda en este extremo, al haberse infringido los artículos 3 y 5 del DL 701, en tanto el único objetivo de PILOT habría sido obstaculizar el acceso de otras empresas a los Prácticos Denunciados. Según la autoridad, esta conducta también era responsabilidad de los Prácticos Denunciados, en calidad de directores y gerentes de PILOT.

(vi) **Negativa para la prestación de servicios de practicaaje a otras empresas**

Para analizar las presuntas negativas injustificadas a la prestación del servicio de practicaaje por parte de PILOT, la Secretaría Técnica inició evaluando el marco legal aplicable a la solicitud de servicios de practicaaje, en la medida que uno de los principales argumentos de defensa de los denunciados fue el hecho de que no se cumplieron con los procedimientos legales formales, lo cual habría justificado las referidas negativas.

Al respecto, la autoridad señaló que, entre los requisitos para solicitar el servicio de practicaaje, las “Normas de Practicaaje Marítimo y de los Prácticos Marítimos” (Resolución Directoral No. 0472-2000-DCG de la DICAPI) reconocían que la solicitud: (a) debía ser realizada por los representantes de la nave a una Empresa Administradora de Prácticos; y, (b) debía ser

⁵³ Iniciado ante el Noveno Juzgado Penal del Callao.

⁵⁴ Párrafo 477 del Informe Técnico.

realizada con más de 8 horas de anticipación⁵⁵ respecto de la prestación del servicio, para que las Empresas Administradoras de Prácticos se lo comuniquen oportunamente a la Capitanía del Puerto.

Considerando el marco normativo y los protestos presentados por los denunciantes como evidencias de las presuntas negativas, la Secretaría Técnica procedió a evaluar caso por caso los episodios denunciados:

Naves no atendidas	Justificación de PILOT	Análisis de la Secretaría Técnica (ST)
Pesqueras Nepomuseno, Playa Dovilar y E Ilia de Rua	PILOT señaló que no prestó el servicio porque no contaba con ningún acuerdo comercial con TRAMARSA para la atención de las referidas naves.	La ST constató que, previo a este episodio, PILOT ya había prestado servicios a favor de naves representadas por TRAMARSA sin contar con acuerdos comerciales de larga duración. Por tanto, la ST consideró que se trataba de una negativa injustificada .
M/N Nedlloyd Acapulco	PILOT señaló que TRAMARSA solicitó este servicio y poco antes de su prestación canceló su solicitud. Como evidencia de ello, presentaron un fax remitido por TRAMARSA.	En la medida que el fax presentado por PILOT no fue cuestionado por los denunciantes, la ST consideró que esta negativa se encontraba justificada .
M/N Manzanillo	PILOT señaló que el servicio fue solicitado sin cumplir con la anticipación requerida por la norma.	La ST señaló que ni los denunciantes ni los denunciados pudieron acreditar el momento en que se solicitó este servicio. Por lo tanto, indicó que no se podía afirmar la existencia o no de una negativa injustificada.
M/N Tamarugal	PILOT señaló que el servicio fue solicitado sin cumplir con la anticipación requerida por la norma.	La ST señaló que ni los denunciantes ni los denunciados pudieron acreditar el momento en que se solicitó este servicio. Por lo tanto, indicó que no se podía afirmar la existencia o no de una negativa injustificada.
M/N CSAV Barcelona	PILOT señaló que sí prestó este servicio a favor de la referida nave. Para probar ello, presentó actas de atraque y desatraque presentadas ante la Capitanía de Puerto.	La ST señaló que los denunciantes no presentaron medios que desvirtúen lo señalado por los denunciados. Asimismo, constató que la solicitud se realizó sin cumplir con la anticipación requerida por norma, por lo que se encontraba justificada .
M/N Wilson	PILOT señaló que sí prestó este servicio a favor de la referida nave. Para probar ello, presentó actas de atraque y desatraque presentadas ante la Capitanía de Puerto.	Los denunciantes reafirmaron que en realidad PILOT no prestó el servicio a favor de COSMOS ⁵⁶ ; sin embargo, la ST indicó que la negativa (de haberse dado) habría estado justificada porque la

⁵⁵ En sus descargos, los denunciados hicieron referencia a una anticipación mayor a 24 horas. Ello se debe a que, originalmente, la referida norma establecía dicha anticipación. Sin embargo, en junio de 2001, mediante Resolución Directoral 347-2001/DCG, dicha anticipación mínima fue reducida a solo 8 horas.

⁵⁶ Para probar ello, los denunciantes presentaron una carta notarial de fecha 27 de diciembre de 2001, remitida por PILOT a COSMOS, mediante la cual lamentaban no haber podido prestar sus servicios a las naves M/N Wilson y M/N Ocean Hope II.

		solicitud no cumplió con la anticipación requerida por norma.
M/N Ocean Hope II	PILOT señaló que sí prestó este servicio a favor de la referida nave. Para probar ello, presentó actas de atraque y desatraque presentadas ante la Capitanía de Puerto.	Al igual que en el episodio anterior, los denunciados reafirmaron que en realidad PILOT no prestó el servicio a favor de COSMOS; sin embargo, la ST indicó que la negativa (de haberse dado) habría estado justificada porque la solicitud no cumplió con la anticipación requerida por norma.
M/N Laja	PILOT señaló que el servicio fue solicitado sin cumplir con la anticipación requerida por la norma.	La ST constató que la negativa se encontraba justificada porque la solicitud de TRAMARSA fue realizada sin cumplir con la anticipación requerida por norma.
M/N APL Chile	PILOT señaló que el servicio fue solicitado sin cumplir con la anticipación requerida por la norma.	La ST constató que la negativa se encontraba justificada porque la solicitud de COSMOS fue realizada sin cumplir con la anticipación requerida por norma.

Fuente: Informe Técnico (Elaboración propia)

Con ello, la Secretaría Técnica constató que en uno de los nueve episodios denunciados sí se había acreditado la existencia de una negativa injustificada a la prestación de servicios de practica a tres naves pesqueras.

Por ello, la Secretaría Técnica recomendó a la Comisión declarar fundada la demanda en este extremo, al haberse infringido los artículos 3 y 5 del DL 701. Según la autoridad, esta conducta también era responsabilidad de los Prácticos Denunciados, en calidad de directores y gerentes de PILOT.

(vii) Gravedad de las infracciones cometidas por los denunciados y sanciones recomendadas por la Secretaría Técnica

La Secretaría Técnica resaltó que cada una de las conductas analizadas en el Informe Técnico constituye por sí misma un abuso de posición de dominio. Sin embargo, también indicó que *“tales conductas vistas en conjunto evidencian también la comisión de una conducta abusiva de posición de dominio consistente en la monopolización anticompetitivas del mercado de practica marítimo en el [TP Callao]”*⁵⁷.

En ese sentido, la Secretaría Técnica resaltó que, conjuntamente, las conductas imputadas vulneran lo dispuesto en los artículos 3 y 5 del DL 701, en tanto PILOT y los Prácticos Denunciados, al buscar monopolizar el mercado, habrían causado perjuicio a la competencia y obtenido un beneficio por vías distintas a una mayor eficiencia en el mercado.

⁵⁷ Párrafo 630 del Informe Técnico.

Dada la extensión de las conductas objeto de análisis y la cuota de mercado de PILOT en el mercado relevante, la Secretaría Técnica consideró que la estrategia anticompetitiva (el conjunto de conductas analizadas) calificaba como una infracción muy grave al DL 701, recomendando sanciones de 93 Unidades Impositivas Tributarias (“UIT”) para PILOT, 100 UITs para los 13 Prácticos Denunciados que ocuparon cargos de directores y 99.1 UIT para los 4 Prácticos Denunciados que ocuparon cargos gerenciales.

32. El 04 de julio de 2005, cerca de tres meses después del Informe Técnico realizado por la Secretaría Técnica y tras recibir los alegatos de las partes, la Comisión emitió la Resolución No. 037-2005-INDECOPI/CLC (**“Resolución de Primera Instancia”**) mediante la cual declaró **fundada** la denuncia presentada por los denunciantes en contra de PILOT y los Prácticos Denunciados.
33. Para llegar a dicha decisión, la Comisión coincidió casi totalmente con lo establecido en el Informe Técnico, tanto para el análisis del mercado relevante, la posición de dominio de PILOT y el análisis de cada una de las conductas denunciadas. Sin embargo, dados los alegatos presentados por las partes al Informe Técnico, la Comisión añadió los siguientes aspectos a su análisis:

(i) **La suscripción de contratos de exclusividad entre PILOT y los prácticos marítimos**

En sus alegatos posteriores al Informe Técnico, los denunciados argumentaron que suscribieron los contratos de exclusividad con la finalidad de agrupar a todos los prácticos en una misma empresa, lo cual redundaría en una mayor seguridad en las operaciones del TP Callao. Ante ello, la Comisión resaltó que agrupar a la totalidad de prácticos en una misma empresa no era necesario para garantizar la seguridad en la prestación del practica; por el contrario, sostuvo que ello era un tema abordado en la normativa portuaria.

(ii) **Negativa al entrenamiento de aspirantes a prácticos**

Sobre esta conducta, en sus alegatos al Informe Técnico, PILOT señaló que la normativa de practica por sí misma ya se encargaba de sancionar a los prácticos que se negaban injustificadamente a entrenar aspirantes a prácticos. En ese sentido, señalaban que una eventual sanción por esta misma conducta conllevaría una violación al principio de *non bis in idem* que prohíbe la imposición de una doble sanción administrativa por el mismo hecho.

Sobre dicho argumento, la Comisión señaló que no se cumplía con la coincidencia de identidad subjetiva o de fundamentos entre las sanciones bajo la regulación portuaria y la de libre competencia. Por ello, señaló que no procedía el argumento de PILOT.

(iii) **La utilización de procesos administrativos y judiciales**

Sobre este extremo, respecto de cada uno de los procesos en sede judicial y procedimientos en sede administrativa, PILOT reiteró que se encontraban plenamente justificados y que no buscaban obstruir el ingreso de sus competidores. Sin embargo, coincidiendo con la Secretaría Técnica, la Comisión señaló: *“del análisis conjunto de los procesos y procedimientos (...) se puede inferir que la intención de Pilot Station fue restringir el acceso de otras empresas competidoras a los servicios de los prácticos que fueron objeto de los procesos judiciales y administrativos”*⁵⁸.

(iv) Negativa para la prestación de servicios de practica a otras empresas

Al analizar esta conducta en sus alegatos al Informe Técnico, los denunciantes señalaron que, sin perjuicio de lo establecido en la normativa portuaria, existía una “conducta propia” de PILOT bajo la cual esta empresa atendía solicitudes de practica sin necesidad de cumplir con el plazo de aviso anticipado (8 horas) y, por tanto, sus negativas sí serían injustificadas. Sobre ello, la Comisión señaló que, incluso de ser cierto, la autoridad no podía acoger dicho argumento, en tanto estaría incentivando el incumplimiento del marco normativo.

Por su parte, en sus respectivos alegatos los denunciados indicaron que al haberse comprobado solo un episodio de negativa injustificada, esta conducta no constituiría por sí misma un supuesto de abuso de posición de dominio. Al respecto, la Comisión indicó que, incluso de ser mínima, se habría generado una afectación a la competencia.

(v) Gravedad de las infracciones cometidas por los denunciados y sanciones impuestas

Tal vez la única diferencia entre los razonamientos de la Secretaría Técnica y la Comisión se da en este extremo. Al respecto, mientras en el Informe Técnico se catalogaba este conjunto de conductas como una infracción muy grave al DL 701 que debía ser sancionado con una multa ascendente a 93 UITs para PILOT y casi 100 UITs para los Prácticos Denunciados, la Comisión estimó que se encontraba ante una infracción de naturaleza grave, la cual debía ser sancionada con una multa total (incluyendo a PILOT y Prácticos Denunciados) de 81.2 UITs.

2.7. Apelación de PILOT y los Prácticos Denunciados y el procedimiento en segunda instancia administrativa

34. Mediante escrito de fecha 03 de agosto de 2005, PILOT y los Prácticos Denunciados interpusieron un recurso de apelación contra la Resolución de Primera Instancia (la “**Apelación**”), el cual fue concedido y elevado a la Sala mediante Resolución 043-2005-INDECOPI/CLC del 22 de agosto de 2005.

⁵⁸ Párrafo 43 de la Resolución de Primera Instancia.

35. Con base en la Apelación, el 22 de marzo de 2007 la Sala emitió la Resolución No. 0407-2007/TDC-INDECOPI (la “**Resolución de Segunda Instancia**”), en la que, tras analizar los argumentos presentados por los denunciados, decidió **confirmar** la Resolución de Primera Instancia en el extremo que declaró fundada la denuncia presentada por la ASPPOR y los Prácticos Denunciantes.
36. Respecto a los argumentos presentados en la Apelación y lo resuelto por la Sala en la Resolución de Segunda Instancia, destacan los siguientes aspectos:

(i) La posición de dominio de PILOT

En su Apelación, los denunciados señalaron que PILOT no contaba con una posición de dominio en el mercado relevante (practicaje en el TP Callao), en la medida que dicha empresa no podía actuar con prescindencia de sus competidores y clientes. En específico, los denunciados indicaron que la actuación de PILOT en el mercado se encontraría subordinada a lo requerido por las agencias marítimas, empresas que contratan los servicios de practicaje en representación de empresas navieras.

Sin embargo, en línea con la Secretaría Técnica y la Comisión, la Sala señaló que PILOT sí contaba con dicha posición, dada su elevada participación de mercado y las condiciones propias del mercado involucrado (altas barreras a la entrada, elevada concentración y la existencia de barreras estratégicas, como los contratos de exclusividad).

De la misma manera, respecto a lo argumentado por PILOT, la Sala señaló que por normativa y las características del mercado (donde PILOT se convirtió prácticamente en la única Empresa Administradora de Prácticos), las agencias marítimas se convirtieron en “compradores cautivos” de los servicios prestados por PILOT, reafirmando así su posición de dominio.

(ii) La suscripción de contratos de exclusividad entre PILOT y los prácticos marítimos

Sobre esta conducta, la Sala recalcó que la duración indeterminada de los contratos celebrados por PILOT, por sí misma, no constituye una infracción a la normativa de libre competencia; por el contrario, señaló que eso era normal al analizar contratos bajo la normativa laboral aplicable.

Sin embargo, señaló que son las circunstancias del caso particular las que evidencian la intención anticompetitiva de la conducta de PILOT, en tanto estos fueron celebrados con la totalidad de prácticos licenciados para operar en el TP Callao, por toda su vida laboral y con el establecimiento de una cláusula de indemnización ascendente a USD 300 mil que aseguraba la exclusividad a favor de PILOT.

Por ello, la Sala coincidió con la Comisión en que esta conducta constituía un abuso de posición de dominio contrario al DL 701.

(iii) Negativa al entrenamiento de aspirantes a prácticos

En su Apelación, al igual que en sus alegatos al Informe Técnico, los denunciados señalaron que la negativa al entrenamiento de nuevos prácticos debería ser sancionada únicamente con ocasión de la normativa portuaria aplicable y, que al ya haber sido sancionados algunos de los prácticos de PILOT, una sanción adicional por parte del INDECOPI vulneraría el principio del *non bis in idem*.

Al respecto, la Sala señaló que las finalidades perseguidas por el DL 701 (eliminar prácticas que limiten la libre competencia) y la normativa portuaria aplicable al practicaaje (garantizar la correcta prestación del servicio) son distintas y que la normativa portuaria no limitaba en lo absoluto la aplicación de la normativa de libre competencia. Por ello, indicó que correspondía desestimar los argumentos de los denunciados y confirmar que esta conducta infringía también lo dispuesto en el DL 701.

(iv) La utilización de procesos administrativos y judiciales

En su Apelación, al igual que en sus alegatos al Informe Técnico, los denunciados argumentaron que las acciones legales iniciadas en contra de los Prácticos Denunciantes no buscaban entorpecer el ingreso de competidores al TP Callao, sino el resguardo de los intereses de PILOT y la defensa de su patrimonio.

Sin embargo, siguiendo lo señalado por la Secretaría Técnica y la Comisión, la Sala indicó que *“el número de acciones interpuestas por Pilot contra cada práctico renunciante, así como el petitorio expuesto en cada uno de los procesos iniciados, evidencia la intención de Pilot de impedir que los prácticos renunciantes puedan ejercer sus servicios a través de empresas competidoras”*⁵⁹. Por ello, desestimó los argumentos de la Apelación e indicó que dicha conducta infringía lo dispuesto en el DL 701.

(v) Negativa para la prestación de servicios de practicaaje a empresas operadoras portuarias

Sobre esta conducta, en su Apelación PILOT reiteró que solo en uno de los nueve episodios denunciados por la ASPPOR la Comisión halló una negativa injustificada a prestar servicios, por lo que no habría existido un daño grave a la competencia.

Sin embargo, la Sala señaló que en la mayoría de los casos en los que la Comisión no halló una negativa injustificada, esto se debió a que las

⁵⁹ Página 34 de la Resolución de Segunda Instancia.

solicitudes realizadas por COSMOS o TRAMARSA fueron realizadas sin cumplir con la anticipación necesaria (8 horas) para requerir el servicio de practicaje.

Ante ello, la Sala recalcó que pese a dicha “justificación” (incumplimiento normativo), en ninguna de las cartas remitidas por PILOT a COSMOS o TRAMARSA se justificó la negativa en extemporaneidad de sus solicitudes. Por el contrario, al menos en 5 de dichos episodios la justificación brindada por PILOT se basaba en la falta de un acuerdo comercial previo. Por ello, la Sala decidió confirmar la decisión de la Comisión, en tanto esta conducta también infringía lo dispuesto en el DL 701.

(vi) Graduación de la sanción a PILOT y los Prácticos Denunciados

Sobre este extremo, la Sala señaló estar de acuerdo con la Comisión en lo referido a que estas infracciones debían ser calificadas como graves. Sin embargo, la Sala señaló que la sanción que debía ser aplicada a PILOT no debía ser calculada de manera conjunta con la sanción a ser impuesta con los Prácticos Denunciados, en la medida que ello reducía la multa a ser pagada por todos los implicados.

En ese sentido, pese a considerar que la multa para PILOT debía ser mayor a la impuesta por la Comisión, la Sala indicó que no podía imponer sanciones más graves para los denunciados en una segunda instancia y que, por ende, correspondía confirmar las sanciones impuestas en la Resolución de Primera Instancia.

37. Tras la exposición de los hechos más relevantes del Expediente, se procederá al análisis de tres (3) de los principales problemas jurídicos vinculados con el mismo.

III. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

38. Con ocasión de los argumentos expuestos por denunciantes y denunciados a lo largo del Expediente, así como lo desarrollado por los órganos resolutivos del INDECOPI, se han identificado las siguientes controversias jurídicas, que serán objeto de análisis a lo largo de este apartado:

1. ¿Resultaba aplicable la norma de competencia a la negativa a entrenar prácticos? ¿Se vulneró el principio *non bis in idem* al sancionar a PILOT y a los Prácticos Denunciados por no entrenar aspirantes a prácticos marítimos?
2. ¿Puede un conjunto de contratos laborales ser contrario a la normativa de libre competencia?
3. ¿Las acciones legales iniciadas por PILOT vulneraron la normativa de libre competencia?

3.1. Primer problema: ¿Resultaba aplicable la norma de competencia a la negativa a entrenar prácticos? ¿Se vulneró el principio non bis in idem al sancionar a PILOT y a los Prácticos Denunciados por no entrenar aspirantes a prácticos marítimos?

39. Días después de presentada su denuncia, la ASPPOR y los Prácticos Denunciantes presentaron un escrito adicional el 21 de mayo de 2002, donde señalaron que el INDECOPI cuenta con competencia para analizar el abuso de posición de dominio de PILOT mediante la negativa u obstaculización al entrenamiento de aspirantes a prácticos.
40. En específico, en dicho escrito los denunciantes sustentaron que *“la sanción de los hechos que son materia de la denuncia [refiriéndose al no entrenamiento de aspirantes a prácticos] ni son materia de la regulación sectorial existente ni se encuentra dentro del ámbito de competencia de las entidades encargadas de aplicarlas”*⁶⁰. Asimismo, indicaron que incluso si existiese alguna norma que sancione los mismos hechos que fueron denunciados, no existía ninguna norma que *“haya resuelto el conflicto (regulación sectorial vs regulación de competencia) a favor de una regulación o competencia determinada”*⁶¹.
41. Los argumentos de los denunciantes habrían buscado adelantarse a una de las defensas que más adelante sería esgrimida por PILOT y los Prácticos Denunciados, según la cual la Autoridad Marítima era la única encargada de supervisar el entrenamiento de prácticos y que *“al existir una regulación sectorial sobre sanciones por negativa de entrenamiento, no puede castigarse a una persona por un mismo hecho dos veces, es decir, por la Autoridad Marítima e INDECOPI, porque es ir contra el principio del non bis in idem que tiene un amparo constitucional”*⁶².
42. Asimismo, los denunciados argumentaron que la normativa que regulaba el practicaje tenía como finalidad la protección de la continuidad en la prestación del servicio, la cual indirectamente velaba por *“la participación de los agentes en el mercado del servicio de practicaje, o sea, la misma finalidad que persiguen las normas de la libre competencia”*⁶³.
43. En ese sentido, a partir de lo argumentado por las partes, surgen dos interrogantes: (i) ¿es aplicable la normativa de libre competencia a la actividad consistente en el entrenamiento de aspirantes a prácticos marítimos?; y, (ii) ¿sancionar a los denunciados por negarse u obstruir el entrenamiento de aspirantes a prácticos marítimos vulnera el principio de *non bis in idem*?

⁶⁰ Párrafo 4 del escrito de los denunciantes del 21 de mayo de 2002. Como desarrollo de esta afirmación, los denunciantes citaron la normativa existente en dicha época para resaltar que la misma no sancionaba actos contrarios a la libre competencia. Dicha normativa será analizada más adelante en este apartado.

⁶¹ Párrafo 8 del escrito de los denunciantes del 21 de mayo de 2002. Sobre ello, indicaron que, a diferencia de lo que sucedía en otros sectores (como el eléctrico), el sector defensa y portuario no reconocía en ninguna norma un principio de supletoriedad en la aplicación de las normas de competencia.

⁶² Página 14 del escrito de alegatos presentado por los denunciados el 14 de junio de 2005. Similar argumento fue reiterado por los denunciados en su Apelación, de fecha 03 de agosto de 2005.

⁶³ Página 14 y 15 del escrito de alegatos presentado por los denunciados el 14 de junio de 2005.

3.1.1. **Ámbito de aplicación del DL 701 y principio de supletoriedad**

44. Sobre la aplicación del DL 701 a una actividad regulada como el entrenamiento de prácticos marítimos, es necesario indicar que esta norma no desarrollaba cuál era su ámbito de aplicación objetivo, a diferencia de lo que sucede bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁶⁴ vigente (la “**LRCA**”)⁶⁵. Por ello, fue necesario que el INDECOPI, a través de sus decisiones en casos concretos, desarrollase los alcances de aplicación del DL 701 en esta clase de escenarios.
45. La primera vez que INDECOPI (a través de la Comisión) tuvo la oportunidad de analizar la aplicación del DL 701 para actividades económicas que se encuentran sujetas a regulación sectorial fue en la Resolución No. 006-2002-CLC/INDECOPI del 13 de marzo de 2002, en la que analizó una denuncia interpuesta por Paneles Napsa S.A. en contra de la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. – Edelnor, por un presunto abuso de posición de dominio⁶⁶.
46. En dicho caso, en el que se denunciaba a Edelnor (concesionaria de distribución eléctrica) por no suministrar electricidad a un usuario regulado⁶⁷, la Comisión resaltó que lo que se estaba infringiendo era una obligación regulatoria prevista en la Ley de Concesiones Eléctricas (Decreto Ley No. 25844) y que, por tanto, dicha controversia debía ser conocida por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas (“**OSINERGMIN**”) en su calidad de organismo regulador del subsector eléctrico.
47. Asimismo, la Comisión indicó que era el Reglamento del OSINERGMIN⁶⁸ el cual reconocía en su artículo 12 el denominado “Principio de Supletoriedad”, según el cual: *“Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones regulatorias y/o normativas que dicte [OSINERGMIN] en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las normas de [OSINERGMIN]”*.
48. Por ello, ante la denuncia presentada por Paneles Napsa, la Comisión se declaró incompetente, en tanto la entidad que debía conocer dicha controversia y velar por el cumplimiento de la Ley de Concesiones Eléctricas era OSINERGMIN y no el INDECOPI. El criterio central tomado por la Comisión respecto al principio de supletoriedad para la aplicación del DL 701 en este caso se resume en:

*“Ahora bien, si el Estado, a través de [OSINERGMIN] determinó la necesidad de regular un mercado, tomando la decisión por este, entonces, **no sería posible aplicar normas de competencia, ya que el Estado decidió anticipar la solución a cualquier controversia a través de la regulación. En consecuencia, una vez en conflicto***

⁶⁴ Aprobada en junio de 2008, mediante Decreto Legislativo No. 1034. Cada vez que se haga referencia a la LRCA, se hará referencia a su Texto Único Ordenado, aprobado mediante Decreto Supremo No. 030-2019-PCM.

⁶⁵ En su artículo 2, el DL 701 solo desarrollaba su ámbito subjetivo de aplicación, en contraste con el artículo 3 (Ámbito de aplicación objetivo) de la LRCA.

⁶⁶ Según narra la Comisión en la referida resolución, las conductas imputadas a Edelnor habrían consistido en la negativa injustificada a satisfacer la demanda de energía eléctrica de Paneles Napsa y un trato desigual que beneficiaba a un competidor de Paneles Napsa (la empresa Punto Visual) a pesar de tratarse de prestaciones equivalentes.

⁶⁷ Usuarios del servicio eléctrico que, por sus niveles de demanda, no pueden negociar libremente las condiciones de su suministro (normalmente, usuarios residenciales), en contraposición a los denominados “usuarios libres” (normalmente industrias) bajo la normativa del subsector eléctrico.

⁶⁸ Aprobado mediante Decreto Supremo No. 054-2001-PCM, vigente hasta la actualidad sin perjuicio de sus normas modificatorias.

regulación y competencia, es la regulación la que debe primar, (la situación en la que el Estado toma una decisión sobre la existencia de competencia), de allí que sean las normas de [OSINERGMIN] las que primen sobre el Decreto Legislativo 701.⁶⁹

[Énfasis agregado]

49. Así, para la Comisión, el principio de supletoriedad resultaba aplicable cuando una conducta que podría ser sancionada bajo el DL 701 se encontraba plenamente regulada y sancionada a nivel sectorial (tal como sucedía con la falta de suministro de energía eléctrica). Este criterio fue reiterado en posteriores casos resueltos por la propia Comisión⁷⁰ o el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones⁷¹ (“OSIPTEL”), y se alineaba con lo señalado por otras autoridades de competencia a nivel internacional⁷².
50. Sin embargo, esta aplicación relativamente uniforme del principio de supletoriedad por parte de la Comisión fue modificada en 2007 cuando la Sala, al analizar en segunda instancia una denuncia presentada por Envasadora Alfa Gas S.A. en contra de Repsol YPF Comercial del Perú S.A., revocó la decisión de la Comisión y limitó la aplicación del principio de supletoriedad en su Resolución 0004-2008-TDC-INDECOPI⁷³.
51. En dicho caso, partiendo de una distinción teórica entre regulación social⁷⁴, regulación económica⁷⁵ y normativa de competencia, la Sala restringió la aplicación del principio de supletoriedad solo a aquellos casos en los que el DL 701 se encuentre frente a regulación económica, es decir, en un mercado caracterizado por funcionar como un monopolio natural y por tanto no existan condiciones de competencia:

“El principio de supletoriedad aludido por la Comisión implica desplazar las políticas de competencia solo frente a la regulación

⁶⁹ Párrafo 12 de la Resolución No. 006-2002-CLC/INDECOPI.

⁷⁰ Ver, por ejemplo, Resoluciones No. 015-2002-CLC/INDECOPI y Resolución 030-2004-INDECOPI/CLC. El primero de dichos casos, al igual que el caso objeto de este Expediente, estuvo vinculado con el sector portuario y culminó porque la Comisión declaró que no contaba con competencia para conocerlo, en tanto ello le correspondía al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (caso Practimar Ilo E.I.R.L. y ENAPU).

⁷¹ El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, en su calidad de agencia de competencia del sector telecomunicaciones bajo el DL 701 y la LRCA, también ha tenido la oportunidad de analizar esta problemática (ver, por ejemplo, Resoluciones No. 002-2004-CCO/OSIPTEL y 008-2005-CCO/OSIPTEL).

⁷² Ver, por ejemplo, caso analizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos (*Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP*). En este caso, analizaban una presunta negativa injustificada en el sector de telecomunicaciones por parte de la empresa dominante Verizon. La empresa denunciante planteaba que dicha conducta vulneraba simultáneamente la norma de competencia estadounidense (*Sherman Act*) y la norma de telecomunicaciones (*Telecommunications Act*). La Corte Suprema señaló que dicha conducta no era sancionable bajo la norma de competencia, en tanto ya había sido regulada y sancionada bajo la normativa sectorial, tomando en consideración de manera *ex ante* el impacto que una conducta como la tipificada tendría sobre la competencia.

⁷³ La denuncia de Alfa Gas estaba vinculada con un presunto abuso de posición de dominio porque Repsol se habría negado a “canjear” sus cilindros de gas licuado de petróleo (ambas empresas comercializaban dicho hidrocarburo envasado en cilindros, por lo cual debían rotular sus propios cilindros y devolver los cilindros que no sean de su propiedad a las otras comercializadoras), pese a que ello era una obligación bajo el Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo. Conforme se verá, el Tribunal declaró que INDECOPI sí era competente para analizar esta denuncia, en la medida que el mercado de envasado y comercialización de gas licuado de petróleo se encontraba abierto a la libre competencia y no constituía un monopolio natural.

⁷⁴ Párrafo 9 de la Resolución No. 0004-2008/TDC-INDECOPI. “La regulación social es el conjunto de instrumentos de política pública que, de manera *ex ante*, tiene por objeto minimizar las externalidades, corregir las asimetrías de información y reducir los costos de transacción. Son ejemplos de este tipo de regulación (...) las normas sobre zonificación y licencias de funcionamiento (...) las normas de tránsito (...) las normas de protección del ambiente (...) la obligación de obtener autorizaciones sanitarias (...) etc.”

⁷⁵ Párrafos 11 y 13 de la Resolución No. 0004-2008/TDC-INDECOPI. “La regulación económica apunta a corregir la distorsión propia de los monopolios naturales. (...) Cuando estamos frente a un monopolio natural, la competencia no es posible, por lo que el Estado interviene para crear artificialmente condiciones de competencia. Esta es la particularidad de la regulación económica. Es un conjunto de instrumentos de política pública que, *ex ante*, busca simular condiciones de competencia en un mercado donde, en principio, la competencia no es posible.”

económica; es esta clase de regulación la única que puede primar sobre la ley de defensa de la competencia en su objetivo de corregir las restricciones monopólicas en un mercado. La regulación social, en cambio, convive con la política de competencia.”

[Énfasis agregado]

52. Esta modificación de criterio, que limitaba la aplicación del principio de supletoriedad (y, por ende, permitía a los órganos del INDECOPI conocer más casos bajo el DL 701), no estuvo libre de críticas como la de Patrón, quien – acertadamente a nuestro parecer – destaca:

“Lo realmente peligroso del criterio postulado por la Sala (...) es el rol que indirectamente se termina atribuyendo al INDECOPI. Lo que en buena cuenta termina haciendo la Sala es otorgarle a los órganos funcionales del INDECOPI el poder para sancionar conductas sujetas a la supervisión y fiscalización de entidades regulatorias sectoriales especializadas, incluso contradiciendo los mandatos de estas últimas.”⁷⁶

53. Dichas críticas a la limitación del principio de supletoriedad habrían motivado un retorno a los criterios esbozados por la Comisión en el caso de Paneles Napsa. Así, por ejemplo, en la Resolución 061-2022/DLC-INDECOPI de julio de 2022 (analizada bajo la LRCA), la Secretaría Técnica partió de lo señalado por la Comisión en el caso Paneles Napsa para señalar que no contaba con facultades para analizar una presunta negativa injustificada de trato en el mercado eléctrico, en la medida que ello le competía al OSINERGMIN⁷⁷.
54. Sin perjuicio de los criterios tomados por el INDECOPI para la aplicación del principio de supletoriedad y las críticas que estos podrían merecer, coincidimos con autoras como Lercari⁷⁸, quienes señalan que al analizar la aplicación de las normas de competencia en actividades sujetas a regulación sectorial, lo que resulta esencial es la adopción de un criterio de especialidad de normas, bajo el cual una norma especial (i.e., una norma sectorial) primará por sobre una norma general (i.e., norma de competencia) si ambas abordan y buscan atender un mismo problema concreto.
55. Conforme se procederá a explicar, la adopción de dicho criterio de especialidad para la aplicación del principio de supletoriedad es congruente con la aplicación del principio *non bis in idem* en materia sancionadora, en la medida que impide la duplicidad de procedimientos y sanciones bajo dos normas (sectoriales y de libre competencia) que buscan tutelar un mismo bien jurídico. Esta interpretación se alinea con lo señalado por Olaechea, quien reconoce:

⁷⁶ Patrón, C. (2008). “El que mucho abarca, poco aprieta: del llamado Principio de Supletoriedad en materia de Libre Competencia”. En *Derecho y Sociedad*, número 30.

⁷⁷ Párrafos 9 a 15 de la referida resolución.

⁷⁸ Lercari, A. (2021). “¿Regulación sectorial o normas de competencia?: El principio de supletoriedad en el caso Speedy Naked”. En *Advocatus*, número 39.

“Si un acto anticompetitivo está comprendido en el tipo previsto por la norma regulatoria y, al mismo tiempo, en la ley antitrust, se tendrá que observar cuál es el fundamento que posee cada una. Si el bien jurídico tutelado por ambas es el mismo (v.g. el proceso competitivo), entonces corresponderá incidir en el principio de supletoriedad y la norma sectorial se aplicará por revestir de un carácter especial. Adversamente, si el bien jurídico a tutelar es diferente (...), no se actúa el principio de supletoriedad; y, por tanto, ante infracciones independientes, las dos normas pueden ser aplicadas.”⁷⁹

[Énfasis agregado]

56. Conforme se verá más adelante, la interpretación planteada por Olaechea, bajo la cual es necesario identificar el bien jurídico tutelado por las normas sectoriales y de competencia que estarían en aparente conflicto, es compatible con la denominada “identidad de fundamento” que debe cumplirse para la aplicación del principio *non bis in idem* en materia sancionadora.
57. Con ello, pese a que el DL 701 no definía ningún ámbito de aplicación objetivo, en función de las decisiones del INDECOP y lo señalado por la doctrina, se desprende que esta norma resultaba aplicable a la generalidad de conductas que pudiesen dañar el proceso competitivo; sin embargo, en aquellos casos en los que una norma sectorial sancionaba por sí misma dicha conducta con el fin de proteger la libre competencia, el DL 701 (y la LRCA actualmente) no resultaba aplicable por el principio de supletoriedad.

3.1.2. La aplicación del principio *non bis in idem* en materia sancionadora

58. El *non bis in idem* (o *ne bis in idem*) es un principio propio del derecho sancionador, tanto en el ámbito penal como en el administrativo. Si bien no goza de reconocimiento explícito en la Constitución peruana, este ha sido reconocido como un derecho fundamental en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el cual vincula el *non bis in idem* con los principios del debido proceso, legalidad y proporcionalidad.
59. Así, conforme ha reconocido el Tribunal Constitucional, el *non bis in idem* se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución, que regula el debido proceso, y cuenta con una doble configuración: (i) una vertiente material, bajo la cual un mismo sujeto no puede ser castigado dos veces por un mismo hecho —en la medida que dicha sanción podría ser considerada ilícita y desproporcionada—; y, (ii) una vertiente procesal, bajo la cual un mismo sujeto no puede ser investigado y juzgado dos veces por un mismo hecho, con el fin de evitar la duplicidad de procedimientos⁸⁰.

⁷⁹ Olaechea, J. (2011). “Libre competencia versus regulación: sobre la aplicación del principio de supletoriedad en la nueva Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas”. En Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, número 13.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente No. 2050-2002-AA/TC, del 16 de abril de 2003.

60. A diferencia de lo que sucede a nivel constitucional, normas con rango legal sí recogen el *non bis in idem* como un principio que rige el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Así, en materia administrativa, la Ley del Procedimiento Administrativo General⁸¹ (“**LPAG**”) reconoce el *non bis in idem* como el principio bajo el cual: “No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. (...) Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas” (numeral 11 del artículo 248 de la LPAG).
61. Conforme se evidencia a partir de la LPAG, estaremos ante una duplicidad indebida de procesos y/o sanciones siempre que se cumplan tres identidades distintas: (i) de sujeto; (ii) de hecho; y, (iii) de fundamento. Sobre dichos requisitos, la jurisprudencia y doctrina reconocen:

(i) Identidad de sujeto

Esta identidad se cumplirá cuando los dos procedimientos o sanciones recaigan sobre un mismo administrado. Esta identidad no está vinculada con el sujeto pasivo agraviado por la conducta que busca ser sancionada (como lo sería un competidor en caso de una conducta anticompetitiva).

Sobre este elemento, concordamos con Morón cuando señala que no existirá identidad de sujeto (y, por tanto, no se vulnera el *non bis in idem*) si se procesa o sanciona simultáneamente a una persona jurídica y a una persona natural vinculada a dicha persona jurídica (ya sea como accionista o representante). Ello en la medida que nos encontraríamos ante dos administrados distintos⁸². Esta falta de identidad entre personas jurídicas y personas naturales vinculadas también ha sido reconocida por jurisprudencia constitucional comparada⁸³.

(ii) Identidad de hecho

Este requisito para la aplicación del *non bis in idem* se cumplirá cuando en dos o más procedimientos se busque sancionar un mismo hecho, analizado desde una perspectiva fáctica. Según Boyer, se estará frente a un mismo hecho si, partiendo de un criterio finalista, “los hechos derivan de una misma declaración de voluntad” y, además, desde un criterio normativo “los hechos pueden ser subsumidos en un mismo tipo”⁸⁴.

(iii) Identidad de fundamento

⁸¹ Aprobada mediante Ley No. 27444 de abril de 2001. Cada vez que se mencione la LPAG, se hará referencia a su Texto Único Ordenado, aprobado mediante Decreto Supremo No. 004-2019-JUS.

⁸² Morón, J. (2019). “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Décima Cuarta Edición, Tomo II. Gaceta Jurídica. Página 465.

⁸³ Así, por ejemplo, en su Sentencia 48/2003 del 14 de marzo de 2003 el Tribunal Constitucional español determinó que no existía identidad de sujeto y no se vulneraba el *non bis in idem* en tanto una de las sanciones (penales en este caso) estaba dirigida a organizaciones políticas, mientras que la otra estaba dirigida a personas naturales en específico (incluso si formaban parte y representaban dichas organizaciones políticas), por lo que recalcó “tales procesos no se dirigen contra el mismo sujeto”.

⁸⁴ Boyer, J. (2012). “Criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre el Principio Non Bis in Idem”. En Revista de Derecho Administrativo, número 11. Páginas 323 y 324.

El último de estos requisitos, y tal vez el más relevante para el análisis del *non bis in idem*, recae en la identidad de fundamento. Sobre este requisito, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado:

***“el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.”*⁸⁵**

[Énfasis agregado]

En ese sentido, incluso ante dos sanciones administrativas impuestas en contra del mismo sujeto y por el mismo hecho, no se vulnerará el *non bis in idem* si ambas sanciones (o investigaciones) tienen como finalidad tutelar intereses jurídicos distintos y, por tanto, no existe identidad de fundamento.

62. Con ello, en tanto los procedimientos en materia de libre competencia seguidos bajo el DL 701 y la LRCA *“tiene[n] un carácter eminentemente sancionador”*⁸⁶, y por tanto les resultan aplicables los principios recogidos en la LPAG, es necesario evaluar si la investigación y sanción a PILOT por la obstrucción del entrenamiento de aspirantes a prácticos marítimos vulneró o no el principio del *non bis in idem* conforme fue argumentado por su defensa.

3.1.3. Evaluación del caso en concreto

63. Conforme ya fue señalado, tanto en su escrito de alegatos al Informe Técnico como en su Apelación, los denunciados señalaron que una sanción a PILOT y/o a los Prácticos Denunciados bajo el DL 701 por la falta de entrenamiento de aspirantes a prácticos vulneraría el principio de *non bis in idem*, en tanto: (i) dicha conducta solo podía ser sancionada por la Autoridad Marítima (la DICAPI, a través de la Capitanía del TP Callao); y, (ii) prácticos de PILOT ya habían sido sancionados por la DICAPI con ocasión de esta conducta.
64. Sobre las sanciones impuestas con anterioridad por parte de la DICAPI, pese a que no fue expresamente señalado por los denunciados, se habrían referido a las Resoluciones de Capitanía No. 040-2001 y 041-2001, ambas de fecha 20 de junio de 2001 y presentadas como anexos de la denuncia⁸⁸ de la ASPPOR y los

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente No. 2050-2002-AA/TC, del 16 de abril de 2003. Similares razonamientos pueden ser encontrados en las sentencias recaídas en los expedientes 01604-2013-PHC/TC y 03431-2017-PHC/TC. Exposición de Motivos de la LRCA, p. 31.

⁸⁶ Algunos autores nacionales señalan que los procedimientos administrativos en materia de libre competencia tienen una naturaleza sancionadora “pura”, donde los denunciantes actúan como meros colaboradores de la agencia de competencia (ver, por ejemplo, Guzmán, C. (2016). “Procedimientos sancionadores sobre libre competencia”. En Los Procedimientos Administrativos Sancionadores. Primera edición. Gaceta Jurídica). Otros, por su parte, señalan que estos procedimientos tienen una naturaleza “trilateral sancionadora” dada la activa participación de los denunciantes en defensa de sus intereses propios (ver, por ejemplo, Gómez, H. (2011). “El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasijurisdiccional?”. En Revista de Derecho Administrativo, número 10). Sobre la naturaleza de este procedimiento, el DL 701 no señalaba nada concluyente. Por su parte, en su redacción original, la LRCA señalaba que se trataba de un “procedimiento trilateral sancionador” si era promovido por denuncia de parte (artículo 18.2); sin embargo, dicha redacción fue modificada en septiembre de 2015 mediante Decreto Legislativo No. 1205, con el fin de reconocerle únicamente una naturaleza sancionadora. Según la Exposición de Motivos de dicho decreto legislativo, la modificación tuvo como objetivo eliminar confusiones y alinearse con lo reconocido en la LPAG, que distingue entre procedimientos trilaterales y sancionadores.

⁸⁸ En específico, como Anexos 1-BY y 1-BZ de la referida denuncia.

Prácticos Denunciantes. Bajo dichas resoluciones, se amonestó a dos prácticos de PILOT por negar el entrenamiento a prácticos de COSMOS.

65. Según dichas resoluciones de la DICAPI, las negativas por parte de los prácticos de PILOT vulneraron lo dispuesto en la Resolución Directoral No. 0472-2000-DCG ("**Normas de los Prácticos Marítimos**") y en el Decreto Supremo No. 002-87-MA ("**Reglamento de las Actividades Marítimas**").
66. En específico, las Normas de los Prácticos Marítimos exigían un número mínimo de "prácticas de maniobra"⁸⁹ para que un aspirante a práctico pudiese obtener su licencia para operar en el TP Callao⁹⁰. Para asegurar dicho entrenamiento, la referida norma establecía:

"6. FUNCIONES, LIMITACIONES Y OBLIGACIONES DE LOS PRACTICOS MARITIMOS (...)

*i) No **obstaculizará ni impedirá las prácticas de maniobra de los aspirantes a prácticos coordinadas y autorizadas por la Capitanía de Puerto.**"⁹¹*

[Énfasis agregado]

67. Con ello, tras constatar que dos prácticos de PILOT impidieron el entrenamiento de los prácticos de COSMOS, la Capitanía del TP Callao los sancionó con base en lo dispuesto en el Reglamento de las Actividades Marítimas⁹².
68. Así las cosas, en tanto existía (y sigue existiendo) normativa sectorial bajo la cual la DICAPI podía investigar y sancionar a prácticos marítimos por negarse a brindar entrenamiento a aspirantes a prácticos marítimos, corresponde evaluar si la norma de competencia puede ser aplicada en el presente caso (o si debiese aplicarse el principio de supletoriedad) y si una sanción bajo el DL 701 conllevaría una vulneración al principio del *non bis in idem*. En la medida que la aplicación o no del principio de supletoriedad merece un análisis similar al de la "identidad de fundamento" propia del *non bis in idem*, estas materias serán analizadas de manera conjunta.
69. Siguiendo los criterios desarrollados por la jurisprudencia y doctrina señalados en el apartado anterior, se procederá a analizar si en el presente caso las sanciones

⁸⁹ Definidas como: "la preparación que recibe un aspirante a práctico a bordo mediante las observaciones de maniobras de practica necesarias para obtener su licencia como práctico o para su cambio de categoría", según el literal i) del numeral 2 de las Normas de los Prácticos Marítimos.

⁹⁰ El literal g) del numeral 7 de las Normas de los Prácticos Marítimos señalaba: "Las prácticas de maniobra que debe de realizar un postulante a Práctico Marítimo, será un mínimo de 30 maniobras en caso de muelles y 20 tratándose de boyas de amarre. Las maniobras deberán ser como mínimo un 30% nocturnas, y tanto éstas, como las diurnas deberán contabilizarse en forma completa, es decir, una entrada y una salida hacen una maniobra". La normativa vigente en la materia sigue teniendo exigencias similares (artículo 520 del Decreto Supremo No. 015-2014-DE y artículo 16 de la Resolución Directoral No. 1186-2016).

⁹¹ Similar obligación es reconocida a la fecha bajo la normativa vigente (literal f del artículo 201 del Decreto Supremo No. 015-2014-DE y literal j del artículo 15 de la Resolución Directoral No. 1186-2016).

⁹² En su Sección V, "De las sanciones", el referido reglamento establecía: "A-060501. Las acciones que [la DICAPI] podrán **aplicar a los Prácticos** por infracciones a las disposiciones del presente Reglamento y otras normas vigentes, serán las de amonestación, suspensión o cancelación de su licencia dentro de lo que esta normado en la Sección II, Capítulo XII, de esta parte del reglamento." [Énfasis agregado]. La normativa vigente a la fecha también prevé la falta de entrenamiento de aspirantes a prácticos como una infracción (artículo 201 de la Sección B del Anexo del Decreto Supremo No. 015-2014-DE) que puede ser sancionada con la suspensión de los prácticos marítimos.

impuestas por la DICAPI (bajo normativa sectorial) y el INDECOPI (bajo el DL 701) vulneraron el principio de *non bis in idem* en su vertiente material:

(i) Identidad de sujeto

Sobre la coincidencia de sujetos bajo la normativa sectorial y la normativa de competencia, salvo por una excepción, consideramos que esta no se cumple y por tanto no nos encontramos ante una duplicidad indebida de sanciones.

En específico, conforme se desprende del texto de las Normas de los Prácticos Marítimos, del Reglamento de las Actividades Marítimas y de las amonestaciones impuestas por la DICAPI, las sanciones bajo la normativa sectorial están dirigidas a los “prácticos marítimos” comprendidos como profesionales debidamente habilitados para prestar sus servicios en condiciones de seguridad, según el numeral 2 de las Normas de los Prácticos Marítimos⁹³.

Por su parte, bajo el DL 701 se está sancionando a PILOT, en calidad de persona jurídica de derecho privado que realiza actividades económicas, y a los Prácticos Denunciados, en calidad de personas que ejercieron la representación de PILOT para la adopción de prácticas sancionadas bajo la norma de competencia. Esto conforme al artículo 2 del DL 701, que define el ámbito de aplicación subjetivo de la norma⁹⁴.

Así, se evidencia que la normativa sectorial sanciona a los prácticos en su calidad de (a) “profesionales debidamente habilitados por la DICAPI para prestar sus servicios”; mientras que el DL 701 sanciona a PILOT en calidad de (b) “persona jurídica que llevó a cabo una conducta anticompetitiva” y a los Prácticos Denunciados como (c) “personas naturales que actuaron en representación de PILOT para dicha conducta anticompetitiva”.

Como ya hemos mencionado en el apartado anterior, consideramos que no existe identidad subjetiva entre (a) y (b), en la medida que una persona jurídica como PILOT debe ser analizada como un sujeto de derecho distinto a las personas naturales que la componen, llegando nuestro ordenamiento incluso a reconocerle derechos fundamentales propios⁹⁵. Además, solo dos de los más de treinta prácticos que conforman PILOT fueron sancionados por la Autoridad Marítima, reforzando la idea de que no se trata del mismo sujeto sancionado.

⁹³ En su literal q) dicho artículo definía al “Práctico Marítimo” como: “Es un Capitán de Travesía de la Marina Mercante Nacional licenciado o titulado por la Autoridad Marítima Nacional como experto reconocido en el conocimiento de las ayudas a la navegación, condiciones meteorológicas, oceanográficas e hidrográficas, así como de sus efectos, en zonas de practica obligatorio específicas y preparado para asesorar a los capitanes de las naves, de acuerdo a lo que le faculta su título o licencias, en las maniobras de practica, para garantizar la seguridad de la vida humana en el mar, la seguridad de las naves, de su carga y de las instalaciones.”

⁹⁴ Dicho artículo estipulaba: “La presente Ley es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas. Se aplica también a las personas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas, instituciones o entidades en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por esta Ley.”

⁹⁵ Ver, por ejemplo, sentencias del Tribunal Constitucional recaídas expedientes No. 03592-2007-PA/TC y 04072-2009-PA/TC.

Por su parte, respecto a una posible identidad de sujeto entre (a) y (c), fueron dos los prácticos de PILOT que fueron sancionados por la DICAPI bajo la normativa sectorial: Luis Mella Montoya y Manuel Rivadeneira Cockburn. Al respecto, Rivadeneira fue también sancionado por INDECOPI, al haber ostentado un cargo directivo en PILOT. Solo respecto de él sí existe identidad subjetiva entre ambas sanciones; sin embargo, ello no es suficiente para aplicar el *non bis in idem*, en tanto también se requiere la concurrencia de identidad de hechos y fundamento.

Por último, respecto a una posible identidad de sujeto entre (b) y (c), y aunque no haya sido un aspecto levantado por PILOT o los Prácticos denunciados, a nivel doctrinario⁹⁶ se ha señalado que sancionar bajo la normativa de competencia a una persona jurídica y a sus representantes podría conllevar una vulneración al *non bis in idem*, en la medida que en dichas sanciones sí existiría identidad de hecho (la misma conducta anticompetitiva), de fundamento (la protección de la libre competencia) y de sujetos (en la medida que son las personas naturales las que representan la voluntad social de la persona jurídica sancionada).

Sobre dicha posible vulneración al principio *non bis in idem* “dentro” de la misma norma de competencia (DL 701 y actualmente la propia LRCA), consideramos que la misma no se configura porque PILOT y sus representantes son administrados distintos y, por tanto, no existe identidad de sujeto. En este sentido también se han pronunciado autoridades a nivel comparado al analizar normas de competencia que, como la peruana, permiten la sanción de personas naturales que actúan en representación de las personas jurídicas sancionadas⁹⁷. Además, no se debe perder de vista la importancia de sancionar también a las personas naturales involucradas en conductas anticompetitivas para garantizar el óptimo *enforcement* de las normas de competencia⁹⁸.

En ese sentido, salvo por el caso del práctico Manuel Rivadeneira Cockburn, no existió identidad de sujeto entre las sanciones impuestas por la DICAPI y el INDECOPI a PILOT y a los Prácticos Denunciados, por lo que no se vulneró el principio del *non bis in idem*⁹⁹.

⁹⁶ Ver, por ejemplo, Calderón, A. (2006). “Una pena entre dos... ¿duele menos? Análisis de la responsabilidad en la Ley de Libre Competencia”. En Revista de Derecho Administrativo, número 2.

⁹⁷ Así, por ejemplo, en la Sentencia No. SAN 2166/2018 del 21 de mayo de 2018, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional española señaló que la sanción a una empresa y a su director general no vulnera el *non bis in idem* porque la norma de competencia pretende “sancionar por la adopción de acuerdos anticompetitivos tanto a las personas jurídicas que han participado en su adopción como a las personas físicas que por su posición de mando y de dirección en la empresa han podido intervenir no solo en la celebración de los acuerdos anticompetitivos, sino que, además, dado el cargo y su posición de influencia en la empresa posibilitan con su participación el diseño y el impulso de los acuerdos alcanzados”.

⁹⁸ Al respecto, ver Rebollo, M. (2016). “Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores”. En *Ius et Veritas*, número 53. “[L]a exclusiva responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas dificultaba a veces que las sanciones cumplieran sus funciones y, en coherencia, digamos ahora que esta responsabilidad simultánea de la persona jurídica y de sus administradores palió aquellas insuficiencias y refuerza las funciones de retribución y de prevención que deben cumplir las sanciones” (página 244).

De la misma manera, ver Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE (2003). “Policy Roundtables. Cartel Sanctions against Individuals”. “There is ample empirical evidence that corporate sanctions in the form of fines are almost never sufficiently high to be an optimal deterrent, and in most cases are substantially below that level. In these circumstances, the threat of individual sanctions can strengthen the incentive of directors and employees to resist corporate pressure to engage in unlawful activity, and thus enhance the level of deterrence.” (página 8)

⁹⁹ Esta postura va en línea con lo resuelto por la Comisión y la Sala sobre la falta de identidad respecto de PILOT. Sin embargo, ninguno de dichos órganos resolutorios tomó en consideración que sí existió identidad de sujeto respecto del práctico Rivadeneira, al haber sido sancionado tanto bajo la normativa sectorial como bajo el DL 701.

(ii) **Identidad de hecho**

A diferencia de lo analizado por la Comisión y la Sala¹⁰⁰, consideramos que en este caso no existió identidad objetiva o de hechos, en la medida que nos encontramos ante conductas que derivan de dos voluntades distintas y pueden, cada una, ser sancionables bajo la normativa aplicable.

Así, por un lado, tenemos las conductas desplegadas por los prácticos de PILOT Mella y Rivadeneira, consistentes en negar directamente el acceso a naves, en perjuicio de los aspirantes a prácticos de COSMOS que deseaban realizar las prácticas de maniobra exigidas por la normativa. Este hecho por sí mismo es sancionable bajo la normativa sectorial, al vulnerar el antes citado numeral 6 de las Normas de los Prácticos Marítimos.

Por otro lado, como hecho distinto del anterior, se tiene a PILOT y a sus representantes legales estableciendo reglas internas en su Reglamento de Trabajo no dirigidas a negar el entrenamiento de aspirantes a prácticos, sino a condicionarlo a un pago no reconocido en la normativa sectorial y a la suscripción de un contrato de exclusividad. En específico, el referido reglamento interno de PILOT establecía¹⁰¹:

*“8128. Un capitán de Travesía, autorizado a postular a Práctico Marítimo por la Autoridad Marítima, para poder asistir a las maniobras de los Prácticos Marítimos de Pilot Station S.A. como observador **deberá firmar un Contrato de Exclusividad por tiempo indeterminado.***

*8129. Los Capitanes de Travesía autorizados a postular a Práctico Marítimo por la Autoridad Marítima, para poder asistir a las maniobras de los Prácticos Marítimos de Pilot Station S.A. como observador, **deberán ejecutar un pago, por cada maniobra, de acuerdo a la tarifa que el Directorio de la empresa determine.***

*8130. **Ningún Práctico Marítimo de Pilot Station S.A. bajo su responsabilidad podrá llevar como Observador a un Capitán de Travesía postulante a Práctico Marítimo.***”

[Énfasis agregado]

Así, se observa que nos encontramos ante dos hechos diferenciados, uno realizado por los prácticos de PILOT consistente en negar el acceso a naves en perjuicio de otros aspirantes a prácticos, y otro atribuible a PILOT

¹⁰⁰ Ni la Comisión ni la Sala señalaron expresamente que no existía identidad de hecho. Para sostener que no se vulneró el *non bis in idem* solo hicieron referencia a la falta de identidad de sujetos y fundamentos.

¹⁰¹ Estos apartados del Reglamento de Trabajo de PILOT se encuentran también transcritos entre las páginas 13 y 14 de la Resolución de Primera Instancia.

y a sus representantes legales, consistente en el condicionamiento (a nivel de reglamento interno) del entrenamiento de aspirantes a prácticos. Por ello, consideramos que en este caso tampoco se cumplió con la identidad de hecho necesaria para la aplicación del *non bis in idem*.

(iii) Identidad de fundamento

Por último, consideramos que ante las sanciones de la DICAPI y el INDECOPI tampoco se cumple con la identidad de fundamento necesaria para la aplicación del *non bis in idem*, en tanto la normativa sectorial y el DL 701 buscan la protección de bienes jurídicos diversos. De la misma manera, en tanto los objetivos de ambas normas son distintos, consideramos que el DL 701 es plenamente aplicable y no supletorio a la norma sectorial.

Respecto a la normativa sectorial vigente en la época en la que DICAPI sancionó a los prácticos de PILOT, la revisión de las finalidades perseguidas por dichas normas, sus ámbitos de aplicación y las obligaciones dirigidas a los prácticos marítimos permiten comprender que el principal bien jurídico resguardado por las mismas es la seguridad de la vida humana, de la infraestructura portuaria y del medioambiente¹⁰², en tanto reconocen la labor del práctico marítimo (y de los aspirantes a prácticos) como necesaria para la óptima navegación de los buques. Este fundamento se replica en las normas sectoriales vigentes que sustituyeron la normativa de aquella época¹⁰³.

Por su parte, para evaluar el bien jurídico tutelado por el DL 701, se debe tener en consideración que la libre competencia goza de reconocimiento

¹⁰² **Reglamento de las Actividades Marítimas – Decreto Supremo No. 002-87-MA**

“FINALIDAD. Normar la organización, jurisdicción y funciones de la Autoridad Marítima en los ámbitos del dominio marítimo, fluvial y lacustre del territorio de la república, así como normar el control de vigilancia de todas las actividades que se desarrollan en el mar (...); la protección del medio acuático y de sus recursos y riquezas; de la **seguridad de la vida humana** en el mar, ríos y lagos navegables; seguridad y vigilancia de Puertos y Muelles, así como la represión del contrabando y de cualquier otra actividad ilícita en el ámbito de su jurisdicción.”

“A-060101. En aguas jurisdiccionales de la nación el practica y el pilotaje constituyen **servicios de interés para la seguridad de la navegación, la vida humana y la propiedad en el indicado medio**, debiendo ser ejercidos por los Prácticos, Marítimos, Fluviales o Lacustres, según el área de jurisdicción para la cual han sido autorizados.” [Énfasis agregado]

Normas de los Prácticos Marítimos – Resolución Directoral No. 0472-2000-DCG

“2. DEFINICIONES. Para efectos de la aplicación de la presente norma se entenderá por: (...) q) **Práctico Marítimo.** - Es un Capitán de Travesía de la Marina Mercante Nacional licenciado o titulado por la Autoridad Marítima Nacional como experto reconocido en el conocimiento de las ayudas a la navegación (...), **para garantizar la seguridad de la vida humana en el mar, la seguridad de las naves, de su carga y de las instalaciones**”.

“6. FUNCIONES, LIMITACIONES Y OBLIGACIONES DE LOS PRACTICOS MARITIMOS (...) e) Al prestar el servicio de practica en las áreas autorizadas por la Autoridad Marítima, **el práctico observará que se garantice la seguridad de la vida humana en el mar, la seguridad de las naves y de las instalaciones portuarias (...)**”

“10. DE LAS FALTAS Y SANCIONES: (...) b) Clasificación de las faltas: **Faltas leves:** Son acciones u omisiones que no lesionan en forma seria la disciplina, **eficiencia o seguridad del practica**, susceptibles de ser corregidas sin aplicar sanciones severas. (...) **Faltas graves:** Son acciones u omisiones que afectan seriamente a la disciplina, **eficiencia o seguridad del practica**. Serán impuestas por la Capitanía de Puerto. (...) **Faltas muy graves:** Son acciones u omisiones que afectan de tal manera a la **eficiencia o a la seguridad del practica** que deban ser sancionadas con severidad (...)” [Énfasis agregado]

¹⁰³ **Decreto Supremo No. 015-2014-DE – Reglamento del Decreto Legislativo No. 1147**

“513.1 El práctico marítimo es un capitán de la Marina Mercante Nacional titulado por la Dirección General como experto reconocido en el conocimiento de las ayudas a la navegación (...). Está preparado para asesorar a los capitanes de las naves, de acuerdo a lo que le faculte su título y licencia en las maniobras de practica, **para garantizar la seguridad de la vida humana en el mar, seguridad de las naves, sus cargas e instalaciones portuarias.**” [Énfasis agregado]

Resolución No. 1186-2016 – Norma de practica marítimo y de los prácticos marítimos

“Objeto. Regular y ordenar el practica marítimo, por razones de **seguridad de la vida humana en el mar, prevención de la contaminación del medio acuático, así como la protección a las naves e instalaciones portuarias.**” [Énfasis agregado]

en el artículo 61 de nuestra Constitución, según el cual: “*El Estado facilita y vigila la libre competencia*” y “*combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas*”.

En desarrollo de lo señalado en la Constitución, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la libre competencia es una “*manifestación del orden público económico*”¹⁰⁴ e incluso un derecho fundamental que promueve “*de la mejor manera la satisfacción de los intereses de los consumidores y usuarios en el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados de bienes y servicios*”¹⁰⁵.

En ese sentido, la libre competencia –como bien jurídico tutelado por nuestro ordenamiento que busca maximizar el bienestar del consumidor¹⁰⁶– no puede ser confundido con un bien jurídico como la seguridad en las actividades marítimas, que es resguardado por la normativa sectorial utilizada por la DICAPI para sancionar individualmente a los prácticos de PILOT.

Así, incluso si el entrenamiento de aspirantes a prácticos con el fin de garantizar la seguridad en las actividades de practica tuviese como efecto adicional permitir la competencia en la prestación de estos servicios, se debe tener en cuenta que ello no es el objetivo buscado por la normativa sectorial, sino una consecuencia que a su vez debe ser resguardada bajo la norma de competencia.

En ese sentido, al no existir identidad de sujetos, hechos o fundamentos, en el presente caso **no se vulneró el principio sancionador del *non bis in idem***, contrario a lo señalado por los denunciados.

De la misma manera, en tanto la normativa sectorial y el DL 701 persiguen finalidades distintas (respectivamente, garantizar la seguridad de actividades marítimas y proteger la libre competencia como medio para maximizar el bienestar del consumidor) en este caso **no corresponde aplicar el principio de supletoriedad**, en tanto estamos ante infracciones independientes que no limitan el uso de la norma de competencia.

3.1.4. Conclusiones respecto del primer problema jurídico

70. Con lo desarrollado respecto al primer problema jurídico identificado, concluimos lo siguiente:

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente No. 00014-2009-PI/TC.

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente No. 03116-2009-PA/TC.

¹⁰⁶ Al respecto, el DL 701 señalaba en su artículo 1 que su objetivo era procurar “*el mayor beneficio de los usuarios y consumidores*”. De manera similar, la LRCA señala en su artículo 1 que su finalidad es “*promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores*”. Sin perjuicio de estos objetivos reconocidos a nivel normativo, se debe tener en cuenta que a nivel internacional las normas de competencia no siempre buscan (o al menos no tienen como único objetivo) la maximización del bienestar del consumidor. Al respecto, ver, Quintana, E. (2012). “El objetivo de la Ley de Competencia peruana y la interpretación de las conductas prohibidas”. En Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual No. 12.

- Bajo el principio de supletoriedad, una conducta anticompetitiva no puede ser sancionada bajo el DL 701 si esta a su vez es sancionada por una norma sectorial cuyo fundamento también es tutelar la libre competencia.
- En el caso analizado, **no** corresponde aplicar el principio de supletoriedad, en la medida que la normativa sectorial utilizada por la DICAPI para sancionar a prácticos de PILOT tiene un fundamento distinto a la norma de competencia (el resguardo de la seguridad en las actividades marítimas).
- En su calidad de procedimiento administrativo sancionador, el procedimiento seguido por el INDECOPI en contra de PILOT y los Prácticos Denunciados debe cumplir con el principio del *non bis in idem*, bajo el cual ninguna persona puede ser sancionada dos veces por un mismo hecho y fundamento (en su vertiente material). Para la aplicación de este principio, es necesario que concurren la identidad de sujetos, hechos y fundamentos entre ambas sanciones.
- En la medida que las sanciones impuestas por la DICAPI y el INDECOPI están dirigidas a sujetos distintos, se basan en distintos hechos para sancionar y tutelan distintos bienes jurídicos, en este caso **no** procede aplicar el principio del *non bis in idem*, contrario a lo señalado por los agentes denunciados.

3.2. Segundo problema: ¿Puede un conjunto de contratos laborales ser contrario a la normativa de libre competencia?

71. Uno de los problemas centrales abordados en el Expediente es si un conjunto de contratos de naturaleza laboral como los celebrados por PILOT con los prácticos marítimos del TP Callao pueden por sí mismos vulnerar la normativa de competencia al calificar como un supuesto de abuso de posición de dominio.
72. Sobre este extremo, desde su denuncia la ASPPOR y los Prácticos Denunciantes resaltaron que los contratos de exclusividad celebrados por PILOT con los prácticos habilitados en el TP Callao resultaban irracionales e impedían el ingreso o expansión de otros competidores, al constituir una fuerte barrera estratégica. En ese sentido, señalaban que la única racionalidad detrás de lo realizado por PILOT era privar a sus competidores de un insumo necesario para competir en el mercado: los prácticos marítimos.
73. Por su parte, PILOT y los Prácticos Denunciados buscaron defender la licitud de los contratos celebrados con sus prácticos argumentando que estos eran un resultado de la propia voluntad de los prácticos y que estos contratos por sí mismos no limitaban el ingreso de nuevos competidores o la formación de nuevos prácticos que podrían prestar sus servicios en el TP Callao.
74. Conforme fue señalado en la sección de antecedentes del caso, los órganos resolutivos del INDECOPI terminaron reconociendo que la celebración y vigencia

de estos contratos, dadas sus especiales características, tenían un efecto anticompetitivo sobre el mercado relevante.

75. Ante ello, a partir de lo argumentado por las partes y lo resuelto por el INDECOPI, corresponde preguntarnos si: (i) la libre competencia puede restringir la libertad contractual de los administrados; (ii) los contratos de exclusividad celebrados por agentes con posición de dominio son por sí mismos contrarios a la competencia; y, (iii) si el análisis realizado por el INDECOPI en este caso es congruente con nuevas tendencias del derecho de la libre competencia.

3.2.1. Cuestión previa: el abuso de posición de dominio bajo el DL 701 y la LRCA

76. A nivel global, la normativa de libre competencia suele dividirse en dos grandes subramas: el control de conductas anticompetitivas, que buscará sancionar *ex post* conductas que vulneren el proceso competitivo; y, el control de estructuras (también llamado control de concentraciones empresariales), que de manera *ex ante* buscará prevenir la celebración de acuerdos entre agentes independientes que podrían afectar la competencia. En Perú, el control de conductas, que es el más relevante para el análisis del Expediente, se encuentra regulado actualmente en la LRCA, sucesora del DL 701.
77. Entre las conductas anticompetitivas sancionadas por la LRCA y el DL 701 con amparo en el texto constitucional¹⁰⁷, tal vez la que ha merecido más estudio y desarrollo jurisprudencial es el abuso de posición de dominio. Esta conducta, unilateral por naturaleza, podría definirse como el uso “indebido” del poder de mercado para distorsionar el proceso competitivo¹⁰⁸.
78. Para la sanción de estas conductas unilaterales, aunque con algunas variaciones entre los textos de ambas normas, el DL 701 y la LRCA reconocen que deben concurrir las siguientes condiciones¹⁰⁹:

(i) El agente infractor debe gozar de una posición dominante

Como es evidente, ostentar una posición de dominio en un determinado mercado es un presupuesto necesario para un uso indebido de dicha posición.

Para determinar la existencia de una posición de dominio, primero será necesario delimitar el “mercado relevante” sobre el cual la presunta conducta anticompetitiva tendría efectos. Dicho mercado relevante, conforme a lo

¹⁰⁷ Como ya ha sido señalado, la libre competencia es tutelada a nivel constitucional por el artículo 61 de nuestra Constitución, la cual precisa que el Estado combate “*el abuso de posiciones dominantes o monopólicas*”. Como se desprende de dicho texto, no es sancionable la sola tenencia de una posición dominante o de un monopolio, sino el uso “abusivo” de dicha posición. Esta idea es incluso reconocida de manera expresa en el artículo 7.2. de la LRCA, que reconoce: “*La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita*”.

¹⁰⁸ En palabras del International Competition Network: “*Unilateral conducts laws prohibit dominant enterprises from misusing their market power to distort competition*”. Ver International Competition Network (2012). “Chapter 1: The objectives and principles of unilateral conduct laws”. En Unilateral Conduct Workbook.

¹⁰⁹ Además de lo establecido en el DL 701 y la LRCA, para este apartado se tomó en cuenta el análisis realizado por INDECOPI en recientes casos de abuso de posición de dominio bajo la LRCA. Ver, por ejemplo, Resolución 052-2021/CLC-INDECOPI.

establecido en la LRCA¹¹⁰ se encuentra integrado por el mercado de producto o servicio y el mercado geográfico¹¹¹.

Una vez delimitado el mercado relevante, se debe determinar si efectivamente el agente investigado cuenta con “posición de dominio”. Sobre dicha posición, el DL 701 la define como la posibilidad de “*actuar de modo independiente con prescindencia de (...) competidores, compradores, cliente o proveedores*” (artículo 4). Por su parte, la LRCA precisa que un agente cuenta con posición de dominio si este puede “*restringir, afectar o distorsionar de forma sustancial*” las condiciones de competencia en un mercado, con prescindencia de sus competidores, proveedores o clientes (artículo 7).

Además de lo anterior, en línea con lo señalado por la doctrina y jurisprudencia internacional¹¹², ambas normas reconocen características que típicamente otorgarían a un agente una posición de dominio, tales como: una elevada cuota de mercado, la existencia de barreras a la entrada (legales, económicas o estratégicas) y el poder de negociación de terceros en el mercado.

Así, por ejemplo, una empresa que opera en un mercado caracterizado por la presencia de elevadas barreras a la entrada (legales y estratégicas), que carece de sustitutos por disposición legal, donde sus competidores no pueden acceder a un insumo necesario para competir y donde, además, dicha empresa posee elevadas cuotas de mercado (por ejemplo, en función de sus ventas), probablemente ostentará una posición de dominio.

(ii) La comisión de una conducta dirigida a restringir indebidamente la competencia

Tras determinar que el agente investigado cuenta con posición de dominio en el mercado relevante, corresponderá al INDECOPI verificar si efectivamente se ha realizado una conducta que, bajo los alcances del DL 701 o la LRCA, constituya un abuso de posición de dominio.

Al respecto, el artículo 5 del DL 701 explica que constituirán supuestos de abuso de posición de dominio aquellas conductas que conlleven una actuación indebida dirigida a obtener beneficios y “*causar perjuicios a otros*”, siempre y cuando estas no hubieran sido posibles de no contarse con posición de dominio. Entre los literales a) y e) de dicho mismo artículo, el DL

¹¹⁰ Artículo 6 de la LRCA. El DL 701 no incorporaba esta definición de “mercado relevante”; sin embargo, era utilizada en la práctica por el INDECOPI.

¹¹¹ El mercado de producto (o servicio) debe definirse a partir del producto (o servicio) ofrecido por el agente económico investigado y estará conformado por todos aquellos productos o servicios que resulten sustitutos adecuados y razonables del mismo. Para su delimitación, normalmente se utilizarán evaluaciones económicas como el Test del Monopolista Hipotético. Por su parte, el mercado geográfico estará constituido por el área geográfica en donde el agente investigado vende sus productos (u ofrece sus servicios) y todas aquellas áreas geográficas alternativas que permitan el aprovisionamiento. Al respecto, ver, Figari, H.; Gómez, H. y Zúñiga, M. (2005). “Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio”. En Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, número 1.

¹¹² Al respecto, ver, Conrath, C. (1995). “Capítulo 5. Posición dominante en un mercado relevante. Poder de mercado: cómo identificarlo”. En Guía práctica para la ejecución de la ley antimonopolio para una economía en transición. Además de los factores señalados en el DL 701 y la LRCA, uno identificado por este autor que resulta relevante en este caso para identificar una posición de dominio es la “acción gubernamental”.

701 proporciona supuestos típicos de abuso de posición de dominio, tales como la negativa injustificada de trato, la discriminación y las ventas atadas. Asimismo, en su literal f) señala que constituyen supuestos de abuso de posición de dominio *“Otros casos de efecto equivalente”*.

De manera similar, en su artículo 10 la LRCA señala que serán consideradas abusivas aquellas conductas que, de manera indebida, restrinjan la competencia y permitan al agente dominante obtener beneficios *“perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos”*. Seguidamente, entre los literales a) y g) de su artículo 10.2 presenta supuestos típicos de abuso de posición de dominio¹¹³ y reconoce en su literal h) a *“aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica”*.

Al respecto, resaltan tres cosas a partir de lo recién señalado. En primer lugar, las modalidades de abuso de posición de dominio listadas en los artículos 5 y 10.2 del DL 701 y de la LRCA, respectivamente, tienen un carácter enunciativo y no taxativo. Es decir, otras conductas que cumplan con las características propias del abuso de posición de dominio pueden también ser sancionadas, incluso si no se encuentran expresamente reconocidas¹¹⁴.

En segundo lugar, y estrechamente vinculado con lo anterior, tanto el DL 701 como la LRCA reconocen supuestos “abiertos” de conductas que pueden constituir abusos de posición de dominio (respectivamente, en sus artículo 5.f) y 10.2.h)). Respecto a dicha técnica de tipificación, coincidimos con autores como Gonzáles en que contar con esta clase de “cláusulas de efecto equivalente” es necesario y no vulnera el principio de tipicidad propio del derecho sancionador¹¹⁵.

Por último, y tal vez como la diferencia más relevante entre las redacciones de ambas normas, la LRCA establece que el perjuicio causado por el agente investigado debe ser dirigido a otros competidores, reales o potenciales, directos o indirectos. Esta precisión, deja en claro que la LRCA solo sanciona conductas con efectos exclusorios (que afectan a otros competidores y con ello restringen el proceso competitivo, afectando indirectamente a los consumidores), y no aquellas con efectos explotativos (que directamente afectan a los consumidores, como los denominados

¹¹³ Los supuestos típicos de abuso de posición de dominio presentados en la LRCA son más numerosos que los presentados en el DL 701 y se basan en casos resueltos por el INDECOPi antes del 2008. Por ejemplo, se añadió como supuestos de abuso de posición de dominio la celebración de contratos de exclusividad y el uso abusivo de procesos legales. Curiosamente, de una revisión de la Exposición de Motivos de la LRCA (p. 20), el caso materia de este Expediente sirvió como sustento para incorporar una referencia expresa a dichas dos modalidades.

¹¹⁴ En el caso de la LRCA esto parece incluso más claro, en la medida que el encabezado del artículo 10.2 culmina con *“(…) conductas de efecto exclusorio tales como”*. En el caso del DL 701, sin embargo, no existía un fraseo similar, limitándose a señalar el encabezado del artículo 5: *“Son conductas de abuso de posición de dominio”*. Sin perjuicio de ello, bajo el DL 701, la Sala emitió pronunciamientos tales como la Resolución No. 0225-2004/TDC-INDECOPi, en los que explica que los artículos 3, 5 y 6 tienen un carácter meramente descriptivo y que los supuestos de conductas anticompetitivas ahí reconocidos deben ser comprendidos a manera de ejemplos y no de manera taxativa.

¹¹⁵ Gonzáles, D. (2009). “El principio de tipicidad y la cláusula de efecto equivalente en la legislación de libre competencia”. En Revista de Derecho Administrativo, número 8.

“precios excesivos”). Con esta precisión, se evita caer en interpretaciones contradictorias como las que tuvieron lugar bajo el DL 701¹¹⁶.

(iii) Un efecto anticompetitivo neto: beneficios para el agente infractor y efecto exclusorio por razones distintas a la mayor eficiencia económica

Por último, tras constatar la existencia de una posición de dominio y la comisión de una conducta dirigida a restringir indebidamente la competencia, se deberán evaluar los efectos negativos sobre el mercado y posibles justificaciones que dicha conducta puede tener, en la medida que las conductas unilaterales se encuentran sujetas a una evaluación bajo la “regla de la razón” (prohibición relativa según los artículos 9 y 10.4 de la LRCA¹¹⁷).

A este respecto, tanto el DL 701 como la LRCA establecen que la conducta investigada debe generar beneficios (directos o indirectos) para el agente que la realiza y perjuicios a terceros (competidores reales o potenciales, directos o indirectos, conforme ya fue explicado). Así, conductas que no le traigan un beneficio al agente que la realiza o a una empresa vinculada (como negativas o discriminaciones “arbitrarias”) no serían consideradas abusos de posición de dominio bajo la normativa de competencia peruana¹¹⁸.

Por último, al estar sujetas las prácticas unilaterales a una prohibición relativa (e incluso si generan un perjuicio a otros competidores), para que estas sean ilícitas además deberán carecer de un sustento comercial o económico válido que, a su vez, pueda generar beneficios para los consumidores. Si estas eficiencias son mayores que los efectos restrictivos sobre la competencia detectados, no nos encontraremos ante una conducta anticompetitiva.

79. Tras analizar los aspectos principales de la regulación del abuso de posición de dominio, la cual también será de utilidad para el tercer problema jurídico identificado, procederemos a analizar la “tensión” existente entre la libre competencia y derechos reconocidos en nuestro ordenamiento, con ocasión de la sanción de conductas realizadas por agentes dominantes.

3.2.2. Libertad de contratación y libre competencia

¹¹⁶ Por ejemplo, tras una relativamente uniforme interpretación bajo la cual el DL 701 no cubría conductas explotativas, en 2004 (caso Central Unitaria de Trabajadores y Javier Díez Canseco contra Asociación de AFPs) la Sala revocó una decisión de la Comisión para indicar que bajo la norma de competencia vigente en dicha época se podían analizar casos de precios excesivos (supuesto típico de abusos explotativos). Esta discusión, que mereció un análisis opuesto de la Sala en un posterior caso bajo el DL 701 (caso Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra CONSETTUR), culminó con la nueva redacción de la LRCA, la cual, contrario a lo que sucede en otras jurisdicciones (como la Unión Europea y Chile), reconoce que no es aplicable a conductas explotativas.

¹¹⁷ Pese a que el DL 701 no diferenciaba expresamente entre “regla de la razón” (prohibición relativa) y “regla *per se*” (prohibición absoluta), en sus decisiones el INDECOPI adoptó dicha distinción, con base en jurisprudencia internacional. En ese sentido, a diferencia de lo que sucede con casos de cárteles bajo prohibición absoluta (donde basta con probar la existencia de una práctica concertada para sancionar, en tanto los efectos negativos sobre la competencia se presumen), en supuestos de abuso de posición de dominio se deberán probar efectos negativos reales o potenciales sobre la competencia.

¹¹⁸ Estas conductas arbitrarias o irracionales (desde un punto de vista comercial) podrían conllevar el perjuicio de un agente en el mercado (por ejemplo, si un proveedor con posición de dominio le niega injustificadamente el suministro de un insumo). Sin embargo, si dicha negativa no le genera ningún beneficio a dicho proveedor por no tener (ni buscar tener) empresas vinculadas aguas abajo en realidad no se está afectando a un competidor “real o potencial” o “directo o indirecto” y, por tanto, no existe ningún efecto exclusorio anticompetitivo.

80. En su calidad de bien jurídico tutelado por la Constitución, la libre competencia muchas veces puede entrar en conflicto con otros derechos fundamentales. A propósito del análisis llevado a cabo por el INDECOPI en este caso, consideramos relevante analizar cómo es que la regulación de libre competencia (y, en específico, la sanción del abuso de posición de dominio en sus distintas modalidades) puede entrar en conflicto con el derecho a la libre contratación.
81. Respecto al derecho a la libre contratación, este se encuentra reconocido conjuntamente en los artículos 2.14 y 62 de nuestra Constitución, los cuales reconocen, respectivamente que toda persona tiene derecho a “*contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público*” y a “*pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato*”.
82. En su calidad de derecho fundamental, la libertad de contratación aplica tanto a personas naturales como a personas jurídicas¹¹⁹ y, según el Tribunal Constitucional, constituye un derecho “relacional” en tanto “*con su ejercicio, se ejecutan también otros derechos tales como la libertad al comercio, la libertad al trabajo, etc.*”¹²⁰. Asimismo, este derecho tiene un doble contenido, constituido por: la libertad de contratar (facultad para decidir cómo, cuándo y con quién se contrata) y la libertad contractual (también llamada “libertad de configuración interna”, bajo la cual se puede decidir sobre el contenido del contrato)¹²¹.
83. Sobre los alcances de la libertad de contratación, la jurisprudencia y doctrina reconocen que este, al igual que otros derechos, no tiene una naturaleza “ilimitada”. Así, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el mismo se encuentra sujeto a límites explícitos (i.e., la licitud del objeto contractual y el respeto de las normas de orden público) e implícitos (i.e., restricciones impuestas por otros derechos fundamentales)¹²².
84. Sobre los límites explícitos, con ocasión de la limitación a la libre contratación impuesta por normas de orden público, Landa señala:

“[E]l orden público constitucional es como un contorno que limita la actuación de los privados. Estos podrán moverse dentro de tal contorno, sin que su actuación sea considerada lesiva del orden público configurado por la ley. (...) las normas de orden público legal se enfocan en proscribir determinadas conductas (...) en tanto se considera que podrían afectar los derechos fundamentales de otras personas, o incluso bienes constitucionalmente protegidos.”¹²³

¹¹⁹ Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída sobre el Expediente No. 4972-2006-PA/TC (fundamento 14): “En medio del contexto descrito y aun cuando no se pretende ensayar aquí una enumeración taxativa de los derechos que pueden resultar compatibles con la naturaleza o estatus de las personas jurídicas, cabe admitirse, entre otros, y desde una perspectiva simplemente enunciativa, los siguientes: (...) m) La libertad de contratación (...) v) La libre competencia (...)”

¹²⁰ Fundamento 26 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente No. 0008-2023-AI/TC.

¹²¹ Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el fundamento 7 de su Sentencia recaída sobre el Expediente No. 02175-2011-PA/TC.

¹²² Así lo explica el referido tribunal en su sentencia recaída sobre el Expediente No. 2670-2002-AA/TC.

¹²³ Landa, C. (2014). “La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites”. En Themis, número 66, página 317.

[Énfasis agregado]

85. Con ello en consideración, al ser la libre competencia una manifestación del orden público económico tutelada por la Constitución, cobra sentido el hecho de que, ante conductas anticompetitivas, la libre contratación (libertar de contratar y libertad contractual) pueda verse limitada. Así también ha sido reconocido por el máximo intérprete del texto constitucional, con ocasión de un recurso de agravio constitucional presentado por Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L., empresa sancionada por INDECOPI al haber abusado de su posición de dominio mediante discriminación de precios y ventas atadas.
86. En dicho caso, la referida distribuidora señalaba que el INDECOPI habría excedido sus facultades y vulnerado su derecho a la libre contratación, al haberle ordenado como medida correctiva el cese de la conducta anticompetitiva (lo cual, en la práctica, implicaba culminar o modificar sus contratos con otros agentes). Ante ello, muy acertadamente, el Tribunal Constitucional resaltó que el actuar del INDECOPI, incluso si limitaba la libertad de contratación de la presunta agraviada, se sustentaba en el DL 701 y en la protección de la libre competencia como norma de orden público¹²⁴.
87. Explicando esta limitación a la libertad de contratación de empresas con posición de dominio desde el derecho de la competencia, autores como Quintana señalan:

*“[L]a libertad de contratar es un mecanismo que **facilita el correcto funcionamiento del mercado**, ya que permite que los bienes se trasladen de usos menos valiosos a otros más valiosos. Por su parte, las normas de libre competencia (...) sirven como mecanismo para evitar que se generen fallas de mercado derivadas del poder monopólico de algunas empresas (...). **Cuando la libertad de contratar es ejercida por empresas que cuentan con poder monopólico, queda supeditada a las limitaciones que establecen las normas de libre competencia. Ello no solo resulta coherente desde una perspectiva económica, sino también desde una perspectiva legal, en tanto que las normas que reconocen la libertad de contratar condicionan la validez de su ejercicio al cumplimiento del marco legal vigente, en especial, las normas de orden público.**”*¹²⁵

[Énfasis agregado]

88. En ese sentido, esclarecido el hecho de que la libre contratación es un derecho que puede verse limitado cuando es ejercido por un agente con posición de dominio, procederemos a analizar cómo es que, bajo determinadas

¹²⁴ Fundamentos 15 a 25 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente No. 1963-2006-PA/TC.

¹²⁵ Quintana, E. (2002). “Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia?”. En *Ius et Veritas*, número 25, página 381.

características, contratos de exclusividad pueden ser contrarios a la competencia, vulnerando así los límites de la libertad de contratar y la libertad contractual.

3.2.3. Contratos de exclusividad analizados bajo la normativa de libre competencia

89. Como explicaremos en los siguientes apartados, no consideramos que los contratos laborales celebrados por PILOT con los prácticos marítimos puedan ser encasillados de manera precisa en la figura de “restricción vertical” estudiada por el derecho de la competencia; sin embargo, ante los similares efectos que ambas conductas tienen sobre el proceso competitivo, destacaremos algunas de las principales características de dichas restricciones, con especial énfasis en los contratos de exclusividad.
90. A nivel comparado, las restricciones verticales son analizadas como *“mecanismos de operación entre agentes económicos independientes, situados en diferentes niveles de una cadena de producción (estructura vertical), a través de los cuales se regulan las condiciones con que estos compran, venden o revenden ciertos productos o servicios”*¹²⁶.
91. Es decir, una restricción vertical es aquel acuerdo mediante el cual dos agentes verticalmente relacionados (típicamente, proveedor y distribuidor) acuerdan la forma en que sus productos o servicios serán respectivamente comprados y/o vendidos de cara a terceros. Entre las restricciones verticales, tal vez la más común (y la que más atención por parte del INDECOPI ha merecido) es la celebración de contratos de exclusividad.
92. De acuerdo con González¹²⁷, los contratos o acuerdos de exclusividad a su vez pueden distinguirse en tres tipos: (a) acuerdos de exclusividad en suministro (o de venta exclusiva), bajo los cuales un comprador o distribuidor se obliga a solo adquirir un determinado bien o servicio de un mismo proveedor; (b) acuerdos de exclusividad en abasto (o de distribución exclusiva), bajo los cuales un proveedor se obliga a solo abastecer con sus bienes o servicios a un único distribuidor; y, (c) los acuerdos de no competencia, bajo las cuales alguna de las partes (ya sea el proveedor o distribuidor) se obliga a no realizar una actividad específica en un área determinada.
93. Sobre los contratos de exclusividad en general, la jurisprudencia y doctrina reconocen que estos pueden tener tanto efectos procompetitivos como anticompetitivos, los cuales deberán ser analizados de manera conjunta bajo la regla de la razón. En ese sentido, solo cuando los efectos anticompetitivos sean superiores a los anticompetitivos se podrá indicar que estamos ante una conducta lesiva al proceso competitivo.

¹²⁶ Fiscalía Nacional Económica (2014). “Guía para el análisis de restricciones verticales”.

¹²⁷ González, F. (2017). “Competencia”. Primera Edición. Editorial Porrúa. Páginas 416 y 417.

94. Entre las potenciales justificaciones y efectos procompetitivos¹²⁸ de los acuerdos de exclusividad, resaltan¹²⁹:
- Eliminación del *free riding*, por ejemplo, al evitar que otros competidores “tomen provecho” de las inversiones realizadas por un distribuidor para la venta de un mismo producto.
 - Asegurar una determinada demanda, viabilizando las actividades económicas de los agentes involucrados a futuro.
 - La reducción de los costos de transacción asociados con la negociación de nuevos contratos de suministro o con la mercadotecnia necesaria para participar en el mercado.
 - El logro de economías de escala, llegando a ofrecer mejores precios al consumidor final.
 - Garantizar la calidad y uniformidad de los bienes vendidos o servicios prestados, en beneficio del consumidor final.
95. Por su parte, entre los efectos potencialmente anticompetitivos propios de los acuerdos de exclusividad, la doctrina y jurisprudencia comparada¹³⁰ reconocen:
- Los convenios de exclusividad pueden constituir barreras estratégicas que impiden la entrada y expansión de otros competidores.
 - Incluso si estos contratos no impiden por completo el ingreso o expansión de otros competidores, pueden incrementar considerablemente los costos de dichos competidores.
 - Exclusividades pueden limitar por completo el acceso de competidores a insumos necesarios para competir en un determinado mercado.
96. En línea con lo anterior, según el International Competition Network¹³¹, los señalados efectos negativos sobre la competencia podrán ser comprobados por las agencias de competencia a partir de factores tales como: el incremento de precios por parte de las empresas involucradas en el acuerdo; una reducción en los niveles de producción en el mercado; un incremento en la cuota de mercado de alguno (o ambos) de los agentes involucrados en el acuerdo; y, la salida de agentes que competían con dichos agentes.
97. Resaltadas las principales características de los acuerdos de exclusividad, es preciso señalar que estos se encuentran previstos como una conducta

¹²⁸ Al respecto, ver; Comisión Europea (2022), “Directrices relativas a las restricciones verticales”, páginas 6-8.

¹²⁹ La teoría económica reconoce muchas otras eficiencias vinculadas con las restricciones verticales; sin embargo, solo se incluyeron aquellas que se encuentran más relacionadas con casos como el que es materia de análisis. El mismo criterio fue seguido para el desarrollo de potenciales efectos anticompetitivos vinculados con estas prácticas verticales.

¹³⁰ Al respecto, ver, Comisión Europea (2022), *op. cit.*, página 9 y González, F. (2017), *op. cit.*, páginas 423-428.

¹³¹ International Competition Network (2012). “Chapter 5: Exclusive Dealing”. En Unilateral Conduct Workbook.

anticompetitiva en la LRCA bajo dos artículos distintos: el 10.2¹³², que regula las modalidades de abuso de posición de dominio, e -indirectamente- en el 12.2¹³³, que regula las prácticas colusorias verticales.

98. Esta doble tipificación, como conducta unilateral y colusoria (vertical), tiene sentido en tanto, formalmente, un acuerdo de exclusividad vincula a dos agentes económicos independientes que operan en distintos niveles de una cadena productiva (de ahí su potencial naturaleza colusoria); sin embargo, también habrá casos en los que una empresa dominante, dada su relevancia en el mercado, podrá presionar a agentes más pequeños (normalmente, distribuidores) a aceptar acuerdos de exclusividad como los analizados en este apartado. Sobre esta situación, la Exposición de Motivos de la LRCA señala:

*“En efecto, las prácticas colusorias verticales podrían, por ejemplo, manifestarse a través de negativas de trato o contratos de exclusividad. Lo que se requerirá para que se aplique la prohibición contenida en el artículo 12 es que la conducta investigada sea producto de una **colusión entre dos agentes económicos pertenecientes a distintos niveles de la cadena de producción o comercialización** y que, por ende, esté diseñada para reportar beneficios a ambos integrantes de aquella. Si, por el contrario, la restricción vertical es producto de una **imposición unilateral de una empresa dominante procurando su beneficio, la conducta deberá analizarse bajo la prohibición de abusos de posición de dominio.**”¹³⁴*

[Énfasis agregado]

99. Contrario a lo que sucede bajo la LRCA, el DL 701 no tipificaba expresamente la celebración de contratos de exclusividad como una conducta anticompetitiva. Por ello, para sancionar estas conductas el INDECOPI y el OSIPTEL se han remitido a las “cláusulas generales” de los artículos 5.f¹³⁵ y 6.j¹³⁶ del DL 701, que sancionaban el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas de la libre competencia, respectivamente.
100. En la práctica, las evaluaciones del INDECOPI y el OSIPTEL en torno a acuerdos de exclusividad se han caracterizado por seguir la siguiente metodología para

¹³² “10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto excluyente tales como: (...) e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados”

¹³³ “12.2. Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10 y 11.1 del Artículo 11 de la presente Ley, según corresponda.”

¹³⁴ Página 24 de la Exposición de Motivos de la LRCA.

¹³⁵ “Artículo 5.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio. Son casos de abuso de posición de dominio: (...) f. Otros casos de efecto equivalente.”

¹³⁶ “Artículo 6.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Son prácticas restrictivas de la libre competencia: (...) j) Otros casos de efecto equivalente”. De acuerdo con la jurisprudencia del INDECOPI bajo el DL 701, el concepto de “prácticas restrictivas de la competencia” no solo comprendía a las prácticas colusorias horizontales (cárteles), sino también las prácticas colusorias verticales.

determinar si estos vulneran o no el proceso competitivo, tanto para casos de abuso de posición de dominio como de prácticas colusorias verticales:

(i) Posición de dominio en el mercado relevante:

En caso se trate una conducta unilateral (abuso de posición de dominio), el primer análisis realizado por las autoridades se ha centrado en determinar si la empresa investigada cuenta o no con posición de dominio. En caso la conducta sea investigada como una práctica colusoria vertical, la agencia de competencia identificará si al menos una de las empresas investigadas poseía posición de dominio antes del acuerdo de exclusividad¹³⁷.

(ii) Existencia y características del acuerdo de exclusividad:

Corroborada la posición de dominio del o los agentes investigados en el mercado relevante, el INDECOPI y el OSIPTEL han buscado corroborar la existencia misma de los acuerdos de exclusividad. En la medida que estos acuerdos suelen ser privados y conocidos por la autoridad a partir de denuncias presentadas por competidores afectados, las agencias normalmente solicitarán la presentación de contratos que pudiesen contener esta clase de acuerdos.

Así, en la práctica, el OSIPTEL ha encontrado cláusulas de exclusividad en el marco de contratos de licencia y afiliación¹³⁸, mientras que INDECOPI ha hecho lo propio en contratos de representación comercial¹³⁹, contratos de venta¹⁴⁰ y contratos de suministro¹⁴¹.

Junto a la identificación de estos acuerdos de exclusividad, ambas autoridades han analizado sus principales características, tales como el plazo, el ámbito objetivo (productos y/o servicios involucrados en el acuerdo) y el ámbito geográfico (mercado geográfico en el que el acuerdo surte efectos). Estas características resultan de especial relevancia para el análisis de potenciales efectos negativos sobre el mercado.

(iii) Finalidad del acuerdo de exclusividad y sus justificaciones:

A partir del acuerdo de exclusividad identificado y sus principales características, tanto el OSIPTEL como el INDECOPI han evaluado las potenciales justificaciones y eficiencias vinculadas con tales acuerdos, con el fin de determinar si estas realmente redundan en un beneficio al

¹³⁷ Este requisito de que al menos una de las empresas involucradas cuente con posición de dominio se encuentra expresamente reconocida en el texto de la LRCA. Sin embargo, bajo el DL 701 el INDECOPI y el OSIPTEL siguieron dicha tendencia basándose en criterios internacionales. Al respecto, ver Resoluciones No. 062-CCO-2000 (Telecable contra Telefónica) y 0068-2009/SC1-INDECOPI (Group Multipurpose y Dispra contra Quimpac y Clorox).

¹³⁸ Ver página 11 de la Resolución No. 062-CCO-2009 (Telecable contra Telefónica)

¹³⁹ Ver página 10 de la Resolución No. 0256-2005/TDC-INDECOPI (Depósitos Santa Beatriz contra Distribuidora Norte Pacasmayo). Pese a que este caso fue analizado como un supuesto de abuso de posición de dominio mediante discriminación de precios y ventas atadas, estas dos conductas estuvieron sujetas a la celebración de un acuerdo de exclusividad entre Distribuidora Norte Pacasmayo y sus clientes en los mercados de cemento y otros materiales de construcción.

¹⁴⁰ Ver Anexo de la Resolución No. 045-2009/CLC-INDECOPI (Ambev contra Backus).

¹⁴¹ Ver Resolución No. 0068-2009/SC1-INDECOPI (Group Multipurpose y Dispra contra Quimpac y Clorox).

consumidor y si pueden ser obtenidas por medios distintos a un pacto de exclusividad.

Así, por ejemplo, en el caso de Telecable contra Telefónica analizado por el OSIPTEL en la Resolución No. 062-CCO-2000, Telefónica como empresa investigada señaló que la exclusividad pactada con Turner Broadcasting System le había permitido introducir un nuevo canal a su catálogo (CNN Financial Network), en beneficio de los consumidores. Sin embargo, dicha justificación no fue considerada suficiente por el OSIPTEL, en la medida que el acuerdo también restringía la posibilidad de otros operadores de transmitir canales populares como Fox, Fox Sports y Cartoon Network, los cuales sin el acuerdo de exclusividad podían ser vistos por un mayor número de televidentes.

De manera similar, en el caso de Group Multipurpose y Dispra contra Quimpac y Clorox, analizado bajo la Resolución No. 0068-2009/SC1-INDECOPI, la Sala evaluó diversas potenciales eficiencias presentadas por las empresas investigadas (por una práctica colusoria vertical) en referencia al acuerdo mediante el cual Quimpac se obligó a suministrar hipoclorito de sodio (insumo para la lejía) exclusivamente a favor de Clorox, que lo utilizaba como insumo o lo revendía a otros agentes a precios más elevados. Para ello, la Sala evaluó si dichas eficiencias justificaban o no la celebración de un acuerdo de exclusividad, que se puede resumir de la siguiente manera:

Eficiencia Alegada	Sustento	Evaluación
Reducción de riesgo del producto controlado (hipoclorito) para Quimpac	Las ventas a pequeñas empresas eran realizadas por Clorox, que asumía el costo de verificar los requisitos de las normas de control de productos químicos	Quimpac vendía otro producto controlado (ácido clorhídrico) directamente y se lo ofreció a Dispra (bajo disponibilidad inmediata), por tanto, no se sustenta un trato especial para el hipoclorito de sodio. No obstante, puede asumirse que existió algún ahorro en costos de transacción para el productor del insumo.
Reducción de costos de transacción para Quimpac	Quimpac podía colocar gran parte de su producción de hipoclorito con un gran cliente, lo que implicaba menores costos que contratar con numerosas empresas pequeñas	El mismo efecto se pudo obtener sin la exclusividad (i.e. mediante un contrato de suministro o un take or pay)
Eficiencias del take or pay para Clorox	Aseguraba la entrega del insumo	No era necesaria la exclusividad
Relación con The Clorox Company, transferencia tecnológica para Quimpac	Solidez de la empresa y transferencia de know how sobre hipoclorito de sodio	No era necesaria la exclusividad
Reducción de costos ambientales para Quimpac	Por el contrato Quimpac colocaba su producción, reduciendo costos de almacenamiento y evitando desechar los mismos (costos).	No era necesaria la exclusividad

Fuente: Resolución No. 0068-2009/SC1-INDECOPI¹⁴²

Como se puede evidenciar, el análisis de potenciales justificaciones respecto a contratos de exclusividad es realizado casi de manera conjunta con el de efectos negativos (reales o potenciales) sobre el proceso competitivo. Asimismo, pocas veces las posibles eficiencias propuestas por el o los agentes investigados bastan para justificar la celebración de esta clase de acuerdos.

(iv) Efectos negativos sobre el proceso competitivo:

¹⁴² Este cuadro en realidad resume el análisis llevado a cabo por la Comisión en primera instancia (Resolución No. 005-2008-INDECOPI/CLC); sin embargo, la Sala coincidió con la primera instancia en que en realidad no existían eficiencias asociadas al acuerdo de exclusividad celebrado por Quimpac y Clorox.

Como parte de su análisis de efectos negativos sobre la competencia, el INDECOPI ha aclarado que el primer aspecto que evaluará es la proporción del mercado afectado por los acuerdos de exclusividad, a través de lo que denomina el “índice de cierre de mercado”.

Conforme explica la Comisión en el Anexo de la Resolución No. 045-2009/CLC-INDECOPI (Ambev contra Backus), si dicho índice es menor al 30% (es decir, si el 70% del mercado se encuentra “hábil” para contratar con un competidor), ello “denotaría la imposibilidad de afectación sobre la competencia”¹⁴³ y, por tanto, no sería necesario evaluar potenciales efectos negativos adicionales. Con base en este criterio es que la Comisión determinó que Backus no había abusado de su posición de dominio mediante contratos de exclusividad, en tanto el índice de cierre de mercado se encontraba muy por debajo del 30%¹⁴⁴.

Incluso si el cierre de mercado supera el referido “puerto seguro” del 30%, el INDECOPI también se ha basado en las características de los acuerdos de exclusividad celebrados para determinar si estos pueden o no afectar el proceso competitivo. Así, como regla general, acuerdos de larga duración¹⁴⁵ y con bajas probabilidades de ser terminados unilateralmente en el corto plazo (o que pueden ser resueltos bajo condiciones especialmente perjudiciales para el agente que desea resolver el contrato, como lo son elevadas penalidades) serán considerados más riesgosos a la competencia.

Tras estas evaluaciones, que se encuentran vinculadas con el alcance y las características de los acuerdos de exclusividad, tanto el OSIPTEL como el INDECOPI han evaluado afectaciones concretas al bienestar del consumidor.

Así, por ejemplo, en el mencionado caso de Telecable contra Telefónica, OSIPTEL consideró que el “cierre” de siete canales que antes eran transmitidos por otros operadores junto con la elevación de costos de entrada en perjuicio de otros competidores eran efectos negativos que justificaban la sanción a Telefónica. De similar manera, en la investigación en contra de Quimpac y Clorox, el INDECOPI halló que, con ocasión del acuerdo de exclusividad, los precios del hipoclorito de sodio se habían elevado, lo cual redundaba en peores precios para los consumidores (de lejía) y la potencial eliminación de competidores potenciales.

101. Aclarados entonces los principales efectos sobre la competencia que conllevan la celebración de restricciones verticales y, especialmente, los contratos de

¹⁴³ Párrafo 301 del Anexo de la Resolución No. 045-2009/CLC-INDECOPI (Ambev contra Backus).

¹⁴⁴ En este caso, bajo una visión conservadora, los contratos de exclusividad entre Backus y distribuidores minoristas “cerraban” el 12% del mercado. Sobre el criterio bajo el cual “cierres” por debajo del 30% son un “puerto seguro”, este se basa principalmente en jurisprudencia estadounidense. Sin embargo, a nivel regional y en los últimos años, autoridades de competencia como la brasileña han señalado que este “puerto seguro” en realidad se encuentra alrededor del 20%. Al respecto, ver nota periodística publicada por el Consejo Administrativo de Defensa Económica de septiembre de 2022, con ocasión de un caso que también involucraba a la empresa Ambev en el mercado cervecero: <https://bit.ly/3R97Nfg>

¹⁴⁵ Con base en la jurisprudencia del OSIPTEL y del INDECOPI, acuerdos con duración mayor a 3 años han sido considerados de larga duración.

exclusividad, consideramos de especial relevancia aterrizar estos efectos en un mercado como el laboral, que, más allá de ser un mercado competitivo, posee también determinadas características que merecen ser tomadas en consideración.

3.2.4. La “contratación predatoria” y otras conductas anticompetitivas en el mercado laboral

102. En los últimos años, las autoridades de competencia a nivel internacional han mostrado un creciente interés por la aplicación de la normativa de libre competencia en los mercados laborales, llegando incluso a indicarse que los objetivos de esta normativa deberían alinearse también con el bienestar del trabajador¹⁴⁶.
103. El INDECOPI no ha sido ajeno a dicha tendencia, lo cual se demuestra a partir de su “Guía informativa sobre acuerdos anticompetitivos entre empresas en el ámbito laboral” publicada en junio de 2020. En dicha guía, más allá de reconocer conductas anticompetitivas específicas como los *no-poach* y los *wage-fixing agreements* (que incluso han sido sancionadas en la práctica¹⁴⁷), el INDECOPI reconoce que la normativa de libre competencia aplica al mercado laboral, donde “los empleadores actúan como demandantes del servicio ofrecido por los trabajadores, quienes a su vez ejercen el rol de ofertantes de dicha mano de obra”¹⁴⁸.
104. Uno de los países donde tal vez más se ha tratado la relación entre la libre competencia y el mercado laboral es Estados Unidos, donde sus autoridades (la Comisión Federal de Comercio – “FTC” y el Departamento de Justicia) han analizado prácticas anticompetitivas distintas a los acuerdos de tipo *no-poach* y *wage-fixing*.
105. Así, una de las prácticas que más atención ha recibido recientemente por parte de la FTC son los denominados “acuerdos de no competencia” en el marco de una relación laboral, los cuales -según la autoridad- limitan injustificadamente la libertad laboral, detienen la innovación y, en general, perjudican la competencia en el mercado.
106. Dados dichos efectos perjudiciales a la competencia y a los trabajadores, la FTC ha llegado a promulgar una norma cuya finalidad es prohibir de plano todos los “acuerdos de no competencia” en un contexto laboral, comprendidos de manera amplia como:

“un término o condición de empleo que prohíba a un trabajador, penalice a un trabajador por, o funcione para evitar que un

¹⁴⁶ Al respecto, ver Hovenkamp, H. (2023). “Worker welfare and Antitrust”. En The University of Chicago Law Review. En específico, Hovenkamp sostiene que concepciones erróneas sobre el estándar del “bienestar del consumidor” que no toman en cuenta el impacto en el mercado laboral (o, en general, en los mercados de insumos) han llevado a situaciones en las que el beneficio al consumidor puede significar un perjuicio al trabajador, pese a que ambos beneficios deberían “ir de la mano”, en tanto la maximización de la producción (*output*) debería beneficiar tanto a consumidores como trabajadores.

¹⁴⁷ Ver Resolución No. 052-2023/CLC-INDECOPI, mediante la cual un acuerdo del tipo *no-poach* (no agresión entre empresas) en el sector construcción fue sancionado bajo la LRCA, por calificar como una práctica colusoria horizontal tipo cártel.

¹⁴⁸ Página 5 de la “Guía informativa sobre acuerdos anticompetitivos entre empresas en el ámbito laboral” del INDECOPI.

trabajador (1) busque o acepte trabajo en los Estados Unidos con una persona diferente donde dicho trabajo comenzaría después de la conclusión del empleo que incluye el término o condición; o (2) opere un negocio en los Estados Unidos después de la conclusión del empleo que incluye el término o condición.”¹⁴⁹

[Énfasis agregado]

107. Más allá de las críticas que esta norma ha recibido por parte de gremios empresariales norteamericanos¹⁵⁰, la misma demuestra la preocupación de las autoridades estadounidenses por proteger la competencia en los mercados laborales, llegando incluso a prohibir prácticas o acuerdos (orales o escritos) que califiquen como una “penalización”¹⁵¹ o que sirvan como una “prevención” a que el trabajador en cuestión busque otro trabajo.
108. Además de la reciente limitación a las cláusulas de no competencia en el ámbito laboral, las cortes estadounidenses también han tenido la oportunidad de analizar conductas unilaterales predatorias realizadas mediante la contratación de trabajadores; tal es el caso de la denominada “contratación predatoria” (“*predatory hiring*”).
109. La primera vez que las cortes estadounidenses analizaron esta conducta exclusoria fue con ocasión del caso *Universal Analytics (UAI) v. MacNeal-Schwendler (MSC)*, donde UAI denunció a su competidor con posición de dominio MSC por presuntamente haber contratado a cinco de sus principales seis técnicos informáticos, los cuales eran esenciales para que UAI compita en el mercado de programas digitales aeroespaciales (NASTRAN). Sobre dicha conducta, la Corte de Apelaciones estadounidense la identificó como un supuesto de “*predatory hiring*”, el cual caracterizó como:

*“La contratación predatoria ilegal se produce cuando se adquiere talento **no con el propósito de utilizarlo, sino con el fin de negárselo a un competidor**. Estos casos pueden probarse demostrando que la contratación se hizo con esa intención predatoria, es decir, **para perjudicar a la competencia sin ayudar al monopolista, o demostrando una clara no utilización** [del trabajador] **en los hechos**. (...) En ausencia, por tanto, de la intención probada del monopolista de contratar talento de forma preclusiva o de una clara no utilización de hecho, **la contratación no debe considerarse excluyente**.”¹⁵²*

¹⁴⁹ Traducción libre de la “Non-Compete Clause Rule” promulgada por la FTC en mayo de 2024. Texto en inglés de la norma y exposición de motivos disponible en: <https://bit.ly/45eD9a8>

¹⁵⁰ A la fecha de redacción de este informe, es de conocimiento público que gremios empresariales estadounidenses han demandado a la FTC por la promulgación de esta norma. Además de una potencial falta de razonabilidad de la norma, los demandantes han señalado que la FTC no cuenta con las facultades suficientes como para aprobar una norma de esta naturaleza. Como ejemplo, ver nota periodística relativa a la demanda presentada por la Cámara de Comercio estadounidense: <https://bit.ly/3Kz9JdI>

¹⁵¹ En la exposición de motivos de la norma, la FTC explica que el pago de penalizaciones para que un trabajador pueda comenzar a prestar servicios a otro empleador tiene efectos perjudiciales para la competencia. En específico, se basa en el caso *Press-A-Dent, Inc. v. Weigel*, donde determinaron que una penalización impuesta por un empleador ascendente a USD 50,000 constituía una cláusula de no competencia ilícita.

¹⁵² Traducción libre de un extracto de la decisión del 14 de septiembre de 1990 la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos (*Universal Analytics v. MacNeal-Schwendler*). Estos mismos criterios fueron utilizados en la decisión del caso *Midwest Radio Co., Inc. v. Forum Pub. Co.* del 26 de agosto de 1991.

110. Pese a que en dicho caso la referida corte no consideró que se encontraba ante un supuesto de contratación predatoria -dada la falta de una “clara” intención anticompetitiva y el “uso” efectivo de los trabajadores contratados por parte de MSC-, coincidimos con autores como D’Arpino en que para probar la existencia de esta conducta las autoridades no deberían centrarse únicamente en factores subjetivos como la intención anticompetitiva, sino también en factores objetivos como la disponibilidad de otros trabajadores calificados y la eficiencia vinculada a las contrataciones¹⁵³.
111. En la misma línea de D’Arpino, Hovenkamp¹⁵⁴ reconoce la contratación predatoria como una modalidad de la conducta anticompetitiva genérica basada en la “elevación de los costos del rival” (*Raising Rivals’ Costs*) -bajo la cual también categoriza a los acuerdos de no competencia y la imposición de penalidades sobre trabajadores-, indicando que para su configuración deben confluír: (i) la posición de dominio o monopólica del agente contratante; (ii) la falta de aumento de productividad del agente contratante; y, (iii) el perjuicio a las actividades del competidor que “pierde” a los trabajadores.
112. Revisada la potencial naturaleza anticompetitiva de prácticas como la celebración de acuerdos de no competencia y la contratación de trabajadores con el fin de perjudicar a otros competidores, procederemos a analizar la conducta desplegada por PILOT a través de la celebración de contratos laborales con todos los prácticos marítimos habilitados en el TP Callao.

3.2.5. Evaluación del caso en concreto

113. Contrario a lo señalado por la Secretaría Técnica y la Comisión en su Informe y en la Resolución de Primera Instancia respectivamente, consideramos que los contratos celebrados por PILOT con todos los prácticos disponibles en el TP Callao no pueden ser analizados como una típica restricción vertical mediante la celebración de contratos de exclusividad.
114. Sostenemos ello en tanto, para la configuración de una restricción vertical, esta debe ser celebrada por dos agentes económicos independientes que actúen en distintos niveles de una misma cadena productiva. En ese sentido, al celebrar los prácticos un contrato laboral con PILOT (los cuales se caracterizan justamente por la subordinación del trabajador a su empleador¹⁵⁵), estos pierden su

¹⁵³ D’Arpino, V. (1991). “Universal Analytics, Inc. v. MacNeal-Schendler Corp.: Predators by Hire?” En. *Fordham Law Review*, número 60. “In the area of predatory hiring, what is needed is an objective approach that can accommodate important market differences (...) Courts should consider the availability of qualified personnel within the industry, and the cost and time required to train new personnel, when analyzing the structure of an industry. Such an analysis will aid in accurately gauging the barriers to entry in a given industry (...) Courts can also look to the profitability and efficiency of the hiring in question when making a judgment on predation. If the hire will prove unprofitable but will eliminate competition, courts may well conclude that the hiring was predatory.” (páginas 348 y 349)

¹⁵⁴ Hovenkamp, H. (1994). “Federal Antitrust Law Policy: the law of competition and its practice”. Quinta edición. Hornbook Series. Página 288.

¹⁵⁵ Neves, J. (2018). “Introducción al derecho del trabajo”. Cuarta edición. Fondo Editorial PUCP. Al respecto, junto con la prestación personal y la remuneración, Neves reconoce la subordinación (i.e., facultad de dirección por parte del empleador) como uno de los elementos esenciales de la relación laboral

independencia como agentes económicos y pasan a formar parte del propio PILOT.

115. Por el contrario, consideramos que la conducta desplegada por PILOT se asemeja más a una conducta de “contratación predatoria” como la analizada en la jurisprudencia estadounidense, cuyos efectos negativos sobre el mercado y la competencia pueden ser analizados bajo algunos de los criterios que el INDECOPI ha tomado al analizar supuestos de restricciones verticales “clásicas”.
116. En ese sentido, para el análisis del potencial efecto anticompetitivo vinculado con los contratos celebrados por PILOT, en línea con la jurisprudencia del INDECOPI y de otras autoridades de competencia, se procederá a evaluar: (i) la posición de dominio de PILOT en el mercado relevante; (ii) las características de los contratos celebrados por PILOT con los prácticos del TP Callao; (iii) los efectos sobre la competencia y posibles justificaciones esgrimidas por PILOT.

(i) Posición de dominio de PILOT:

Para evaluar la posición de dominio de PILOT, primero es necesario delimitar el mercado relevante en que esta empresa ostentaría dicha posición. Al respecto, a lo largo del procedimiento las partes y los órganos resolutivos del INDECOPI estuvieron de acuerdo en que el mercado relevante afectado por las presuntas conductas anticompetitivas era el del servicio de practica en el TP Callao.

Dada la obligatoriedad -reconocida a nivel normativo- de contratar servicios de practica en el TP Callao y la imposibilidad en el corto plazo de contratar empresas administradoras de prácticos y/o prácticos marítimos provenientes de otros terminales portuarios, consideramos que la delimitación del mercado relevante fue correcta, en tanto no existía servicio o área geográfica que pudiese servir como sustituto apropiado de los servicios prestados por PILOT en el TP Callao.

Sobre la posición de dominio de PILOT en el referido mercado relevante, sin perjuicio de que esta fue reconocida por el propio PILOT en el inicio del procedimiento, consideramos que factores como la cuota de mercado, las elevadas barreras a la entrada y el bajo poder de negociación de los clientes de PILOT, demuestran que esta empresa sí ostentó una posición de dominio en el mercado relevante.

Sobre las cuotas de mercado de PILOT, la Secretaría Técnica demostró que, en función de maniobras realizadas, PILOT tenía una cuota de entre 78 y 60% entre 2001 y 2002, mientras que tenía una cuota de entre 70 y 57% en los mismos años en función del TRB movido. Estas cuotas duplicaban la cuota de mercado del competidor más próximo en la prestación del servicio de practica (TRAMARSA).

Además de la elevada cuota de mercado, la cual es un factor relevante mas no concluyente sobre la tenencia de una posición dominante en el mercado, se debe tener en cuenta que también existían barreras significativas a la entrada o expansión de otros competidores. Así, por ejemplo, barreras legales tales como la prohibición de contratar prácticos extranjeros¹⁵⁶, el límite a maniobras diarias¹⁵⁷, la necesidad de contar con más de dos prácticos para atender determinadas naves¹⁵⁸ y los requisitos en torno a las licencias de prácticos¹⁵⁹, impedían que una empresa competidora cuente con los prácticos necesarios para realizar sus actividades en igualdad de condiciones con PILOT.

A dichas barreras legales, se suman barreras estratégicas tales como las desplegadas por PILOT, las cuales: impiden el entrenamiento de nuevos prácticos marítimos contratados por sus competidores (negativa a entrenamiento de prácticos), limitan el acceso de competidores a prácticos marítimos habilitados (suscripción de contratos laborales exclusivos) e impiden a los prácticos que renuncian a PILOT prestar sus servicios a favor de competidores (acciones legales iniciadas por PILOT en contra de los Prácticos Denunciantes).

Con ello, la elevada participación de mercado, junto con las fuertes barreras a la entrada de competidores y el reducido poder de negociación de clientes de PILOT (quienes se veían obligados a contratar con esta empresa), comprueban que en este caso, PILOT ostentaba posición de dominio en el mercado de prestación de servicios de practica en el TP Callao entre el 2001 y 2002.

(ii) Características de los contratos celebrados por PILOT con los prácticos del TP Callao:

Tras constatar que PILOT cuenta con posición de dominio en el mercado de practica en el TP Callao, será necesario evaluar cuáles son las principales características de los contratos que esta empresa celebró con sus prácticos, con el fin de posteriormente evaluar los efectos que estos acuerdos podrían tener sobre la competencia.

¹⁵⁶ Al respecto, el Reglamento de las Actividades Marítimas reconocía "*Ser ciudadano peruano*" entre los requisitos para la obtención de una licencia como práctico marítimo. Esta limitación a la actividad de prácticos extranjeros se mantiene en la normativa vigente (artículo 517 del Decreto Supremo No. 015-2014-DE).

¹⁵⁷ Al respecto, las Normas de los Prácticos Marítimos establecían que cada práctico podía efectuar un máximo de tres maniobras diarias. En la práctica, esto obligaba a las empresas administradoras de prácticos a contratar a un mayor número de prácticos para llevar a cabo sus actividades.

¹⁵⁸ El Reglamento de las Actividades Marítimas reconocía que, para la atención de naves de eslora mayor a 200 metros, se requería de dos prácticos marítimos. Esto obligaba a empresas administradoras de prácticos a contratar más prácticos para llevar a cabo sus actividades. La normativa vigente reconoce exigencias similares (artículo 200 del Decreto Supremo No. 015-2014-DE).

¹⁵⁹ Las Normas de los Prácticos Marítimos reconocían que, para el ingreso de un práctico marítimo al TP Callao, este debía certificar un número mínimo de maniobras de entrenamiento y, además, renunciar a licencias de prácticos que tenga habilitadas en otros terminales portuarios peruanos. Asimismo, sin perjuicio de su experiencia previa, la licencia otorgada por la DICAPI para actuar en el TP Callao correspondería a la de un práctico de tercera categoría, requiriendo de 3 años ininterrumpidos de práctica para obtener la categoría de práctico experto (lo cual le permite atender a todas las naves, independientemente de su tamaño). Pese a que bajo la normativa vigente (Decreto Supremo No. 015-2014-DE) los años de experiencia requeridos para obtener una promoción de categoría son mayores (8 años para llegar a ser práctico experto), ya no se les impide a los prácticos tener licencias en dos o más terminales portuarios (artículo 513 del referido decreto supremo).

Respecto a estos contratos y sus adendas¹⁶⁰, consideramos que son 4 las principales características que son relevantes desde un punto de vista competitivo: su alcance, su plazo de vigencia, su compromiso de exclusividad frente a PILOT y su penalidad por incumplimientos.

Sobre el alcance de los contratos, conforme fue reconocido por el propio PILOT, estos fueron celebrados con los 35 prácticos marítimos que, a fines del 2000, se encontraban habilitados por la autoridad marítima para prestar sus servicios en el TP Callao. Esto significó que, con la celebración de estos contratos, la totalidad de prácticos del TP Callao se encontraba vinculada laboralmente con PILOT.

Respecto al plazo de vigencia de estos contratos, el mismo era “*indefinido*” y culminaba “*al cumplirse el límite de edad fijado por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas [DICAPI]*”. En la práctica, de acuerdo con la investigación de la Secretaría Técnica, esto significaba que algunos prácticos marítimos se obligaban a prestar sus servicios a favor de PILOT por plazos superiores a los 20 años¹⁶¹.

Respecto a la exclusividad frente a PILOT, mediante los contratos celebrados los prácticos se obligaban a “*la prestación del Servicio de Practicaje en forma exclusiva, en los amarraderos del Terminal Portuario del Callao*” y, además, a “*cumplir el Reglamento Interno de la Empresa*”. Con esto, todos los prácticos habilitados en el TP Callao se encontraban impedidos de prestar servicios a favor de competidores de PILOT (p.e., COSMOS o TRAMARSA) y, además, se obligaban a cumplir con el Reglamento Interno, el cual –como fue analizado anteriormente– prohibía a los prácticos entrenar a nuevos aspirantes a prácticos que no estén dispuestos a firmar convenios de exclusividad con PILOT.

Por último, un aspecto que fue incluido por PILOT a través de adendas a los contratos originales, consistió en la aplicación de una penalidad ascendente a USD 300 mil para asegurar el “*cumplimiento a cabalidad*” del contrato originalmente suscrito con sus prácticos, evitando supuestos de resolución unilateral o incumplimientos “*en forma parcial, tardía o defectuosa*”. Esta adenda fue propuesta por PILOT en agosto de 2001, después de que los Prácticos Denunciantes renunciaron a la empresa.

Atendidas las principales características de los contratos celebrados entre PILOT y sus prácticos marítimos, se requiere analizar si los mismos podrían tener efectos anticompetitivos (en particular, efectos exclusorios respecto de otras empresas administradoras de prácticos que buscaban competir con PILOT).

¹⁶⁰ Los contratos celebrados por PILOT con sus prácticos tenían todas las mismas disposiciones contractuales. Un ejemplar de estos contratos puede ser visto en la página 100 del Informe Técnico. Por su parte, el texto de las adendas a este contrato puede ser encontrado citado en el párrafo 282 del mismo informe.

¹⁶¹ Cuadro No. 15 del Informe Técnico. Según dicho cuadro, por su edad, 5 prácticos se encontrarían vinculados a PILOT por plazos mayores a 20 años, mientras que 11 prácticos quedaban vinculados a PILOT por plazos mayores a 10 años.

(iii) Efectos sobre la competencia y posibles justificaciones:

Respecto a los potenciales efectos negativos sobre la competencia que los contratos celebrados por PILOT con los prácticos marítimos podrían tener, en primer lugar, respecto al “cierre de mercado”, se debe tener en cuenta que dicho efecto de cierre se materializaría al impedir el acceso de otros competidores a un insumo necesario (prácticos) para concurrir en el mercado de practicaje marítimo.

Como se ha mencionado anteriormente, el INDECOPI y otras agencias de competencia a nivel internacional han reconocido que un índice de cierre menor al 30% puede ser considerado un “puerto seguro”, en la medida que el resto del mercado (70%) quedaría libre para que otros competidores desarrollen sus actividades. En este caso, en tanto PILOT celebró contratos de exclusividad con la totalidad de prácticos marítimos habilitados en el TP Callao, el índice de cierre sería igual al 100% (y, tras la renuncia de los Prácticos Denunciantes, siguió siendo superior al 80%).

En ese sentido, si los contratos celebrados por PILOT fuesen analizados como meros contratos de exclusividad, es evidente que su efecto de “cierre de mercado” generaría preocupación a cualquier autoridad de competencia.

Sumado al hecho de que la totalidad de prácticos marítimos del TP Callao se encontraba vinculado exclusivamente a PILOT por plazo indefinido, en la práctica estos se encontraban imposibilitados de resolver unilateralmente su contrato con PILOT para optar por brindar sus servicios a una empresa competidora, en la medida que PILOT incluyó una penalidad ascendente a USD 300 mil en caso alguno de sus prácticos deseara resolver su contrato o incumpliese de alguna forma la exclusividad a favor de PILOT.

Dicha penalidad, que se encontraría sancionada como una práctica ilegal bajo criterios y normas como los de la FTC estadounidense (que comprende las penalidades como una modalidad de acuerdos de “no competencia” laborales), representaba una importante barrera estratégica adicional, que dificultaba el acceso de competidores a prácticos habilitados.

Analizando estos contratos bajo los estándares de un supuesto de “contratación predatoria”, también es posible corroborar sus efectos negativos sobre el mercado, en tanto la contratación de la totalidad de los prácticos habilitados nunca estuvo asociada con un incremento en la eficiencia o productividad de PILOT.

Sobre esto, se debe tener en cuenta que en el Expediente obran diversas comunicaciones mediante las que PILOT y la ASPEPRAMA (a pedido de los directivos de PILOT) solicitaban a la DICAPI la “racionalización” de las

habilitaciones para prácticos marítimos, en tanto a su entender existía un evidente exceso de oferta que, en la práctica, impactaba negativamente en la seguridad del TP Callao y en la contraprestación recibida por cada maniobra de practica. En ese sentido, dichas comunicaciones señalaban que, como máximo, en el TP Callao debían operar entre 17 y 20 prácticos.

De la misma manera, en diversas entrevistas realizadas a los Prácticos Denunciantes (que nunca fueron objetadas por PILOT), dichos prácticos hicieron notar que, en situaciones excepcionales, entre 8 y 13 prácticos habían podido prestar servicios a todas las naves que llegaban al TP Callao, siendo este número suficiente para que una empresa administradora de prácticos funcione.

En dicho contexto, donde el propio PILOT recurría a la autoridad marítima para que en el TP Callao no operen más de 20 prácticos marítimos, el hecho de que esta empresa haya contratado a la totalidad de prácticos habilitados (35) demuestra que dicha contratación no se encontraba vinculada con un aumento de eficiencia en la prestación del servicio de practica y que, por el contrario, podía responder a una intención anticompetitiva.

Sobre la intención anticompetitiva de PILOT y los Prácticos Denunciados, consideramos que esta puede comprobarse a partir de tres hechos en específico: (i) los Prácticos Denunciados vieron un incremento en su remuneración mensual¹⁶², a comparación de lo que sucedía antes de unirse a PILOT; (ii) PILOT pudo incrementar los precios cobrados por el servicio de practica en el TP Callao en comparación con lo que sucedía antes de contratar a todos los prácticos habilitados¹⁶³; y, (iii) mediante sus contratos con PILOT, los prácticos se obligaban a respetar el Reglamento Interno de la empresa, el cual les prohibía entrenar a nuevos aspirantes a prácticos, manteniendo con ello el perjuicio a competidores y la posición dominante de PILOT.

En ese sentido, en atención a los evidentes efectos anticompetitivos derivados de la suscripción de contratos por parte de PILOT con la totalidad de prácticos habilitados en el TP Callao y la falta de justificaciones y efectos procompetitivos vinculados a los mismos, en este caso **se configuró un supuesto de abuso de posición de dominio** mediante la suscripción de estos contratos, en tanto la conducta tuvo efectos exclusorios respecto de competidores de PILOT e impactó negativamente (mediante incrementos de precio) en los usuarios de los servicios de practica marítimo en el TP Callao.

¹⁶² De acuerdo con el Informe Técnico, a partir de visitas inspectivas realizadas a las oficinas de PILOT y la ASPEPRAMA, los prácticos de PILOT comenzaron a recibir una contraprestación mensual fija ascendente a USD 5 mil, más dos sueldos de igual cuantía adicionales al año. Antes de unirse a PILOT, la remuneración mensual de cada práctico dependía únicamente de la cantidad de maniobras que realizaba.

¹⁶³ Conforme a lo descrito por la Comisión en la Resolución de Primera Instancia (p. 11), tras celebrar los contratos con la totalidad de prácticos habilitados en el TP Callao, PILOT pudo incrementar sus precios aproximadamente en 69% respecto a los precios que cobraba a inicios del 2000. Pese a que PILOT argumentó que esos eran los precios cobrados por ENAPU antes de la liberalización del practica, estos sí representaron un incremento considerable respecto al escenario competitivo.

3.2.6. Conclusiones respecto del segundo problema jurídico

117. Con lo desarrollado respecto al segundo problema jurídico identificado, concluimos lo siguiente:

- Tanto el DL 701 como la LRCA sancionan conductas que constituyan abuso de posición de dominio. Para que un supuesto de abuso de posición de dominio sea sancionado bajo ambas normas, este debe beneficiar al agente dominante y tener efectos exclusorios.
- El derecho a la libre contratación puede verse limitado cuando es ejercido por un agente con posición de dominio, en tanto la protección de la libre competencia se encuentra reconocida en una norma de orden público de rango constitucional.
- La celebración de contratos de exclusividad y la “contratación predatoria” de trabajadores son dos modalidades de abuso de posición de dominio que pueden ser sancionadas bajo el DL 701 y la LRCA. En este caso, INDECOPI asemejó los contratos celebrados por PILOT a la celebración de contratos de exclusividad; sin embargo, dada la naturaleza laboral de estos contratos, consideramos que la figura de “contratación predatoria” resulta más apropiada para el análisis.
- En el caso concreto, PILOT ostentaba una posición de dominio en el mercado de practicaje marítimo en el TP Callao. Los contratos celebrados por PILOT con la totalidad de prácticos marítimos habilitados en el TP Callao eran de duración indefinida, exigían la prestación de servicios en exclusividad, poseían elevadas penalidades en caso de resolución unilateral e impedían a los prácticos de PILOT entrenar a nuevos aspirantes a prácticos.
- Dado el alcance y duración de los contratos celebrados por PILOT con sus prácticos, estos no se encontraban bajo ningún “puerto seguro” y era necesario evaluar sus posibles justificaciones e intención anticompetitiva. En la medida que la contratación de 35 prácticos no buscaba una mayor eficiencia en las actividades de PILOT y, además, le permitió a PILOT excluir a competidores e incrementar sus precios, esta conducta constituyó un supuesto de abuso de posición de dominio sancionable bajo la normativa de competencia vigente en dicha época (DL 701).

3.3. Tercer problema: ¿Las acciones legales iniciadas por PILOT vulneraron la normativa de libre competencia?

118. Otro problema central abordado a lo largo del Expediente -y tal vez el que hace de este caso uno emblemático- se encuentra relacionado a si las acciones legales (judiciales y administrativas) iniciadas por PILOT en contra los Prácticos

Denunciantes vulneraban o no la normativa de competencia al calificar como un abuso de posición de dominio.

119. Sobre el tema, los denunciantes señalaron desde un inicio que las acciones iniciadas por PILOT en contra de los Prácticos Denunciantes tenían como única finalidad dificultar el ejercicio de su profesión, para impedir que otras Empresas Administradoras de Prácticos puedan contratarlos tras su renuncia a PILOT. Con ello, a entender de los denunciantes, PILOT limitaba la competencia en el mercado relevante.
120. En contra de lo señalado por los denunciantes, a lo largo del procedimiento PILOT y los Prácticos Denunciados argumentaron que las acciones legales iniciadas en contra de los Prácticos Denunciantes se encontraban plenamente justificadas, en la medida que se basaban en incumplimientos contractuales (a los contratos de exclusividad que fueron firmados por los Prácticos Denunciantes a favor de PILOT) e incluso normativos (por presuntos incumplimientos de obligaciones societarias y de las normas que regían la actividad portuaria). Por ello, los denunciados resaltaban que todas las acciones iniciadas buscaban velar por el bienestar de PILOT y de sus accionistas, sin contravenir por ello el DL 701.
121. En dicho contexto, a partir de lo sostenido por las partes y lo resuelto por el INDECOPI, corresponde preguntarnos si: (i) la libre competencia puede restringir los derechos de acción y petición de los administrados; (ii) en qué casos dicha restricción se vería justificada; y, (iii) si los criterios adoptados por INDECOPI en torno al denominado “abuso de procesos legales” se alinean con la experiencia comparada en la materia.

3.3.1. Derecho de petición, derecho de acción y libre competencia

122. Como ya ha sido analizado con ocasión del segundo problema jurídico identificado en este informe, la libre competencia es una manifestación de orden público económico reconocida y tutelada por el artículo 61 de la Constitución peruana. Como tal, la libre competencia puede limitar la actuación de los agentes privados que, ejerciendo sus derechos, puedan dañar el proceso competitivo.
123. Precisamente, dos de los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento que pueden verse “limitados” con ocasión de la normativa de competencia son los derechos de petición y de acción.
124. Respecto del derecho de petición, a nivel constitucional, este se encuentra reconocido en el inciso 20 del artículo 2 de la Constitución, el cual reconoce el derecho de toda persona a *“formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad”*. Por su parte, a nivel legal, este derecho se encuentra reconocido en el artículo 177 de la LPAG, el cual desarrolla las facultades comprendidas dentro de este derecho¹⁶⁴.

¹⁶⁴ “Artículo 117.- Derecho de petición administrativa

125. En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el contenido esencial del derecho de petición se encuentra conformado por dos aspectos estrechamente vinculados: el primero, consiste en la libertad de toda persona para formular pedidos por escrito a la autoridad competente; y, el segundo, se vincula con la obligación por parte de la autoridad de responder de manera efectiva y motivada al administrado peticionario¹⁶⁵.
126. Por su parte, la doctrina administrativa nacional le reconoce al derecho de petición una naturaleza mixta, dado que el mismo puede ser utilizado tanto para formular peticiones de naturaleza privada (si busca defender únicamente los intereses del administrado peticionario) como pública (en caso se busque la tutela del interés general mediante el control del ejercicio del poder)¹⁶⁶.
127. Una de las manifestaciones del derecho de petición que ha sido más estudiada por el derecho de la competencia, es la de la “gestión de intereses” (“lobbying”), mediante la cual empresas o gremios empresariales pueden solicitar al Estado la promulgación de normativa que directa o indirectamente le favorezcan¹⁶⁷. Estas peticiones pueden o no ser acogidas por la autoridad correspondiente; sin embargo, necesariamente deben ser objeto de respuesta por parte de la administración.
128. En lo que respecta al derecho de acción, este se encuentra vinculado con el derecho de petición, y ha sido definido por el Tribunal Constitucional como:

*“[L]a facultad o poder jurídico del justiciable de **acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela efectiva**, independientemente de que cumpla con los requisitos formales o de que su derecho sea fundado. En ese sentido, toda persona natural o jurídica puede recurrir al órgano jurisdiccional para ejercitar su derecho de acción (...), con la finalidad de que éste dé solución a un conflicto de intereses intersubjetivos o a una incertidumbre jurídica, a través de una decisión fundada en derecho.”*¹⁶⁸

[Énfasis agregado]

129. Además de su vinculación con el derecho de petición, el derecho de acción forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el cual se encuentra recogido en el literal 3 del artículo 139 de la Constitución, en el que se reconoce que la “*observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*” son principios y

117.1 Cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el artículo 2 inciso 20) de la Constitución Política del Estado.

117.2 El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia.

117.3 Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal.”

¹⁶⁵ Así ha sido reconocido, por ejemplo, en los fundamentos 4 y 5 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente No. 404/2022.

¹⁶⁶ Al respecto, ver Morón, J. (2019), *op. cit.*, página 636.

¹⁶⁷ Sobre el “lobbying” como una manifestación del derecho de petición, ver Díez Canseco, L. (2002). “Nadie le reza a un santo sino para pedirle favores: Reflexiones preliminares sobre el lobbying”. En *Ius et Veritas*, número 25.

¹⁶⁸ Fundamento 2 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente No. 2293-2002-AA/TC.

derechos de la función jurisdiccional. Dada su naturaleza de derecho fundamental, los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional son oponibles ante todos los poderes del estado¹⁶⁹.

130. En este contexto, pese a que tanto el derecho de petición como el derecho de acción gozan de reconocimiento a nivel constitucional, se debe recordar que estos no son absolutos. Así, si estos son ejercidos de manera irregular y abusiva en detrimento de otro bien jurídico tutelado por nuestro ordenamiento (como la libre competencia), podrán ser limitados por la autoridad competente, siempre que no se afecte su contenido esencial.
131. Es sobre esta premisa (los derechos de petición y acción no son absolutos y no pueden afectar injustificadamente otros bienes jurídicos) que surge el denominado “abuso de procesos legales”, “litigación predatoria” o “*sham litigation*”, en la experiencia comparada. Como se verá a continuación, pese a que todas las autoridades reconocen que estos derechos pueden afectar la libre competencia, el estándar para calificar un conjunto de acciones legales como “abusivo” no es uniforme.

3.3.2. *El abuso de procesos legales: Concepto y experiencia comparada*

132. El abuso de procesos legales es una modalidad del abuso de posición de dominio que ha merecido el análisis de diversas agencias de competencia a nivel internacional. Comparado con otras estrategias predatorias, este resulta ser mucho más “económico”¹⁷⁰ y exitoso para un agente con posición de dominio. Al respecto, tal como explica Bork:

“La profusión moderna de autoridades gubernamentales ofrece posibilidades casi ilimitadas de abuso. Como técnica de depredación, los litigios simulados (‘sham litigation’*) son teóricamente una de las más prometedoras. (...) Los gastos en litigios complejos pueden ser enormes, no solo en honorarios y costos legales directos, sino en la desviación de tiempo y esfuerzo de ejecutivos y en la interrupción de las actividades regulares de la organización. (...) Esta táctica tiene especial éxito contra empresas más pequeñas. (...) El depredador no tiene que esperar frustrar por completo la entrada en el mercado. Puede que solo espere retrasarla. Los litigios simulados se convierten entonces en una táctica útil contra empresas de cualquier tamaño.”¹⁷¹*

[Énfasis agregado]

¹⁶⁹ En ese sentido, ver Landa, C. (2002). “El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”, en Pensamiento Constitucional, número 8, volumen 8.

¹⁷⁰ Así, por ejemplo, comparándolo con un supuesto de precios “predatorios”, donde el agente con posición de dominio debe vender sus productos bajo costos para dificultar la entrada de un competidor (teniendo pérdidas por un periodo con la expectativa de recuperarlas una vez haya excluido al competidor en cuestión), ello no es necesario en un supuesto de abuso de procesos legales, donde el agente con posición de dominio solo invertirá en representación legal para iniciar acciones legales en contra de su competidor.

¹⁷¹ Bork, R. (1993). “The antitrust paradox: a policy at war with itself”. Segunda edición. Basic Books. Páginas 347 y 348 (traducción libre).

133. En la misma línea de lo señalado por Bork, Falla y Bullard destacan el hecho de que el “litigio fraudulento” tiene como finalidad ulterior el incremento de los costos de acceso de un nuevo competidor, siendo con ello “*una lucha desigual en la que el monopolista [o empresa con posición de dominio] tiene todo que ganar y el entrante todo que perder*”¹⁷². Sobre la tensión entre la libre competencia y los derechos de acción y petición, los referidos autores señalan que, pese a que dichos derechos cuentan con reconocimiento constitucional, ellos no gozan de “inmunidad” si son utilizados de manera irregular, con el único fin de distorsionar la competencia.
134. Así las cosas, para comprender en su totalidad el abuso de procesos legales como una conducta anticompetitiva, es necesario estudiar su origen, el cual se remonta a la jurisprudencia *antitrust*¹⁷³ estadounidense. A continuación, se analizarán los principales casos en los que esta conducta ha sido evaluada, con el fin de determinar cuáles son sus elementos centrales y compararlo con las experiencias de otras autoridades de competencia.

a. Estados Unidos

135. El abuso de procesos legales como conducta anticompetitiva tiene su origen en la doctrina estadounidense denominada “*Noerr-Pennington*”, la cual recibe su nombre a partir de dos casos resueltos por la Corte Suprema de dicho país en 1961 y 1965, respectivamente.
136. En el primero de ellos (*Eastern R. Conference v. Noerr Motors*¹⁷⁴), un gremio de empresas de transporte por camiones (Noerr) denunció a una asociación de empresas de ferrocarriles porque esta presuntamente había realizado una masiva campaña publicitaria en contra de las empresas de camiones, con la finalidad de que se promulguen normas que beneficien a los ferrocarriles por sobre las empresas de camiones (competidoras en el mercado de transporte de mercancías). Según los denunciantes, esta conducta era contraria a la *Sherman Act*, en tanto buscaba la monopolización del mercado por parte de las empresas de ferrocarriles.
137. En su decisión, la Corte Suprema señaló que el accionar concertado de los denunciados no había vulnerado la *Sherman Act*, en tanto respondía a un ejercicio legítimo del derecho de petición¹⁷⁵ y, además, no constituía una “*mera simulación [sham] para encubrir lo que en realidad no es más que un intento de interferir*”

¹⁷² Falla, A. y Bullard, A. (2005). “El abogado del diablo: El abuso de procesos legales o gubernamentales como práctica anticompetitiva”. En *Ius et Veritas*, número 30.

¹⁷³ Cabe resaltar que, pese a que el abuso de procesos legales tiene su origen en el derecho de la libre competencia (*antitrust*), este también puede ser sancionado bajo la normativa de represión de la competencia desleal (Decreto Legislativo No. 1044). Así ha sido reconocido por la Sala en la Resolución 0858-2013/SDC-INDECOPI, donde resaltó que, si un agente cuenta con posición de dominio, el abuso de procesos legales debe ser analizado bajo la normativa de libre competencia; mientras que, si dicho agente no ostenta dicha posición, el “abuso” de procesos legales debe ser analizado bajo la normativa de represión de la competencia desleal. Pese a que excede los alcances de este informe, consideramos que dicho criterio, además de ser de difícil administración (en tanto exige un “apresurado” análisis respecto de la posición de dominio de un agente en el mercado), excede el objeto de la norma de represión de la competencia desleal.

¹⁷⁴ *Eastern R. Conference v. Noerr Motors*, 365 U.S. 127 (1961). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/127/>

¹⁷⁵ Corte Suprema estadounidense: “*The right of petition is one of the freedoms protected by the Bill of Rights, and we cannot, of course, lightly impute to Congress an intent to invade these freedoms. (...) we think it clear that the Sherman Act does not apply to the activities of the railroads, at least insofar as those activities comprised mere solicitation of governmental action with respect to the passage and enforcement of laws.*”

*directamente en las relaciones comerciales de un competidor*¹⁷⁶. Por lo tanto, la Corte concluyó que no resultaba justificada la aplicación de la norma de competencia en este caso.

138. Cuatro años después de su primera decisión, en el caso *United Mine Workers v. Pennington*¹⁷⁷, la Corte Suprema “extendió” el criterio recogido en el caso *Noerr*, reconociendo que las peticiones dirigidas a otros poderes del Estado (además del Legislativo) tampoco eran anticompetitivas por sí mismas¹⁷⁸, siempre que no fueran una simulación para interferir con las actividades de un competidor de manera directa. En este caso, al igual que en *Noerr*, la Corte Suprema no halló una vulneración a la norma de competencia.
139. No fue sino hasta 1972 que, en uso de la doctrina “*Noerr-Pennington*”, la Corte Suprema estadounidense halló una potencial vulneración a la *Sherman Act* en el caso *California Motor Transp. Co v. Trucking Unlimited*¹⁷⁹. En este caso, un grupo de transportistas denunció a otro grupo competidor porque este habría iniciado diversas acciones legales (judiciales y administrativas) a nivel estatal y federal con el fin de que los denunciantes no obtengan los títulos habilitantes requeridos para realizar sus actividades.
140. A diferencia de los casos *Noerr* y *Pennington*, este caso, además de vincularse con el derecho de petición, también se vincula con el ejercicio del derecho de acción. En su razonamiento respecto del caso *California Motor*, la Corte Suprema resaltó:

*“Los derechos de la Primera Enmienda [derecho de petición y acción] no pueden utilizarse como **medio o pretexto** para lograr «males sustantivos» que el poder legislativo tiene potestad para controlar. Ciertamente, la constitucionalidad de las leyes antimonopolio no está abierta a debate. Una combinación de empresarios dirigida a **acosar y disuadir a sus competidores** de tener «acceso libre e ilimitado» a los organismos y tribunales mediante actividades **masivas, concertadas y deliberadas** del grupo son formas de construir un imperio y destruir otro. (...) Si se demuestran estos hechos, se ha vulnerado las leyes antimonopolio. **Si el resultado final es ilícito, no importa que los medios utilizados en la violación puedan ser lícitos.**”*¹⁸⁰

¹⁷⁶ Corte Suprema estadounidense: “There may be situations in which a publicity campaign, ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover what is actually nothing more than an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor and the application of the Sherman Act would be justified. But this certainly is not the case here. No one denies that the railroads were making a genuine effort to influence legislation and law enforcement practices. Indeed, if the version of the facts set forth in the truckers’ complaint is fully credited, as it was by the courts below, that effort was not only genuine, but also highly successful. Under these circumstances, we conclude that no attempt to interfere with business relationships in a manner proscribed by the Sherman Act is involved in this case.”

¹⁷⁷ *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/657/>. En este caso, se denunciaba que una asociación de trabajadores mineros, junto con un grupo de empresas mineras, solicitaban a la autoridad de trabajo la imposición de un salario mínimo. A entender de los denunciantes, dicho salario mínimo afectaba especialmente a las empresas mineras pequeñas, por lo cual esta petición afectaba la competencia.

¹⁷⁸ Corte Suprema estadounidense: “Joint efforts to influence public officials do not violate the antitrust laws even though intended to eliminate competition. Such conduct is not illegal, either standing alone or as part of a broader scheme itself violative of the Sherman Act.”

¹⁷⁹ *California Motor Transp. Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508 (1972). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/>

¹⁸⁰ Traducción libre de: “First Amendment rights may not be used as the means or the pretext for achieving “substantive evils” which the legislature has the power to control. Certainly the constitutionality of the antitrust laws is not open to debate. A combination of

[Énfasis agregado]

141. Así, en este caso la Corte Suprema estadounidense -en desarrollo de la doctrina *Noerr-Pennington*- halló que acciones reiteradas que son utilizadas como un medio o pretexto para acosar y disuadir a un competidor de ingresar al mercado vulneran la libre competencia, incluso si estas son manifestaciones de derechos reconocidos a nivel constitucional (derecho de petición y acción).
142. Los criterios de los casos *Noerr*, *Pennington* y *California Motor* delinearon los alcances de la denominada “*sham exception*” (excepción por simulación), la cual busca evita el uso abusivo del derecho de petición en detrimento del proceso competitivo. Sin embargo, el primer caso en el que la Corte Suprema se refirió al “*sham litigation*” (litigación simulada) como manifestación de la *sham exception* fue en *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries*¹⁸¹, del año 1993.
143. En este caso, Professional Real Estate Investors (“PRE”) era una empresa dedicada a la operación de un *resort* en Palm Springs, California. En las habitaciones de su hotel, PRE contaba con reproductores de películas mediante los cuales sus huéspedes podían acceder a más de 200 títulos. En búsqueda de la expansión de sus negocios, PRE buscó vender estos equipos (reproductores de películas con títulos descargados) a otros hoteles. Ante ello, Columbia Pictures y otras siete empresas productoras de películas demandaron a PRE (que ahora sería su competidor por la demanda de “entretenimiento” en hoteles) por supuestas infracciones a sus derechos de propiedad intelectual.
144. Ante la demanda presentada por Columbia y otros en su contra, PRE contrademandó el hecho de que la acción legal iniciada por Columbia y sus otros competidores era una “mera simulación” cuya finalidad era excluirlo del mercado de entretenimiento, vulnerando con ello la *Sherman Act*.
145. Pese a que en este caso la Corte Suprema estadounidense ratificó el hecho de que PRE no había infringido los derechos de propiedad intelectual alegados, no le dio la razón a PRE en el extremo en el que denunció un “litigio simulado” dirigido a la monopolización del mercado. Para ello, en desarrollo de la doctrina *Noerr-Pennington*, la Corte sostuvo que solo nos encontraremos ante un caso de “*sham litigation*” si se cumplen de manera cumulativa los dos requisitos (en conjunto, el “**Test PRE**”):

“En primer lugar, la demanda debe carecer objetivamente de fundamento, en el sentido de que ningún litigante razonable podría esperar de forma realista un resultado favorable en cuanto al

entrepreneurs to harass and deter their competitors from having “free and unlimited access” to the agencies and courts, to defeat that right by massive, concerted, and purposeful activities of the group are ways of building up one empire and destroying another. (...) If these facts are proved, a violation of the antitrust laws has been established. If the end result is unlawful, it matters not that the means used in violation may be lawful.”

¹⁸¹ Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc., 508 U.S. 49 (1993). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/49/>

fondo. Si un litigante objetivo pudiera concluir que la demanda está razonablemente calculada para obtener un resultado favorable, la demanda está inmunizada en virtud de Noerr, y una demanda antimonopolio basada en la excepción de simulación [sham exception] debe fracasar. Solo si el litigio impugnado carece objetivamente de fundamento puede un tribunal examinar la motivación subjetiva del litigante. Con arreglo a esta segunda parte de nuestra definición de simulación, el tribunal debe centrarse en si la demanda infundada oculta ‘un intento de interferir directamente en las relaciones comerciales de un competidor’ (Noerr) (...). Este proceso de dos niveles requiere que el demandante refute la viabilidad jurídica de la demanda impugnada antes de que el tribunal considere la prueba de la viabilidad económica de la demanda.”¹⁸²

[Énfasis agregado]

146. Respecto del Test PRE esbozado por la Corte Suprema en este caso, queda claro que el mismo busca distanciarse de un análisis meramente “subjetivo” (i.e., basado en la intención del agente dominante) para pasar a incorporar como primer “filtro” un análisis “objetivo”, consistente en el fundamento o causa probable de la acción legal iniciada por el agente dominante. Según lo desarrollado por la Corte Suprema en este caso respecto del Test PRE, también se debe tomar en consideración:

- El Test PRE busca precisar la doctrina *Noerr-Pennington*, para aclarar que la inmunidad (a las peticiones y acciones legales) otorgada por dicha doctrina no se fundamenta únicamente en criterios subjetivos como la intención del agente investigado.
- El Test PRE busca resolver la pregunta “¿un litigio es simulado meramente porque una expectativa subjetiva de éxito no motiva al litigante?”. Ante ello, la Corte Suprema señala que la respuesta es negativa¹⁸³.
- Según la Corte Suprema, una acción legal cuenta con “fundamento objetivo” si un “litigante razonable” (*reasonable litigant*) puede llegar a concluir que dicha acción puede generar un resultado favorable al agente que la inicia. De acuerdo con la Corte, dicho resultado favorable normalmente se vincula con una reparación o un beneficio económico.
- La Corte es clara en resaltar que, incluso si la acción legal resulta desfavorable al agente que la inicio, ello no prueba que la acción carezca de

¹⁸² Traducción libre de: “First, the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits. If an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated to elicit a favorable outcome, the suit is immunized under Noerr, and an antitrust claim premised on the sham exception must fail. Only if challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant’s subjective motivation. Under this second part of our definition of sham, the court should focus on whether the baseless lawsuit conceals “an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor” (Noerr) (...). This two-tiered process requires the plaintiff to disprove the challenged lawsuit’s legal viability before the court will entertain evidence of the suit’s economic viability.”

¹⁸³ Corte Suprema estadounidense: “We left unresolved the question presented by this case [Noerr] -whether litigation may be sham merely because a subjective expectation of success does not motivate the litigant. We now answer this question in the negative and hold that an objectively reasonable effort to litigate cannot be sham regardless of subjective intent.”

“fundamento objetivo”. Señalan que esta clase de análisis *ex post* no es útil bajo el Test PRE. Por el contrario, indican que el análisis para determinar la existencia de fundamento objetivo debe ser uno de naturaleza *ex ante* (remontándose al momento en que se inició la acción legal).

147. Han pasado más de 30 años desde que la Corte Suprema estadounidense esbozó el Test PRE y este no ha estado exento de críticas. La crítica más generalizada a este test es el hecho de que impone un estándar demasiado restrictivo para determinar que una acción es “simulada”.
148. En específico, profesionales en materia *antitrust* estadounidense subrayan el hecho de que, a diferencia del caso *California Motor* (donde la Corte Suprema halló que el inicio de reiteradas acciones legales con potencial fundamento objetivo podía resultar contrario a la *Sherman Act*), en el caso PRE solo se trataba de una demanda cuestionada y, por ende, la Corte Suprema no ha aclarado si el Test PRE resulta aplicable también a supuestos de múltiples acciones legales presuntamente abusivas.
149. Esta falta de claridad sobre la aplicación del Test PRE ante supuestos de múltiples acciones legales ha buscado ser remediada por cortes estadounidenses de inferior jerarquía a la Corte Suprema¹⁸⁴. Así, diversas cortes de apelaciones estadounidenses han señalado que, ante casos donde hay una multiplicidad de acciones legales denunciadas como “simuladas”, no se debe aplicar el Test PRE, sino se debe recurrir al estándar del caso *California Motor*, bajo el cual no es necesario analizar el fundamento objetivo de cada una de las acciones legales, sino se debe evaluar si, en conjunto, dichas acciones legales tenían la finalidad de desincentivar el ingreso de un competidor.
150. La primera corte estadounidense que tomó la decisión de no utilizar el Test PRE ante una multiplicidad de acciones legales fue la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en el caso *Uss-Posco Indust. V. Contra Costa Cty. Bldg.*¹⁸⁵ de 1994, solo un año después del caso PRE. En este caso, donde se analizaban 29 demandas presentadas por un gremio de trabajadores, la Corte de Apelaciones sostuvo que el Test PRE resultaba aplicable cuando nos encontramos ante solo una acción legal presuntamente simulada, mientras que, para múltiples acciones simuladas, es necesario recurrir al estándar de *California Motor*.
151. Así, la referida Corte de Apelaciones sostuvo lo siguiente para aplicar el estándar prospectivo (*ex post*) del caso *California Motor*, bajo el cual evaluó si las acciones habían o no sido exitosas en sede judicial:

“Cuando se trata de una serie de demandas, la cuestión no es si alguna de ellas tiene fundamento -algunas pueden llegar a tenerlo, por una mera cuestión de azar-, sino si se interponen con arreglo a

¹⁸⁴ Al respecto, ver, Carson, D. y Russell, S. (2021). “Circuits reinforce Split over when Noerr-Pennington shields serial litigants”. En The Antitrust Source.

¹⁸⁵ *Uss-Posco Indust. V. Contra Costa Cty. Bldg* 31 F.3d 800 (9th Cir. 1994). Disponible en: <https://casetext.com/case/uss-posco-indust-v-contra-costa-cty-bldg>

una política de iniciar procedimientos judiciales sin tener en cuenta el fondo y con el propósito de perjudicar a un rival en el mercado. La investigación en estos casos es prospectiva: ¿Fueron las demandas interpuestas, no por un interés genuino en reparar agravios, sino como parte de un patrón o práctica de demandas sucesivas emprendidas esencialmente con fines de acoso? (...) el hecho de que un pequeño número de la serie de demandas resulten no ser frívolas no será fatal para una reclamación al amparo de California Motor Transport; incluso un reloj roto acierta dos veces al día.”

[Énfasis agregado]

152. Este mismo criterio, basado principalmente en la intención del agente dominante, ha sido compartido por otras cortes de apelaciones estadounidenses, como la del Segundo Circuito (*PrimeTime 24 Joint Venture v. NBC, Inc.*, 2000) y el Cuarto Circuito (*Waugh Chapel South, LLC v. United Food & Commercial Workers Union* 27, 2013); sin embargo, la Corte Suprema estadounidense no ha brindado mayores alcances sobre cómo es que se debería aplicar -si es que debería- el Test PRE a un supuesto de múltiples acciones legales.
153. Como es evidente, el “abuso de procesos legales” reconocido de manera implícita en el DL 701 y de manera expresa en la LRCA se basan en gran medida en el desarrollo jurisprudencial estadounidense en torno a las figuras de la “*sham exception*” y el “*sham litigation*”. Incluso, como se verá más adelante en este apartado, el INDECOPI ha recurrido al uso del Test PRE para la resolución de sus casos.

b. Unión Europea

154. En comparación con su homólogo estadounidense, las autoridades de competencia de la Unión Europea han analizado casos de abusos de procesos legales en menos ocasiones. Sin embargo, la aplicación de criterios adoptados sería más uniforme que en Estados Unidos.
155. Al respecto, el caso europeo más relevante en materia de abuso de procesos legales se remonta a 1996, donde la Comisión Europea resolvió una controversia entre las empresas ITT Promedia y Belgacom. En dicho caso, Promedia era una empresa dedicada la edición y venta de guías telefónicas comerciales en Bélgica. Por su parte, Belgacom era la empresa incumbente en el sector de telecomunicaciones belga.
156. Desde 1969, Belgacom y Promedia sostuvieron un acuerdo mediante el cual Promedia tenía el derecho exclusivo de publicar guías telefónicas basadas en los datos que Belgacom le proveía. Esta relación de exclusividad culminó en 1994, cuando Belgacom decidió editar sus propias guías telefónicas. Ante ello, Promedia anunció que seguiría vendiendo sus guías telefónicas; sin embargo, Belgacom se negó a proveerle la información de sus clientes.

157. Esto hizo que Promedia iniciara 2 acciones legales en contra de Belgacom por infracciones a la norma de competencia, las cuales a su vez generaron 2 reconvencciones presentadas por Belgacom. Pese a que las entidades belgas le dieron la razón a Promedia en dichas dos oportunidades, Belgacom inició una tercera acción legal en contra de Promedia. A entender de Promedia, las tres acciones legales realizadas por Belgacom (dos reconvencciones y una demanda) representaban un uso “temerario” de procesos legales, por lo cual denunció a dicha empresa ante la Comisión Europea.
158. En su decisión, la Comisión Europea determinó¹⁸⁶ que las acciones legales realizadas por Belgacom no constituían un supuesto de “litigación temeraria” (“*vexatious litigation*”), adoptando un criterio que el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea ratificaría¹⁸⁷ tras la apelación de Promedia. Según dicho criterio, el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional no puede ser considerado abusivo, a menos que:

*“Una empresa que tiene una posición dominante ejerce acciones judiciales i) de las que **no pueda considerarse razonablemente que tengan por objeto hacer valer sus derechos** y que, por tanto, solo puedan servir para **hostigar** a la parte contraria, y ii) que estén concebidas en el marco de un **plan cuyo fin sea suprimir la competencia.**”¹⁸⁸*

[Énfasis agregado]

159. Respecto al criterio tomado por la Comisión Europea, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea añade:

*“El primero de los dos criterios significa, según la Comisión, que **la acción judicial debe carecer manifiestamente de todo fundamento desde un punto de vista objetivo.** El segundo indica, por su parte, que **la acción judicial debe tener por objeto la eliminación de la competencia.** Ambos criterios deben reunirse para que se demuestre la existencia de un abuso. (...) si se puede considerar **razonablemente que una acción judicial representa un intento de hacer valer derechos frente a competidores, no podrá constituir un abuso,** independientemente de que pueda inscribirse en un plan destinado a eliminar la competencia. (...) Dado que la tutela judicial es un derecho fundamental y un principio general que garantiza el respeto del Derecho, únicamente en **circunstancias excepcionales** el ejercicio de una acción judicial podrá constituir un abuso de posición dominante”*

¹⁸⁶ Caso IV/35.268 – ITT Promedia N.V. / Belgacom (1996).

¹⁸⁷ Caso T-111/96 – ITT Promedia v. Comisión Europea (1998). Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?sessionid=6686AE0A9531E57D3EAC759E9F2323E3?text=&docid=44050&pageIndex=0&oclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3588075>

¹⁸⁸ Párrafo 11 de la decisión de la Comisión Europea, citado en el párrafo 30 de la decisión del Tribunal General de Primera Instancia de la Unión Europea.

160. Así las cosas, a primera vista podría pensarse que el criterio tomado por las autoridades europeas es similar al tomado por la Corte Suprema estadounidense en el Test PRE, en el sentido que requiere un componente “objetivo” para determinar la existencia de un litigio “temerario” o “simulado”. Sin embargo, en línea con doctrina comparada¹⁸⁹ y nacional¹⁹⁰, consideramos que el criterio europeo no es equiparable al estadounidense. Ello en tanto:

- Bajo el Test PRE, el análisis “objetivo” (primer paso de análisis) se basa en determinar si, al momento de iniciada la acción legal en contra de un competidor, esta contaba con un “fundamento” o “causa probable”, entendido como la percepción (de un litigante razonable) de que dicha acción podría ser “ganada”, es decir, representar un beneficio económico para el agente peticionante. Solo en caso la acción legal no cuente con dicho “fundamento objetivo”, se debe evaluar la intención anticompetitiva del agente (análisis “subjetivo” a entender de la Corte Suprema estadounidense).
- Bajo el análisis del caso *Promedia*, el análisis “objetivo” no se centra en determinar si la acción legal iniciada tiene “causa probable”, sino en si esta razonablemente puede tener una finalidad distinta (i.e., protección del interés del peticionante) al mero hostigamiento de un competidor. Solo si las acciones legales razonablemente no tienen otra explicación distinta al hostigamiento se analizará si estas son parte de un plan anticompetitivo. Así, pese a que este criterio es “objetivo”, necesariamente debe tomar en consideración la intención del agente que inicia la acción legal.
- Por ello, sin perjuicio de que el criterio del caso *Promedia* también es rígido (a comparación de otros tomados a nivel internacional), consideramos que este es más “flexible” que el del Test PRE, en tanto toma en cuenta la intención del agente y no solo la “causa probable” de una acción legal.

161. Por tanto, consideramos que el estándar tomado por la Unión Europea (y las agencias de competencia nacionales de dicho continente) difiere del criterio estadounidense tomado en el caso PRE. Así, consideramos que el estándar para probar la existencia de un litigación “temeraria” bajo el caso *Promedia* es menos rígido que el adoptado por la Corte Suprema estadounidense en el caso PRE¹⁹¹.

¹⁸⁹ Al respecto, ver Lianos, I. y Regibeau, P. (2017). “Vexatious/Sham Litigation in EU and US Antitrust Law: A Mechanism Design Approach”. En Law, Economics & Society. “*This test [Promedia] seems to be more geared towards the intent of the claimant than the US antitrust two parts test [Test PRE], yet focusing on an objective definition of that intent by inferring it from the absence of any other plausible explanation for the claim than a harassment strategy by the other party.*” (p. 20)

¹⁹⁰ Al respecto, ver Calderón, A. y Ortiz, H. (2015). “Nacimiento y muerte del abuso de procesos legales anticompetitivos en el Perú: Análisis del caso *Apofer versus Fetrans, Perurail* y otros”. En Revista de Economía y Derecho. “*La sentencia europea [Promedia] se preocupa por la intención detrás de las acciones legales. Si bien es cierto, en la primera parte del test no intenta encontrar necesariamente cuál es la intención del litigante, sí busca descartar que esta sea la tutela de los derechos del litigante. Es decir, busca descartar que haya un fin legítimo, con lo cual al darse este abuso (al desviar los fines del proceso), se podría configurar un caso de litigación anticompetitiva. De este modo, y respetando la literalidad del criterio europeo, una acción podría tener causa probable y aun así responder a una finalidad que no es la de hacer valer los derechos de la empresa. Por tanto, la sentencia Promedia establece un criterio más amplio que el de PRE*” (p. 31)

¹⁹¹ Una prueba de ello, por ejemplo, sería la reciente sanción (2022) a la empresa Merck por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la cual halló que Merck había ejercido de manera “temeraria” su derecho de acción en contra de su

c. Comunidad Andina

162. Con ocasión de una consulta realizada por un tribunal contencioso administrativo del Ecuador, en diciembre de 2020 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (“**TJCA**”)¹⁹² emitió una interpretación prejudicial bajo el Expediente 02-IP-2019¹⁹³, en la cual analizó la figura de la “litigación predatoria” bajo los alcances de la Decisión 608, Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina¹⁹⁴.
163. En dicha interpretación, el TJCA conceptualiza la litigación predatoria como la utilización “*de manera abusiva y reiterada [de] acciones legales (procesos administrativos, jurisdiccionales y/o regulatorios) con el propósito o efecto de restringir la competencia. Al decir ‘reiterada’ se da a entender que se está ante una ‘pluralidad’ de procesos legales*”¹⁹⁵.
164. Acto seguido, el TJCA realiza referencias a los casos *PRE*, *Uss-Posco* y *Promedia* mencionados anteriormente en este apartado. Sobre los mismos, destaca que el Test *PRE* debe utilizarse cuando, de manera excepcional, se considere que una sola acción legal constituye un supuesto de litigación predatoria¹⁹⁶. Por el contrario, en caso se trate de una multiplicidad de acciones legales, el TJCA resalta que es más apropiado guiarse por los criterios de los casos *Uss-Posco* (Corte de Apelaciones del Noveno Circuito estadounidense) o *Promedia*, los cuales se basan en un “*análisis prospectivo de la intención o motivación de iniciar una pluralidad de procesos legales contra uno o más competidores*”¹⁹⁷.
165. Tras señalar que en casos de litigación predatoria (con reiteradas acciones legales) el análisis debe ser prospectivo, el TJCA enuncia una lista de factores que, a su entender, pueden ser de especial utilidad para detectar una intención anticompetitiva en el ejercicio de los derechos de petición y acción:

“(i) Si el beneficio económico que la empresa dominante obtendría de un pronunciamiento favorable es significativamente menor al costo de la litigación. (...)

“(ii) Si se está ante la interposición de una multiplicidad de acciones legales reiterativas, es decir, solicitando prácticamente lo mismo y posiblemente bajo los mismos argumentos. (...)

competidor Insud Pharma. En dicho caso, bajo los criterios de *Promedia*, la autoridad española determinó que la finalidad de Merck no era hacer valer sus derechos de patente (en el mercado de anticonceptivos), sino suprimir la competencia por el mayor tiempo posible. Nota de prensa disponible en: <https://bit.ly/3Aw6QIH>. Esto contrasta con la experiencia estadounidense, donde no se han reportado sanciones recientes por “*sham litigation*”.

¹⁹² Organismo Internacional integrado por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, creado en 1969 con la suscripción del Acuerdo de Cartagena.

¹⁹³ Disponible en: <https://bit.ly/4dT05il>

¹⁹⁴ A diferencia de la normativa nacional de competencia, la Decisión 608 solo aplica a conductas anticompetitivas con naturaleza transfronteriza. Esta no reemplaza la aplicación de la normativa nacional ni las facultades con las que cuenta el INDECOPI bajo el ordenamiento peruano.

¹⁹⁵ Párrafo 7.2. de la referida interpretación prejudicial.

¹⁹⁶ Párrafo 7.4. de la interpretación prejudicial del TJCA: “*La metodología del Caso PRE, resulta pertinente reiterarlo, sería aplicable cuando el proceso legal cuestionado es uno solo, y la autoridad de competencia tiene como único medio probatorio dicho proceso.*”

¹⁹⁷ Párrafo 7.2. de la referida interpretación prejudicial.

(iii) El número de acciones legales interpuestas por la empresa con posición de dominio, el lugar y fecha (la oportunidad) de la interposición de tales acciones (...)

(iv) La existencia de pronunciamientos previos desfavorables, y que a pesar de esto la empresa con posición de dominio emprende acciones legales conducentes a solicitar o denunciar aquello que antes le fue negado (...)

(v) El uso de una pluralidad de medidas cautelares con el único propósito de, mientras no haya un pronunciamiento firme, retrasar en cuanto sea posible la entrada del competidor o competidores al mercado.”¹⁹⁸

[Énfasis agregado]

166. Así, basándose en jurisprudencia estadounidense y europea, el TJCA adoptó un estándar de análisis basado en la intencionalidad del agente dominante que inicia reiteradas acciones legales, llegando a brindar una lista no taxativa de supuestos que podrían demostrar una intención anticompetitiva.

d. Perú

167. Además del caso de PILOT que será analizado en el siguiente apartado, a la fecha el INDECOPI ha analizado el abuso de procesos legales en otros tres casos (en materia de libre competencia¹⁹⁹) que consideramos relevantes: (i) el caso de Lebar en contra de Asesoría Comercial y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú²⁰⁰; (ii) el caso de la Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú (“**APOFER**”) contra Ferrocarril Transandino y otras empresas vinculadas²⁰¹; y, (iii) el caso de Cementos Otorongo (“**COSAC**”) contra Gloria y Yura²⁰².
168. Respecto del caso de Lebar (1996), este es relevante en la medida que fue el primero en el que INDECOPI reconoció (bajo el DL 701) que un agente podría abusar de su posición de dominio mediante el uso indebido de acciones legales.
169. En específico, en este caso Lebar (empresa que buscaba operar una estación de servicio para el expendio de combustibles) denunció a la empresa Asesoría Comercial (competidora en el mercado de estaciones de servicio) y a la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú (gremio de empresas del rubro) por haber iniciado de manera conjunta un proceso judicial y diversos procedimientos

¹⁹⁸ Párrafo 7.11.e) de la referida interpretación prejudicial.

¹⁹⁹ En este apartado no tomaremos en consideración casos de abusos de procesos legales analizados bajo la Ley de Represión de Competencia Desleal. Sin embargo, los órganos del INDECOPI especializados en competencia desleal han seguido los mismos criterios que la Comisión y la Sala en materia de libre competencia.

²⁰⁰ Analizado únicamente por la Comisión, mediante Resolución No. 057-96-INDECOPI/CLC.

²⁰¹ Analizado por la Comisión mediante Resolución No. 026-2010/CLC-INDECOPI y por la Sala (tras apelación de APOFER) mediante Resolución No. 1351-2011/SC1-INDECOPI.

²⁰² Analizado por la Comisión mediante Resolución No. 29-2015/CLC-INDECOPI y por la Sala (tras el desistimiento de COSAC) mediante Resolución No. 0683-2016/SDC-INDECOPI.

administrativos (ante el Ministerio de Energía y Minas) que tuvieron como resultado la anulación del título habilitante que había sido otorgado a Lebar.

170. Pese a que en este caso Lebar denunció un “boicot” en su contra, la Comisión determinó que, bajo el derecho de la libre competencia, la figura denunciada en realidad constituía un “abuso de procedimientos gubernamentales”. Sobre esta figura y su aplicación en el caso concreto, la Comisión resaltó:

“El abuso de procedimientos gubernamentales (administrativos o judiciales) puede ser considerado como una práctica prohibida susceptible de ser comprendida dentro de la legislación que sanciona las prácticas restrictivas de la libre competencia [DL 701]. (...) sin embargo, a lo largo del procedimiento no se han ofrecido o actuado pruebas que permitan demostrar indubitablemente la intención de [Asesoría Comercial] o de [la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio] de utilizar los procedimientos gubernamentales con el único propósito de suprimir la competencia, impidiendo el acceso al mercado de LEBAR (...)”

[Énfasis agregado]

171. Así, pese a que la Comisión no hizo referencia a jurisprudencia extranjera en esta decisión, ante la multiplicidad de acciones legales iniciadas en contra de Lebar, habría utilizado un estándar equiparable al de los casos *Uss-Posco* (de 1994, antes de esta decisión) y *Promedia* (de 1996, mismo año de esta decisión), los cuales consideran que lo más relevante en estos casos es la intención anticompetitiva del agente que inicia las acciones cuestionadas. El mismo criterio fue tomado por la Comisión y la Sala una década después, cuando tuvo que resolver el caso de PILOT²⁰³.
172. Sin embargo, el criterio en torno al abuso de procesos legales cambió sustancialmente con el caso APOFER. En dicho caso, APOFER denunció a las empresas relacionadas Ferrocarril Transandino, Perú Rail, Peruval Corp. y Peruvian Trains & Railways por haber iniciado una serie de acciones²⁰⁴ que, a su entender, estaban dirigidas a dificultar su ingreso al mercado de servicios de transporte ferroviario de pasajeros en el Ferrocarril del Sur-Oriente.

²⁰³ Al respecto, en la Resolución de Primera Instancia, la Comisión señaló que el accionar de PILOT fue anticompetitivo en tanto “tuvo como único propósito causar un perjuicio a las empresas administradoras de prácticos competidoras, recortándoles la posibilidad de proveerse del insumo más importante para competir en el mercado, esto es, los prácticos marítimos objeto de las acciones legales”. Además, analizó la manera en la que los procedimientos iniciados por PILOT culminaron, para concluir que “se puede inferir que la intención de Pilot Station fue restringir el acceso de otras empresas competidoras”.

Por su parte, en la Resolución de Segunda Instancia, la Sala analizó también el resultado de las acciones legales iniciadas por PILOT, así como el número de acciones iniciadas (criterios recogido por el TJCA en su interpretación prejudicial) para señalar que ello “evidencia la intención de Pilot de impedir que los prácticos renunciante puedan ejercer sus servicios a través de empresas competidoras”.

²⁰⁴ Según la Resolución No. 026-2010/CLC-INDECOPI, estas consistían en: (i) un cuestionamiento contencioso administrativo a una resolución previa del INDECOPI (Resolución No. 1122-2007/TDC-INDECOPI) en la que la Sala ordenó a Ferrocarril Transandino a cesar su negativa injustificada a alquilar material tractivo y rodante que le fue otorgado en concesión; (ii) una petición para que se inaplique un decreto supremo que reduciría los requisitos legales para obtener permisos de operación de servicios ferroviarios; (iii) oposiciones administrativas a las solicitudes de permiso de operación de transporte ferroviario presentadas por diversas empresas; y, (iv) medidas dirigidas a dilatar la modificación del Reglamento de Acceso a las vías férreas administradas por Ferrocarril Transandino.

173. Más allá de los pormenores de este caso (vinculado con otro complejo caso de abuso de posición de dominio resuelto por INDECOPI), en primera instancia la Comisión declaró fundada la denuncia por abuso de procesos legales realizada por APOFER y sancionó a las empresas denunciadas. Respecto al estándar de análisis de la Comisión en torno al abuso de procesos legales²⁰⁵:

- La Comisión señaló que, para evaluar casos de abusos de procesos legales es necesario *“reparar, en primer lugar, en aquellos elementos indicadores que permitan evidenciar cuál es la motivación real de los accionantes”* (párrafo 94).
- Se identificó la falta de “expectativa razonable de éxito” (causa probable presente en el Test PRE) como uno de los factores que puede llevar a probar una intención anticompetitiva; sin embargo, no se le otorgó ninguna preeminencia por sobre otros factores.
- Como otros factores que se deberían tomar en cuenta (similar al análisis realizado por el TJCA de la Comunidad Andina), la Comisión reconoció la potencial falta de provecho económico, el número de acciones iniciadas y la oportunidad en la que se iniciaron las acciones.
- Respecto al uso del Test PRE en un caso como el de APOFER (lo cual fue solicitado por la parte denunciada), la Comisión señaló que este no resultaba apropiado, en tanto el caso PRE solo giraba en torno de una acción legal y no de varias, concluyendo que *“un análisis retrospectivo e individual de cada acción legal resulta inadecuado para determinar si los derechos de acción o petición han sido ejercidos en la persecución de otros fines ilícitos”* (párrafo 111).
- Por el contrario, la Comisión señaló que un estándar como el del caso estadounidense *California Motor* era más apropiado, en tanto este analizó la intención detrás de un patrón repetitivo de acciones legales. De la misma manera, hizo referencia a los casos *Uss-Posco* y *Promedia*, como casos adicionales que apoyaban su postura.

174. En este caso, las empresas sancionadas apelaron la decisión y, poco más de un año después, la Sala decidió revocar la resolución de primera instancia y, reformándola, declaró infundada la denuncia. Ello se debió a que, según su análisis, individualmente cada una de las acciones iniciadas por los denunciados contaban con un “fundamento objetivo” o “causa probable”. El análisis de la Sala respecto de la figura de abuso de procesos legales se basó en lo siguiente²⁰⁶:

- Basándose en jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Sala resaltó que dicha entidad ha determinado que la litigación es “abusiva” si: (i) el litigante reitera pretensiones o argumentos que ya han sido desestimados en otros

²⁰⁵ Esto se desarrolla principalmente entre los párrafos 94 y 133 de la Resolución No. 026-2010/CLC-INDECOPI.

²⁰⁶ Este análisis se desarrolla principalmente entre los párrafos 159 y 231 de la Resolución No. 1351-2011/SC1-INDECOPI.

procesos; o, (ii) el litigante utiliza una vía procesal “a todas luces impropia” que será rechazada en su etapa de admisión.

- Luego, a partir de lo regulado en el Código Procesal Civil²⁰⁷, la Sala determina que dicha norma distingue tres tipos de abusos procesales: (i) aquel donde el litigante conoce desde un inicio que su pretensión no tiene méritos; (ii) litigios con finalidad simulada o fraudulenta que buscan atender objetivos distintos a los discutidos en el proceso; y, (iii) conductas inadecuadas que entorpecen el desarrollo del procedimiento.
- Pese a la amplitud de los criterios del Tribunal Constitucional y de lo regulado en el Código Procesal Civil, la Sala procede a delimitar casos de ejercicio abusivo del derecho de acción a dos supuestos: “(i) *el litigante o peticionante, de acuerdo con el contexto en que se inserta, tiene plena conciencia de que su pretensión o solicitud administrativa será rechazada in limine o que carece completamente de fundamento objetivo y probabilidades de éxito*; y, (ii) *se identifican suficientes elementos de prueba que permiten acreditar que un proceso legal fue guiado por el fraude y la corrupción*.”²⁰⁸
- Al evaluar jurisprudencia comparada relativa al abuso de procesos legales, la Sala se centró en el caso PRE resuelto por la Corte Suprema estadounidense y en el Test PRE ahí desarrollado. A continuación, señaló -erróneamente a nuestro parecer- que el criterio tomado en el caso *Promedia* es similar al del caso PRE.
- Así, sin analizar a fondo criterios como los del caso *California Motor* o *Uss-Posco*, la Sala adoptó el Test PRE para analizar el caso de APOFER, resumiendo su criterio en:

“[S]i el inicio de procesos judiciales y procedimientos administrativos se encuentra respaldado en la existencia de un fundamento objetivo o una “causa probable”, de manera tal que se verifique que el litigante acciona pues pretende atender sus derechos, este colegiado estima que debería descartarse un ejercicio ilegítimo de los derechos de acción y petición. En este contexto, cabe señalar que no es necesario que su pretensión sea efectivamente tutelada, sino que su reclamo tenga a la fecha de ser interpuesto al menos alguna probabilidad de ser acogido.”²⁰⁹

[Énfasis agregado]

²⁰⁷ “Artículo 112.- Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio; 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; 3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente; 4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; 5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios; 6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y, 7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación.” [énfasis agregado]

²⁰⁸ Párrafo 173 de la Resolución No. 1351-2011/SC1-INDECOPI. Al respecto, el criterio (ii) adoptado por la Sala en este párrafo (inspirado en lo recogido en el numeral 4 del artículo 112 del Código Procesal Civil) se limita a supuestos de “fraude y la corrupción” sin tomar en cuenta que el artículo del Código Procesal Civil es más genérico (“fines claramente ilegales”) y puede acoger vulneraciones a otras normas de rango legal.

²⁰⁹ Párrafo 203 de la Resolución No. 1351-2011/SC1-INDECOPI.

- Con base en dicho criterio, la Sala contradice a la Comisión, en tanto considera que la existencia de una “causa probable” no puede ser analizada como un factor más, sino que debe servir como el primer “filtro” para el análisis de un caso de litigación predatoria (conforme al Test PRE, solo de no haber causa probable, se debe evaluar la intencionalidad anticompetitiva).
- Con ello, la Sala analizó la existencia de la “causa probable” en cada una de las acciones iniciadas por los agentes denunciados en contra de APOFER. En la medida que todas tenían “*al menos alguna probabilidad de ser acogid[as]*”, la Sala determinó que estas no constituían un ejercicio irregular del derecho de petición y acción.

175. La decisión de la Sala en el caso APOFER (resuelto bajo la LRCA) representó un giro relevante para el análisis del abuso de procesos legales bajo la normativa de competencia peruana. Con esta, se pasó de un estándar basado en la intención del agente accionante a uno más “objetivo”, basado en el Test PRE para el análisis de casos de litigación predatoria.
176. Aunque con ciertas inconsistencias a nuestro parecer²¹⁰, el criterio tomado por la Sala en el caso APOFER fue reiterado por la Comisión en el 2015, con ocasión de la denuncia interpuesta por COSAC en contra de Gloria y Yura, por un presunto abuso de procesos legales que dificultaba el ingreso de COSAC al mercado de producción de cemento en el sur del Perú²¹¹.
177. En este último caso, donde se declaró infundada la denuncia presentada por COSAC tras la aplicación del Test PRE (en tanto que todas las acciones legales iniciadas contaban con “causa probable”), la Comisión enfatizó el hecho de que, incluso si se encontrara que las acciones legales califican como “abusivas” bajo el Test PRE, estas aún se encuentran sujetas a una “prohibición relativa” y, por tanto, se requiere probar que la conducta tuvo, como efecto real o potencial, perjudicar la competencia en el mercado relevante.

a. Nuestra postura

178. Tras este recuento de los criterios tomados por diferentes autoridades de competencia respecto del abuso de procesos legales, procederemos a resaltar

²¹⁰ Consideramos que en la Resolución No. 29-2015/CLC-INDECOPI la Comisión fue inconsistente con la aplicación del Test PRE en el apartado del marco teórico y del análisis del caso concreto. Así, por ejemplo, en el párrafo 58 la Comisión indica: “*Conforme a lo señalado por la Sala, el objetivo de obtener un pronunciamiento favorable puede reconocerse a partir del fundamento que sustenta las distintas acciones que formarían parte de la estrategia anticompetitiva. Asimismo, otros elementos que permiten complementar dicho análisis, como el número de procesos iniciados, el tipo de reglas aplicables y la conducta procesal del agente dominante, están dirigidos a determinar si el potencial beneficio derivado de los pronunciamientos de las autoridades correspondientes justificaba haber emprendido las acciones cuestionadas (...)*”

Con ello, en este caso la Comisión pareciera mezclar en uno solo los dos “pasos” del Test PRE (tal como lo hizo en la resolución de primera instancia del caso APOFER), dándole igual peso al fundamento objetivo y a otros elementos como el número de procesos iniciados y la conducta del agente dominante en general (cuando bajo el Test PRE la falta de fundamento objetivo es suficiente para determinar que no hay conducta abusiva). Pese a esto, al analizar individualmente cada una de las acciones iniciadas por el Grupo Gloria, la Comisión determinó que todas tenían “causa probable” y, por tanto, no eran abusivas (sin analizar factores complementarios).

²¹¹ En esta denuncia, que fue declarada infundada, COSAC señalaba que el Grupo Gloria había iniciado diversas acciones legales dirigidas a detener la instalación de una planta de cemento por parte de COSAC. Entre dichas acciones, Gloria solicitó la nulidad de resoluciones que otorgaban a COSAC licencias para el uso de aguas, así como presentó acciones de amparo dirigidas a que se reconozca su posición preferente para acceder al recurso hídrico. A nivel municipal, Gloria también cuestionó diversas irregularidades de la planta que buscaba ser construida por COSAC.

aquellos “requisitos” que, consideramos, se deberían tomar en consideración para determinar si esta conducta resulta o no contraria a la normativa de competencia. Así, para sancionar un supuesto de litigación predatoria, consideramos que se deben presentar de manera concurrente los siguientes aspectos:

(i) Posición de dominio en el mercado relevante:

En la medida que el abuso de procesos legales constituye una modalidad del abuso de posición de dominio tanto bajo el DL 701 como bajo la LRCA, el primer paso de análisis consistirá en determinar si el agente que inicia las acciones legales cuenta o no con posición de dominio en un determinado mercado. De no contar con dicha posición, no procede seguir el análisis bajo la normativa de libre competencia²¹².

(ii) Uso abusivo y reiterado de acciones legales (de naturaleza judicial y/o administrativa):

Este es el aspecto central para determinar si nos encontramos o no ante un “abuso” de procesos legales. Tras analizar la jurisprudencia internacional y nacional descrita a lo largo de este apartado, consideramos que el criterio más apropiado para el análisis de esta figura es aquel usado esbozado en los casos *Uss-Posco*, *Promedia*, *APOFER* (primera instancia) y en la interpretación judicial de la TJCA.

Sostenemos ello en la medida que el Test PRE fue pensado en una situación concreta: una sola acción legal puede resultar abusiva y excluir a un competidor del mercado. Ante ello, no consideramos que este análisis deba aplicarse a casos en los que exista una multiplicidad de acciones legales.

De la misma manera, pese a que la Corte Suprema estadounidense buscó objetivar el primer paso del Test PRE, consideramos que la existencia de “causa probable” no es un criterio lo suficientemente objetivo (entiéndase, comprobable) como para “cerrar” el análisis de otros factores que evidencien una intención anticompetitiva (p.e., número de acciones, reitero de argumentos, solicitud de múltiples medidas cautelares). En este extremo, bajo lo señalado en el caso PRE, cabe hacerse la pregunta: ¿qué se comprende por un “litigante razonable”? ¿Todos los “litigantes razonables” encontrarán “causa probable” en un mismo caso? Consideramos que estas preguntas permiten visualizar la opacidad de la naturaleza “objetiva” otorgada por la Corte Suprema estadounidense a la causa probable.

En dicho sentido, en tanto consideramos que todos los factores evaluables por la autoridad de competencia para comprobar la naturaleza “abusiva” de una serie de acciones legales tienen una naturaleza inherentemente subjetiva (entiéndase, vinculada a la intención del agente accionante), no

²¹² Como se ha explicado, actualmente bajo los criterios del INDECOPI el abuso de procesos legales también constituye una infracción a la norma de represión de la competencia desleal. En ese sentido, pese a que no contar con una posición de dominio sería suficiente para cerrar una investigación de esta conducta bajo el DL 701 o la LRCA, ello no impide que dicho caso sea analizado como una infracción a la cláusula general en materia de competencia desleal.

hallamos ningún motivo para otorgarle una preeminencia a la “causa probable” por sobre otros factores que comprueban una intención del agente dominante de excluir a su competidor.

Así las cosas, consideramos que para probar el carácter abusivo de una serie de acciones legales, la “causa probable” es un factor tan relevante como el número de acciones iniciadas, la semejanza entre pretensiones planteadas, la ocasión en la que se iniciaron las acciones y cualquier otro factor (p.e., comunicaciones internas) que pruebe una intención anticompetitiva por parte del agente con posición de dominio. Solo en caso se compruebe esta intención, se deberían analizar los efectos negativos que la práctica tuvo o pudo tener sobre la competencia.

(iii) Efectos negativos sobre el proceso competitivo y consumidores:

Por último, en la medida que todo abuso de posición de dominio bajo el DL 701 o la LRCA se encuentra sujeto a una prohibición relativa (regla de la razón), debe probarse que el uso abusivo de acciones legales tuvo un efecto negativo sobre la competencia (i.e., excluyó a un competidor o dificultó su ingreso al mercado), generó un beneficio para el agente con posición de dominio y perjudicó a los consumidores en el mercado afectado por la conducta.

179. Señalado lo anterior, procederemos a analizar si la conducta desplegada por PILOT y los Prácticos Denunciados debía o no ser sancionada por vulnerar la norma de competencia vigente en dicha época (DL 701).

3.3.3. Evaluación del caso en concreto

180. Siguiendo los criterios esbozados en el apartado previo, para analizar la conducta desplegada por PILOT, seguiremos los siguientes tres pasos de análisis:

(i) Posición de dominio en el mercado relevante:

Como fue mencionado con ocasión del segundo problema jurídico identificado, dada su elevada participación de mercado y las características propias del mercado en el que participa, entre el 2001 y 2002 PILOT ostentó una posición de dominio en el mercado de prestación de servicios de practica en el TP Callao. Con ello, procede evaluar si las acciones legales iniciadas por PILOT en contra de los Prácticos Denunciantes calificaron como abusivas.

(ii) Uso abusivo y reiterado de acciones legales (de naturaleza judicial y/o administrativa):

Respecto a las acciones legales iniciadas por PILOT en contra de los Prácticos Denunciantes, conforme fue señalado en los antecedentes de este informe, PILOT inició 2 procedimientos administrativos, 2 procesos

constitucionales y 3 procesos penales en contra de los Sres. Chávez, Petrozzi, Lavado y Boggiano²¹³. En uno de los referidos procesos de amparo y dos de los procesos penales, PILOT solicitó medidas cautelares, dirigidas a que se suspendan las actividades de los Sres. Chávez y Petrozzi.

En ese contexto, siguiendo lo desarrollado por la jurisprudencia nacional e internacional respecto al abuso de procesos legales, consideramos necesario evaluar si el actuar de PILOT revela una intencionalidad anticompetitiva o si, por el contrario, dichas acciones demuestran que PILOT realizó un ejercicio legítimo de su derecho de acción.

Entre los diversos factores que se tomarán en cuenta para el análisis de la conducta de PILOT (sin otorgar preeminencia a ninguno de ellos), consideramos necesario evaluar: la multiplicidad de acciones con fundamentos idénticos, la “causa probable” de estas acciones, el uso de medidas cautelares en contra de los Prácticos Denunciantes y otras evidencias que probarían la intención de las acciones de PILOT.

Respecto a la **multiplicidad de acciones con fundamentos idénticos**, de una revisión de las acciones emprendidas por PILOT, inició 2 procesos de amparo y un proceso penal en contra de los Sres. Chávez y Petrozzi bajo los mismos fundamentos y petitorio: según PILOT, dichos señores eran accionistas directores y accionistas de la empresa, por lo que romper sus contratos de exclusividad e irse a trabajar con una empresa competidora debía ser sancionado (ya sea con la suspensión o con una pena privativa de libertad, dependiendo del proceso).

Algo similar sucedió respecto del Sr. Boggiano, a quien denunciaron ante el Ministerio Público y la DICAPI por una presunta falsificación de documentos para obtener su habilitación como práctico marítimo, presentando las mismas pruebas y solicitando que de una u otra manera se le suspenda dicha habilitación. Así, consideramos que la multiplicidad de acciones basadas en las mismas pruebas y los petitorios similares en estos procedimientos constituye una evidencia preliminar de la intención anticompetitiva de PILOT.

Respecto a la “**causa probable**” (entendida como la posibilidad “razonable” de triunfar en el proceso legal iniciado) de las acciones legales de PILOT, consideramos lo siguiente:

Acción legal iniciada por PILOT	¿Tenía causa probable?

²¹³ Las acciones iniciadas por PILOT fueron: (1) Amparo en contra del Sr. Chávez; (2) Amparo en contra del Sr. Chávez, Sr. Petrozzi y las empresas administradoras de prácticos que los contrataron; (3) denuncia penal por fraude en administración de personas jurídicas en contra de los Sres. Chávez y Petrozzi; (4) denuncia penal por fraude en administración de personas jurídicas en contra del Sr. Lavado; (5) denuncia administrativa ante la DICAPI en contra del Sr. Lavado por incumplimientos normativos; (6) denuncia penal por falsificación de documentos en contra del Sr. Boggiano; y, (7) denuncia administrativa ante la DICAPI en contra del Sr. Boggiano por falsificación de documentos.

Amparo en contra del Sr. Chávez	Consideramos que, por sí misma, esta acción de amparo no contaba con causa probable en la medida que, según los documentos que obran en el Expediente, esta acción fue presentada ante un tribunal que carecía de competencia para conocer la acción. La falta de causa probable de esta acción se evidencia también por el hecho de que esta acción fue declarada improcedente .
Amparo en contra del Sr. Chávez, del Sr. Petrozzi y de otras empresas de prácticos	Al igual que la acción de amparo precedente, consideramos que en este caso tampoco existía una causa probable, en la medida que PILOT, desnaturalizando el objeto del proceso de amparo (proteger y restituir un derecho constitucional), buscaba que se declare el incumplimiento de los contratos de exclusividad suscritos con los Sres. Chávez y Petrozzi. Esta falta de causa se comprobó en tanto esta acción también fue declarada improcedente , al haber tenido un petitorio incongruente con el proceso de amparo.
Denuncia penal por fraude en administración de personas jurídicas en contra de Sres. Chávez y Petrozzi	Respecto a esta denuncia penal, donde se cuestionaba que como directores y accionistas los Sres. Chávez y Petrozzi habían afectado a PILOT por trabajar con competidores (TRAMARSA y Trimservice), consideramos que la misma tampoco contaba con causa probable. Pese a que a la fecha de la Resolución de Segunda Instancia esta acción aún se encontraba en trámite, los Sres. Chávez y Petrozzi renunciaron de manera expresa y previa a sus cargos en PILOT para luego comenzar a trabajar con los competidores TRAMARSA y Trimservice. En ese sentido, en tanto ya no ejercían ningún cargo de administración en PILOT, las posibilidades de éxito en un caso como este eran muy reducidas.
Denuncia penal por fraude en administración de personas jurídicas en contra del Sr. Lavado	En línea con lo señalado en el proceso previo, en este caso se denunció al Sr. Lavado por el mismo delito que a los Sres. Chávez y Petrozzi. Este caso fue archivado , en tanto el Juez competente constató que el Sr. Lavado había renunciado previamente a su calidad de directorio y accionista de PILOT, por lo cual no se configuró el fraude en administración alegado.
Denuncia administrativa ante la DICAPI por incumplimientos normativos del Sr. Lavado	Respecto a esta denuncia administrativa -basada en que el Sr. Lavado habría estado ebrio durante el desarrollo de una maniobra de practicaje-, PILOT no contaba con suficientes medios probatorios que probasen su acusación. De hecho, ese fue el motivo por el cual la DICAPI terminó, en segunda instancia, archivando la denuncia. En ese sentido, tampoco consideramos que esta acción haya contado con causa probable.
Denuncia penal por falsificación de documentos en	Respecto a la denuncia penal iniciada en contra del Sr. Boggiano -por haber presentado documentos presuntamente adulterados para la rehabilitación de

contra del Sr. Boggiano	su licencia de práctico-, al igual que en el caso anterior, PILOT no contaba con medios de prueba suficientes como para comprobar su acusación. Ello hizo que el proceso en contra del Sr. Boggiano también fuese archivado . Por ello, esta acción tampoco contaba con causa probable.
Denuncia administrativa ante la DICAPI por falsificación de documentos del Sr. Boggiano	Esta denuncia administrativa ante la DICAPI se basaba en los mismos fundamentos que la denuncia penal en contra del Sr. Boggiano. En la medida que la denuncia penal por el mismo hecho fue presentada antes que esta denuncia administrativa, consideramos que esta acción tampoco contaba con causa probable, en tanto resultaba violatoria del principio <i>non bis in idem</i> . De hecho, en este caso la propia DICAPI se declaró no competente, en tanto el mismo hecho venía siendo investigado en sede penal. Por ello, archivó esta denuncia.

Así, consideramos que en este caso ninguna de las acciones legales iniciadas por PILOT contaba con causa probable, lo cual también constituye un fuerte factor que demostraría la intención anticompetitiva de estas acciones. En este extremo, también se debe tener en consideración que PILOT solicitó hasta tres **medidas cautelares** distintas en estos procedimientos.

Al respecto, dichas tres medidas cautelares, presentadas en el contexto de uno de los procesos de amparo y dos de las denuncias penales, estaban dirigidas a que se suspendan los títulos habilitantes de los prácticos involucrados (en específico, los Sres. Chávez y Petrozzi) y de las empresas administradoras de prácticos que los contrataron. Más allá del hecho de que dichas medidas cautelares no fueron otorgadas o fueron declaradas nulas²¹⁴, consideramos que su pedido reiterado y dirigido directamente a paralizar las actividades de sus competidores (TRAMARSA y Trimservice) y sus empleados demuestran también una clara intención anticompetitiva.

Sumado a todo lo anterior, consideramos que existen **otros elementos** que comprueban una intención anticompetitiva de PILOT al iniciar sus acciones legales en contra de los Prácticos Denunciantes. En primer lugar, funcionarios de los tribunales en los que PILOT inició sus acciones legales reconocieron que estas acciones poseían irregularidades que denotarían un carácter “abusivo”. Así, por ejemplo, dichas autoridades reconocieron:

“Lo antes expuesto nos indica claramente que el fin de Pilot era en esencia lograr que los prácticos marítimos Petrozzi y Chávez no ejerzan sus oficios en razón que habían decidido

²¹⁴ En el proceso penal ante el Tercer Juzgado Penal del Callao por el delito de fraude en la administración de personas jurídicas seguido ante los Sres. Chávez y Petrozzi, inicialmente (27 de septiembre de 2001) se dictó una medida cautelar que suspendía las licencias de prácticos de los denunciados. Sin embargo, el 21 de diciembre de 2001 dicha medida cautelar fue declarada nula, en la medida que no resultaba racional ni proporcional.

*renunciar a la relación contractual que los unía mediante un contrato de prestación exclusiva*²¹⁵

[Énfasis agregado]

*“Esta medida [medida cautelar solicitada por PILOT en proceso penal] es sintomática en su contexto jurídico penal, **es abusiva y lesiva a los derechos de los procesados** [Sres. Chávez y Petrozzi] (que tenía como fin de la empresa solicitante mantener **un estado de monopolio y atentando a la libre competencia** que ya INDECOPI había detectado en su investigación preliminar) y a la recta administración de justicia”²¹⁶*

[Énfasis agregado]

Además de lo señalado por dichas autoridades, es necesario evaluar el contexto en el que estas acciones legales fueron iniciadas (junto con otras conductas que fueron declaradas anticompetitivas por el INDECOPI), así como la naturaleza “estratégica” de las mismas. Sobre dicha naturaleza estratégica, se debe recordar que, antes incluso de la formación de PILOT, sus miembros buscaron la asesoría del Sindicato Nacional de Prácticos de México, cuyas recomendaciones fueron resumidas por el práctico Arnulfo Gómez (parte de PILOT) de la siguiente manera:

*“El práctico que intente **traicionar al sindicato prácticamente es eliminado, moviéndose todos los elementos legales que en prevención firmó antes de ser práctico**, se inicia solicitando la cancelación definitiva de la licencia a la autoridad marítima, adjuntando un expediente respectivo, **si la autoridad se resiste se acude a los tribunales**”²¹⁷.*

[Énfasis agregado]

En la medida que todas las conductas que fueron investigadas en este Expediente también estuvieron directamente inspiradas en las recomendaciones del referido sindicato mexicano, el inicio de acciones legales en contra de los Prácticos Denunciantes no habría sido la excepción.

Así, dada la concurrencia de diversos factores que comprueban la irregularidad de las acciones legales iniciadas por PILOT en sede constitucional, judicial y administrativa, consideramos que dichas acciones sí tienen una naturaleza “abusiva”, en la medida que estaban dirigidas a hostigar a sus competidores (directamente, TRAMARSA y Trimservice)

²¹⁵ Informe No. 110-2002-MP-SUPR-CI del Fiscal Supremo Miguel Ángel Cáceres, citado en el párrafo 450 del Informe Técnico.

²¹⁶ Informe de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público, citado en el párrafo 456 del Informe Técnico.

²¹⁷ Informe de fecha 30 de diciembre de 2000, elaborado por el práctico Arnulfo Gómez (presidente de la ASPEPRAMA en dicha época y miembro de PILOT), hallado por la Secretaría Técnica en el marco de su investigación a PILOT por presunta cartelización con las empresas SEAWELL y PRATMAR.

mediante la inhabilitación de sus empleados (prácticos que renunciaron a PILOT). Ello, sumado a las otras conductas analizadas en el Expediente (sobre todo, la negativa a entrenar aspirantes a prácticos) dejaba a competidores de PILOT sin un insumo esencial para competir (los prácticos marítimos).

Así las cosas, en tanto el abuso de posición de dominio se encuentra sujeto a la regla de la razón, procederemos a analizar si esta conducta generó efectos negativos sobre la competencia en el mercado de practicaaje en el TP Callao y sobre sus consumidores.

(iii) Efectos negativos sobre el proceso competitivo y consumidores:

En la medida que esta práctica impedía a otras empresas administradoras de prácticos contratar a los Prácticos Denunciantes para la prestación de sus servicios, consideramos que las acciones legales iniciadas por PILOT sí tuvieron un efecto negativo sobre el proceso competitivo. Ello en la medida que, de los 35 prácticos marítimos habilitados en el TP Callao, PILOT tenía contratos de exclusividad con 31 y los otros 4 (Prácticos Denunciantes) debían lidiar con las denuncias interpuestas por PILOT.

Dichas acciones legales, sumadas al hecho de que los prácticos de PILOT se negaban a entrenar aspirantes a prácticos (requisito normativo para ingresar al mercado), hacía imposible en la práctica que las empresas de prácticos cuenten con suficientes prácticos como para ser un competidor viable de PILOT (considerando que, por normativa, cada práctico tenía un máximo de maniobras por día y, en función de su eslora, determinadas naves requerían de la asignación de dos prácticos por maniobra).

Además de dañar a sus competidores mediante el uso indebido de acciones legales, PILOT también afectó directamente a los consumidores de los servicios de practicaaje (agencias navieras), en tanto se negaba a prestar servicios a aquellas agencias que no hubiesen celebrado contratos comerciales de largo plazo directamente con PILOT y, además, elevó los precios de sus servicios a los mismos niveles en los que estos se encontraban antes de la liberalización del practicaaje.

Por todo ello, en la medida que PILOT contaba con posición de dominio en el mercado de practicaaje en el TP Callao, sus reiteradas acciones legales tenían un carácter abusivo y estas tuvieron un impacto negativo en la competencia, **PILOT abusó de su posición de dominio mediante el abuso de procesos legales.**

3.3.4. Conclusiones respecto del tercer problema jurídico

181. Con lo desarrollado respecto al tercer problema jurídico identificado, concluimos lo siguiente:

- Tanto el DL 701 como la LRCA sancionan el abuso de procesos legales como una conducta anticompetitiva, modalidad del abuso de posición de dominio.
- Los derechos de petición y acción pueden verse limitados cuando son ejercidos de manera abusiva por un agente con posición de dominio.
- A nivel internacional, las agencias de competencia han tomado en cuenta diversos factores para determinar si el ejercicio de los derechos de petición y acción tiene un carácter “abusivo”. Bajo nuestra posición, consideramos que lo relevante para determinar dicha naturaleza abusiva es la intención anticompetitiva del agente que inicia las acciones legales. Dicha intención puede demostrarse a partir de diversos factores, tales como la falta de causa probable de las acciones, la multiplicidad de acciones y el pedido irregular de medidas cautelares.
- En el caso concreto, entre 2001 y 2002 PILOT ostentó una posición de dominio en el mercado de practicaje marítimo en el TP Callao. Tras la renuncia a la empresa de 4 prácticos (los Prácticos Denunciantes), PILOT inició diversas acciones legales (constitucionales, judiciales y administrativas) contra ellos y contra las empresas administradoras de prácticos que los contrataron.
- Dada la multiplicidad de acciones basadas en los mismos fundamentos iniciadas por PILOT, la falta de causa probable (i.e., posibilidad de triunfo) en dichas acciones, la solicitud de medidas cautelares dirigidas a paralizar las actividades de los Prácticos Denunciantes y la existencia de documentos internos que probaban la intención anticompetitiva de PILOT, consideramos que las acciones legales iniciadas en este caso tenían una naturaleza abusiva.
- En la medida que dichas acciones impactaban negativamente en los Prácticos Denunciantes (quienes no podían ejercer su profesión de manera regular) y en las empresas competidoras de PILOT (las que no podían contratar a dichos prácticos o, de contratarlos, debían asumir costos derivados de los litigios), la conducta tuvo un impacto negativo en la competencia. Además, en la medida que permitió a PILOT aumentar sus precios por el servicio de practicaje marítimo, también impactó negativamente en los clientes del servicio de practicaje (agencias navieras). Por todo ello, esta conducta constituyó un supuesto de abuso de posición de dominio sancionable bajo la normativa de competencia vigente en dicha época (DL 701).

IV. CONCLUSIONES

182. Considerando lo expuesto a lo largo de este informe en torno a los tres problemas jurídicos identificados, concluimos lo siguiente:

- (i) **¿Resultaba aplicable la norma de competencia a la negativa a entrenar prácticos? ¿Se vulneró el principio *non bis in idem* al sancionar a PILOT y a los Prácticos Denunciados por no entrenar aspirantes a prácticos marítimos?**

En este caso, la norma de competencia (DL 701) sí resultaba plenamente aplicable. Ello en la medida que la normativa sectorial utilizada por la DICAPI para sancionar a los prácticos de PILOT por no entrenar aspirantes tiene como finalidad el resguardo de la seguridad en las actividades marítimas, lo cual difiere de la finalidad de la norma de competencia (el beneficio de los consumidores mediante mejoras en la eficiencia económica).

Respecto a la aplicación del principio *non bis in idem* alegado por los denunciados, las sanciones impuestas por la DICAPI y el INDECOPI están dirigidas a sujetos distintos (no hay identidad subjetiva), se basan en hechos distintos (no hay identidad de hechos) y buscan la tutela de bienes jurídicos distintos (no hay identidad de fundamento). Por ello, no procedía la aplicación del referido principio.

- (ii) **¿Puede un conjunto de contratos laborales ser contrario a la normativa de libre competencia?**

Pese a que la libertad de contratación y la libertad contractual constituyen derechos reconocidos a nivel constitucional, estas pueden verse limitadas bajo determinadas circunstancias si son ejercidas por un agente con posición de dominio, en tanto la protección de la libre competencia garantiza el orden público económico.

En el caso concreto, dadas las características propias de los contratos celebrados por PILOT con la totalidad de los prácticos habilitados para prestar sus servicios en el TP Callao, consideramos que estos sí vulneraban la normativa de libre competencia.

En específico, dado el número de contratos celebrados, su duración, su falta de eficiencias asociadas, la imposibilidad de entrenar a otros aspirantes a prácticos y sus efectos negativos sobre el mercado, consideramos que dichos contratos resultaban contrarios al DL 701.

- (iii) **¿Las acciones legales iniciadas por PILOT vulneraron la normativa de libre competencia?**

Pese a contar con reconocimiento constitucional, los derechos de petición y acción no pueden ser ejercidos de manera contraria a la libre competencia. El “abuso de procesos legales” es una modalidad del abuso de posición de dominio que sanciona a agentes dominantes que, mediante reiteradas acciones legales, entorpecen las actividades de sus competidores con el fin de elevar sus costos y excluirlos del mercado.

La jurisprudencia comparada ha adoptado diversos criterios para determinar si un conjunto de acciones legales tiene o no una naturaleza “abusiva”. Al respecto, consideramos que la intención anticompetitiva subyacente a dichas acciones legales es lo más relevante. Dicha intención puede ser probada a partir de diversos factores, tales como la multiplicidad de acciones con el mismo fundamento, la falta de causa probable de las acciones iniciadas y el uso irregular de medidas cautelares.

En tanto todas las acciones legales iniciadas por PILOT cumplían con dichos factores y tuvieron efectos negativos sobre la competencia, consideramos que estas merecían ser sancionadas bajo el DL 701.



V. BIBLIOGRAFÍA

5.1. Doctrina

Bork, R. (1993). "The antitrust paradox: a policy at war with itself". Segunda edición. Basic Books.

Boyer, J. (2012). "Criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre el Principio Non Bis in Idem". En Revista de Derecho Administrativo, número 11. <https://tinyurl.com/3cwy33v>

Calderón, A. (2006). "Una pena entre dos... ¿duele menos? Análisis de la responsabilidad en la Ley de Libre Competencia". En Revista de Derecho Administrativo, número 2. <https://tinyurl.com/p4xh8f84>

Calderón, A. y Ortiz, H. (2015). "Nacimiento y muerte del abuso de procesos legales anticompetitivos en el Perú: Análisis del caso Apofer versus Fetrans, Perurail y otros". En Revista de Economía y Derecho. <https://tinyurl.com/ypwnvtm3>

Comisión Europea (2022), "Directrices relativas a las restricciones verticales". <https://tinyurl.com/2p82jx8v>

Conrath, C. (1995). "Capítulo 5. Posición dominante en un mercado relevante. Poder de mercado: cómo identificarlo". En Guía práctica para la ejecución de la ley antimonopolio para una economía en transición.

D'Arpino, V. (1991). "Universal Analytics, Inc. v. MacNeal-Schendler Corp.: Predators by Hire?" En. Fordham Law Review, número 60. <https://tinyurl.com/52md2ns4>

Diez Canseco, L. (2002). "Nadie le reza a un santo sino para pedirle favores: Reflexiones preliminares sobre el *lobbying*". En *Ius et Veritas*, número 25. <https://tinyurl.com/4af8jrmk>

Falla, A. y Bullard, A. (2005). "El abogado del diablo: El abuso de procesos legales o gubernamentales como práctica anticompetitiva". En *Ius et Veritas*, número 30. <https://tinyurl.com/6k5atfjk>

Figari, H.; Gómez, H. y Zúñiga, M. (2005). "Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio". En Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, número 1. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/144/159>

Fiscalía Nacional Económica (2014). "Guía para el análisis de restricciones verticales". <https://tinyurl.com/2yha6ryb>

Gómez, H. (2011). "El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasijurisdiccional?". En Revista de Derecho Administrativo, número 10. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13674/14298>

Gonzáles, D. (2009). "El principio de tipicidad y la cláusula de efecto equivalente en la legislación de libre competencia". En Revista de Derecho Administrativo, número 8. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14007/14629>

- González, F. (2017). "Competencia". Primera Edición. Editorial Porrúa.
- Guzmán, C. (2016). "Procedimientos sancionadores sobre libre competencia". En Los Procedimientos Administrativos Sancionadores. Primera edición. Gaceta Jurídica.
- Hovenkamp, H. (1994). "Federal Antitrust Law Policy: the law of competition and its practice". Quinta edición. Hornbook Series.
- Hovenkamp, H. (2023). "Worker welfare and Antitrust". En The University of Chicago Law Review. <https://tinyurl.com/msuhunn4>
- INDECOPI (2021). "Guía informativa sobre acuerdos anticompetitivos entre empresas en el ámbito laboral". <https://tinyurl.com/39h964fz>
- International Competition Network (2012). "Chapter 1: The objectives and principles of unilateral conduct laws". En Unilateral Conduct Workbook. <https://tinyurl.com/mt5ktucx>
- International Competition Network (2012). "Chapter 5: Exclusive Dealing". En Unilateral Conduct Workbook. <https://tinyurl.com/49us88pu>
- Landa, C. (2002). "El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional", en Pensamiento Constitucional, número 8, volumen 8. <https://tinyurl.com/495u6678>
- Landa, C. (2014). "La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites". En Themis, número 66. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12702/13255>
- Lercari, A. (2021). "¿Regulación sectorial o normas de competencia?: El principio de supletoriedad en el caso Speedy Naked". En Advocatus, número 39. <https://tinyurl.com/yukrk485>
- Lianos, I. y Regibeau, P. (2017). "Vexatious/Sham Litigation in EU and US Antitrust Law: A Mechanism Design Approach". En Law, Economics & Society. https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10038785/1/Lianos_cles-1-2017.pdf
- Morón, J. (2019). "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Décima Cuarta Edición, Tomo II. Gaceta Jurídica.
- Neves, J. (2018). "Introducción al derecho del trabajo". Cuarta edición. Fondo Editorial PUCP.
- Olaechea, J. (2011). "Libre competencia versus regulación: sobre la aplicación del principio de supletoriedad en la nueva Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas". En Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, número 13. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/98/105>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE (2003). "Policy Roundtables. Cartel Sanctions against Individuals". <https://tinyurl.com/ys2m7pyr>
- Patrón, C. (2008). "El que mucho abarca, poco aprieta: del llamado Principio de Supletoriedad en materia de Libre Competencia". En Derecho y Sociedad, número 30. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17376/17660>

Quintana, E. (2002). "Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia?". En *Ius et Veritas*, número 25. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16223/16640>

Quintana, E. (2012). "El objetivo de la Ley de Competencia peruana y la interpretación de las conductas prohibidas". En *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual* No. 12. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/97/104>

Rebollo, M. (2016). "Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores". En *Ius et Veritas*, número 53. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16545/16891>

5.2. Jurisprudencia y documentos relacionados

Corte de Apelaciones del Noveno Circuito estadounidense (1990). *Universal Analytics, Inc. v. Macneal-schwendler Corporation*; *Dr. Joseph Gloudeman*; *Dr. Richard Macneal*, 914 F.2d 1256 (9th Cir.). <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/914/1256/242497/>

Corte de Apelaciones del Noveno Circuito estadounidense (1990). *Uss-Posco Indust. V. Contra Costa Cty. Bldg* 31 F.3d 800 (9th Cir.). <https://casetext.com/case/uss-posco-indust-v-contra-costa-cty-bldg>

Corte Suprema estadounidense (1961). *Eastern R. Conference v. Noerr Motors*, 365 U.S. 127. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/127/>

Corte Suprema estadounidense (1965). *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/657/>

Corte Suprema estadounidense (1972). *California Motor Transp. Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/>

Corte Suprema estadounidense (1993). *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 508 U.S. 49. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/49/>

Corte Suprema estadounidense (2003). *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 US 398. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/398/>

INDECOPI (1996). Resolución No. 057-96-INDECOPI/CLC.

INDECOPI (2002). Resolución No. 006-2002-CLC/INDECOPI.

INDECOPI (2005). Resolución No. 0256-2005/TDC-INDECOPI.

INDECOPI (2008). Resolución 0004-2008-TDC-INDECOPI.

INDECOPI (2009). Resolución No. 045-2009/CLC-INDECOPI.

INDECOPI (2009). Resolución No. 068-2009/SC1-INDECOPI.

INDECOPI (2010). Resolución No. 026-2010/CLC-INDECOPI.

INDECOPI (2011). Resolución No. 1351-2011/SC1-INDECOPI.

INDECOPI (2015). Resolución No. 29-2015/CLC-INDECOPI.

INDECOPI (2022). Resolución No. 061-2022/DLC-INDECOPI.

OSIPTEL (2009). Resolución No. 062-CCO-2009.

Presidencia del Consejo de Ministros (2008). Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No. 1034. <https://tinyurl.com/muf5jcx>

Presidencia del Consejo de Ministros (2015). Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No. 1205. <https://tinyurl.com/y8etjv2m>

Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional española (2018). Sentencia No. SAN 2166/2018. https://www.cnmc.es/sites/default/files/2951160_1.pdf

Tribunal Constitucional (2003). Sentencia recaída sobre Exp. No. 0008-2023-AI/TC.

Tribunal Constitucional (2003). Sentencia recaída sobre Exp. No. 2050-2002-AA/TC.

Tribunal Constitucional (2004). Sentencia recaída sobre Exp. No. 2670-2002-AA/TC.

Tribunal Constitucional (2004). Sentencia recaída sobre Exp. No. 2293-2002-AA/TC.

Tribunal Constitucional (2006). Sentencia recaída sobre Exp. No. 4972-2006-PA/TC.

Tribunal Constitucional (2006). Sentencia recaída sobre Exp. No. 1963-2006-PA/TC.

Tribunal Constitucional (2009). Sentencia recaída sobre Exp. No. 03116-2009-PA/TC.

Tribunal Constitucional (2010). Sentencia recaída sobre Exp. No. 00014-2009-PI/TC.

Tribunal Constitucional (2012). Sentencia recaída sobre Exp. No. 02175-2011-PA/TC.

Tribunal Constitucional Español (2003). Sentencia 48/2003. <https://tinyurl.com/2p99ycd7>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2020). Interpretación prejudicial bajo el Expediente 02-IP-2019. <https://bit.ly/4dT05il>

Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (1998). Caso T-111/96 – ITT Promedia N.V. v. Comisión de las Comunidades Europeas. <https://tinyurl.com/m7jw4ba2>

VI. ANEXOS

- **ANEXO 1:** Escrito No. 1 de la ASPPOR y los Prácticos Denunciantes – Denuncia en contra de PILOT y los Prácticos Denunciados, de fecha 29 de abril de 2002.
- **ANEXO 2:** Escrito No. 1 de PILOT y los Prácticos Denunciados – Descargos ante la denuncia y la admisión a trámite, de fecha 22 de julio de 2002.
- **ANEXO 3:** Informe No. 010-2005-INDECOPI/ST-CLC, de fecha 18 de febrero de 2005 (Informe Técnico).
- **ANEXO 4:** Resolución No. 037-2005-INDECOPI/CLC, de fecha 04 de julio de 2005 (Resolución de Primera Instancia).
- **ANEXO 5:** Resolución 0407-2007/TDC-INDECOPI, de fecha 22 de marzo de 2007 (Resolución de Segunda Instancia).





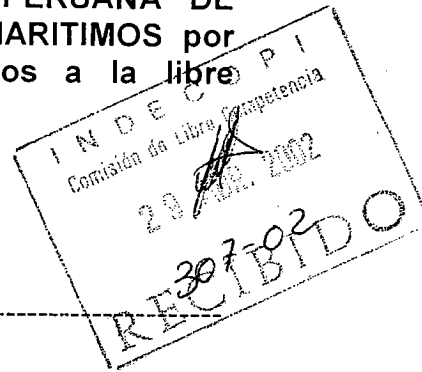
013605

Sumilla : Denuncia contra PILOT STATION S.A., las personas naturales que ocupan cargos directivos y gerenciales dentro de dicha empresa y/o prestan servicios de practica dentro de la referida empresa y contra ASOCIACION PERUANA DE PRACTICOS MARITIMOS por actos contrarios a la libre competencia

Escrito : 1

Expediente :

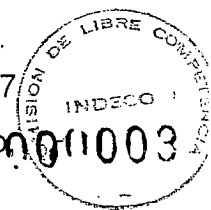
Cuaderno : Principal



A LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - INDECOPI:

1. **ASOCIACIÓN PERUANA DE OPERADORES PORTUARIOS**, con R.U.C. N° 20502553365, con domicilio real en Calle Mariscal Miller 450, 9° Piso, Provincia Constitucional del Callao, debidamente representada por el señor Luis Tapia Sabogal, con DNI N° 08249857 (Anexo 1-A), con domicilio en Calle Bartolomé Herrera 296, Miraflores, según facultades de representación otorgadas mediante Acta de Asamblea General de fecha 21 de marzo de 2002 (Anexo 1-B);
2. **ALEJANDRO CHAVEZ GURMENDI**, identificado con DNI N° 08036640 (Anexo 1-C), con domicilio real en Av. San Borja Sur 1094, Dpto. 205, San Borja, Lima;

3. **JORGE PETROZZI MOLFINO**, identificado con DNI N° 08215127 (Anexo 1-D), con domicilio en Av. Pezet 1505, Dpto. 501, San Isidro Lima;



4. **MANUEL ANTONIO LAVADO CARRILLO**, identificado con DNI N° 08257523 (Anexo 1-E), con domicilio real en Pasaje Manuel Olave 161, Dpto. 301, San Borja, Lima;

5. **WERNER BOGGIANO MORALES**, identificado con DNI N° 06601114 (Anexo 1-F), con domicilio en Calle El Alcazar 255, Urb. La Castellana, Surco, Lima;

Todos ellos representados, de conformidad con el artículo 115.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley No. 27444, por Alejandro Falla Jara, con Registro CAL N° 19323 y DNI N° 07558113, o Huáscar Alfonso Ezcurra Rivero, con Registro CAL N° 30981 y DNI N° 07870443, o José Domingo Rivarola Reisz, con Registro CAL N° 29327 y con DNI N° 09343886, fijando domicilio procesal para el efecto en Av. Las Palmeras 310 - San Isidro, atentamente decimos:

Que al amparo de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 15 y 23 del Decreto Legislativo 701, "Decreto Legislativo que dispone la eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia", denunciarnos ante Ustedes las infracciones a las normas de libre competencia cometidas por la empresa administradora de prácticos marítimos PILOT STATION S.A. (en adelante PILOT), por las personas que integran sus órganos directivos y gerenciales y/o brindan servicios de practica a través de la referida empresa y por la ASOCIACION PERUANA DE PRACTICOS MARITIMOS (en adelante ASPEPRAMA), personas a las que se individualiza en el presente escrito, a quienes deberá notificárseles del inicio de la presente

controversia en los siguientes domicilios, todos ellos ubicados en el Departamento de Lima:



- (1) PILOT STATION S.A., en Elías Aguirre 495, La Punta - Callao.
- (2) Pedro Gálvez Estremadoyro, con LE N° 08209858, en Calle Las Margaritas 234, Urbanización Jardines Virú, Bellavista, Callao;
- (3) Luis Adolfo Loyola Soto, con DNI N° 09276547, en Av. Almirante Miguel Grau 341, Oficina 301, Callao;
- (4) Mario Ángeles Lloyd, con DNI N° 25675619, en Calle Arrieta 295, Departamento 602, La Punta, Callao;
- (5) Jorge Manuel Godier del Águila, con DNI N° 25676066, en Av. Sáenz Peña 581, La Punta, Callao;
- (6) Manuel Rivadeneyra Cockburn, con DNI N° 09390040, en Calle Mar Caribe 239, Urb. Neptuno, Santiago de Surco, Lima;
- (7) Jaime Loyola Álvarez, con DNI N° 10246151, en Calle Ceres Mz. "F". Lote 13, Ate Vitarte, Lima;
- (8) Juan Luis Maguiña Bustos, con DNI N° 10320348, en Calle Nicolás Copérnico 109, Santa Patricia, Tercera Etapa, La Molina, Lima;
- (9) Carlos José Gerkes Miranda, con DNI N° 25664917, en Jr. España 265, La Perla, Callao;
- (10) Manuel Esteban Gerkes Miranda, con LE N° 0820823, en Jr. España 265, La Perla, Callao ;
- (11) José Fernando Zagazeta Martínez, con DNI N° 07232613, en Guardia Chalaca 499, Callao;
- (12) Víctor Manuel Tirado Silva, con LE N° 10171393, en Calle Mar Caribe 239, Urb. Neptuno, Santiago de Surco, Lima;
- (13) Teófilo Japura Gómez, con DNI N° 08305539, en Mz. "R - 1", Lt. 41, Urb. Taboadita, Bellavista, Callao;
- (14) Elisban Rodríguez Fernández, con DNI N° 25611179, en Calle Atahualpa 531, Callao;



- (15) Carlos Manuel Negrini Arellano, con LE N° 08722355, en Calle José Gabriel Aguilar 536, Urb. Maranga, San Miguel;
- (16) Luis Miguel Núñez Melgar, con DNI N° 25408429, en Elías Aguirre 495, La Punta - Callao;
- (17) Percy Abel Salcedo Zúñiga, con DNI N° 10282546, en Av. paseo del Bosque 1174, Dpto. 201, San Borja;
- (18) Jaime Gino Bettocchi Ibarra, con DNI N° 10612361, el Pacificador 148, Urb. Isla del Sol, La Molina, Lima;
- (19) Sergio Cruzate La Torre, con DNI N° 25078052, en Av. Grau 750, La Punta, Callao;
- (20) César Guillermo Burga Tello, con DNI N° 03524954, en Calle Bolognesi 540, Santiago de Surco;
- (21) Walter Julio Corvacho Artieda, con DNI N° 08228202, en Av. del Parque Norte 376, Urb. Córpac, San Borja;
- (22) Carlos de la Flor Calle, con LE N° 07780117, en Av. José Pardo 998, Miraflores;
- (23) Marco Augusto del Castillo Gálvez, con DNI N° 08244890, en Calle Alcafa 508, Urbanización La Castellana, Santiago de Surco;
- (24) Pedro Nicolás Tadeo Gálvez Gaveglío, con DNI N° 41568812, en Calle Las Camelias 154, Urbanización Miramar, Ancón, Lima;
- (25) Percy Mario Gfell García, con DNI N° 09875707, en Av. "A", Manzana "D", Lt. 7, Urb. Campus, Santiago de Surco;
- (26) Eduardo Gómez Moncada, con LE N° 09875735, en Av. Las Margaritas 365, Urb. Jardines Virú, Bellavista, Callao;
- (27) Arnulfo Gómez Ríos, con DNI N° 07550226, en Calle Los Tipas 188 – Urb. Jardines Virú, Bellavista, Callao;
- (28) Carlos Guzmán Lanfranco, con LE N° 08275645, en Calle Paul Harris 260, Urb. Santa Mónica, San Isidro;
- (29) Luis Mella Montoya, con DNI N° 10477156, en Av. Geminis 159, Urb. Beltelgeus, San Borja;

(30) José Perata Quintanilla, con DNI N° 09532292, en Av. Murcia 211, Santiago de Surco;

(31) Luis Raggio Calle, con LE N° 06622743, en Av. Juan Rissi 120, Barranco-Chorrillos;

(32) Raúl Julio Zambrano Gonzáles, con DNI N° 25793504 en Calle Los Insurgentes 495, La Perla; y

(33) ASOCIACION PERUANA DE PRACTICOS MARITIMOS, en Av. Almirante Miguel Grau 341, Oficina. 301, Callao.



De acuerdo con lo anterior, planteamos frente a PILOT y a las personas que integran sus órganos directivos y gerenciales y/o brindan servicios de practica por medio de dicha empresa, así como frente a la ASPEPRAMA; las pretensiones que a continuación se señalan, sobre las cuales deberá pronunciarse la Comisión de Libre Competencia (en adelante la Comisión) en su debida oportunidad:

10.000.000

I. DE LAS PRETENSIONES DEL PRESENTE PROCESO

I.1. PRETENSIÓN PRINCIPAL

Solicitamos se declare que PILOT ha establecido y desarrollado una estrategia predatoria y anticompetitiva integral constituida por una serie de actos contrarios a las normas de libre competencia contenidas en el Decreto Legislativo 701 y sus modificatorias, bajo la modalidad de abuso de posición de dominio.

Tal como pasaremos a fundamentar a continuación, y como se demostrará en la etapa correspondiente, las prácticas desarrolladas por PILOT y por las personas que integran sus órganos directivos y gerenciales responden, a una estrategia integral diseñada e implementada con el deliberado propósito de: (i) mantener e incrementar su poder de mercado en la prestación de los servicios

de practicaje marítimo en el Terminal Portuario del Callao, impidiendo o retrasando el acceso al mercado de nuevos competidores y obstruyendo las actividades de sus actuales competidores, a través de medios y mecanismos distintos a la competencia basada en los propios méritos; y (ii) obligar a las empresas que requieren de sus servicios a aceptar condiciones comerciales no deseadas por la vía de negativas injustificadas de trato.



En tal sentido, solicitamos a la Comisión lo siguiente:

(i) Declarar que PILOT ha abusado de su posición de dominio en el mercado de los servicios de practicaje marítimo en el Terminal Portuario del Callao:

a. Desarrollando una estrategia de suscripción de irracionales contratos de exclusividad entre dicha empresa y los prácticos marítimos, con el objeto de impedir su contratación por actuales o potenciales competidores, convirtiendo dichos contratos, por su número y modalidad, en una barrera indebida de acceso al mercado, permitiéndole consolidar y ampliar su posición de dominio, infringiendo el artículo 3 y el inciso f) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

A handwritten signature in black ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base.

b. Utilizando indebidamente procedimientos administrativos y judiciales con el objeto de obstaculizar las actividades de otras empresas administradoras de los servicios de practicaje, infringiendo de esa manera el artículo 3 e inciso f) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'X' or 'Z' shape.

c. Utilizando indebidamente procedimientos regulatorios con el objeto de incrementar las barreras legales de acceso al desarrollo de la actividad de practicaje y los costos de otras empresas

A handwritten signature in black ink, appearing as a stylized 'F' or '7'.

administradoras de los servicios de practicaaje, infringiendo de esa manera el artículo 3 e inciso f) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.



d. Negando injustificadamente el entrenamiento a nuevos prácticos u obstruyendo su proceso de entrenamiento, con el único objeto de obstaculizar las actividades de otras empresas administradoras de los servicios de practicaaje marítimo, y en general, restringir el acceso de nuevos prácticos al mercado, infringiendo de esa manera el artículo 3 y el inciso a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

e. Negando injustificadamente la prestación de los servicios de practicaaje marítimo a empresas operadoras portuarias, con el deliberado propósito de forzar a dichas empresas a aceptar las exigencias comerciales, no deseadas por ésta, infringiendo de esa manera el artículo 3 y el inciso a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

- (ii) Declarar que los señores: ① Pedro Gálvez Estremadoyro, ② Luis Adolfo Loyola Soto, ③ Mario Ángeles Lloyd, ④ Jorge Manuel Godier del Águila, ⑤ Manuel Rivadeneyra Cockburn, ⑥ Jaime Loyola Álvarez, ⑦ Juan Luis Maguiña Bustos, ⑧ Carlos José Gerkes Miranda, ⑨ Manuel Esteban Gerkes Miranda, ⑩ José Fernando Zagazeta Martínez, ⑪ Víctor Manuel Tirado Silva, ⑫ Teófilo Japura Gómez, ⑬ Elisban Rodríguez Fernández, ⑭ Carlos Manuel Negrini Arellano, ⑮ Luis Miguel Núñez Melgar, ⑯ Percy Abel Salcedo Zúñiga y ⑰ Jaime Gino Bettocchi Ibarra, como integrantes de los órganos directivos y gerenciales de PILOT que han participado de manera directa en los actos denunciados, también son responsables de las infracciones antes mencionadas.

- (iii) Declarar que la ASOCIACION PERUANA DE PRACTICOS MARITIMOS - ASPEPRAMA ha participado en la adopción y ejecución de las prácticas y actos denunciados, por lo que también es responsable de las infracciones antes mencionadas.



Cabe destacar que las prácticas desarrolladas por PILOT, materia de la denuncia, reúnen las características de una infracción muy grave, no sólo en razón de la naturaleza de la misma (estrategia predatoria diseñada con el deliberado propósito de impedir o retrasar el acceso al mercado de nuevos competidores, así como forzar la salida de los ya existentes), sino sobre todo por las circunstancias en que las mismas se producen, esto es, en circunstancias en las que el INDECOPI viene efectuando una evaluación de la conducta competitiva de dicha empresa.

En tal sentido, se solicita la imposición de la máxima sanción contemplada en el Decreto Legislativo 701, tanto para PILOT y las personas naturales que integran sus órganos directivos y gerenciales, como para la ASPEPRAMA.

I.2. SANCIONES APLICABLES

Una vez constatadas las infracciones denunciadas, corresponderá que la Comisión evalúe la aplicación de las sanciones correspondientes. En tal sentido, solicitamos:

1. Que al amparo del inciso a) del artículo 23 del Decreto Legislativo 701 se sancione a PILOT con una multa no menor de 1,000 UITs, teniendo en cuenta que la estrategia anticompetitiva implementada por PILOT pasa por la comisión de varias infracciones, que analizadas en su conjunto, deben ser consideradas muy graves.
2. Que al amparo del inciso a) del artículo 23 del Decreto Legislativo 701 se sancione con una multa de 100 UITs a cada una de las personas

miembros de los órganos directivos y gerenciales de PILOT, señores: 1) Pedro Gálvez Estremadoyro, 2) Luis Adolfo Loyola Soto, 3) Marion Ángeles Lloyd, 4) Jorge Manuel Godier del Águila, 5) Manuel Rivadeneyra Cockburn, 6) Jaime Loyola Álvarez, 7) Juan Luis Maguiña Bustos, 8) Carlos José Gerkes Miranda, 9) Manuel Esteban Gerkes Miranda, 10) José Fernando Zagazeta Martínez, 11) Víctor Manuel Tirado Silva, 12) Teófilo Japura Gómez, 13) Elisban Rodríguez Fernández, 14) Carlos Manuel Negrini Arellano, 15) Luis Miguel Núñez Melgar, 16) Percy Abel Salcedo Zúñiga y 17) Jaime Gino Bettocchi Ibarra, teniendo en cuenta que han tenido una participación directa en el diseño e implementación de la estrategia anticompetitiva desarrollada por PILOT.

3. Que al amparo del inciso a) del artículo 23 del Decreto Legislativo 701 se sancione con una multa de 1000 UITs a la ASPEPRAMA, teniendo en cuenta que ha tenido una participación directa en el diseño e implementación de la estrategia anticompetitiva desarrollada por PILOT
4. Que se ordene a PILOT la inmediata cesación de todas las prácticas que ha venido cometiendo en contra de la Asociación Peruana de Operadores Portuarios, de sus miembros y de los prácticos marítimos que realizan sus actividades en o para empresas distintas a PILOT, de conformidad con lo expuesto en el acápite X del presente escrito.
5. Que al amparo del artículo 19 del Decreto Legislativo 701 y dada la evidente conducta dolosa de los denunciados, se formule la correspondiente denuncia penal por infracción al artículo 232 del Código Penal.
6. Se condene a los denunciados de manera expresa al pago de los costos y costas del presente procedimiento.



I. 3. PRETENSIÓN SUBORDINADA

Solicitamos, como pretensión subordinada a la principal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 87 del Código Procesal Civil y de conformidad con los artículos 1.3, 1.11, 2, 144, 145, y 148 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, y los artículos 1 y 49 del Decreto Legislativo N° 807, se declare que los señores: 1) Pedro Gálvez Estremadoyro, 2) Luis Adolfo Loyola Soto, 3) Mario Ángeles Lloyd, 4) Jorge Manuel Godier del Águila, 5) Manuel Rivadeneyra Cockburn, 6) Jaime Loyola Álvarez, 7) Juan Luis Maguiña Bustos, 8) Carlos José Gerkes Miranda, 9) Manuel Esteban Gerkes Miranda, 10) José Fernando Zagazeta Martínez, 11) Víctor Manuel Tirado Silva, 12) Teófilo Japura Gómez, 13) Elisban Rodríguez Fernández, 14) Carlos Manuel Negrini Arellano, 15) Luis Miguel Núñez Melgar, 16) Percy Abel Salcedo Zúñiga, 17) Jaime Gino Bettocchi Ibarra, 18) Sergio Cruzate La Torre, 19) César Guillermo Burga Tello, 20) Walter Corvacho Artieda, 21) Carlos de la Flor Calle, 22) Marco Augusto del Castillo Gálvez, 23) Pedro Nicolás Tadeo Gálvez Gaveglio, 24) Percy Mario Gfell García, 25) Eduardo Gómez Moncada, 26) Arnulfo Gómez Ríos, 27) Carlos Guzmán Lanfranco, 28) Luis Mella Montoya, 29) José Perata Quintanilla, 30) Luis Raggio Calle, y 31) Raúl Julio Zambrano Gonzáles, competidores entre sí en el mercado de servicios de practicaje, han concertado y puesto en práctica una estrategia predatoria y anticompetitiva constituida por una serie de actos contrarios a las normas de libre competencia contenidas en el Decreto Legislativo 701 y sus modificatorias, en la modalidad de prácticas restrictivas de la libre competencia.

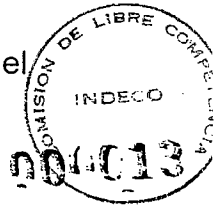
Asimismo, solicitamos se declare que la ASOCIACION PERUANA DE PRACTICOS MARITIMOS ha participado en la adopción y ejecución de las prácticas y actos denunciados, por lo que también es responsable de las infracciones antes mencionadas.

Tal como fundamentaremos, y como se demostrará en la etapa correspondiente, las prácticas restrictivas a la libre competencia desarrolladas e implementadas por los mencionados prácticos, responden a una estrategia integral concertada, diseñada e implementada con el deliberado propósito de: (i) impedir o retrasar el acceso al mercado de nuevos competidores y forzar la salida del mercado de los competidores que no integran el cartel o acuerdo, a través de medios y mecanismos distintos a la competencia basada en los propios méritos; y (ii) obligar a las empresas que requieren de sus servicios a aceptar condiciones comerciales no deseadas.

En tal sentido, solicitamos a la Comisión declarar que los señores: 1) Pedro Gálvez Estremadoyro, 2) Luis Adolfo Loyola Soto, 3) Mario Ángeles Lloyd, 4) Jorge Manuel Godier del Águila, 5) Manuel Rivadeneyra Cockburn, 6) Jaime Loyola Álvarez, 7) Juan Luis Maguiña Bustos, 8) Carlos José Gerkes Miranda, 9) Manuel Esteban Gerkes Miranda, 10) José Fernando Zagazeta Martínez, 11) Víctor Manuel Tirado Silva, 12) Teófilo Japura Gómez, 13) Elisban Rodríguez Fernández, 14) Carlos Manuel Negrini Arellano, 15) Luis Miguel Núñez Melgar, 16) Percy Abel Salcedo Zúñiga, 17) Jaime Gino Bettocchi Ibarra, 18) Sergio Cruzate La Torre, 19) César Guillermo Burga Telló, 20) Walter Corvacho Artieda, 21) Carlos de la Flor Calle, 22) Marco Augusto del Castillo Gálvez, 23) Pedro Nicolás Tadeo Gálvez Gaveglio, 24) Percy Mario Gfell García, 25) Eduardo Gómez Moncada, 26) Arnulfo Gómez Ríos, 27) Carlos Guzmán Lanfranco, 28) Luis Mella Montoya, 29) José Perata Quintanilla, 30) Luis Raggio Calle, y 31) Raúl Julio Zambrano Gonzáles, han concertado y ejecutado prácticas anticompetitivas en el mercado de los servicios de practicaaje en el Terminal Portuario del Callao, tales como:

- a. La utilización indebida y concertada de procedimientos administrativos y judiciales con el objeto de obstaculizar las actividades de otras empresas administradoras de los servicios de

practicaje, infringiendo de esa manera el inciso j) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701;



- b. La utilización indebida y concertada de procedimientos regulatorios con el objeto de incrementar las barreras legales de acceso al desarrollo de la actividad de practicaje y los costos de otras empresas administradoras de los servicios de practicaje, infringiendo de esa manera el inciso j) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701;
- c. La negativa concertada e injustificada al entrenamiento a nuevos prácticos y obstrucción de su proceso de entrenamiento, con el único objeto de obstaculizar las actividades de otras empresas administradoras de los servicios de practicaje marítimo y, en general, restringir el acceso de nuevos prácticos al mercado, infringiendo de esa manera el inciso g) y j) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701;
- d. La negativa concertada e injustificada a la prestación de los servicios de practicaje marítimo a empresas operadoras portuarias, con el deliberado propósito de forzar a dichas empresas a aceptar sus exigencias comerciales, infringiendo de esa manera el inciso g) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701.
- e. La concertación de condiciones de comercialización en el mercado de servicios de practicaje, infringiendo el inciso a) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701.

Handwritten signatures and initials on the right margin, including a large 'M', a 'P', a crossed-out mark, and a large 'A'.

Cabe destacar que las prácticas concertadas desarrolladas, materia de la denuncia, reúnen las características de una infracción muy grave no sólo en razón de la naturaleza de las mismas (estrategia predatoria diseñada con el

deliberado propósito de impedir el acceso al mercado de nuevos competidores o forzar la salida de los ya existentes), sino sobre todo por las circunstancias en que las mismas se producen, esto es, en circunstancias en las que el INDECOPI viene efectuando una evaluación de la conducta competitiva de PILOT.



En tal sentido, se solicita la imposición para los señores denunciados y para la ASPEPRAMA, de la máxima sanción contemplada en el Decreto Legislativo 701.

1.4. SANCIONES APLICABLES

Una vez constatadas las infracciones denunciadas, cometidas por los prácticos marítimos señalados y por la ASPEPRAMA, corresponderá que la Comisión evalúe la aplicación de las sanciones correspondientes. En tal sentido, solicitamos:

1. Que al amparo del inciso a) del artículo 23 del Decreto Legislativo 701 se sancione con una multa no menor de 1000 UITs, a cada uno de los señores: 1) Pedro Gálvez Estremadoyro, 2) Luis Adolfo Loyola Soto, 3) Mario Ángeles Lloyd, 4) Jorge Manuel Godier del Águila, 5) Manuel Rivadeneyra Cockburn, 6) Jaime Loyola Álvarez, 7) Juan Luis Maguiña Bustos, 8) Carlos José Gerkes Miranda, 9) Manuel Esteban Gerkes Miranda, 10) José Fernando Zagazeta Martínez, 11) Víctor Manuel Tirado Silva, 12) Teófilo Japura Gómez, 13) Elisban Rodríguez Fernández, 14) Carlos Manuel Negrini Arellano, 15) Luis Miguel Núñez Melgar, 16) Percy Abel Salcedo Zúñiga, 17) Jaime Gino Bettocchi Ibarra, 18) Sergio Cruzate La Torre, 19) César Guillermo Burga Tello, 20) Walter Corvacho Artieda, 21) Carlos de la Flor Calle, 22) Marco Augusto del Castillo Gálvez, 23) Pedro Nicolás Tadeo Gálvez Gaveglio, 24) Percy Mario Gfell García, 25) Eduardo Gómez Moncada, 26) Arnulfo Gómez

Ríos, 27) Carlos Guzmán Lanfranco, 28) Luis Mella Montoya, 29) José Perata Quintanilla, 30) Luis Raggio Calle, y 31) Raúl Julio Zambrano Gonzáles.



2. Que al amparo del inciso a) del artículo 23 del Decreto Legislativo 701 se sancione con una multa de 1000 UITs a la ASPEPRAMA, teniendo en cuenta que ha tenido una participación directa en el diseño e implementación de la estrategia anticompetitiva desarrollada por PILOT
3. Que se ordene a las personas naturales antes mencionadas, la inmediata cesación de todas las prácticas que han venido cometiendo en contra de la Asociación Peruana de Operadores Portuarios, de sus miembros y de los prácticos marítimos que realizan sus actividades en o para empresas distintas a PILOT, conforme lo previsto en el acápite X del presente escrito.
4. Que al amparo del artículo 19 del Decreto Legislativo 701 y dada la evidente intención dolosa de los denunciados, se formule la correspondiente denuncia penal por infracción al artículo 232 del Código Penal.
5. Se condene a los denunciados de manera expresa al pago de costos y costas del presente procedimiento.

II. PRECISIONES PROCESALES PREVIAS

Antes de exponer en detalle las prácticas denunciadas, consideramos importante hacer algunas precisiones desde el punto de vista procesal, en relación a los siguientes aspectos:

II.1. LA PRETENSIÓN SUBORDINADA



Como se puede apreciar, al plantear nuestras pretensiones, hemos señalado una principal (que se sancione a PILOT y sus directivos por abuso de posición de dominio) y otra subordinada (que se sancione a los prácticos que prestan servicios a través de PILOT por acuerdos restrictivos de la competencia).

Esta manera de plantear las pretensiones responde a las pautas contenidas en el artículo 87 del Código Procesal Civil, según el cual la acumulación es subordinada, cuando: ***"(...) la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada (...)".***

Esta norma no sólo tiene como función la economía y celeridad procesales, principios básicos del procedimiento administrativo general junto con el principio de unidad de vista y de suplencia de oficio, sino que opera como un marco de análisis lógico para el Juzgador (en este caso la Comisión) que ordena la secuencia del razonamiento y determina qué materias deben ser analizadas primero y cuáles después.

Cuando una pretensión se plantea como subordinada, existe también una pretensión principal, que el peticionante considera que debe ser analizada en primer lugar y con preferencia sobre la subordinada. Si el primer y preferente análisis que realice el Juzgador descarta la pretensión principal, cualquier que sean los fundamentos de hecho o de Derecho del rechazo, deberá analizar seguidamente la pretensión subordinada.

El sustento por el que hemos planteado así nuestras pretensiones obedece a que, en el estado actual, es necesario que la Comisión utilice todas sus facultades de investigación y obtención de pruebas para poder finalmente tipificar de manera adecuada las infracciones, a la luz de los hechos que se vayan acreditando, y sancionar a los denunciados de manera ejemplar.

Como se verá, puede existir controversia entre si estamos ante una violación por parte de PILOT, sus directivos y representantes, del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, es decir, frente a una infracción al Decreto Legislativo 701 bajo la modalidad de abuso de posición de dominio; o si nos encontramos ante una violación directa por parte de las personas que prestan el servicio de practicaje a través de PILOT, al artículo 6 de la aludida norma, es decir, frente a una infracción del referido Decreto Legislativo bajo la modalidad de prácticas restrictivas.

En otras palabras, la primera y preferente pregunta que deberá resolverse es si estamos frente a una empresa con posición de dominio abusando de dicha posición. Si la Comisión concluye que no es este el caso, no podrá dejar los hechos denunciados si la respuesta legal, puesto que de acuerdo a nuestro plantamiento, deberá pasar a analizar si estamos frente a un cartel de competidores.

Como se sabe, la concentración de poder de mercado se puede lograr bajo diversas modalidades. Una de ellas es mediante el crecimiento interno. La segunda es mediante la fusión o integración de empresas o unidades productivas. La tercera es mediante acuerdos de cartelización. Sin embargo, en ocasiones, no es tan sencillo determinar frente a qué supuesto estamos.

Las apariencias formales indican que PILOT es producto de una "fusión" *sui generis*, derivada de la agrupación de un conjunto de personas naturales bajo la forma de su personalidad jurídica. De esta manera, la capacidad de cada uno de los prácticos de prestar servicios se ha integrado con la de otros competidores bajo una nueva empresa que los integra. De ser ese el supuesto, la fusión ha creado una nueva unidad empresarial con evidente posición de dominio en el mercado relevante, al agrupar a la inmensa mayoría de prácticos que pueden dar servicios en el Terminal Portuario del Callao. Al hacerlo, han concentrado poder de mercado, y de ser así, las prácticas que desarrollan se

convierten en un abuso de la posición de dominio obtenida mediante esta integración de "prestadores de servicio" originariamente independientes.



¿Pero es esa integración real? ¿Realmente se integraron los prácticos bajo una nueva forma jurídica? ¿Los servicios se prestan ahora bajo un nuevo centro de imputación? ¿O es PILOT solo una careta, creada para ocultar bajo su forma un cartel? ¿Factura realmente toda la actividad del grupo? ¿O será que cada práctico actúa y factura por separado? ¿Ha integrado el proceso productivo o parte del mismo? ¿O es solo acaso una simulación que oculta tras de sí una operación que sigue siendo igual a la anterior, sólo que concertada entre los integrantes?

Evidentemente contestar a esas preguntas significa obtener más pruebas y realizar investigaciones que sólo la Comisión puede llevar a cabo. Con la información completa y si de esta se estimara que no existe una auténtica integración que agrupe a los prácticos, sino sólo un cartel disfrazado, entonces podría desestimarse la pretensión principal pero considerando que existe entonces una infracción al artículo 6 del Decreto Legislativo 701.

Debe notarse que si bien PILOT es una empresa existente que formalmente ha integrado a los prácticos, el funcionamiento del esquema tiene la lógica de un cartel de competidores que acuerda una actuación coordinada y diseña mecanismos de "sanción" a quienes traicionan los acuerdos, lo cual es un típico mecanismo de "enforcement" de un cartel.

Tal circunstancia nos fuerza a plantear una de nuestras pretensiones subordinada a la otra, y así asegurarnos que los que han cometido actos contrarios a la libre competencia sean sancionados y no evadan su conducta basándose en meros aspectos formales.

II.2. LA DIFERENCIA DE ESTE CASO CON LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS CONTRA PILOT EN LOS EXPEDIENTES 003-2001-CLC y 004-2001-CLC.

La existencia de otros procedimientos contra PILOT también por hechos contrarios a la libre competencia en los expedientes señalados, no implica de forma alguna que se estén duplicando pretensiones ni que estemos ante un supuesto de doble procedimiento sobre la misma materia y en consecuencia ante un caso de doble sanción por lo mismo - *non bis in idem*. Todo lo contrario.

En efecto, una simple revisión de las pretensiones planteadas en dichos procedimientos y de las pretensiones planteadas mediante la presente denuncia, hace destacar las diferencias.

En el primer caso, es decir, en los procedimientos recaídos en los expedientes 003-2001-CLC y 004-2001-CLC, se discuten las prácticas restrictivas de la libre competencia en la modalidad de concertación de tarifas y condiciones de pago realizadas por la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos (en adelante ASPEPRAMA), PILOT, SEAWELL S.A. y PRATMAR S.A., mientras que en el procedimiento que la presente denuncia origina se discuten las prácticas predatorias y anticompetitivas realizadas por PILOT, sus órganos directivos y gerenciales, en la modalidad de abuso de posición de dominio o, subordinadamente, la concertación de actos predatorios y de defensa del cartel, por parte de los prácticos aparentemente integrados en PILOT y no de las empresas referidas.

Si bien es cierto que tanto en los expedientes 003-2001-CLC y 004-2001-CLC como el que origina la presente denuncia muestran el desapego de PILOT y sus integrantes a las normas que promueven la libre competencia, se refieren a hechos distintos no sólo en el tiempo sino en su tipificación. Ello debe ser tomado en cuenta por la Comisión, pues no cabe considerar que existe

procedimiento pendiente sobre los mismos hechos contra las mismas entidades y personas que nosotros denunciarnos en este acto.



Sin embargo, a nuestro entender, esta denuncia reviste mayor importancia que los casos antes señalados. Estos últimos atacan una concertación entre PILOT y "dos empresas fantasmas". De evitarse la concertación de precios entre ellas, no se evitará que PILOT o sus integrantes con un control alarmador del mercado, continúen afectando la competencia en el mercado de practicaje. Esta denuncia ataca, por tanto, el corazón del problema.

II.3. LA DIFERENCIA DE LOS ACTOS DENUNCIADOS Y LA EXISTENCIA DE BARRERAS BUROCRÁTICAS.

Como se apreciará de la lectura de la presente denuncia, algunas de las prácticas que se denuncian se vinculan con la existencia de decisiones de entidades del Estado (en especial la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú) que podrían, eventualmente, ser objeto de una denuncia diferente presentada ante la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI. Esa es una posibilidad de acción que desde ya nos reservamos.

Sin embargo, queremos dejar claramente establecido que la acción que interponemos por la presente denuncia respecto de esas barreras burocráticas es de naturaleza diferente. En el caso de las denuncias presentadas al amparo del artículo 26 BIS del Decreto Ley 25868, según la modificación introducida por el Decreto Legislativo 807, estas se dirigen contra un acto de una entidad pública en ejercicio de sus facultades, que por constituir un acto ilegal o irracional, justifican la intervención del INDECOPI.

Pero en este caso no estamos cuestionando, al menos directamente, un acto de una entidad de la administración pública, sino una actividad de una empresa privada o, en todo caso, de sus integrantes, dirigido a preñar el mercado

mediante presiones indebidas sobre las decisiones de entes públicos. Así, en algunos de los supuestos denunciados, lo que se persigue es sancionar a los denunciados y no el levantamiento (al menos en este procedimiento) de las barreras burocráticas en sí mismas.



En ese sentido, el pronunciamiento sobre el fondo de nuestra pretensión en ese extremo es procedente, sin perjuicio que eventualmente la Comisión de Acceso al Mercado pudiera pronunciarse sobre la actuación particular de la administración pública y el carácter ilegal y/o irracional de las medidas en sí mismas.

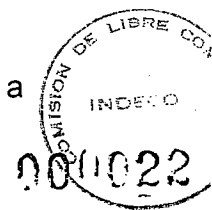
III. ¿DE QUÉ TRATA LA PRESENTE CONTROVERSIA?

El tema en torno al cual gira la presente denuncia a pesar de la cantidad de hechos involucrados es muy simple. Se trata de una estrategia, cuidadosamente preordenada y diseñada con un solo fin: impedir la competencia en el mercado de servicios de prácticaje en el Terminal Portuario del Callao. Esta estrategia tiene por efecto crear las condiciones para que los consumidores de dichos servicios tengan menos opciones y se vean forzadas a pagar tarifas más elevadas y a contar con una menor oferta de servicios de este tipo.

Como se deriva de nuestras pretensiones, será necesario que la Comisión aplique sus facultades de investigación para determinar, finalmente, si estamos frente a una unidad económica realmente integrada que ha concentrado poder económico y, abusando de él, pretende consolidar dicho poder y usarlo para obtener beneficios indebidos; o por el contrario, se trata sólo de un cartel entre competidores, "disfrazado" de empresa, siendo PILOT simplemente una "careta" que oculta bajo una apariencia acuerdos de concertación.

Pero "todos los caminos conducen a Roma". Por una vía u otra, el resultado es el mismo: la generación de una concentración de poder económico que es

usada de manera ilegal e indebida para perjudicar la competencia y con ella a los consumidores.



Este es un caso que, desde la perspectiva de la autoridad que lo investiga, podría considerarse privilegiado. En pocos casos se cuenta con pruebas e indicios que con tanta claridad reflejan no sólo la existencia objetiva de las conductas, sino sus intenciones, pues los participantes han puesto, incluso por escrito, las motivaciones de su acción.

En pocos casos como en el presente, la estrategia, previamente concebida y planeada, ha sido colocada en un informe que recoge las opiniones de un asesor mexicano contactado para generarla. Y en ese plan se dice con toda claridad lo que se quiere: monopolizar y limitar la competencia pero de una manera que permita evadir las acciones de la autoridad de competencia.

En pocos casos como el presente existe tal nivel de coincidencia entre lo que se planea y lo que se ejecuta. Cada una de las estrategias y acciones pensadas fue ejecutada con precisión y en estricto seguimiento del plan. Así, no sólo ha quedado probada la motivación, sino su plasmación concreta en la realidad.

¿Y en qué consiste ese plan ejecutado con total desapego al respeto a las normas de competencia?.

En primer lugar, juntar a los competidores (si es bajo una integración o un cartel, es algo que la autoridad deberá determinar), es decir, agregar la participación individual de cada participante en el mercado en una sola y poderosa capacidad de negociación. A esa unidad la llamaron PILOT.

En segundo lugar, una vez integrados, se diseña e implementa un esquema para crear barreras legales y económicas a nuevos entrantes, no teniéndose ningún escrúpulo en utilizar barreras legales y contractuales, convenios de

exclusividad y gestiones indebidas ante autoridades para impedir la entrada de competidores.



En tercer lugar, un esquema de “destrucción” de los disidentes, a los que no se duda de calificar de “traidores” a la “causa de la integración”, llegando al extremo de intentar privar de la libertad individual de quienes finalmente se apartan de prácticas ilegales y que terminan, paradójicamente, denunciados por cumplir con lo que dice la Ley que tutela la libre competencia. Las acciones incluyen procedimientos dirigidos a suspender el derecho de los disidentes a desarrollar su actividad laboral. En términos sencillos, se desarrolla una estrategia de “tortura legal” que se convierte finalmente en una verdadera tortura psicológica dirigida a quebrantar la voluntad de estas personas para que se “reintegren” al grupo y apoyen su estrategia evidentemente anticompetitiva.

Las pruebas no sólo son abundantes, sino contundentes. El nivel de coincidencia entre lo planeado y lo ejecutado es asombroso, mostrando no sólo una intención de violar las normas, sino una inusual efectividad para hacerlo.

En ese sentido, este caso plantea la necesidad de mandar un mensaje claro para que estas prácticas no se repitan en el futuro, no sólo por el costo que implican en términos de eficiencia, sino por el alto costo humano que han significado para quienes, sin ninguna justificación, han sido víctimas de ellas.

La competencia puede ser incómoda para quienes, queriendo ganar más, prefieren prescindir de ella. Pero la competencia es un mandato claro de nuestra Constitución y de la Ley. Las empresas tienen el deber de competir y no pueden sustraerse de él mediante prácticas como las que denunciamos. Y es que esa incomodidad que la competencia genera en algunos, es el correlato del bienestar que esa misma competencia genera en los consumidores. En este caso un grupo de prácticos marítimos han pretendido justificar el alivio de esa incomodidad a cualquier costo. Eso es algo que la Comisión no debe permitir.



IV. DE LA LEGITIMIDAD PARA ACTUAR DE LOS DENUNCIANTES

La Asociación Peruana de Operadores Portuarios (en adelante "la Asociación") es una institución de carácter asociativo, sin fines de lucro y con personería jurídica de derecho privado, constituida mediante Escritura Pública de fecha 20 de diciembre de 2000, ante el Notario Público del Callao, doctor Rafael Enrique Rivero Castillo (Anexo 1-G).

La Asociación ha sido constituida con el objeto de defender los intereses de las empresas operadoras portuarias del país asociadas (representar a sus asociados ante toda clase de autoridades nacionales y extranjeras, públicas o privadas, en todo aquello relacionado con sus actividades marítimas, portuarias y de comercio exterior), y de desarrollar, promover e incrementar las actividades y servicios marítimos, portuarios y de comercio exterior, bajo los principios de la libre competencia y libertad de contratación.

En la actualidad la mencionada asociación representa a las siguientes empresas operadoras portuarias, muchas de las cuales han venido prestando y/o contratando los servicios de practicaje marítimo en el Terminal Portuario del Callao: Terminal de Almacenamiento Neptunia S.A., Cosmos Agencia Marítima S.A.C., Agencia Marítima Trabajos Marítimos S.A. (TRAMARSA), Agencia Marítima Nautilus S.A., Terminal de Almacenamiento Unimar, Ransa Comercial S.A., Transmares Group S.A. y Triton Maritime Services S.A.

La legitimidad para actuar en el presente procedimiento por parte de la Asociación se deriva del hecho de que, las conductas desarrolladas por los denunciados han distorsionado y siguen distorsionando la libre competencia en el mercado de los servicios de practicaje en el Terminal Portuario del Callao. Dichas prácticas afectan directamente el normal funcionamiento de las

empresas integrantes de la Asociación, sea porque prestan servicios de practicaje marítimo o porque requieren de ellos para realizar sus actividades.



Por otro lado, la legitimidad de los señores Alejandro Chávez, Jorge Petrozzi, Manuel Lavado y Werner Boggiano se deriva del hecho de que precisamente ellos han sido directamente objeto de algunas de las prácticas predatorias y anticompetitivas desarrolladas por los denunciados.

V. ¿QUÉ PREGUNTAS DEBE RESPONDER LA COMISION PARA RESOLVER LA PRESENTE DENUNCIA?

Para resolver el presente caso la Comisión deberá dar respuesta a las siguientes preguntas a fin de determinar que se han cometido las infracciones que denunciemos.

La primera pregunta a formularse es:

¿Es PILOT una integración real o es meramente una “careta”, una mera formalidad que oculta tras de sí un cartel de prácticos marítimos?

Si la respuesta es que PILOT es una integración real, entonces debe pasarse a analizar la pretensión principal. Si por el contrario la respuesta es que se trata de una mera formalidad para disimular un cartel, entonces debe pasarse al análisis de la pretensión subordinada.

V.1. RESPECTO DEL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO (LA PRETENSIÓN PRINCIPAL).

a. **¿Cuál es el mercado relevante en el que actúa PILOT?**

Como demostraremos, PILOT actúa en el mercado de servicios de practicaaje (que carece de sustitutos) dentro del Terminal Marítimo del Callao.



b. ¿Tiene PILOT posición de dominio en el mercado relevante?

La respuesta a la pregunta es un contundente sí. PILOT cuenta virtualmente con un monopolio en el mercado relevante, monopolio que se ha visto reforzado con las prácticas que ha venido desarrollando.

c. Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa ¿Ha abusado PILOT de su posición de dominio en el mercado?

Para responder a esta pregunta deben analizarse a su vez las siguientes sub-preguntas:

c.1. ¿Ha tenido PILOT la intención de monopolizar el mercado y limitar la entrada de nuevos competidores?

Su intención está perfectamente demostrada con la documentación que veremos y que señala expresamente su intención de monopolizar el mercado.

c.2. Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, ¿concibió PILOT una estrategia para materializar su intención?

Como veremos, y está debidamente acreditado con la información y documentación presentada, PILOT diseñó una estrategia integrada para materializar su intención de monopolizar el mercado.

c.3. Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, ¿tiene la estrategia, a la luz de la *regla de la razón* una peligrosa posibilidad de éxito?

Está demostrado no sólo que tiene la posibilidad de éxito, sino que efectivamente la estrategia fue exitosa y consiguió su objetivo.

c.4. Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, ¿para desarrollar su estrategia ha cometido PILOT infracciones a la Ley?

Para responder a esta pregunta deben analizarse cada una de las prácticas denunciadas, así:

c.4.1. Respecto de la celebración de convenios de exclusividad para elevar los costos de entrada de competidores:

- **¿Se han celebrado convenios o realizado estrategias destinadas a impedir que un número importante de prácticos pueda brindar servicios en competencia con PILOT?**

0000 3000 51

Como veremos, mediante la celebración de contratos de exclusividad con plazos absurdamente largos y mediante la incorporación de prácticos como accionistas y Directores de PILOT, esta empresa consiguió en un momento que casi el 100% de los prácticos con licencia vigente para ejercer sus actividades en el Terminal Portuario del Callao se obligaran a no contratar con la competencia.

- **De ser la respuesta a la pregunta anterior afirmativa, ¿tales contratos se dieron con la intención y/o tuvieron el efecto de elevar los costos de competir con PILOT a los competidores potenciales o actuales?**

Es clarísimo que ese efecto se logró y fue ejecutado, como veremos más adelante, mediante el abuso de procedimientos legales, judiciales

y regulatorios. Así, queda demostrado que PILOT cometió una infracción en este extremo.



c.4.2. Respetto del abuso de procedimientos legales, gubernamentales o regulatorios

Para estos efectos deben responderse a las siguientes preguntas:

- **¿Ha utilizado PILOT procedimientos legales, regulatorios o gubernamentales con la intención de eliminar o restringir la competencia?**

Como veremos, es clarísimo que PILOT usó esos procedimientos judiciales y administrativos para evitar la entrada de prácticos al mercado y/o castigar a los “traidores” al grupo, y así limitar la competencia.

- **Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, ¿estos procedimientos tenían algún sustento razonable que los justifica?**

Como veremos, tales procedimientos no tenían otra razón de ser que dificultar la entrada al mercado y disciplinar a los disidentes. En consecuencia, carecían de todo sustento razonable.

c.4.3. Respetto a la negativa de entrenamiento de nuevos prácticos por parte de PILOT.

Para estos efectos deben responderse las siguientes preguntas:

- **¿Se negó PILOT a entrenar nuevos prácticos?**

Como demostraremos, por medio de diversas cartas y pruebas, las negativas están debidamente demostradas y documentadas.

- **En caso la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, ¿tenía la negativa alguna justificación razonable?**

Como veremos, ninguna de las negativas fueron siquiera justificadas con una razón que resistiera un superficial análisis de razonabilidad.

- **En caso que la respuesta a la pregunta anterior sea negativa ¿tuvo la negativa por intención u efecto cerrar la entrada a competidores al mercado?**

También quedará demostrado que las negativas buscaban simplemente evitar el incremento del número de prácticos, basado en las regulaciones existentes, y así consolidar el monopolio de PILOT.

c.4.4. Respecto a la negativa de trato de servicios prestados por PILOT.

Para estos efectos deben responderse las siguientes preguntas:

- **¿Se negó PILOT a brindar servicios de practica a quienes se lo solicitaron?**

Como demostraremos, por medio de diversas cartas, las negativas están debidamente demostradas y documentadas.

- **En caso la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, ¿tenían las negativas alguna justificación razonable?**

Como veremos, ninguna de las negativas fueron siquiera justificadas con una razón que resistiera un superficial análisis de razonabilidad.



- En caso que la respuesta a la pregunta anterior sea negativa, ¿tuvo la negativa por intención u efecto cerrar la entrada a competidores al mercado?

También quedará demostrado que las negativas buscaban simplemente sancionar a aquellos que contrataban prácticos distintos a los de PILOT, a fin de consolidar la posición de esta empresa en el mercado.

V.2. RESPECTO A LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS (PRETENSIÓN SUBORDINADA).

- a. ¿Se han puesto de acuerdo los prácticos integrados a PILOT para restringir la competencia mediante la fijación de tarifas, negativas concertadas de trato, manejo conjunto de procedimientos legales, gubernamentales y regulatorios, entre otros aspectos?

Como veremos, en caso se considere que PILOT es una simple "careta" entonces, en aplicación de la regla *per se*, los prácticos denunciados deben ser sancionados, al haber concertado todas las conductas denunciadas.

VI. FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DENUNCIA

VI.1. EL DIAGNÓSTICO.

(O de cómo los prácticos marítimos descubrieron que la competencia los iba a incomodar)

Los prácticos marítimos ya habían previsto los problemas que la competencia les iba a generar, y no les gustaba nada. La competencia es incómoda por que coloca mis decisiones sobre cuánto cobrar en manos de otros. Esos otros son los consumidores. Cuando ellos pueden optar, impiden al proveedor poner el precio y las condiciones que les dé la gana. Ese es el mérito del proceso competitivo. Cuando alguien con intención de monopolizar descubre eso, ve en la competencia una amenaza. Eso fue precisamente lo que pasó.

Tal y como se desprende de las pruebas que han sido incorporadas como tales en el procedimiento que sigue de oficio la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI en contra de PILOT y otros por concertación de precios, desde antes de enero de 2001 los prácticos habilitados para desarrollar sus actividades en el Terminal Portuario del Callao y que en su totalidad integraban la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos, tenían conocimiento del desempeño futuro del mercado de practicaaje.

De acuerdo con las estimaciones y proyecciones de la ASPEPRAMA¹, a partir del año 2000 en adelante se produciría una reducción de la demanda por los servicios de practicaaje en el Terminal Portuario del Callao, generada por la disminución del número de naves anuales que arriban a dicho terminal, como por el incremento del número de prácticos habilitados para actuar en dicho mercado. La perspectiva de una mayor competencia en el mercado habría sido percibida como una clara amenaza para quienes en esos momentos prestaban

¹.- En la presentación elaborada por la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos denominada "Análisis Situacional Puerto del Callao Año 1999" y que ha sido citada en el Informe N° 002-2001-INDECOPI/CLC se indicaban las siguientes proyecciones:

Proyección de los servicios de practicaaje en el TPC
2000 al 2004

Año	Naves Anuales	Naves Mes	Total Practicos	Naves por Práctico	Maniobras por Práctico
2000	2581	215.1	38	5.66	11.32
2001	2320	193.3	41	4.71	9.42
2002	2059	171.6	44	3.89	7.78
2003	1798	149.8	47	3.18	6.36
2004	1537	128.1	50	2.56	5.12

Fuente: "Análisis Situacional Puerto del Callao Año 1999" Asociación Peruana de Prácticos Marítimos
Elaborado por: INDECOPI

los servicios de practica en el Terminal Portuario del Callao. Y esa amenaza les incomodaba y deseaban evitar dicha incomodidad.

VI.2. EL PLAN.

(O de cómo se consiguió un asesor mexicano con experiencia para evadir a la competencia y a las autoridades encargadas de defenderla).

Ante la amenaza descubierta, la ASPEPRAMA decidió que era necesario tener un plan para neutralizar la competencia. Dicho plan estaba aparentemente destinado a consolidar la oferta de dichos servicios (es decir, integrar el disperso poder de mercado existente) a través de la formación de una empresa que agruparía a todos los prácticos habilitados.

Consolidado dicho poder (sea por medio de una empresa o de un cartel), se crearían barreras de acceso al mercado a nuevos prácticos y el desarrollo de maniobras destinadas a obstaculizar la operación de otras empresas administradoras o personas que prestaban servicios de practica.

La existencia de ese plan queda demostrado con una serie de documentos encontrados por el INDECOPI en las visitas realizadas a las instalaciones de PILOT y de la ASPEPRAMA el 8 de febrero de 2001; dichos documentos obran en el expediente que se sigue de oficio en la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI en contra de PILOT y otros por concertación de precios (Expediente N° 004-2001/CLC).

Uno de dichos documentos, citado expresamente en el Informe 002-2001-INDECOPI/CLC, es el "Informe" de fecha **31 de diciembre del 2000** que fuera elaborado por el práctico de PILOT Arnulfo Gómez Ríos en el que (al parecer) se reseñaría una visita realizada al Sindicato Nacional de Prácticos de México

con objeto de asesorarse para **"la formación de la unión de prácticos en el Callao"**.

Sobre el particular, en el referido "Informe" se indican los comentarios del Capitán Víctor Martínez, presidente delegado del Sindicato Nacional de Prácticos de México, respecto a la estrategia que se habría desarrollado en dicho mercado:

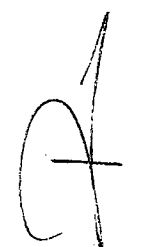
"En caso que la privatización y las leyes antimonopólicas les presionen ellos están preparados para formar 3 empresas, gobernados por el sindicato con mínimas diferencias de tarifa y manteniendo el mismo principio de turnos de guardia como si fuera una misma [...]."

El práctico que intente traicionar al sindicato prácticamente es eliminado, moviéndose todos los elementos legales que en prevención firmó antes de ser práctico, se inicia solicitando la cancelación definitiva de la licencia a la autoridad marítima, adjuntando un expediente respectivo, si la autoridad se resiste se acude a los tribunales".



El plan es clarísimo y está claramente resumido en la cita antecedente. La idea era concentrar, excluir y destruir. Y el plan está diseñado de tal manera que hasta pretende "vacunarse" contra la indeseable intromisión de la autoridad de competencia, a la que se pretende engañar con una maniobra tan burda como la simple creación de aparentes tres empresas en competencia, cuando en realidad existe sólo una.

Haciendo una analogía válida, el documento citado es haber encontrado en la casa del ladrón, el plano del banco que pensaba asaltar con expresa referencia a cómo engañar a la policía y los guardianes para entrar sin ser visto ni descubierto. Luego, cuando lo encuentran en el banco "con las manos en la masa" no puede sostener que fue un mero accidente.



Pero en este caso, como veremos, no sólo se tuvo el plan, sino que “el ladrón entró al Banco”, y lo hizo por la misma ventana, en la misma forma, a la misma hora y con las mismas precauciones que tenía previstas y detalladas en su plan, sólo que no contaba con que el policía, que no debía verlo, lo vio. Así, el plan fue seguido y aplicado por PILOT y sus miembros al dedillo para monopolizar el mercado durante todo el año 2001.



VI.3 PASO 1 DEL PLAN: ACUMULANDO PODER DE MERCADO.

(O “Todos para uno y uno para todos”)

Como se detallaba en el plan inicial, el primer paso era juntarse. Así de simple. Si este “juntarse” fue una integración real, o una simple simulación para esconder bajo la forma legal un cartel de competidores, es algo que la Comisión tendrá que determinar al final del presente caso. Lo que es cierto es que se ejecutó según lo planeado.

Así, el 8 de enero quedó consolidada la integración de todos los prácticos habilitados para actuar en el Terminal Portuario del Callao mediante su incorporación en una sola empresa: PILOT.

Efectivamente, el **8 de enero de 2001**, se realizó la sesión de Junta General de Accionistas de PILOT². En dicha oportunidad, se acordó, entre otras cosas: (i) establecer un Directorio con no menos de 3 ni más de 16 miembros; (ii) remover a los antiguos directores; (iii) remover al gerente general de la empresa y nombrar como tal al señor Elisban Rodríguez Fernández; (v) nombrar cuatro gerentes adicionales; y (vi) que dos de los tres accionistas fundadores de la mencionada empresa (Esteban Gerkes Miranda y Sergio Cruzate la Torre) transfirieran parte de sus acciones a 34 personas, todos ellos prácticos marítimos con licencia vigente para operar en el Terminal Marítimo del Callao.

².- Cabe recalcar que por Escritura Pública de fecha 17 de abril de 2000, se constituyó la empresa de servicios de practicaje marítimo PILOT. Los accionistas fundadores de dicha empresa fueron Manuel Esteban Gerkes Miranda, Sergio Cruzate La Torre y



De esta manera los 36 prácticos con licencia para prestar servicios de practica en el Terminal Marítimo del Callao, quedaron integrados en una sola empresa. Cabe recalcar que hasta el 7 de enero de 2001, es decir, antes de la realización de la junta de accionistas aludida, el servicio de practica marítimo era prestado por 36 prácticos marítimos agrupados aproximadamente en 17 empresas.

En la integración en PILOT de todos los prácticos habilitados para operar en el Terminal Portuario del Callao, dicha empresa adquirió una clara posición de dominio en el mercado: **el 100% de los prácticos quedó integrado en una sola empresa**. Si bien es cierto que formalmente se mantuvo la existencia de otras dos empresas (Seawell y Pratmar), existen pruebas que demuestran que ello no fue sino una estrategia para eludir cualquier eventual denuncia por abuso de una posición de dominio.

Así, en la comunicación de **fecha 24 de enero de 2001 que dirige** el práctico Arnulfo Gómez Ríos a la International Maritime Pilot Association (IMPA) y que aparece citada en el Informe N° 002-2001-INDECOPI/CLC se indica lo siguiente:

"Nos es grato informarle que el 8 de enero del 2001 hemos alcanzado el objetivo que todos los prácticos marítimos licenciados del Callao estábamos esperando. Los 36 capitanes que conforman nuestra fuerza de practica, han decidido sumar esfuerzos para ofrecer estándares más eficientes y seguros de nuestros servicios profesionales únicamente a través de tres compañías asociadas:

- ***Pilot Station formada por nuestra Asociación de Prácticos.***
- ***Seawell y Pratmar conformadas por dos de nuestros asociados."*** (traducción libre).

Luzdina Lavi Bardalez, quienes a su vez fueron nombrados directores. Asimismo se nombró a Carlos de La Flor Calle como Gerente General de la empresa.



Es decir, exactamente como estaba en el plan.

Asimismo, en otra de las comunicaciones mencionadas en el referido informe de INDECOPI se cita una del **29 de enero de 2001**, en la que el señor Luis Loyola Soto se dirige al Secretario General de la International Maritime Pilot Association, Nick Cutmore, indicándole lo siguiente:

“Antes éramos 17 compañías de practica en el Callao. Ahora estamos trabajando con sólo una, su nombre es Pilot Station, las otras dos compañías Seawell y Pratmar figuran sólo para las leyes peruanas y no asemejan a un monopolio.” (el subrayado es nuestro)

Más claro ni el agua. Expresamente se menciona que las otras dos empresas son sólo para no parecer (no para dejar de ser) un monopolio, según las leyes peruanas. Sin perjuicio que lo burdo de la estrategia salta a la vista, lo que queda demostrado con toda claridad es la intención de constituir a PILOT.

Así, el Punto 1 del Plan estaba cumplido.

VI.4. Punto 2 del Plan: Que Nadie se Pueda Salir.
(O “Todos para uno y uno para todos” segunda parte)

Para que el plan funcione no basta estar juntos: hay que permanecer juntos. De nada vale la unidad para neutralizar la competencia si alguno o algunos de los incorporados comienzan a competir por su lado.

Para conseguir ese fin los denunciados acuden a una estrategia antigua y muy tratada dentro de las normas y la doctrina que se refieren a las prácticas monopólicas: los convenios de exclusividad.



Así, PILOT suscribe con los prácticos, convenios de exclusividad con términos increíbles e inusuales, que conceden exclusividad hasta el final de la vida laboral del práctico, sólo para sacarlos de participar en el mercado por una vía distinta a prestar servicios a través de PILOT.

Estos convenios sólo persiguen, por un lado, mantener la fidelidad de los prácticos a la empresa, y por el otro, elevar irracionalmente los costos de acceso de otras empresas en el mercado, quienes no pueden contratar un solo práctico por que no existirían prácticos libres en el mercado. Y ello deja a los consumidores sin opciones.

A ello se suma el hecho de convertir a los prácticos no sólo en accionistas sino en Directores y administradores de PILOT, a fin de crearles incompatibilidades de trabajar o atender servicios por medio de terceras empresas. Note la Comisión que el Directorio de PILOT tiene el inusual e increíble número de **¡16 Directores! Y todos ellos prácticos en ejercicio.** ¿Conocen alguna empresa, especialmente de esas características, que requiera contar con tal número de Directores? El número muestra que el nombramiento como Director no tiene otro objetivo distinto a crear una aparente incompatibilidad que impida a los prácticos brindar servicios en o para otras empresas.

Estos convenios de exclusividad se convierten en el "candado" de la integración, convirtiéndola en una "fiesta" (propiamente en una "encerrona") en la que aquel que entra ya no se puede salir: "O bailas conmigo...o bailas conmigo".

- En efecto, durante el mes de **diciembre de 2000**, uno a uno los prácticos que hasta esa fecha trabajaban de manera independiente o integrados a otras empresas, fueron inducidos a celebrar 'contratos de trabajo a plazo indefinido' (¿?) con PILOT. Para tal acto la empresa actuó representado por su Gerente General Carlos de la Flor Calle.

En virtud de dichos contratos los prácticos firmantes se obligaban a prestar sus servicios de practica a PILOT ***“en exclusividad por un periodo indefinido y culminará al cumplirse el límite de edad fijado por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas”*** (Anexo 1-H). Como se aclara en otra parte del Contrato ***“es materia del presente contrato, la prestación del Servicio de Practicaje en forma exclusiva, en los amarraderos del Terminal Portuario del Callao, el mismo que será realizado personalmente.”***



En pocas palabras, según los términos del contrato, los prácticos se volvían una suerte de “esclavos” de propiedad de PILOT, cuya participación en otras empresas podía ser excluida por parte de la empresa como quien impide que alguien use algo que es suyo. Y esa propiedad se extiende hasta el fin de la vida útil del práctico, es decir, hasta donde es útil mantenerlo fuera del alcance de cualquier competidor.

Cabe destacar que, sorprendentemente dichos contratos no incluyen una determinación precisa de la compensación o retribución a favor de los prácticos firmantes. Es así, que en la cláusula 3 del contrato se señala lacónicamente que: ***“Se establece como retribución (...) la cantidad que determine el Directorio de la Empresa(...)”***.

Dicho hecho evidencia la ausencia de transparencia que rodeó la negociación y firma de dichos contratos, cuya copia ni siquiera fue entregada a varios de los prácticos firmantes.

- Pocos días después, con fecha **8 de enero de 2001**, se llevó a cabo la sesión de Junta General de Accionistas de PILOT, en la cual, entre otras cosas, se acordó (i) remover a los antiguos directores y nombrar con dicho cargo a dieciséis (16) prácticos marítimos que habían sido previamente

invitados a la referida sesión de directorio; y (ii) la transferencia de acciones de la empresa por parte de Esteban Gerkes Miranda y Sergio Cruzate la Torre (hasta ese entonces accionistas de PILOT), **a favor de los 34 prácticos marítimos con licencia vigente para prestar sus servicios de practica en el Terminal Portuario del Callao.**



De esta forma los prácticos que habían celebrado anteriormente los referidos 'contratos de trabajo a plazo indefinido', quedaron incorporados también como accionistas y miembros del Directorio.

- Casi de forma inmediata, por Escritura Pública de fecha **16 de enero de 2001**, se procedió a la inscripción notarial de los acuerdos adoptados en la Junta General de Accionistas de PILOT con fecha 8 de enero de 2001.

Como se puede apreciar, el segundo punto del Plan estaba así cumplido. La cláusula de exclusividad incorporada al contrato, sumada a la incorporación de los prácticos como Directores y Accionistas era una clara estrategia de bloquear el acceso a ellos por potenciales competidores, impidiéndoles incluso actuar de manera independiente. Y eso no se hizo con uno o dos. Se hizo con todos los participantes en un mercado en el que las barreras de acceso legales al mismo eran casi insuperables.

Esto se encuentra ligado con otros puntos del plan, en especial los referidos a la predación mediante procedimientos gubernamentales y legales. Estos acuerdos, sin perjuicio de su ilegalidad, han sido el insumo básico para frenar a los llamados "traidores". Así son usados como el mecanismo mediante el cual crean incentivos para que los prácticos no compitan con PILOT, pues sobre su base se plantean acciones de amparo, acciones penales y acciones administrativas dirigidas a evitar la disidencia. Esta práctica (la exclusividad) ha sido desarrollada para monopolizar y evitar futura competencia y por tanto debe de ser declarada ilegal.

VI.5. PASO 3 DEL PLAN: ¡FUERA LOS INTERMEDIARIOS!

(O de cómo me voy quedando solo en el mercado)

A partir de mediados de enero de 2001 se diseña una serie de medidas con el deliberado propósito de eliminar a otras empresas administradoras de los servicios de practicaje.

Ello queda claramente de manifiesto en la comunicación del 24 de enero de 2001 que aparece referida en el Informe 002-2001-INDECOPI/CLC, en la que uno de los prácticos de PILOT (Arnulfo Chávez), luego de comunicar la formación de la empresa indica: ***"También queremos eliminar los intermediarios (agencias) que en nuestro trabajo habían tenido la mayor parte de las tarifas"***.

Con ello no sólo acaparan horizontalmente el mercado, sino que eliminan otro eslabón de la cadena: el de los intermediarios. Con ello integran (o mejor dicho desaparecen) verticalmente las labores de intermediación.

VI.6. PASO 4 DEL PLAN: PREDACION MEDIANTE ACCIONES LEGALES.

(O "Castigando a los Traidores").

"El práctico que intente traicionar al sindicato prácticamente es eliminado, moviéndose todos los elementos legales que en prevención firmó antes de ser práctico, se inicia solicitando la cancelación definitiva de la licencia a la autoridad marítima, adjuntando un expediente respectivo, si la autoridad se resiste se acude a los tribunales"³.

La cita, redactada antes de la ejecución del plan, es clara y puede resumirse en que "hay que castigar a los traidores".

³.- Informe del práctico de PILOT Arnulfo Gomez Ríos de fecha 31 de diciembre de 2000. Tomado del Informe N° 002-2001-CLC/INDECOPI.

Por distintas razones que van desde la disconformidad con algunas de las decisiones adoptadas por la empresa, hasta discrepancias en cuanto al manejo de la misma, algunos de los prácticos optaron por retirarse de PILOT e incorporarse a otras empresas administradoras de los servicios de practicaeje.

Fueron cuatro (4) los prácticos que abandonaron PILOT para incorporarse a otras empresas del sector. Como se verá a continuación, contra cada uno de ellos y en base sus convenios de exclusividad y su calidad de Directores, se iniciaron una serie de arbitrarias acciones administrativas y judiciales, con el objeto de obstaculizar el desarrollo de las actividades de practicaeje de las empresas para las cuales prestaban servicios.

La falta de sustento de las acciones judiciales y administrativas iniciadas por PILOT, que ha quedado demostrado con el archivamiento de muchas de ellas, pone de manifiesto el deliberado propósito de dicha empresa de anular u obstaculizar las actividades de las otras empresas administradoras de los servicios de practicaeje.

Aquí se ve cómo la combinación de dos de los puntos del Plan (es decir los convenios de exclusividad y el uso de sanciones a los traidores) son tremendamente efectivos cuando se implementan en conjunto. Veamos cuáles fueron los casos.

(1) **Práctico Marítimo Alejandro Chávez Gurmendi**

- El **15 de diciembre de 2000**, el señor Alejandro Chávez Gurmendi y PILOT celebraron un 'contrato de trabajo a plazo indefinido', en virtud del cual el señor Chávez se obligó a prestar sus servicios de practicaeje a dicha empresa **"en exclusividad por un período indefinido y culminará al**

cumplirse el límite de edad fijado por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas" (Anexo 1-H).



- Pocos días después, con fecha **8 de enero de 2001**, se llevó a cabo la sesión de Junta General de Accionistas de PILOT, en la cual, entre otras cosas, se acordó la transferencia de algunas de las acciones de PILOT a favor de Alejandro Chávez, así como su nombramiento como Director de dicha empresa (Anexo 1-I).
- Posteriormente, dado que no se encontraba de acuerdo con las políticas adoptadas al interior de la empresa, mediante carta de fecha **21 de abril de 2001**, presentó su "renuncia laboral" a PILOT (Anexo 1-J). A la luz de ello, a partir del **25 de abril de 2001**, empezó a desempeñarse como práctico marítimo en la empresa Trabajos Marítimos S.A. (TRAMARSA).
- Indudablemente, dicha renuncia resultaba contraria con los intereses monopolistas de PILOT, motivo por el cual, en la sesión de directorio del **24 de abril de 2001**, se discutieron las acciones a tomar en contra de Alejandro Chávez (es decir, como "castigar al traidor").

Todo parece indicar que en la referida reunión, algunos accionistas y directivos de PILOT sugirieron no sólo el inicio de acciones legales en contra del referido práctico sino incluso el desarrollo de acciones ilegales en contra de su persona y familia. A la luz de ello, varios prácticos remitieron al Gerente General de la mencionada empresa, sendas comunicaciones en las cuales dejaron constancia de su oposición a las medidas que se habrían decidido adoptar.

Es así que, mediante carta de fecha **24 de abril de 2001**, el señor Manuel Antonio Lavado Carrillo comunicó a PILOT que si bien avalaba los trámites legales iniciados en contra del referido práctico señaló: "**cualquier actitud**

contraria a la legalidad y/o amenazas que puedan generarse contra el capitán Alejandro Chávez, no serán avaladas por mi persona." (Anexo 1-K).



En el mismo sentido, mediante carta de fecha **25 de abril de 2001**, el señor Gino Bettocchi manifestó a la Gerencia General de PILOT que "(...) **no apoya y menos aprueba ninguna acción que emprenda PILOT Station S.A. o algunos Asociados en su contra, que no se ajuste al marco de la ley. Mas aún estoy en desacuerdo con algunas de las políticas y/o acciones que ha tomado la Dirección de la Empresa de un tiempo a esta parte.**" (Anexo 1-L).

- Enterado el señor Chávez de las amenazas que se profirieran en contra de su persona y familia en la sesión de directorio de PILOT de fecha 24 de abril de 2001, y a la luz de las constantes amenazas tanto telefónicas como radiales que recibiera a partir de la presentación de su renuncia a PILOT - inclusive recibió amenazas de muerte-, el señor Chávez, mediante escrito de fecha **27 de abril de 2001**, solicitó a la Prefectura del Callao garantías personales para él y su familia (Anexo 1-M).
- Como parte del plan diseñado por los Directivos y Accionistas, mediante carta de fecha **2 de mayo de 2001**, PILOT comunicó al señor Chávez que su renuncia no podía ser aceptada (Anexo 1-N).
- En vista de ello, mediante carta notarial de fecha **9 de mayo de 2001**, el señor Chávez reiteró a PILOT el contenido de su carta de renuncia de fecha 21 de abril de 2001 (Anexo 1-Ñ).
- A partir de la recepción de esta última comunicación, PILOT empezaría a implementar la estrategia de hostigamiento al señor Chávez mediante el inicio arbitrario de diversos procesos judiciales tanto en la jurisdicción

judicial de Lima como la del Callao. En realidad, a la luz de los antecedentes, resulta fácil advertir que la consigna era clara: por cualquier vía, hostigar y evitar que el señor Chávez pudiese prestar sus servicios de practicaje marítimo en el Terminal Portuario del Callao.

En efecto, el mismo día que el señor Chávez reiterara a PILOT su renuncia, mediante escrito de **fecha 9 de mayo de 2001**, PILOT, a través del señor **Elisban Rodríguez Fernández** (accionista, gerente general y práctico de la referida empresa), interpuso ante el Juez Especializado en Derecho Público de Lima, una **acción de amparo por supuesta violación de la libertad de contratar** en contra del señor Chávez y otros (Anexo 1-O). Paralelamente, solicitó una **medida cautelar innovativa** ante el Juez Especializado en Derecho Público de Lima, **consistente en la suspensión de las actividades de práctico marítimo** del señor Chávez (Anexo 1-P).

Para sustentar su pedido, PILOT alegó en dicha oportunidad que siendo que existía un 'contrato de exclusividad de prestación de servicios como práctico marítimo a plazo indefinido' vigente entre las partes, el señor Chávez no podía prestar sus servicios para otras empresas.

- A los 5 días, mediante escrito de fecha **14 de mayo de 2001**, a través de su representante señor **Elisban Rodríguez Fernández**, PILOT formuló **denuncia penal** ante el Fiscal Provincial en lo Penal de Turno del Callao contra el señor Chávez y otro, por la **supuesta comisión del delito al Patrimonio en su modalidad de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas** (Anexo 1-Q).

Que en dicha denuncia se sostuvo que: **"(...) sin que nuestro vínculo contractual haya sido resuelto los denunciados en forma dolosa han iniciado la prestación de servicios como Prácticos Marítimos a favor de la empresa Trabajos Marítimos S.A., y la Tritón Maritime S.A., para**

de este forma en contravención al objeto de nuestro pacto social y en forma desleal nos están sustrayendo nuestros habituales clientes ocasionándonos un grave perjuicio patrimonial a mi representada."



- Sin perjuicio de lo anterior, PILOT, a través del señor **Pedro Alfonso Gálvez Estremadoyro** (presidente del directorio, accionista y práctico de la referida empresa), postuló ante el Juez Especializado en Derecho Público del **Callao**, otra **acción de amparo por una supuesta violación a la libertad de contratar** en contra del señor Chávez y de la empresa TRAMARSA (Anexo 1-R).
- Finalmente, mediante escrito de fecha **20 de agosto de 2001**, PILOT, a través de su representante el señor **Elisban Rodríguez**, solicitó al Tercer Juzgado Penal del **Callao**, otra **medida cautelar innovativa consistente en la suspensión de las actividades de practica**je que venía prestando el señor Chávez en el Terminal Marítimo del Callao (Anexo 1-S).
- En el caso que con fecha **27 de setiembre de 2001**, el Tercer Juzgado Especializado en lo Penal del Callao, admitió la medida cautelar innovativa solicitada por PILOT contra el señor Chávez, ordenando la suspensión inmediata de sus actividades como práctico marítimo en el Terminal Portuario del Callao (Anexo 1-T).

(2) Práctico Marítimo Jorge Petrozzi Molfino

- Al igual que en el caso del señor Chávez, PILOT consiguió convencer al señor Jorge Petrozzi Molfino para que éste pasara a integrar la plana de prácticos de dicha empresa. Es así, que con fecha **15 de diciembre de 2000**, celebró un 'contrato de trabajo a plazo indefinido' con PILOT, en los mismos términos que los celebrados por Alejandro Chávez y que fueran anteriormente reseñados. (Anexo 1-U).

- Del mismo modo, al igual que el señor Chávez, con fecha **8 de enero de 2001** el Señor Petrozzi recibió un número determinado de acciones de PILOT y quedó incorporado al Directorio de dicha empresa (Ver Anexo 1-I).
- A principios del mes de **febrero de 2001**, el señor Petrozzi había manifestado a PILOT su voluntad de no pertenecer al Directorio de la mencionada empresa. Para tratar dicho tema así como asuntos vinculados con la situación económica de la empresa, entre otros, se convocó a una Junta General de Socios de PILOT para el 27 de febrero de 2001, tal como se desprende de la Agenda que se repartiera para dicho efecto (Anexo 1-V).

En dicha reunión, se adoptaron los siguientes acuerdos: (i) reducir el número de directores de 16 a 7 (en virtud de ello, tanto el señor Petrozzi como el señor Chávez dejaron de pertenecer al Directorio de la empresa); y (ii) suprimir la Gerencia Comercial.

Pese a la adopción de dichos acuerdos, tendenciosamente éstos jamás fueron inscritos en el registro correspondiente. Al parecer, PILOT sólo convocó a la Junta para calmar los ánimos de quienes exigían no formar parte del Directorio de la referida empresa.

- Debido a su disconformidad con las políticas adoptadas por la empresa, mediante carta notarial de fecha **8 de mayo de 2001**, el señor Jorge Petrozzi presentó a PILOT su renuncia irrevocable al cargo de miembro del Directorio de la empresa (Anexo 1-W), cuya solicitud de inscripción fue presentada por el mismo ante la Oficina Registral de Lima y Callao, el **17 de mayo de 2001** (Anexo 1-X). Una vez resuelta su relación con PILOT, con fecha **9 de mayo de 2001**, el señor Petrozzi comenzó a realizar trabajos para la empresa portuaria TAYLOR S.A.

- A partir de allí, y tal como ocurriera con el señor Chávez, PILOT comenzó a hostilizar al señor Petrozzi para evitar que él mismo pudiese realizar sus actividades de practica en o para cualquier otra empresa. Sin embargo, previamente se le trató de coaccionar para que se retractara y volviera a la empresa.

En efecto, mediante facsímile de fecha **8 de mayo de 2001**, solo horas más tarde de haberse entregado en las oficinas de PILOT la carta de renuncia, el señor Petrozzi recibió una comunicación dirigida a él y a su señora esposa, Elisa, firmada por "Tito" (comunicación presuntamente elaborada por el Sr. Víctor Manuel Tirado Silva, práctico de PILOT), en la cual con tono amenazante se le "sugería" volver a PILOT antes de que le sucediera lo que irremediablemente le sucedería (Anexo 1-Y). En la mencionada comunicación, entre otras cosas, se señaló:

"(...) Deseo recordarte (...) la decisión total y final que tomamos el 8 de Enero de este año.

(...) nos traicionas, te juro que no te entiendo Jorge.

(...) Jorge, ahora después de lo que estás haciendo creo que es peor que lo que ha hecho Chávez.

(...) Cuando supimos que a Chávez no le importaban las 35 familias que podrían perder lo ganado por nosotros, igual que tú, todos nos indignamos, ahora, Jorge, la indignación es de 34 familias.

(...) Nuestra empresa que es fuerte sólo se desestabiliza con acciones como la tuya y la de Chávez, que son los únicos; nadie más lo va seguir.

(...) te sugiero RECAPACITAR y olvidarte de esa ESTUPIDEZ que estás tratando de hacer, al final vas a perder porque ahora con tu actitud nos has hecho más fuertes.

RENUNCIA A TU DESCLABRO Y REGRESA SIN CONDICIONES (...).

- En vista de que el señor Petrozzi no se retractó, un día después de recibido el anónimo, el **9 de mayo de 2001**, PILOT representado por **Elisban Rodríguez Fernández** presentó una acción de amparo en contra de Petrozzi y otros **por una supuesta violación de la libertad de contratar** (Ver Anexo 1-O). Asimismo, solicitó una **medida cautelar innovativa** ante el Juez Especializado en Derecho Público de Lima, consistente en la **suspensión de las actividades de práctico marítimo** del señor Petrozzi (Ver Anexo 1-P).

- En concordancia con lo anterior, tres días más tarde, mediante escrito de fecha **11 de mayo de 2001**, tal y cual lo hiciera con el señor Chávez en su momento, PILOT comunicó al señor Petrozzi que no aceptaba su renuncia. En dicha comunicación se menciona ***“que, teniendo la calidad de director y socio de nuestra representada no es factible aceptar su renuncia toda vez que su conducta puesta de manifiesto ha transgredido nuestro pacto social ocasionándonos graves daños institucionales y económicos, por ende su persona es responsable de los daños y perjuicios irrogados”***.

Del mismo modo se indicó que ***“(...) a la fecha Ud. Mantiene vínculo contractual en exclusividad para la prestación de servicio (...) con nuestra empresa, conforme a contrato suscrito por usted de propio puño y letra, por lo que mal puede en forma unilateral sustraerse del cumplimiento del referido contrato.”***(Anexo 1-Z).

- Sin perjuicio de ello, y con un claro arbitrario afán revanchista y perjudicial, mediante escrito de fecha **14 de mayo de 2001**, PILOT formuló **denuncia penal** en su contra ante el Fiscal Provincial en lo Penal de Turno del **Callao**, por la supuesta comisión del delito al Patrimonio en su modalidad de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas (Ver Anexo 1-Q).

- Ese mismo día, mediante facsímile de fecha **14 de mayo de 2001**, el señor Petrozzi recibió otra comunicación del señor "Tito" (comunicación presuntamente elaborada por el Sr. Víctor Manuel Tirado Silva, práctico de PILOT) dirigida a él y a su señora esposa Elisa (Anexo 1-BA). En dicha comunicación, entre otras cosas, el señor Petrozzi fue víctima de amenazas directas y recibió la "sugerencia" de no entrenar a nuevos prácticos. En efecto, en la mencionada comunicación se señaló:

"Elisa y Jorge

Elisa (...) Creo que él no ha pensado en su familia, creo que se ha suicidado. Con este suicidio está efectuando entre Uds. (...)

(...) tu traición a nuestra empresa te pone en una situación muy difícil, creo que podrías terminar en la cárcel (...)

(...) eres una basura, porque nos hemos enterado que estás entrenando a Flores (...)

Regresa al grupo y nada pasó (...) estarás mejor (con nosotros).

(...) Esta es mi forma de actuar respecto a tu imbecilidad, no sé que puedan hacer o pensar los otros, encomiéndate al Señor (...).

(...) no prepares a nadie (...)

(...) prometo que el verdadero perdedor serás tu."

- A la luz de la instrucción que se abriera en contra del señor Petrozzi, es decir, seguramente tras considerar PILOT que sus acciones arbitrarias e ilegales en contra el señor Petrozzi prosperaban de alguna manera en la jurisdicción del Callao, mediante escrito de fecha **20 de agosto de 2001**, PILOT, a través del señor **Elisban Rodríguez**, solicitó al Tercer Juzgado Penal del **Callao**, una **medida cautelar innovativa**, consistente en la

suspensión de las actividades de practicaje que venía prestando el señor Petrozzi, sin perjuicio que con antelación ya había pedido lo mismo en la jurisdicción de Lima (Ver Anexo 1-S).



- En efecto, con fecha **27 de setiembre de 2001**, el Tercer Juzgado Especializado en lo Penal del Callao, admitió la medida cautelar innovativa solicitada por PILOT contra el señor Petrozzi, ordenando la suspensión inmediata de sus actividades como práctico marítimo (Ver Anexo 1-T).
- Por si fuera poco, las amenazas por otras vías no dejaron de llegar. En efecto, con fecha **30 de octubre de 2001**, cuando el señor Petrozzi se encontraba realizando maniobras en el Terminal Portuario del Callao, recibió una comunicación radial mediante la cual le manifestaron que le iban a suspender de las actividades de practica
- A la luz de lo que estaba ocurriendo, con fecha **28 de noviembre de 2001**, el señor Petrozzi se dirigió a PILOT para manifestar su disconformidad con la conducta de dicha empresa consistente en iniciar acciones judiciales arbitrarias y perjudiciales como represalia a la renuncia que hiciera llegar a la empresa (Anexo 1-BB).

(3) **Práctico Marítimo Manuel Antonio Lavado**

- Al igual que en los dos casos anteriores, el **15 de diciembre de 2000**, PILOT y el señor Manuel Antonio Lavado celebraron un 'contrato de trabajo a plazo indefinido', en virtud del cual el señor Lavado se obligó a prestar a dicha empresa sus servicios de practica

- De mismo modo el **8 de enero de 2001**, el señor Lavado fue incorporado como accionista y miembro del Directorio de PILOT. (Ver Anexo 1-I).
- Por razones similares a las manifestadas por los señores Chávez y Petrozzi, el señor Lavado manifestó su deseo de renunciar al Directorio de la empresa. Como mencionáramos anteriormente, en la Junta realizada el **27 de febrero de 2001**, se acordó precisamente la reducción del número de directores y se aceptó la renuncia al cargo formulada por Lavado. Como se señaló anteriormente, los acuerdos que en ella se adoptaron, tendenciosamente jamás fueron formalmente inscritos en el respectivo registro.
- Meses después, y dado que el señor Lavado no se encontraba de acuerdo con las políticas que en PILOT se adoptaban, mediante sendas cartas notariales de fecha **4 de junio de 2001**, el señor Lavado presentó su renuncia irrevocable a seguir prestando sus servicios a PILOT (Anexos 1-BD y 1-BE).
- Repitiendo la estrategia seguida en los casos anteriores, el **5 de junio de 2001**, PILOT comunicó al señor Lavado que su renuncia de fecha 4 de junio de 2001 constituía 'el incumplimiento unilateral' del contrato hecho que les ocasionaba serios daños y perjuicios, motivo por el cual manifestaron que no podían aceptar la misma ***“ ya que la misma no procede en estos casos y lo instamos al cumplimiento del mismo, para así evitar acudir al ejercicio de las acciones legales pertinentes.”*** (Anexo 1-BF).
- A partir de estos hechos, y tal como lo hiciera con el señor Chávez y Petrozzi, PILOT comenzaría a implementar la estrategia de hostigamiento en contra del señor Lavado con el objeto de evitar, por cualquier vía, ya sea administrativa o judicial, que él mismo pudiera realizar sus actividades en o para otras empresas.

En efecto, casi una semana más tarde de presentada la renuncia, el **11 de junio de 2001**, PILOT a través del señor **Elisban Rodríguez Fernández**, dejó sentada una denuncia en la Capitanía en contra del referido práctico (Registro 19030). Esta vez se solicitó una sanción administrativa para el señor Lavado por haber ingerido alcohol con antelación a la maniobra que tenía que realizar con fecha 10 de junio de 2001.

- Meses después, extrañamente, mediante comunicación de fecha **26 de setiembre de 2001**, el Departamento de Policía del Ministerio Público del Callao citó al señor Lavado a efectos de que rindiera su manifestación con respecto a la denuncia presentada en su contra por PILOT (Anexo 1-BG).

Como era de esperarse, la estrategia se repetía: PILOT presentó denuncia penal en contra de Lavado por la supuesta comisión del delito contra el Patrimonio en su modalidad de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas.

- Finalmente el **10 de enero de 2002**, el señor Lavado tomó conocimiento a través del personal de la Comisaría de San Borja, que mediante resolución de fecha **26 de diciembre de 2001** (Anexo 1-BH), el Juez del Noveno Juzgado Penal del Callao, declaró no haber lugar a la apertura de instrucción contra el señor Lavado por la supuesta comisión del delito contra el Patrimonio en su modalidad de Fraude a la Administración de Personas Jurídicas.

De esta forma quedó en evidencia que la denuncia penal hecha por PILOT en contra del señor Lavado por la supuesta comisión del delito contra el Patrimonio en la modalidad de Fraude a la Administración de Personas Jurídicas y cuyo tenor es exactamente idéntico al tenor de las denuncias penales por el mismo delito formuladas contra el señor Chávez y Petrozzi,

carece de todo sustento y no tuvo objetivo distinto al de hostigar y evitar que los mencionados señores pudiesen prestar sus servicios de practica en o para otra empresa cualquiera.



(4) **Práctico Marítimo Werner Boggiano Morales**

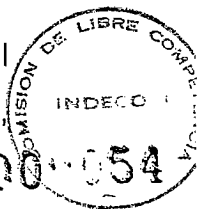
- Tal como ocurriera con los señores Chávez, Petrozzi y Lavado, con fecha **8 de enero de 2001**, el señor Boggiano adquirió un porcentaje de las acciones representativas del capital social de PILOT. A diferencia de lo sucedido en los casos anteriores, Wener Boggiano no asumió ningún cargo directivo o gerencial en la empresa.

Dado que el señor Boggiano había dejado de realizar las actividades de practica hacia mucho tiempo atrás, y en virtud de que su licencia había vencido, con fecha **23 de enero de 2001**, solicitó a la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú, la rehabilitación de su licencia de práctico marítimo para realizar actividades en el Terminal Portuario del Callao (Anexo 1-BI).

Cabe recalcar que dicho trámite se inició no sólo con el conocimiento de PILOT y de sus directivos, sino que además contó con el apoyo directo de dicha empresa y de sus integrantes, quienes habrían intercedido ante la Autoridad Maritima para agilizar el trámite de otorgamiento de licencia.

- Mediante Resolución Directoral N° 0173-2001/DCG de fecha **10 de abril de 2001**, la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú, expidió al señor Boggiano, en vía de rehabilitación, licencia para que se desempeñara como Práctico Marítimo de Primera en el Terminal Portuario del Callao, tras comprobar el cumplimiento por parte del mismo de todos los requisitos exigidos por ley para dichos efectos (Anexo 1-BJ). En tal sentido, se dio cabal cumplimiento al Reglamento de la Ley de

Control de las Actividades Marítimas (Decreto Supremo N° 002-87-MA), al TUPA de la Marina de Guerra del Perú (Decreto Supremo N° 005-DE/MGP) y al Reglamento de Practicaje (Resolución Directoral N° 0472-2000/DCG).



- Posteriormente, debido a que el señor Boggiano no se encontraba de acuerdo con el manejo empresarial ni con las políticas que en PILOT primaban, casi dos meses después que se le otorgara su licencia, mediante carta notarial de fecha **18 de junio de 2001**, renunció al cargo de práctico marítimo que venía realizando hasta esa fecha en la mencionada empresa. (Anexo 1-BK).
- Ello, en definitiva, no fue del agrado de PILOT; motivo por el cual, dicha empresa comenzó a implementar una estrategia "ad hoc" para evitar que el señor Boggiano pudiera prestar sus servicios de practicaaje en o para cualquier otra empresa en el Terminal Portuario del Callo. La estrategia en este caso fue distinta a la empleada en los tres casos anteriores (es decir, interponer, entre otras cosas, denuncia penal por supuesta comisión de delito de fraude a la administración de personas jurídicas). Ello debido a que a diferencia de los anteriores, el señor Boggiano nunca fue nombrado miembro del Directorio de PILOT.

Así, tres días después de presentada la renuncia, es decir, el **21 de junio de 2001**, la **Asociación Peruana de Prácticos Marítimos** -curiosamente representada por **Luis Adolfo Loyola Soto (Director y socio de PILOT)**, **Pedro Gálvez Estremadoyro (Presidente del Directorio y accionista de PILOT)**, **José Asmat Carrillo (Director y socio de PILOT)**, y **Jaime Loyola Álvarez (Director y socio de PILOT)**-, denunció ante la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú, que el señor Boggiano habría obtenido su licencia irregularmente, falseando la documentación (los reportes de maniobra) que presentara para dichos efectos (Anexo 1-BL). Asimismo, la referida Asociación solicitó se inicie una

investigación con la finalidad de anular la licencia al señor Boggiano y se proceda a denunciar el hecho ante la Fiscalía.



Este hecho resulta a todas luces sorprendente si se toma en cuenta no sólo que el señor Werner Boggiano inició los trámites para la rehabilitación de su licencia, a raíz de que PILOT lo convocara para que formara parte de su plana de prácticos, sino que además dicha empresa había contribuido ya sea con el entrenamiento del señor Boggiano o intercediendo ante la Autoridad Marítima para que se le otorgara la licencia respectiva.

- En vista del fracasado intento de inhabilitarlo vía la denuncia por falsificación ante la DCG, PILOT intentó una nueva denuncia, esta vez, una denuncia penal por falsificación. En efecto, con fecha **14 de agosto de 2001**, PILOT debidamente representado por los señores **Elisban Fernández** (gerente general y socio de PILOT) y **Carlos de la Flor** (socio de PILOT), presentó ante la Primera Fiscalía Provincial Penal del Callao, una **denuncia en contra del señor Boggiano. Dicha denuncia era por la presunta comisión del delito contra la Fe Pública - Falsificación de Documentos**, al haber supuestamente fraguado documentación para efectos de conseguir que se le otorgara su licencia de Práctico Marítimo de Primera, la cual fue ampliada mediante escrito de fecha 9 de octubre de 2001 (Anexo 1-BLL).
- Aproximadamente un mes después de instaurada la denuncia penal en contra del señor Boggiano, mediante Resolución de Capitanía N° 088-2001 de fecha **17 de setiembre de 2001**, la Capitanía del Puerto del Callao de la Marina de Guerra del Perú determinó que no se había podido probar que el señor Boggiano hubiere alterado documento alguno para efectos de conseguir su licencia (Anexo 1-BM). No obstante ello, el señor Boggiano fue amonestado por haber llenado un reporte de una maniobra cuando ello era de responsabilidad del práctico titular.

- Posteriormente, una sorpresiva resolución de la Autoridad Marítima- Resolución Directoral N° 0782-2001/DCG- de fecha **27 de diciembre de 2001** (Anexo 1-BN), emitida en base a un informe sin número y a la Resolución Directoral N° 030-2001 expedida por la DCG con fecha 19 de enero de 2001 (Anexo 1-BÑ), declaró nula de oficio la resolución que rehabilitó inicialmente la licencia de Práctico Marítimo de Primera al señor Werner Boggiano -Resolución Directoral N° 0173-2001/DCG de fecha 10 de abril de 2001-. El efecto práctico de dicha resolución fue la modificatoria de la licencia de Práctico Marítimo de Primera del señor Boggiano a Práctico Marítimo de Tercera, hecho que obviamente le impedía desarrollar sus actividades a cabalidad.

Cabe destacar que a la luz del mecanismo utilizado por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú en este caso, es decir, la nulidad de oficio, resulta claro advertir la “extraña” conducta de dicha autoridad marítima, máxime si: (i) dicho mecanismo fue utilizado sin advertir la concurrencia de uno de los requisitos para su validez (interés público); (ii) no existió una previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia a su favor; y (iii) no existe fundamento legal alguno para considerar que si se deja sin efecto una licencia también se deja sin efecto el grado de especialización que se ya tiene.

- Mediante escrito de fecha **10 de enero de 2002**, el señor Boggiano apeló la Resolución Directoral N° 0782-2001/DCG de fecha **27 de diciembre de 2001** (Anexo 1-BO). En el mencionado escrito el señor Boggiano alegó que él era un práctico con más 20 años de experiencia, que no obstante haber estado fuera de la actividad un tiempo, había cumplido con todos los requisitos que legalmente le eran exigibles por el ordenamiento vigente en el momento que solicitó la rehabilitación de su licencia. Adicionalmente señaló que la modificación que sufriera la Resolución Directoral N° 0472-2000/DCG

mediante Resolución Directoral N° 0347-2001/DCG de fecha 31 de mayo de 2001 (mediante la cual se señala que las licencias que se otorguen a los prácticos a partir de la vigencia de dicha norma serán de tercera), no le resultó ni le resultaba aplicable debido a que su licencia le fue otorgada el 10 de abril de 2001, es decir, 21 días antes que se publicara la referida modificación.



- Mediante comunicación N° V 200-0163, la Capitanía del Puerto del Callao suspendió los efectos de la Resolución Directoral N° 0782-2001/DCG, habilitando de esa manera al señor Boggiano para ejercer provisionalmente la actividad de practicaje como Práctico Marítimo de Primera (Anexo 1-BP).
- No obstante ello, mediante Resolución Directoral 039-2002/DCG de fecha 1 de febrero de 2002, la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú, resolvió la apelación formulada por el señor Boggiano contra la Resolución Directoral N° 0782-2001/DCG, declarándola infundada.

VI.7. PASO 5 DEL PLAN: EVITAR ENTRENAR A LOS ASPIRANTES.

(El “cierra puertas” a nuevos prácticos):

“Los agentes Marítimos están tratando de entrenar pilotos retirados, para usarlos en sus agencias. Nosotros estamos en contacto con la autoridad marítima, y tratamos de que ellos cierren la admisión de nuevos prácticos”⁴.

Para que la estrategia diseñada funcionara no era suficiente impedir que los prácticos existentes actuaran por su cuenta. Así, los convenios de exclusividad de la mano con el “castigo a los traidores”, sólo evitaba que los existentes

⁴.- Comunicación del práctico de PILOT Luis Loyola Soto dirigida al Secretario General de la International Maritime PILOT Association, Nick Cutmore, de fecha 29 de enero de 2001. Tomado del Informe N° 002-2001-CLC/INDECOPI.

compitan entre sí, pero no resuelve la competencia potencial de nuevos entrantes.



La teoría es sencilla. El monopolista (o el cartel) cobra más. Al hacerlo crea incentivos para que haya entrada al mercado generada por la expectativa de ganancia. Pero si hay entrantes, el poder de mercado del monopolio (o el cartel) disminuye y la estrategia se hace inefectiva. Por eso controlar a los existentes es insuficiente si es que no "se cierra el caño" de nuevos prácticos.

Esto exige crear barreras de entrada al mercado, es decir una elevación substancial de costos (si es una prohibición mejor) a la entrada de competidores.

La teoría se cumplió en la práctica. Debido a que en PILOT se concentraron casi todos o la mayoría de prácticos habilitados para prestar servicios de practicaaje en el Terminal Portuario del Callao, algunas empresas administradoras de servicios de practicaaje optaron por iniciar los trámites ante la DICAPI, a fin de que prácticos habilitados para actuar en otros terminales pudiesen, luego de pasar por el entrenamiento correspondiente, obtener una licencia para prestar sus servicios en el Terminal Portuario del Callao.

Cabe destacar que el cumplimiento del requisito para obtener la habilitación para actuar en un puerto o terminal distinto para el cual se tiene autorización, implica no sólo el inicio de un trámite ante la Autoridad Marítima, quien autoriza al práctico a iniciar el entrenamiento respectivo, sino que significa además la participación del práctico en un número de maniobras determinadas realizadas por un práctico habilitado. Sin el cumplimiento de dicho requisito resulta imposible alcanzar la habilitación respectiva.

Como veremos a continuación, los prácticos de la empresa PILOT no sólo se han negado reiteradamente a formar nuevos prácticos, sino que además han

realizado una serie de maniobras destinadas a impedir la formación de los mismos. La ilegalidad de dichas maniobras ha quedado demostrada con la imposición de sanciones (sorprendentemente meras amonestaciones), por parte de la Autoridad Marítima.



- El día **26 de marzo de 2001**, el práctico de PILOT, señor Mario Ángeles Lloyd, le negó al aspirante a práctico señor Víctor Flores Orrego, iniciar maniobras de entrenamiento como observador en la nave MN/JO MAPLE, a pesar de que se había comunicado con antelación a PILOT del hecho. De todo ello, COSMOS dejó constancia en el protesto informativo ante la Autoridad Marítima de fecha 26 de marzo de 2001 (Anexo 1-BQ). Adicionalmente en dicho acto se dejó constancia en el mismo que el señor Ángeles llegó al extremo de amenazar con abandonar el puente de la nave si el señor Flores no la abandonaba, ***señalando la existencia de un consenso entre los prácticos pertenecientes a PILOT de no brindar facilidades a prácticos en entrenamiento de otras empresas.***
- Mediante carta fechada el mismo **26 de marzo**, PILOT informó a COSMOS que no podía asumir el entrenamiento de aspirantes a prácticos, dado que en dicha empresa se encontraba en marcha un programa de entrenamiento intensivo de su propio personal que ***duraría 27 meses***, por lo que -indica la comunicación- ***"(...) no podremos atender su requerimiento de entrenamiento del candidato (...) En fecha adecuada comunicaremos el poder brindarles esta posibilidad".*** (el resaltado es nuestro) (Anexo 1-BR).
- Al siguiente día, **el 27 de marzo de 2001**, el Notario Público del Callao, Dr. Rafael Rivero Castillo, dejó constancia que el señor Pedro Gálvez Estremadoyro, presidente del directorio, accionista y práctico de PILOT designado para realizar las maniobras del buque de pasajeros SWITZERLAND, también se negó a admitir a bordo de la citada nave al

aspirante a práctico, señor Víctor Flores Orrego, para que éste participara como observador de la maniobras de atraque. (Anexo 1-BS).



- A la luz de tales hechos, mediante carta de fecha **28 de marzo de 2001** Anexo 1-BT), la Asociación Peruana de Operadores Portuarios informó a la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú acerca de la negativa de PILOT a permitir que prácticos aspirantes participen como observadores de las maniobras realizadas por sus prácticos. En dicha oportunidad la Asociación solicitó se sancionara tanto a la empresa aludida como a los prácticos que la conformaban, a la luz del incumplimiento por parte de los mismos de las normas legales que regulan el servicio de practicaaje y las normas sobre libre competencia⁵.
- Con fecha **28 de marzo de 2001**, el señor Víctor Flores fue impedido de realizar sus maniobras de entrenamiento como observador en la nave M/N COLUMBUS MEXICO por la empresa PILOT, a pesar de la comunicación que con antelación se cursara a PILOT en ese sentido.
- Al día siguiente, el **29 de marzo de 2001**, el gerente administrativo, accionista y práctico de PILOT, señor Carlos Negrini se negó a recibir en la nave MN/STOLT KENT al señor Víctor Flores Orrego a fin de que éste pudiera observar la maniobra para cumplir con los requisitos para obtener su licencia. Dicha negativa se produjo a pesar de que PILOT había sido informado del hecho con antelación. (Anexo 1-BU).
- De igual manera, el día **30 de marzo de 2001**, los señores Raúl Zambrano Gonzáles y Eduardo Gómez Moncada, accionistas y prácticos titulares de

⁵.- En numeral 6 del Rubro "Normas Para Los Prácticos Marítimos" de la Resolución Directoral 0472-2000/DCG se señala:
"(...) g) El práctico cumplirá con las disposiciones contenidas en la presente Norma, la legislación marítima vigente y las normas técnicas inherentes a su actividad (...).
(...) i) No obstaculizará ni impedirá las prácticas de maniobra de los aspirantes a prácticos coordinadas y autorizadas por la Capitanía de Puerto (...)"

PILOT, se negaron a permitir que el aspirante a práctico, señor Víctor Flores Orrego pudiese realizar sus maniobras de entrenamiento como observador en la nave MN/MARCOPOLO (Anexo 1-BV).

- El **31 de marzo de 2001**, nuevamente se repitió la historia. El socio y práctico titular de PILOT, señor Luis Carlos Mella Montoya, negó injustificadamente al aspirante a práctico, señor Víctor Flores Orrego, realizar sus maniobras de entrenamiento en la nave MN/ CAP DOMINGO, a pesar de la comunicación que con antelación se cursara a PILOT para informarle sobre ello (Anexo 1-BW).
- Días después, el **4 de abril de 2001**, el socio, director y práctico titular de PILOT, señor Manuel Rivadeneyra, negó injustificadamente al aspirante a práctico, señor Eduardo Lozada Frías, realizar sus maniobras de entrenamiento en la nave MN/ ASUKA (Anexo 1-BX).
- Con fecha **21 de abril de 2001**, el socio y práctico titular de PILOT, señor Luis Carlos Mella Montoya, negó injustificadamente al aspirante a práctico, señor Víctor Flores Orrego, realizar sus maniobras de entrenamiento en la nave MN/ SENATOR.
- Mediante Resoluciones de Capitanía N° 040-2001 y 041-2001 de fecha **20 de junio de 2001** (Anexos 1-BY y 1-BZ), la Capitanía del Puerto del Callao de la Marina de Guerra del Perú, ordenó amonestar a los señores Luis Carlos Mella y Manuel Rivadeneira Cockbum, a la luz de los protestos que COSMOS hiciera con fecha 5 y 23 de abril de 2001. De ambas resoluciones se desprende que la negativa de los prácticos de PILOT fue injustificada, máxime si PILOT fue comunicada de la realización de los entrenamientos y a pesar que los aspirantes contaban con la autorización de la Autoridad Marítima para efectuar sus entrenamientos.

VI.8. PASO 6 DEL PLAN: PROHIBIENDO EL PRACTICAJE A LOS QUE NO ESTAN CON NOSOTROS.

(O de cómo hacer que la Dirección General de Capitanías y Guardacostas limite la competencia)

“Nosotros estamos en contacto con la autoridad marítima, y tratamos de que ellos cierren la admisión de nuevos prácticos”⁶.

El mejor aliado para restringir la competencia es conseguir el apoyo de la autoridad. Finalmente las barreras económicas siempre quedan sujetas a la posibilidad de ser rotas. Pero cuando el Estado limita la competencia por medio de barreras, la competencia no puede abrirse paso.

Como ya se señaló, no es objeto de esta denuncia cuestionar directamente la acción de la Dirección de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú y demás autoridades competentes. Ello es algo que no compete a la Comisión de Libre Competencia. Pero si es de su competencia el uso indebido de la influencia de privados para generar la creación de barreras que la limiten de manera anticompetitiva. Esto, además de una infracción, es un agravante que potencia la capacidad de que las demás prácticas distorsionen el mercado.

Como veremos a continuación, la actividad de practicaaje es una actividad fuertemente regulada. Dicha regulación puede ser utilizada por un competidor para obstaculizar el ingreso de nuevos competidores o para incrementar los costos de su competencia.

Es el caso que paralelamente al desarrollo de los hechos antes mencionados (retiro de algunos prácticos de PILOT y su incorporación a otras empresas, traslado de prácticos de otros puertos e inicio de los procedimientos respectivos

⁶ .- Comunicación del práctico de PILOT Luis Loyola Soto dirigida al Secretario General de la International Maritime PILOT Association, Nick Cutmore, de fecha 29 de enero de 2001. Tomado del Informe N° 002-2001-CLC/INDECOPI.

para su habilitación en el Terminal Portuario del Callao) y de manera extrañamente coincidente, las normas y dispositivos que regulaban el desarrollo de la actividad sufrieron importantes modificaciones.



- Es así que mediante Decreto Supremo N° 028-DE/MGP **publicado en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 2 de junio de 2001 y con vigencia desde el 3 de junio de 2001**, se aprobó el Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres (se derogó el Decreto Supremo N°002-87-MA).

Dicho dispositivo en el Capítulo V de la Parte “D”, referido a la prestación del servicio de practicaje, estableció que **en las naves mayores a 200 metros de eslora era obligatorio maniobrar con 2 prácticos**.

- Mediante Resolución Directoral N° 0347-2001/DCG, **publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 5 de junio de 2001, y con vigencia a partir del 6 de junio de 2001**, se modificaron las “Normas de Practicaje y de los Prácticos Marítimos” aprobadas mediante Resolución Directoral N° 0472-2000/DCG. En efecto, mediante la aludida resolución se introdujeron una serie de requisitos y condiciones tanto para el acceso a la actividad del practicaje como para el desarrollo de la actividad misma.

El mencionado dispositivo estableció entre otras modificaciones:

- (i) un número limitado de maniobras (3 maniobras) que diariamente pueden ser desarrolladas por los prácticos;
- (ii) limitaciones al traslado de prácticos habilitados de un puerto a otro puerto, en especial en el caso de traslados de prácticos al Callao: independientemente de su grado anterior, los prácticos que se trasladen al Callao ingresan como Prácticos de Tercera;

- (iii) modificó las condiciones mínimas para ser aspirante a práctico: se requiere contar con comando efectivo de naves mayores a 5000 TRB o 50 metros de eslora en los últimos 5 años.



Dichas modificaciones beneficiaron exclusivamente a PILOT quien vio incrementado su poder de mercado, perjudicando directamente al resto de empresas administradoras de servicios de practicaes, y en consecuencia a los consumidores del servicio.

En efecto, al establecerse un número máximo de maniobras de practicae por día, sumado a la exigencia de contar con dos prácticos para las maniobras de buques de grandes dimensiones (eslora mayor a 200 metros), se perjudicó directamente a aquellas empresas con un número reducido de prácticos, beneficiándose exclusivamente a PILOT, empresa que en el momento de entrada en vigencia de las normas citadas, contaba con el mayor número de prácticos. El efecto negativo resulta siendo mayor si se toman en cuenta las limitaciones judiciales y/o administrativas impuestas a la prestación de servicios por parte de algunos de los prácticos que se incorporaron a trabajar en dichas empresas como consecuencia de la acción ilegal de PILOT.

De esta forma se logró fortalecer la posición de PILOT en el mercado, debilitándose la posición del resto de empresas administradoras de servicios de practicae.

Finalmente, cabe destacar que dichas modificaciones se produjeron en circunstancias en que, al menos tres prácticos de otros puertos venían entrenando con el fin de obtener su traslado al Terminal Portuario del Callao. Dichas modificaciones originaron el abandono de los procedimientos por algunos de ellos.

El único de los prácticos aspirantes que no abandonó el procedimiento para su traslado, además de sufrir serias amenazas respecto a la posibilidad de que se le otorgara una habilitación de inferior grado, de forma inexplicable tuvo que luchar durante meses (no pudiendo ejercer sus actividades por ese período) con la Autoridad Marítima respectiva para lograr conseguir se le expidiese una licencia de Práctico de Primera. En efecto, el señor Guillermo Campoverde Ayres pese a haber completado las maniobras de entrenamiento requeridas el 2 de junio de 2001, debió esperar hasta el 20 de agosto de 2001, casi 4 meses, para poder contar con la licencia de práctico (Anexo 1-CA, Anexo 1-CB, Anexo 1-CC, Anexo 1-CD, Anexo 1-CE).

VI.9 PASO 7 DEL PLAN: LA NEGATIVA A PRESTAR SERVICIOS DE PRACTICAJE A QUIEN CONTRATA CON MI COMPETIDOR.

(o *"Si no estas conmigo, estas contra mi"*)

Para terminar de cerrar el círculo, hay que evitar que los potenciales clientes contraten con la competencia. Pero si esos usuarios contratan a otro hay que disciplinarlos. Bajo la premisa de *"O contratas conmigo...o contratas conmigo"* PILOT negaba el suministro de servicios de practicaaje a aquellos a quienes contrataban con su competencia.

La práctica se asemeja al famoso caso norteamericano de *Lorein Journal vs. United States*. *Lorein Journal* era un periódico que se negaba a vender publicidad a aquellos clientes que hubiesen contratado publicidad con una nueva radio instalada en el poblado de Lorein. El objetivo de la práctica era usar su posición de dominio en el mercado de publicidad para disciplinar a los clientes que contrataban con la competencia. Por esa vía el cliente se veía forzado a contratar con el dominante y descartar al competidor. *Lorein Journal* fue sancionado; en este caso, debe ser sancionado PILOT.

Con las prácticas reseñadas en los puntos anteriores se había cerrado con inusual efectividad el ingreso de nuevos prácticos al mercado y "anulada" o "limitada" la competencia de las otras empresas administradoras de servicios de practica (vía la orden suspensión judicial de las actividades de sus prácticos, o el establecimiento de restricciones legales al desarrollo de sus actividades). Así PILOT mantuvo con éxito su posición de dominio en el mercado pese a la salida de algunos de sus prácticos.

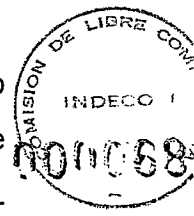
Dicho poder de mercado de PILOT resulta aún más evidente a partir de la suspensión de la que fueron objeto los prácticos que laboraban en otras empresas, a consecuencia de los ilegales procedimientos judiciales o administrativos iniciados en su contra a instancias de PILOT.

Es el caso que PILOT puso en práctica una serie de conductas destinadas, esta vez a aprovecharse de la posición de dominio adquirida en base a las ilegales prácticas antes mencionadas.

Así, tal como lo revelan los hechos que se reseñan a continuación, mediante la negativa reiterada e injustificada a prestar los servicios de practica, PILOT intentó forzar a las empresas que requerían de sus servicios, a adquirir compromisos comerciales no deseados -tales como el asegurar a dicha empresa una demanda diaria por dichos servicios-, o simplemente atraer a los consumidores descontentos por los servicios prestados por su competencia, descontento que se generaba no por la ineficiencia del competidor, sino por el efecto de las prácticas de PILOT.

- En efecto, mediante carta PS N° 282-01/GG de fecha **10 de junio de 2001**, PILOT comunicó a TRAMARSA, ante la solicitud que esta última empresa hiciera a la primera para que le prestase sus servicios de practica, que dado que no tenía acuerdo comercial con dicha empresa, no podía brindarle el servicio (Anexo 1-CF).

- Posteriormente, mediante protesto de fecha **4 de setiembre de 2001** (Anexo 1-CG), TRAMARSA dejó constancia de la negativa injustificada de PILOT para prestar sus servicios de practicaaje para la realización de la maniobra de atraque de la M/N NEDLLOYD ACAPULCO el día lunes 3 de setiembre de 2001 en el Terminal Portuario del Callao.
- Asimismo, mediante protesto de fecha **19 de noviembre de 2001** (Anexo 1-CH), TRAMARSA dejó constancia de la negativa injustificada de PILOT para prestar los servicios de practicaaje en la realización de la maniobra de atraque de la M/N CSAV MANZANILLO al muelle 3B el día domingo 18 de noviembre de 2001 en el Terminal Portuario del Callao.
- Casi un mes después, mediante protesto de fecha **10 de diciembre de 2001** (Anexo 1-CI) TRAMARSA dejó constancia de la negativa injustificada de PILOT para realizar el servicio de practicaaje en la maniobra de atraque de la M/N TAMARUGAL del muelle 3C el día domingo 9 de diciembre de 2001.
- Asimismo, el día **26 de ese mismo mes**, COSMOS dejó constancia de la negativa injustificada de PILOT a prestar el servicio de practicaaje para la realización de la maniobras de atraque de la M/N WILSON y de la MN OCEAN HOPE II, el día 26 de diciembre de 2001(Anexo 1-CJ). Al respecto, cabe mencionar que mediante carta de fecha 26 de noviembre de 2001, PILOT señaló que lamentaban no poder prestar el servicio, sin expresión de justificación alguna.
- Mediante protesto de fecha **10 de enero de 2002** (Anexo 1-CK), TRAMARSA dejó constancia de la negativa injustificada de PILOT a prestar sus servicios de practicaaje para la realización de la maniobra de atraque de la M/N LAJA al muelle 2B el día domingo 9 de enero de 2002.



- Mediante protesto de fecha **14 de febrero de 2002** COSMOS dejó constancia de la negativa injustificada de PILOT a prestar sus servicios de practicaje para la realización de la maniobra de desatraque de la M/N APL CHILE el día 14 de febrero de 2002. En dicho protesto se deja constancia que ante la solicitud que COSMOS hiciera a PILOT, esta última empresa alegó no poder prestar el servicio dado que no mantenía vínculos comerciales con la primera. Asimismo, cabe recalcar que en el referido protesto se constata que COSMOS solicitó a PILOT sus servicios dado que TRAMARSA ya había agotado su cuota de maniobras diarias y el práctico encargado de TRIMSER se encontraba enfermo (Anexo 1-CL).

Cabe destacar que la negativa a prestar los servicios por parte de PILOT no solo ha ocasionado serias demoras en los itinerarios de las naves y en el de las operaciones portuarias, sino que, incluso, en determinadas circunstancias ha puesto en peligro la seguridad misma de las actividades en el Terminal Portuario del Callao.

VI.10. EL ÉXITO.

(O pobres consumidores).

Lamentablemente para la competencia en el mercado de servicios de practicaje, y especialmente para los consumidores, la estrategia de PILOT ha sido excepcionalmente exitosa. Y su éxito es el fracaso de la competencia.

Hoy los consumidores tienen sus opciones tremendamente restringidas. Los competidores han sido brutalmente excluidos del mercado. Y los prácticos que se atrevieron a desafiar el poder de mercado (y de influencia) de PILOT pasan hoy por una situación personal y familiar sumamente difícil, sin poder trabajar, sujetos a acciones penales y judiciales que amenazan, sin fundamento alguno, su libertad individual.

¿Qué ha conseguido PILOT? Ha conseguido:

- Concentrar un poder de mercado significativo en el mercado.
- Contar en exclusiva con casi todo el recurso humano disponible para prestar el servicio de practicaaje: los prácticos.
- Excluir a todo práctico que desafió su poder dejándolo sin posibilidad de trabajar y sujeto a acciones legales, algunas de naturaleza penal.
- Evitar la entrada de nuevos prácticos que han visto cerrada toda posibilidad de acceder al mercado.
- Disciplinar a empresas que han contratado servicios de sus ya reducidos competidores.
- Reducir las opciones de los consumidores.

Es difícil identificar una estrategia más efectiva que la desarrollada. Si se trata de un intento de monopolización o un cartel disfrazado es algo que deberá ser determinada por la Comisión. Lo que es cierto es que, por donde se le mire, es ilegal, abusiva y no puede por tanto ser amparada por la Comisión.

VII. ANALISIS DE LA POSICION DE DOMINIO DE PILOT EN EL MERCADO RELEVANTE.

VII.1 DELIMITACION DEL MERCADO RELEVANTE

a) El producto relevante: servicio de practicaaje marítimo

El servicio de practicaaje es el asesoramiento que efectúa un práctico al capitán de una nave en aguas navegables, restringidas o interiores, dentro de los límites de una bahía habilitada, ya sea en un puerto, río, canal o lago, conduciendo los buques o embarcaciones en forma segura.

Las labores de practicaje incluyen, en general, un conjunto de maniobras que comprende los movimientos de naves desde la rada del puerto hasta que el buque quede amarrado en muelles (o boyas) y viceversa. La tarea de entrada (atraque) y salida (desatraque) incluye, por lo general, remolcaje (acción de movilizar una nave mediante lanchas o remolcadores).

El servicio de practicaje es un servicio esencial. En efecto, bajo determinadas condiciones, dicho servicio resulta indispensable para el desarrollo de las actividades portuarias en tanto contribuye a garantizar la seguridad de la vida humana en el mar, la seguridad de las naves, de su carga y de las instalaciones portuarias.

A efectos de garantizar dichas condiciones, regulatoriamente se tiene establecida la obligación de las naves mayores de 500 Tonelaje Registro Bruto, de contar con los servicios de practicaje en los Terminales determinados por la Autoridad Marítima competente (en este caso, por la DICAPI)⁷.

Paralelamente, la regulación existente contempla una serie obligaciones de cargo de las empresas que administran dichos servicios y de los prácticos en general, destinadas a garantizar la prestación permanente de dichos servicios (rol de guardias de emergencias, por ejemplo) en los puertos en las que dicha actividad resulta necesaria.

El práctico es un experto en el conocimiento de las ayudas a la navegación, condiciones meteorológicas, oceanográficas e hidrográficas, así como de sus efectos, en zonas de practicaje obligatorio. Como veremos en el punto siguiente, el acceso a dicha actividad se encuentra sujeto a una serie de requisitos y procedimientos institucionales que limitan severamente el acceso a la actividad.

Únicamente los prácticos habilitados por la Autoridad Marítima (en este caso la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú – DICAPI), se encuentran autorizados a prestar los servicios de practica⁷je en los Terminales. Dichos servicios necesariamente son prestados a través de empresas administradoras de los servicios de practica⁷je autorizadas por la Dirección General de Transporte Acuático del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (en adelante, MTC), las mismas que serán civilmente responsables por los daños y perjuicios que pueda ocasionar un práctico en el desarrollo de sus actividades.



Dadas sus características, el servicio de practica⁷je es un servicio que, en principio, puede ser prestado bajo condiciones de libre competencia por lo que no se justificaría ningún tipo de regulación de precios. No obstante ello, bajo determinadas circunstancias (cuando se concesionan dichos servicios portuarios a un solo operador, por ejemplo), puede resultar conveniente el establecimiento de una regulación destinada al control tanto de las tarifas aplicadas como los estándares de calidad en la prestación de los mismos (tal es el caso del servicio de practica⁷je en el Terminal Marítimo de Matarani). Sin embargo, ese no es el caso del Puerto del Callao donde los servicios pueden ser brindados por distintos prácticos o empresas que los agrupan.

b) De las barreras legales de acceso y los límites al desarrollo de la competencia en el mercado de practica⁷je

A diferencia de lo que sucede con el resto de actividades portuarias, la principal barrera de acceso al mercado de los servicios de practica⁷je no es precisamente la magnitud e importancia de los costos hundidos necesarios para acceder a la actividad (como podría ser el caso de las actividades de remolcaje), cuanto la regulación existente sobre dicha actividad.

⁷.- En efecto el artículo A-060204 del Decreto Supremo N° 02-97-MA dispone que: "El servicio de practica⁷je indicado en el

Como se verá a continuación, la actividad de practicaje es una actividad fuertemente regulada, tanto en sus condiciones de acceso como de operación. Dicha regulación impone severas limitaciones de acceso al mercado.

Altas barrera legales de acceso a la actividad. Para el acceso al mercado de servicios de practicaje se requiere obtener una licencia de práctico, que autoriza exclusivamente a ejercer el practicaje en un puerto determinado.

Para obtener dicha licencia se requiere, entre otros, cumplir con los siguientes requisitos⁸:

- Poseer título de Capitán de Travesía de la Marina Mercante Nacional;
- Aprobar exámenes de suficiencia en los cursos que sean dictados por los centros de instrucción autorizados por la Autoridad Marítima;
- Haber realizado un mínimo de 30 maniobras;
- En el caso de Capitanes de Fragata de la Marina de Guerra, en situación de disponibilidad o retiro, deberán acreditar entre otros dos

presente reglamento, para la zona marítima, es obligatorio para todas las naves mayores de 500 T.R.B."

⁸ - Textualmente la Resolución Directoral N° 0472-2000/DCG establece los siguientes requisitos:

" (...) 7. DE LOS REQUISITOS PARA LA AUTORIZACIÓN PARA SER ASPIRANTE A PRÁCTICO MARÍTIMO

a) Los candidatos deberán de calificar para la obtención de la mencionada licencia mediante el desarrollo del siguiente plan de estudios y demostrar su capacidad mediante exámenes de suficiencia en:

- Límites y características generales de la zona de practicaje.

- Reglamento internacional para prevenir abordajes.

- Sistema de señalización aplicado en la zona.

- Características de las luces y ángulos de visibilidad de éstas, y señales de niebla, balizas, radar y radiobalizas que se empleen en la zona (...)

b) El mencionado plan de estudios será consolidado en la currícula correspondiente, la cual será aprobada por la Autoridad Marítima. Los cursos serán dictados por los centros de instrucción autorizados por la Autoridad Marítima.

c) Ser Capitán de Travesía de la Marina Mercante Nacional y tener Libreta de Embarque vigente.

d) Demostrar aptitud mediante la aprobación de los exámenes de suficiencia, previa solicitud ante la Autoridad Marítima. Los postulantes a la evaluación teórica y práctica, aprobarán con una nota mínima de catorce (14) sobre veinte (20).

e) Los costos de los mencionados cursos y de los exámenes de suficiencia serán establecidos por los centros de instrucción autorizados por la Autoridad Marítima y serán asumidos por los usuarios

f) Los oficiales de la Marina de Guerra del Perú en situación de disponibilidad o retiro cumplirán los siguientes requisitos:

- Haber obtenido el título de Capitán de Travesía y poseer libreta de embarco vigente.

- No haber permanecido fuera del servicio naval por más de tres años.

- Que su retiro de la Marina de Guerra del Perú no se deba a incapacidad física

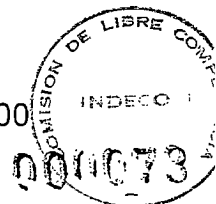
- Acreditar dos o más años de mando efectivo en buques mayores a 5000 de arqueado bruto o mayores de 50 metros de eslora.

g) Las prácticas de maniobra que debe de realizar un postulante a Práctico Marítimo, será un mínimo de 30 maniobras en caso de demuelles y 20 tratándose de boyas de amarre. Las maniobras deberán ser como mínimo un 30% nocturnas, y tanto éstas, como las diurnas deberán contabilizarse en forma completa, es decir, una entrada y una salida hacen una maniobra.

h) Las prácticas de maniobra efectuadas por los aspirantes a prácticos serán anotadas en el registro correspondiente de las Capitanías de Puerto, sobre la base de los Reportes de Maniobras de los prácticos.

i) Los aspirantes a prácticos que hayan cumplido los requisitos establecidos en la presente norma y en el Texto Único Ordenado de Procedimientos Administrativos de la Marina de Guerra del Perú, obtendrán la licencia de Práctico Marítimo de Tercera (...)"

años o más de mando efectivo en buques mayores de 5000 unidades de arqueo bruto o 50 metros de eslora.



Los requisitos antes mencionados imponen severas limitaciones de acceso a la actividad. Así por ejemplo, se ha limitado el acceso a extranjeros. Por otro lado, se ha incluido como requisito la aprobación de cursos que no son ofrecidos en la actualidad por la ENMAM (único centro de instrucción autorizado por la Autoridad Marítima).

Finalmente, el acceso al mercado se ha hecho depender de la cooperación de los prácticos en ejercicio, quienes naturalmente tienen incentivos para impedir el acceso de nuevos prácticos al mercado. En efecto, para obtener la licencia se requiere de la participación del aspirante en una serie de maniobras realizadas por prácticos en actividad, quienes tienen incentivos para entorpecer u obstaculizar la formación de los aspirantes⁹. Dicho sistema favorece el desarrollo de ciertas prácticas anticompetitivas, por ejemplo, cuando una empresa de practicaaje que busca reforzar su posición en el mercado, facilita el entrenamiento sólo de nuevos prácticos que trabajan para la empresa patrocinadora, entorpeciendo el adiestramiento de aquellos que pueden resultar en una mayor competencia.

Dado el marco regulatorio actual se puede concluir no sólo la existencia de elevadas barreras de acceso a la actividad, sino además que el número de

⁹.- El Decreto Supremo N° 002-87-MA (Reglamento de Capitanías y de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres) establecía que: "A-060407 Condiciones Generales para Obtener la Licencia (...) f) Haber efectuado las maniobras necesarias acompañado de otro Práctico Marítimo, quien efectuará la evaluación correspondiente por orden de la Dirección General y a solicitud del Capitán de Puerto de la jurisdicción en que prestará sus servicios.

A-060408 Las prácticas de maniobra que deberá realizar una postulante a Práctico Marítimo, acompañado de un titular, en el puerto o amarradero a boyas para el que ha solicitado su licencia, serán un mínimo de 30 tratándose de que el practicaaje vaya a ser realizado hacia muelles y de 20 cuando sea hacia boyas de amarre.

A-060409 Las maniobras a que se hace referencia en el párrafo anterior, deberán ser en treinta por ciento como mínimo nocturnas y tanto éstas como las diurnas deberán contabilizar de forma completa, es decir, una entrada y una salida hacen una maniobra completa."

Asimismo, en el inciso g) del punto 7 del Capítulo referido a las "Normas Para los Prácticos Marítimos" de la Resolución Directoral N° 0472-2000/DCG (Normas de Practicaaje Marítimo y de los Prácticos Marítimos) se señala:

"(...) g) Las prácticas de maniobra que debe realizar un postulante a Práctico Marítimo, será un mínimo de 30 maniobras en caso de muelles y 20 tratándose de boyas de amarre. Las maniobras deberán ser como mínimo 30% nocturnas, y tanto éstas, com las diurnas deberán contabilizarse en forma completa, es decir, una entrada y una salida hacen una maniobra."

prácticos no se encuentra regulado tanto por el mercado como por las empresas que actúan en dicho mercado y por la Autoridad Marítima.

La regulación desincentiva el ingreso al mercado de nuevos prácticos.

Una vez alcanzada la licencia y la autorización requerida para operar como práctico en un terminal determinado, la regulación existente impone una serie de restricciones y requisitos adicionales para el desarrollo de la actividad. Como veremos a continuación, dichas restricciones generan un desincentivo en aquellos agentes eventualmente interesados en ingresar al mercado. De esta forma dichas restricciones y requisitos incrementan indirectamente los costos de acceso al mercado.

La regulación vigente castiga “al recién llegado” retrazando su incorporación al mercado, lo que desincentiva el ingreso de nuevos actores a la actividad.

La regulación vigente tiene establecidas categorías de prácticos, de las cuales ha hecho depender su habilitación para atender determinados tipos de naves¹⁰. Así por ejemplo, un Práctico de Tercera sólo está habilitado para atender naves hasta 5000 TRB, mientras que el Práctico Experto no tiene ninguna limitación en cuanto al tipo de naves que pueda atender.

¹⁰.- Textualmente la Resolución Directoral N° 0472-2000/DCG establece las siguientes categorías y facultades por categoría de práctico:

“(...) 4. CATEGORIAS

Las categorías de los Prácticos Marítimos son las siguientes:

- a) *Título de Práctico Marítimo Experto.*
- b) *Licencia de Práctico Marítimo de Primera.*
- c) *Licencia de Práctico Marítimo de Segunda.*
- d) *Licencia de Práctico Marítimo de Tercera.*

“(...) 5. DE LAS FACULTADES

El práctico según su categoría está facultado para desempeñar el practicaje marítimo de la siguiente manera:

- a) *Licencia de Práctico Marítimo de Tercera:*
Apto para ejercer el practicaje a bordo de naves de hasta 5,000 unidades de arqueo bruto (Gross Tonnage)
- b) *Licencia de Práctico Marítimo de Segunda:*
Apto para ejercer el practicaje a bordo de naves de hasta 20,000 unidades de arqueo bruto (Gross Tonnage)
- c) *Licencia de Práctico Marítimo de Primera:*
Apto para ejercer el practicaje a bordo de naves de cualquier porte.
- d) *Título de práctico experto:*
Apto para ejercer el practicaje a bordo de naves de cualquier porte con la experiencia necesaria en maniobras y años de servicio en la actividad conforme a los requisitos establecidos para tal fin.”

Siendo que de conformidad con la regulación vigente, los nuevos prácticos reciben una licencia correspondiente a la más baja categoría establecida (Práctico Marítimo de Tercera)¹¹, dichos prácticos no se encontrarán en capacidad para desarrollar plenamente la actividad de practicaje sino hasta después de haber cumplido con los requisitos establecidos para la promoción de categoría. Ello, como veremos a continuación, podría tomar varios años.

En efecto, de conformidad con las reglas establecidas mediante la Resolución Directoral N° 347-2000/DCG que modifica la Resolución Directoral N° 472-2000/DGC, el ascenso de una categoría a otra depende básicamente de haber ejercido la labor de practicaje por un período determinado de años y el haber realizado una serie de maniobras (30 para ascender a las categorías intermedias y 60 para ascender a la categoría de experto)¹². En otras palabras, pasar de la categoría de Práctico Marítimo de Tercera a Práctico Marítimo Experto toma no menos de 4 años.

De lo anterior se puede concluir que la regulación existente sobre la actividad de practicaje, desincentiva el ingreso de nuevos prácticos al mercado, incluso de aquellos que se encontrarían en capacidad de satisfacer los requisitos antes mencionados.

¹¹.- Textualmente la Resolución Directoral N° 0472-2000/DCG, en el inciso i) del punto 7 establece:

" 7. DE LOS REQUISITOS PARA LA AUTORIZACIÓN PARA SER ASPIRANTE A PRÁCTICO MARÍTIMO

(...) i) Los aspirantes a prácticos que hayan cumplido los requisitos establecidos en la presente norma y en el Texto Unico Ordenado de Procedimientos Administrativos de la Marina de Guerra del Perú, obtendrán la licencia de Práctico Marítimo de Tercera (...)"

¹².- Textualmente la Resolución Directoral N° 0347-2000/DCG establece:

"(...) DE LA PROMOCION DE CATEGORIA

a) Los prácticos marítimos que deseen optar por una categoría superior en el muelle o amarradero donde cuente con licencia vigente deberán de cumplir los siguientes requisitos:

- Haber cumplido satisfactoriamente los cursos de actualización establecidos por la Autoridad Marítima.
- Tener título de Capitán de Travesía y libreta de embarque vigente.
- Haber aprobado los exámenes de suficiencia dispuestos por la Autoridad Marítima.

En adición:

Para la Licencia de Práctico Marítimo de Segunda

Deberá de haber ejercido las labores de practicaje como práctico de tercera por un tiempo mínimo de un año ininterrumpido y haber cumplido 30 maniobras completas en la categoría.

Para la Licencia de Práctico Marítimo de Primera

Deberá de haber ejercido las labores de practicaje como práctico de segunda por un tiempo mínimo de una año ininterrumpido y haber cumplido 30 maniobras completas en la categoría.

Para el Título de Práctico Experto

Deberá de haberse desempeñado como práctico de primera por un tiempo mínimo de dos años ininterrumpidos y haber cumplido 60 maniobras completas en la categoría. (...)"



La regulación limita sustancialmente los espacios para el desarrollo de la competencia al interior del mercado. Finalmente, la regulación de la actividad de practicaje impone límites al desarrollo de la competencia en el mercado, al restringir la posibilidad que prácticos habilitados para actuar en determinados puertos se trasladen libremente a otros puertos¹³.

En efecto, para efectuar el traslado de un práctico a otro puerto, éste deberá iniciar un procedimiento ante la DICAPI y cumplir con un proceso de entrenamiento. Dicho proceso requiere del aspirante la participación en una serie de maniobras realizadas por otro práctico titulado, cuyo número dependerá de la categoría del práctico de que se trate (así por ejemplo, 24 prácticas completas si se trata de Práctico de Segunda ó 10 si se trata de un Práctico Experto)¹⁴.

Nuevamente aquí se tiene establecido un procedimiento que facilita el desarrollo de prácticas anticompetitivas, en tanto que los prácticos en actividad tienen incentivos para entorpecer el proceso de entrenamiento del práctico si existe el riesgo de que éste se convierta en competidor de aquél.

Por otro lado, dicha reglamentación, desde un punto de vista de competencia, tiene como efecto el segmentar los mercados de practicaje de modo tal que los servicios de practicaje de un puerto no pueden ser considerados como sustitutos del otro (al menos en el corto plazo).

¹³. - La Resolución N° 0347-2001/DCG establece:
“(...)10.- Incluir en el numeral 6 como inciso q) lo siguiente:
q) Los Prácticos Marítimos que efectúan maniobras en muelle sólo podrán obtener licencia para un solo puerto. Tendrán su residencia en el puerto para el que han sido autorizados, del que no podrán ausentarse sin la Autorización del Capitán de Puerto (...)”.

¹⁴. - La Resolución N° 0347-2001/DCG al respecto establece:
“(...)15.- Modificar el numeral 8 inciso a) DEL OTORGAMIENTO DE LICENCIA PARA OTROS PUERTOS de acuerdo al texto siguiente:
DEL OTORGAMIENTO DE LICENCIA PARA OTROS PUERTOS
a) Los prácticos que estando autorizados para ejercer practicaje marítimo y deseen cambiar la licencia para otra instalación portuaria, así sea de la misma jurisdicción, cumplirán con las prácticas de maniobra que se indica, otorgándosele la licencia con una categoría inferior a la que ostentaba, cancelándose la anterior Licencia de Practicaje si se trata de instalaciones portuarias de diferente jurisdicción.
Para Prácticos de Tercera 24 prácticas de maniobras completas
Para Prácticos de Segunda 15 prácticas de maniobras completas
Para Prácticos de Primera 10 prácticas de maniobras completas (...).”.

Existe un alto riesgo de que la regulación sea usada con el objeto de eliminar o retrasar el desarrollo de la competencia. Como se ha visto anteriormente, el mercado de los servicios de practica se caracteriza por la presencia de importantes barreras institucionales de acceso, y por una regulación que impone ciertos límites a la competencia al interior del mercado.

En tales circunstancias, la regulación de dicha actividad constituye un instrumento que podría ser utilizado por las empresas o prácticos que operan actualmente en el mercado para reforzar su poder de mercado, a través de la búsqueda del establecimiento de mayores límites o restricciones al acceso de nuevos prácticos al mercado, o simplemente a través del desarrollo de conductas que obstaculicen la formación de nuevos aspirantes o el traslado de prácticos de otros terminales.

Como se ha visto anteriormente, precisamente esa fue la estrategia desarrollada por PILOT, quien no solo desarrolló conductas destinadas a impedir o retrasar la formación de nuevos prácticos, sino que además propició o fomentó la modificación de la regulación del sector con el objeto de excluir del mercado a la competencia.

En efecto, como lo mencionáramos anteriormente, las condiciones de acceso y operación al mercado fueron modificadas drásticamente mediante Resolución Directoral N° 347-2001-DCG del 5 de junio de 2001 y mediante el Decreto Supremo N° 028 DE/MGP del 2 de junio de 2001. Dichos dispositivos:

- Incrementaron las barreras de acceso a la actividad de practica, al incluir como requisito para postular como aspirante el acreditar contar con comando efectivo de naves mayores de 5000 TRB o 50 metros

de eslora en los últimos 5 años, en momentos en los que no existía una marina mercante nacional¹⁵;

- Limitaron la capacidad operativa de empresas con reducido número de prácticos, al establecer un número máximo de maniobras por día a ser realizadas por un práctico¹⁶ y obligando a que las maniobras de practica en naves de más de 200 metros de eslora sean realizados por dos prácticos¹⁷;
- Restringieron el acceso al mercado de los servicios de practica en el Terminal Portuario del Callao, al establecer que los prácticos que soliciten su traslado al Terminal Portuario del Callao, luego de superada la etapa de entrenamiento acceden a la categoría más baja dentro de la estructura establecida (Practico de Tercera)¹⁸.

[Handwritten signature]

Cabe desatacar que dichas modificaciones carecen de todo sustento técnico. Así por ejemplo, no tiene ninguna justificación –más allá del simple deseo de obstruir las actividades de las empresas más pequeñas- el establecimiento de un tope al número de maniobras que un práctico puede realizar en un día, tomando en cuenta que durante muchos años los prácticos en el Terminal Portuario del Callao realizaban un aproximado de quince (15) maniobras al día, sin someter a riesgo alguno la seguridad de las operaciones portuarias.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

¹⁵.- La Resolución N° 0347-2001/DCG al respecto establece:

"(...)11.- Modificar el numeral 7 inciso c) quedando redactado de la siguiente forma:

c) Ser Capitán de Travesía de la Marina Mercante Nacional y tener Libreta de Embarque vigente, acreditando dos o más años de mando efectivo en buques mayores de 5000 unidades de arqueo bruto o mayores de 50 metros de eslora, en los últimos cinco (5) años (...)."

¹⁶.- La Resolución N° 0347-2001/DCG al respecto establece:

"(...)9.- Incluir en el numeral 6 como inciso p) lo siguiente:

p) Los Prácticos Marítimos podrán efectuar como máximo tres maniobras independientes diarias, entendiéndose para este efecto como maniobra, una entrada o salida (...)."

¹⁷.- En la Sección I del Capítulo V del Decreto Supremo N° 028-DE/MGP referido a "La Prestación del Practica y Pilotaje", al respecto, establece:

"(...) D-050112 En naves de eslora mayor a 200 metros será obligatorio el uso de dos prácticos (...)."

¹⁸.- La Resolución N° 0347-2001/DCG al respecto establece:

"(...)15.- Modificar el numeral 8 inciso a) DEL OTORGAMIENTO DE LICENCIA PARA OTROS PUERTOS de acuerdo al texto siguiente:

DEL OTORGAMIENTO DE LICENCIA PARA OTROS PUERTOS

(...) b) Cuando se trate de cambio de licencia para el Puerto del Callao, se otorgará la categoría de Práctico Marítimo de Tercera, luego de haberse cumplido el requisito de maniobras señaladas en el párrafo precedente, en razón a las características actuales de dicho puerto (...)."

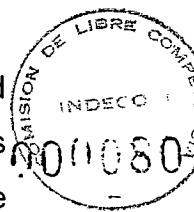


Del mismo modo, carece de todo sustento técnico forzar a los armadores a contratar los servicios de dos prácticos en el caso de naves mayores de 200 metros. Si bien dicha disposición tendría alguna justificación en el caso de las operaciones de 'pilotaje', en la que se requiere transportar la nave de un punto a otro punto (Canal de Panamá, por ejemplo), y por tanto, de la presencia de dos prácticos para que se releven entre sí durante la travesía; dicha disposición no tiene justificación para las maniobras que regularmente se realizan en los puertos del litoral, menos aún cuando por muchos años dichas labores han venido siendo realizadas por un solo práctico sin riesgo para la seguridad de las operaciones portuarias.

Finalmente, carece de todo sustento el otorgar a los prácticos que soliciten su traslado al Terminal Portuario del Callao una licencia que corresponde a la categoría más baja del escalafón, esto es, como Practico de Tercera. La falta de una justificación técnica objetiva de la medida queda al descubierto, si se toma en cuenta que la misma sólo afecta a los traslados al Terminal Portuario del Callao y no a otros puertos del interior. ¿Qué características especiales tiene el Terminal Portuario del Callao que hacen que Prácticos Expertos de otros puertos no puedan desempeñarse -luego del entrenamiento respectivo- como prácticos de Segunda o de Primera?; ¿acaso la especial configuración del fondo marino? La única razón que explicaría el 'castigo' a los prácticos que efectúan su traslado al Terminal Portuario del Callao, es el deseo de desincentivar el traslado de prácticos a dicho puerto; dicho de otra forma, el deseo de frenar u obstaculizar el ingreso al mercado de nuevos competidores al mercado. Cabe destacar que, dicho dispositivo se aprobó coincidentemente en circunstancias en que varios prácticos habían iniciado los trámites para efectuar su traslado al Terminal Portuario del Callao (Campoverde, Vargas, Lozada).

Como se verá más adelante, dichas modificaciones afectaron las condiciones de competencia en el mercado de practicaje y, en especial, las condiciones existentes en el Terminal Portuario del Callao. Como resultado de las mismas,

PILOT reforzó su posición de dominio (mediante la limitación de la capacidad operativa de las empresas de la competencia) y se generaron importantes restricciones a la existencia y operación de otras empresas administradoras de servicios de practicaje.



c) **El ámbito geográfico del mercado involucrado: el Terminal Portuario del Callao.**

Las conductas que son materia de la denuncia se circunscriben al mercado de los servicios de practicaje en el Terminal Portuario del Callao. Ello debido a la imposibilidad de que prácticos de otro puerto puedan prestar servicios en el Puerto del Callao salvo que obtengan luego de un largo periodo de tiempo la licencia respectiva.

VII.2 ¿CUÁL ES ENTONCES EL MERCADO RELEVANTE?

Como bien dice Conrath¹⁹ la pregunta teórica fundamental es ***“Si hubiera solo una firma vendiendo el producto en el área identificada, ¿podría dicha firma elevar el precio por encima del nivel competitivo?”*** Si la respuesta a la pregunta es “sí” entonces el mercado relevante está definido de manera apropiada. Si la respuesta a la pregunta es “no”, entonces el mercado debe ser redefinido.

El fundamento de este razonamiento se sustenta en el sentido común. Si entendiéramos que la hipotética única empresa que actúa en el mercado definido como relevante puede subir el precio, es por que no existen otras empresas o productos que puedan competir con ella. Por tanto el mercado está bien definido por que los consumidores que actúan en dicho mercado no tienen otras alternativas.

¹⁹.- Conrath, Craig W. “Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition”, p- 4-1.

En esa línea consideramos que los usuarios del puerto del Callao no tendrían la posibilidad de girar su demanda hacia otros prácticos dado que solo los que tienen licencia para operar en el Callao son una alternativa. Por ello en el supuesto teórico (que como vemos se corrobora en la práctica) una sola empresa o grupo tuviera posición de dominio en dicho mercado, podría fijar un precio superior al que arrojaría la competencia sólo por la falta de opciones de los consumidores.

De lo anterior puede concluirse que el mercado relevante para el análisis de la presente denuncia se circunscribe al mercado para la prestación de servicios de practica en el Terminal Portuario del Callao.

Determinado ello así, procede preguntarse si PILOT ostenta una posición de dominio en dicho mercado.

VII.3 ANÁLISIS Y DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO DE PILOT EN EL MERCADO DE LOS SERVICIOS DE PRACTICAJE EN EL TERMINAL PORTUARIO DEL CALLAO

a) De la posición de PILOT hasta el 7 de enero de 2001

Antes de la liberalización del mercado de servicios de practica, dicha actividad era prestada exclusivamente por Enapu con prácticos de planta del Terminal Portuario del Callao. Con la liberalización de la actividad en el año 1997, dicho servicio pasó a ser prestado por empresas administradoras de prácticos, quienes actúan como un nexo entre las empresas de Agenciamiento Marítimo y el práctico que finalmente presta el servicio.

Algunas de las empresas administradoras de servicios de practica se formaron a partir de las empresas de Agenciamiento Marítimo; mientras que en

otros casos, los mismos prácticos habrían constituido sus propias empresas administradoras de servicios de practicaaje.



Hasta el 7 de enero del 2001, el servicio de practicaaje era prestado por 36 prácticos agrupados en 17 empresas autorizadas por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas. Una de dichas empresas era PILOT.

Dada la estructura y composición de dicho mercado, se puede concluir que hasta el 7 de enero de 2001, ninguna de las empresas que operaba en el Terminal Portuario del Callo, brindando servicios de practicaaje (una de las cuales es PILOT) ostentó una posición de dominio. Por el contrario, hasta dicha fecha existió una estructura bastante competitiva en dicho mercado, hecho que se reflejó directamente en el nivel y comportamiento de los precios existentes.

b) De la posición de dominio de PILOT, a partir del 8 de enero de 2001.

Con la integración en PILOT del total de prácticos habilitados para prestar servicios en el Terminal Portuario del Callao, a partir del 8 de enero de 2001, se consolidó una clara posición de dominio de dicha empresa en el mercado²⁰.

²⁰ - Sobre el particular, en el Informe 002-2001-CLC/ INDECOPI se señala lo siguiente: "A partir del 8 de enero del 2001, los 36 prácticos que laboraban en las 17 empresas mencionadas deciden agruparse en sólo tres empresas: PILOT Station S.A., Seawell S.A. y Pratmar S.R.L." El Cuadro N° 1 muestra el nombre de los prácticos que a partir del 8 de enero deciden laborar en las tres empresas mencionadas.

Es clara la existencia de una sola empresa (PILOT Station) que controla la totalidad de los prácticos que laboran en el Terminal. La información recogida por miembros de la Secretaría Técnica en una visita efectuada a las oficinas de la empresa PILOT Station señala que los 36 prácticos del Cuadro N° 1 son también accionistas de dicha empresa. El Cuadro N° 1 muestra también que tres prácticos que actualmente laboran y son accionistas de la empresa PILOT Station forman parte de otras dos Empresas Administradoras de Prácticos.

La existencia en el mercado de dos empresas adicionales (Seawell S.A. y Pratmar S.R.L.) no desvirtúa la afirmación anterior. En efecto, no sólo existe evidencia en poder de la Comisión que demostraría que la integración de algunos prácticos (tres de ellos) a dichas empresas no fue sino una estrategia deliberadamente diseñada para evadir cualquier acusación por la conformación de un monopolio; sino que adicionalmente, aún si se desecha la mencionada



Cuadro N° 1

Empresa Actual	Código de Práctico	Nombre de práctico	Empresa Administradora de Practicos Anterior
PRATMAR	PP27	V. TIRADO	PRATMAR
	PP30	J. ASMAT	PRATMAR
SEAWELL	PP14	J. MAGUINA	SEAWELL, CARGONAVES, MARITIME PILOT
PILOT STATION	PP01	W. BIGGIANO	PRACSA
	PP02	C. BURGA	TRAMARSA
	PP03	E. RODRIGUEZ	MARITIME PILOT, CARGONAVES
	PP04	J. PETROZZI	SERPROMAR
	PP05	P. GFELL	SERPROMAR
	PP06	A. CHAVEZ	APOLLO
	PP08	J. GODIER	RENADSA
	PP09	P. GALVEZ	PRACSA
	PP10	M. RIVADENEYRA	PRACSA
	PP11	M. ANGELES	MARITIME PILOT
	PP12	L. RAGGIO	TRAMARSA
	PP13	C. GERKES	SEAWELL, CARGONAVES, MARITIME PILOT
	PP14	J. MAGUINA	AGUNSA
	PP15	J. ZAGAZETA	RENADSA
	PP16	C. GUZMAN	VARTOSA
	PP17	W. CORVACHO	VARTOSA
	PP18	C. DE LA FLOR	MARITIME PILOT
	PP21	R. ZAMBRANO	PRACSA
	PP22	J. LOYOLA	SERPROMAR, TRAMARSA
	PP26	L. LOYOLA	PRATMAR
	PP27	V. TIRADO	
	PP29	M. DEL CASTILLO	
	PP30	J. ASMAT	PRATMAR, VARTOSA
	PP31	J. PERALTA	TRAMARSA
	PP32	E. GERKES	SOMARIN
	PP34	T. JAPURA	TRIMSEVICE
	PP35	A. GOMEZ RIOS	SERPROMAR
	PP37	P. SALCEDO	M. OCEANO
	PP38	L. GOMEZ	TRIMSEVICE
	PP39	L. MELLA	RENADSA
	PP40	E. GOMEZ	
	PP42	M. LAVADO	SERTEMAR
	PP47	G. BETTOCHI	SERPROMAR
	PP48	C. NEGRINI	AMBAR
	PP49	P. GALVEZ G.	RENADSA
	PP50	S. CRUZATE	

Fuente: Enapu"

(el resaltado es nuestro)

Por otro lado, las elevadas barreras institucionales tanto para el ingreso de nuevos prácticos al mercado, como para el traslado de prácticos desde otros puertos al Terminal Portuario del Callao, refuerzan aún más la conclusión de que PILOT ostentó una posición de dominio desde el 8 de enero de 2001.

En efecto, como ya se dijo, dado el marco regulatorio existente, no resulta posible considerar como potenciales competidores en el mercado de los servicios de practica en el Terminal Portuario del Callao a los prácticos habilitados para operar en otros terminales marítimos. Como se ha visto anteriormente, el traslado de prácticos al Callao se encuentra sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos y de procedimientos que impiden en el corto plazo la libre movilidad del factor de un puerto a otro puerto. Del mismo modo, dados los requisitos establecidos en la regulación existente mencionados anteriormente, resulta esperable que en el corto plazo no se produzca el ingreso de nuevos prácticos al mercado.

La salida de algunos prácticos de PILOT no eliminó el poder de mercado de dicha empresa. En efecto, si bien es cierto que, con posterioridad al 8 de enero, se suscitaron una serie de acontecimientos que podrían hacer pensar en un debilitamiento del poder de mercado de PILOT (salida de cuatro prácticos de PILOT: Lavado, Boggiano, Chávez y Petrozzi, e incorporación de los mismos a otras empresas administradoras de servicios de practica), tales hechos no han tenido como efecto la eliminación del poder de mercado ostentado por dicha empresa.

En primer lugar, los potenciales efectos positivos de la salida de algunos prácticos de PILOT (Lavado, Boggiano, Chávez y Petrozzi), fueron anulados por las acciones judiciales y/o administrativas iniciadas de manera abusiva en contra de algunos de ellos. En efecto, tal y como se mencionó anteriormente, a través de dichos mecanismos PILOT buscó y logró inhabilitar

a algunos de dichos prácticos (Lavado, Chávez, Petrozzi y Boggiano) para el desarrollo de actividades de practica en el Terminal Portuario del Callao, desde el 27 de setiembre de 2001.



En segundo lugar, los cambios en la regulación producidos a partir de junio de 2001 reforzaron la posición de dominio de PILOT. El establecimiento de un límite al número de maniobras diarias que pueden ser desarrolladas por un práctico (establecido mediante la Resolución Directoral N° 347), el establecimiento de la obligación de realizar las maniobras de practica con dos prácticos en naves mayores a 200 metros de eslora (establecido mediante el Decreto Supremo 028-DE/MGP), sumado a la limitación introducida para el traslado de prácticos de otros puertos al Callao, han tenido como efecto el reforzar la posición de PILOT.

En efecto, siendo que PILOT es una empresa que cuenta con el mayor número de prácticos habilitados para prestar servicios en el Terminal Portuario del Callao, es la que con mayor facilidad ha podido sortear los límites impuestos por dichos dispositivos a la prestación de los servicios de practica. El resto de empresas, al tener un número reducido de prácticos habilitados para operar (uno o dos prácticos) en el Terminal Portuario del Callao, ven rápidamente agotada su capacidad para suministrar dichos servicios a sus clientes. Así por ejemplo, bastaría con que una empresa independiente con dos prácticos a su servicio realice las maniobras de atraque y desatraque a una nave de más de 200 mts. de eslora para que agote el 67% de su capacidad operativa.

Es el caso que una vez agotada la capacidad operativa de las otras empresas administradoras de los servicios de practica y hasta las 00:00 del día siguiente, PILOT es la única empresa que queda en posibilidad de seguir prestando los servicios de practica en el Terminal Portuario del Callao.

De lo anterior se puede concluir que dadas las características del marco regulatorio de la actividad de practicaje, el poder de mercado deber ser delimitado en función a la capacidad instalada de las empresas que participan en el mercado –esto es, en función al número de prácticos con que cuenta cada empresa-, más que en función al volumen de los servicios efectivamente vendidos.



En tal sentido, siendo que PILOT aún después de la salida de algunos prácticos concentró el **86 %** de total de prácticos habilitados para prestar servicios en el Terminal Portuario del Callao (**31 prácticos**), debe necesariamente concluirse que dicha empresa ostentó una posición de dominio durante el período en que se realizaron las prácticas que son materia de la presente denuncia.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacarse que el **poder de mercado de PILOT ha quedado reflejado en su mayor participación en el mercado: dicha empresa a concentrado durante 2001 un participacion superior al 50% del mercado.** La suma de privilegios ilegalmente obtenidos así como las prácticas anticompetitivas desarrolladas, han permitido a PILOT alcanzar una importante participación en el mercado.

Merece destacarse la 'captura' por parte de PILOT de los servicios de practicajes a naves mayores de 200 metros de eslora, que no es otra cosa que el resultado de las modificaciones introducidas a partir de junio de 2001, a instancias de dicha empresa, en la regulación de la actividad de practicaje.

Dado el marco regulatorio existente y la estructura actual del mercado, dicha participación ha permitido a PILOT actuar con independencia de los consumidores y competidores en la prestación de los servicios de practicaje en el Terminal Portuario del Callao, alcanzado de esta forma

una posición de dominio en dicho mercado (artículo 4 del Decreto Legislativo 701).

VIII. ANALISIS DE LAS PRACTICAS ABUSIVAS DESARROLLADAS POR PILOT

VIII.1. EL ANALISIS INTEGRAL DE LAS PRÁCTICAS.

Al analizar los hechos es importante que la Comisión lo haga de manera integral y que considere cada uno de los actos como parte de una estrategia completa dirigida a un solo fin: usar el poder de mercado adquirido para perjudicar la competencia.

Si bien cada una de las prácticas realizadas y descritas en detalle líneas arriba merece por separado una sanción, lo cierto es que la gravedad, impacto y eficacia de las prácticas se maximizan por la interrelación que unas tienen con las otras. Así se concentra mercado, se crean barreras, le niega a contratar, se crean exclusividades, se usan procesos legales de manera predatoria, etc. como parte de un solo plan, concebido, diseñado y ejecutado con una sola intención y con un solo objeto.

En los puntos siguientes analizaremos conceptualmente cada una de las prácticas y las razones por las que ellas han afectado la competencia y merecen ser sancionadas de manera integral.

VIII.2. DEL MARCO LEGAL Y CONCEPTUAL DE LOS ACUERDOS DE EXCLUSIVIDAD COMO ABUSO DE POSICION DE DOMINIO EN EL MERCADO.

- Del incremento de los costos a la competencia

La incorporación de cláusulas por las cuales una de las partes se obliga a no desarrollar actividades que signifiquen competencia para la contraparte, resultan usuales tanto en contratos laborales o de prestación de servicios personales, como en los acuerdos comerciales vinculados con la transferencia de algunos bienes (marcas, instalaciones comerciales, etc.).



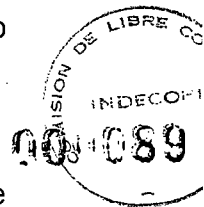
Por lo general, dichos acuerdos no suelen despertar cuestionamientos o sospechas desde un punto de vista de la competencia. Ello se deriva del hecho de que dichos acuerdos no persiguen como objetivo el impedir o distorsionar la competencia. Se trata simplemente de pactos accesorios encaminados a permitir el normal desarrollo de ciertos acuerdos, tales como la transferencia de un negocio a un tercero. Así por ejemplo, nadie estaría dispuesto a comprar un negocio de abarrotes, si el vendedor del mismo queda en libertad de instalar un negocio similar en las inmediaciones.

En general dicho tipo de acuerdos no dan lugar a un cuestionamiento cuando: (1) se trata de acuerdos efectivamente accesorios a un negocio u acuerdo principal; y (2) el acuerdo no impone una restricción superior a la necesaria para alcanzar el objetivo del negocio principal. En otras palabras, dichos acuerdos no serán cuestionables cuando no eliminan la competencia en el mercado de que se trate.

No obstante ello, bajo determinadas circunstancias, el establecimiento de cláusulas de no competir pueden ser cuestionables desde un punto de vista de competencia.

En efecto, tal y como lo señala Hovenkamp, dichos acuerdos pueden ser utilizados, como parte de una estrategia dirigida a crear o mantener una posición de dominio en el mercado, para incrementar el costo de las empresas rivales (actuales o potenciales competidores) haciéndoles mas difícil el

encontrar adecuados trabajadores, locales y, en general, cualquier otro insumo productivo necesario para su actividad²¹.



De otro lado, existen prácticas que, si bien distintas a las anteriormente mencionadas, pueden generar los mismos efectos nocivos para la competencia. Se trata de acuerdos o contratos a través de los cuales una empresa busca, deliberadamente, privar a su competidor del acceso a las fuentes de aprovisionamiento o a los canales de distribución necesarios para acceder o para permanecer en el mercado.

Dentro de dichas prácticas puede mencionarse, por ejemplo los acuerdos mediante los cuales una empresa busca la exclusividad en el aprovisionamiento de un insumo básico para el desarrollo de una industria; o, bajo determinadas circunstancias, las prácticas destinadas a atraer a los empleados de la competencia.

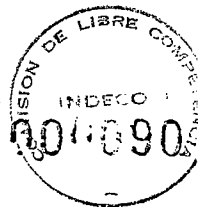
Según Hovenkamp, bajo determinadas circunstancias estas prácticas pueden ser objeto de una condena. Ello suele suceder cuando la práctica: (1) es desarrollada por quien ostenta una posición de dominio; (2) no aumenta la productividad de la empresa que la desarrolla; y (3) es desarrollada con el deliberado propósito de generar un daño a las empresas competidoras²².

Cabe desatacar que dichas prácticas no ocasionan necesariamente pérdidas para quien las desarrolla, ni derivan necesariamente en la salida del mercado de un competidor. El propósito de las mismas puede ser simplemente retrasar el ingreso al mercado de un competidor.

Una simple observación de los hechos muestra como en este caso se cumplen los tres elementos señalados por Hovenkamp: (1) PILOT ostenta posición de

²¹ - "Finally, although covenants not to compete are often efficient, they can also be used to raise the costs of rivals or potential rivals by making it more difficult to find suitable employees, sites, or other productive assets". En Hovenkamp "Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice": P. 286.

dominio; (2) no ha mejorado su productividad pues cada práctico realiza menos maniobras que antes, es decir, no hay mejora de eficiencia; y (3) la intención de los acuerdos es claramente impedir la entrada de competidores.



Este tipo de prácticas han merecido la sanción por parte de diversas agencias de competencias. Así por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Competencia Español (en adelante TDC) sancionó una práctica similar en el caso "La Nueva Unión de Seguros, S.A. (NUSSA) contra Igualatorio Médico Colegial S.A. (IMECOSA)"²³.

Es el caso que IMECOSA, una empresa que presta servicios médicos mediante un seguro de mercado superior al 80 por 100, exigió a todos los médicos afiliados que dejaran de prestar servicios con otras organizaciones de seguros sanitarios si querían mantener su relación con IMECOSA. En efecto, el Consejo de Administración de IMECOSA, en cumplimiento del art. 7 de los estatutos de dicha entidad, que establece que si los accionistas (médicos colegiados) vinieran prestando o aceptaran prestar servicios con otras organizaciones de seguro sanitario privado serán considerados incompatibles con la compañía, acordó enviar cartas a todos los médicos que, siendo accionistas, prestaban sus servicios a otras entidades. Si los médicos tenían que optar entre IMECOSA y, por consiguiente, su mayor número de asegurados, los médicos se inclinarían por ésta.

Como consecuencia de dichas prácticas, NUSSA, principal competidor de IMECOSA, perdió a veinte de los componentes de su cuadro médico, lo que supuso una importante merma de sus posibilidades de competir.

El Pleno del TDC consideró que IMECOSA había incurrido en una práctica de abuso posición dominante al utilizar una serie de normas estatutarias para impedir o dificultar la actividad de sus competidores en el mercado.

²².- Hovenkamp, op. cit. P. 287-290.

Comentando dicho caso, Hernández Rodríguez señala:

“El establecimiento de normas internas que regulen las relaciones entre una empresa y sus afiliados es, en principio, tan lícito como pueda serlo la contratación del personal de un competidor. Sin embargo, en determinadas circunstancias, puede convertirse en el instrumento de una estrategia predatoria con suficiente potencial como para infligir serios daños a sus competidores. Para ello es necesario que el predador disponga de un importante poder de mercado y que haya un cierto tipo de personal técnico que simultanee sus servicios entre la empresa relevante y sus rivales”

De lo anterior se puede concluir que tanto las cláusulas por las que una parte se obliga a no competir con la contraparte, como los acuerdos mediante los cuales se logra una exclusividad en la provisión de determinados insumos, pueden configurar una práctica anticompetitiva cuando son establecidas (1) por empresas con poder de mercado (2) con el deliberado propósito de obstruir o retrasar el desarrollo de la competencia en el mercado, vía el incremento de los costos de las empresas de la competencia.

- **De las estrategias destinadas a incrementar el costo de los competidores como practica anticompetitiva sancionable en la legislación y jurisprudencia nacional**

En lo que se refiere a la legislación y jurisprudencia nacional, cabe destacar que existe una reiterada jurisprudencia de la Comisión de Libre Competencia en el sentido de considerar como una práctica sancionable en virtud del Decreto Legislativo 701, las conductas desarrolladas por empresas destinadas al incremento de los costos de acceso o permanencia en el mercado de otros competidores.

²³.- Resolución del 28 de julio de 1992, Pleno, exp. 305/1991 (sección 1.ª, 1 de abril de 1992)

Tal y como lo ha reconocido expresamente la Secretaria Técnica de la Comisión de Libre Competencia en el Informe No 002-2001-INDECOPI/CLC, las prácticas que involucren el establecimiento ilegal de barreras de acceso al mercado se encuentran sancionadas por el Decreto Legislativo 701.

En efecto, en el referido informe se señaló lo siguiente:

“Las barreras de acceso se definen como los obstáculos que ilegalmente impiden o hacen costoso el ingreso de nuevos competidores a un determinado mercado. Dentro de las barreras de acceso implementadas por las empresas con el objetivo de impedir la entrada o forzar la salida pueden distinguirse en tres tipos: financieras, comerciales o burocráticas.

Los efectos sobre la competencia de la implementación de barreras de acceso se encuentran sancionados en la legislación vigente por el artículo 3 del decreto Legislativo N° 701 que señala “Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.”

Nos queda claro que, de acuerdo a los principios que inspiran la jurisprudencia nacional, dichas prácticas sobre todo serán sancionables si las mismas son puestas en práctica por empresas con posición de dominio en el mercado, con base a lo dispuesto en el inciso f) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

- **De la estrategia desarrollada por PILOT: contrato de exclusividad a plazo ‘indeterminado’ + incorporación al Directorio.**

Es el caso que PILOT deliberadamente diseñó e implementó una estrategia destinada incrementar los costos de acceso de otras empresas competidoras,

mediante la celebración de diversos contratos con los prácticos habilitados para desarrollar sus actividades en el Terminal Portuario del Callao.

La estrategia desarrollada por PILOT involucró, por un lado, la celebración de un contrato de exclusividad con cada práctico por un plazo que expiraba al cumplirse el límite de edad permitido para el desarrollo de actividades de practicaje. Por otro lado, la incorporación de los prácticos dentro de la estructura societaria de la empresa, mediante la transferencia de cierto número de acciones de la empresa así como su designación como miembros del Directorio de ésta.

A través de dichos contratos PILOT buscaba no sólo ni principalmente concentrar al 100% de los prácticos habilitados para operar en el Terminal Portuario del Callao –propósito para el cual no requería el establecimiento de un plazo de duración tan esclavizante-, sino sobre todo impedir que los mismos fueran contratados por las otras empresas administradoras de los servicios de practicaje. Dicho de otro modo, con la celebración de dichos contratos PILOT no perseguía tanto el aumentar su eficiencia operativa, cuanto el tratar de negar a las empresas de la competencia el acceso al principal insumo para el desarrollo de la actividad: los prácticos con autorización para operar en el Callao.

Dicha intención ha sido puesta de manifiesto por el propio Presidente del Directorio de PILOT, señor Pedro Alfonso Gálvez Estremadoyro. En efecto, en el escrito de postulación de la acción de amparo presentada por dicha empresa ante el Juez Especializado en Derecho Publico del Callao, en contra del señor Alejandro Chávez, TRAMARSA y la Dirección General de Capitanías y Guardacostas, se puntualiza que:

***“ el codemandado ALEJANDRO CHAVEZ GURMENDI,
antes de incorporarse como socio y director, ...,
celebró un contrato de prestación de servicios***

profesionales a plazo indefinido, modalidad que se estipulo por acuerdo general de asociados con la finalidad de evitar actos de competencia desleal entre los miembros de nuestra institución.” (el resaltado es nuestro)

¿CÓMO SE
DEBE COM-
PORTAR EN
ESTOS CASOS?
COMPETENCIA?



¿Cuáles son los ‘actos de competencia desleal’ que pretendían ser evitados con la firma del referido contrato?. Precisamente la incorporación de los prácticos a otras empresas administradoras de servicios de practicaje!!!!. De esta forma, el contrato tenía –en palabras del Presidente de PILOT- como único propósito el impedir que otras empresas tengan acceso al insumo básico para el desarrollo de la actividad: los prácticos.

Por si fuera poco existen hechos que objetivamente demuestran la intención anticompetitiva de PILOT. Así por ejemplo, tomando en cuenta el número de prácticos necesarios para satisfacer la demanda existente en el Terminal Portuario del Callao, el aumento en la capacidad operativa de PILOT a través de la incorporación de la totalidad de los prácticos habilitados, resulta a todas luces excesivo. Por otro lado, la contratación del total de prácticos habilitados no responde a la política de contratación ni de PILOT ni de ninguna de las empresas que han operado en dicho sector. Finalmente, la contratación masiva de prácticos por PILOT es una práctica que sólo resulta rentable en un esquema en el cual se produce la eliminación de cualquier otra competencia.

Y lo que deja más claro está práctica de generar compromisos de exclusividad, es que era necesario para poder utilizar, al menos en parte, los procesos gubernamentales y legales como otro mecanismo de limitar la competencia. Es sobre la base de tales exclusividades que se interponen acciones de amparo y procesos penales contra quienes son llamados “traidores”. Es decir que sirven de sustento para el *enforcement* de la estrategia predatoria.

En vista de tales evidencias no cabe sino concluir que los 'contratos de trabajo a plazo indefinido' fueron celebrados con el deliberado propósito de obstruir el desarrollo de la competencia en el mercado de los servicios de practicaaje.

En efecto, tomando en cuenta la ausencia de otro personal disponible así como el tiempo y dinero necesario para lograr la habilitación de nuevo personal, dichos contratos elevaron los costos de acceso al mercado de otras empresas administradoras de los servicios de practicaaje.

VIII.3. DE LA REALIZACIÓN DE PRÁCTICAS PREDATORIAS MEDIANTE LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DE PROCEDIMIENTOS LEGALES O GUBERNAMENTALES.

- **Del uso de procedimientos legales o gubernamentales como estrategia para no competir.**

En términos genéricos, una práctica predatoria es aquella conducta desarrollada por una empresa que, mediante el empleo de medios distintos de la competencia basada en los méritos, busca aumentar su poder de mercado eliminando del mismo o por lo menos perjudicando a uno o varios de sus competidores.

Una de las formas más efectivas y perniciosas de crear o mantener una posición de dominio en el mercado, es a través de la utilización del propio Estado. En efecto, un mecanismo eficaz para lograr la exclusión de los competidores del mercado o, simplemente, para retardar su ingreso, es la utilización indebida de los procedimientos administrativos, judiciales o regulatorios.

Como una técnica de predación, el litigio fraudulento es un mecanismo deliberadamente usado para incrementar los costos de acceso al mercado de



un potencial entrante. Los gastos en complicados litigios pueden desincentivar el acceso al mercado de algunas empresas o, en el peor de los casos, simplemente retrasar su entrada al mercado. En cualquiera de los casos, la empresa establecida logra, a través de su estrategia, distorsionar el desarrollo de la competencia en el mercado.

Del mismo modo, el ejercicio fraudulento del derecho de petición ante alguna instancia del gobierno para el establecimiento de determinada regulación, con el deliberado propósito de establecer barreras que limiten el acceso al mercado a otras empresas o que limiten la capacidad de operación de algunas de las empresas que actúan en el mercado, constituye una estrategia predatoria.

Refiriéndose a este mecanismo de predación, el profesor Robert Bork²⁴ ha señalado que la probabilidad de este tipo de predación es muy alta, y las pérdidas anuales agregadas para los consumidores derivadas de las mismas, suelen también ser bastante elevadas. Así el referido autor señala:

"La profusa creación moderna de tales autoridades gubernamentales ofrece alternativas casi ilimitadas para el abuso. Estas se rankean desde la corrupción de

²⁴ - " (...) The modern profusion of such governmental authorities offers almost limitless possibilities for abuse. They range from outright bribery to much subtler forms of improper influence upon officials. We will focus here, however, primarily upon oppositions to market entry before administrative and judicial institutions. As a technique for predation, sham litigation is theoretically one of the most promising. Litigation, whether before an agency or a court, can often be framed so that the expenses to each party will be about the same. Indeed, if, as usual, the party seeking to enter the market bears the burden of going forward with evidence, litigation expenses may be much heavier for him. Expenses in complex business litigation can be enormous, not merely in direct legal fees and costs but in the diversion of executive time and effort and in the disruption of the organization's regular activities. Thus, the firm resisting market entry through sham litigation can impose equal or greater costs upon its entrant and, if it has greater or even equal reserves, may be able to outlast the potential rival. This tactic is likely to find unqualified success only against smaller firms, since the costs of litigation must loom large relative to reserves if the firm is to be driven out. The tactic may be successful against larger firms if the costs are large relative to expected profits in a small market.

The predator need not expect to defeat entry altogether. He may hope only to delay it. Sham litigation then becomes a useful tactic against any size firm, regardless of relative reserves, for it may be worth the price of litigation then becomes to purchase a delay of a year or several years in a rival's entry into a lucrative market. In such cases, successful predation does not require that the predator be able to impose larger costs on the victim, that the predator have greater reserves than the victim, or that the predator have better access to capital than the victim. No other technique of predation is able to escape all of these requirements, and that fact indicates both the danger and the probability of predation by misuse of governmental processes.

This mode of predation is particularly insidious because of its relatively low antitrust visibility. The enforcement agencies have been preoccupied with the mythical dangers of merges, vertical restraints, and price cutting. The fact many battles fought before agencies like local zoning boards are designed to preclude market entry does not come to their attention. Since much of this predation occurs at local levels through misuse of state and municipal procedures, the victims are often small businessmen with no, or very little, idea of the possible protection afforded by the antitrust laws." Bork, Robert H.; "The Antitrust Paradox" 1993, P. 347-348

funcionarios hasta formas más sutiles de influencia impropia sobre dichos funcionarios. Sin embargo vamos a concentrarnos aquí primariamente en la oposición a la entrada al mercado por medio de instituciones administrativas y judiciales. Como una técnica de predación, el litigio ficticio es teóricamente una de las más promisorias. Litigar, sea frente a una agencia o una corte, puede ser diseñado de manera tal que los gastos para cada una de las partes sean más o menos los mismos. Sin embargo, si, como es usual, la parte buscando entrar en el mercado tiene la carga de avanzar con las pruebas, los gastos de litigio podrían ser más altos para ella. (...) En consecuencia, la empresa resistiendo la entrada al mercado por medio de litigio ficticio puede imponer costos iguales o superiores sobre el entrante y, si este tiene mayores o incluso las mismas reservas, puede tener la posibilidad de agotar al potencial rival.” (traducción libre).

Esto es una precisa descripción de lo que viene ocurriendo. Una empresa que acumula casi la totalidad de poder de mercado en el mercado relevante desarrolla una estrategia de litigio abusivo, tanto judicial como administrativo por separado, en contra de prácticos que sólo tienen su ingreso personal, y limitado por las circunstancias, para enfrentar procedimientos complejos y agotadores. Difícil imaginar una estrategia con más posibilidades de éxito.

Si bien es cierto que una empresa puede legítimamente tratar de influir a los organismos públicos o a los jueces para que adopten decisiones que le beneficien directamente -a través de una petición que busca la adopción o modificación de una regulación determinada, o mediante una denuncia o demanda que busca la aplicación de un dispositivo determinado-, cuando dicha conducta carece de un fundamento objetivamente razonable y tiene el deliberado propósito de distorsionar la competencia -por ejemplo, retrasando o encareciendo el costo de acceso al mercado de otros competidores-, dicha conducta constituye una práctica predatoria.

Sobre el particular, Francisco Hernández Rodríguez²⁵ señala:



"En los Estados Unidos, donde la jurisprudencia relativa a estas prácticas es muy rica, el Tribunal Supremo llegó a establecer la inmunidad de este tipo de conductas en el Derecho Antitrust con excepción de aquellas que dirigidas de forma ostensible a influenciar la acción del gobierno, sean una mera apariencia para encubrir lo que no es mas que un intento de interferir las relaciones comerciales de un competidor"

El mismo Francisco Hernández Rodríguez²⁶ añade:

"El derecho de toda empresa a defender sus intereses ante el gobierno ha prevalecido sobre las posibles repercusiones que la práctica pueda tener en la competencia económica. Siempre que la actuación administrativa que se pretende promover resulte un beneficio directo para la empresa o las empresas que la solicitan, la conducta se revestirá de una fuerte presunción de legalidad. Sólo si los beneficios para los acusados proviniesen exclusivamente del perjuicio que la actuación produce a los competidores, habría una base para presentar la conducta como predatoria. Es decir, el carácter predatorio de la práctica viene dado por el interés central de la conducta en el perjuicio de los rivales y no en el beneficio propio directo, pero esto es prácticamente imposible de demostrar siempre que la actuación gubernamental se deriva algún tipo de beneficio directo."

M
A
R
C
I
A
P
E
N
N
I
N
G
T
O
N

La utilización fraudulenta o abusiva de procedimientos gubernamentales – según la definición de la Corte Suprema Americana (Noerr – Pennington), está constituida por acciones ***"dirigidas de forma ostensible a influenciar la acción del gobierno, [que] sean una mera apariencia para encubrir lo que no es más que un intento de interferir en las relaciones comerciales de un***

²⁵ .- Hernández Rodríguez, Francisco. "Precios Predatorios y Derecho Antitrust" Editorial Marcial Pons, Madrid 1997.P. 60.

²⁶ .- Ibídem. P. 173.

competidor²⁷-, es una conducta que ha sido tipificada y sancionada como una práctica predatoria por diversas jurisdicciones.

La jurisprudencia europea se enmarca dentro del mismo criterio. Así:

La Comisión de las Comunidades Europeas ha determinado en su decisión de 21 de Mayo de 1996²⁸, las circunstancias y criterios en los que el ejercicio de una acción judicial por una empresa en posición de dominio constituye un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 82 (ex 86) del Tratado.

(...)

Para la Comisión, "...el hecho de ejercitar una acción judicial, expresión del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, no puede calificarse de abuso, a menos que la empresa en posición dominante ejercite acciones judiciales: (i) de las que no pueda considerarse razonablemente que tenga por objeto hacer valer sus derechos y que, por tanto, solo puedan servir para hostigar a la parte contraria, y (ii) que estén concebidas en el marco de un plan cuyo fin sea suprimir la competencia (apartado 11 de la decisión impugnada)...²⁹³⁰.

Cabe destacar la decisión de la Comisión de Competencia Europea en el caso Cewal³¹. En dicho proceso, cuatro conferencias marítimas que operan entre Europa y África Occidental y Central, fueron denunciadas y sancionadas por desarrollar conductas que fueron calificadas con el abuso de una posición de dominio. Entre otras conductas, la Comisión detectó que Cewal utilizaba, como medio para realizar prácticas predatorias en perjuicio de la única empresa naviera no integrada a la conferencia, su influencia en una serie de decisiones gubernamentales.

²⁷.- Eastern Railroad President Conference v Noerr Motor Freight Inc. 365 US 127 81 S. Ct. 523, 5 L. Ed. 2d 464 (1961).

²⁸.- Decisión no publicada en el DOGE, relativa a la denuncia IV735.268 presentada el 20 de Octubre de 1994 por ITT Promedia NV, comunicada a la demandante mediante carta de 21 de Mayo de 1996.

²⁹.- Apartado 30 de la sentencia

³⁰.- Vega Penichet Lopez, Luis. "El ejercicio abusivo de acciones judiciales. Un posible abuso de posición dominante." En Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. Madrid. Nº 202. P. 20-22.

³¹.- Decisión de la Comisión del 23 de diciembre de 1992. OJ. num L 34, de 10 de febrero de 1993.

En efecto, Cewal fue condenada por abusar de su posición de dominio, al participar activamente en el establecimiento de un acuerdo con la oficina gubernamental de Zaire encargada de la gestión del transporte marítimo, con la finalidad de garantizar que ésta asignase todas las cargas a los buques de Cewal, excluyendo a cualquier otra compañía independiente. También se consideró abusivo el hecho de que Cewal intentase por diversos medios, garantizar el estricto cumplimiento de este acuerdo, para alcanzar la eliminación de su único competidor.

De la misma forma, la jurisprudencia canadiense señala lo siguiente:

“En el Derecho Canadiense, el Tribunal de Competencia en el asunto “Laidlaw” –segundo caso de abuso de posición dominante resuelto por el Tribunal de Competencia Canadiense- calificaba de abuso de posición dominante la conducta consistente en la amenaza y/o interposición de acciones judiciales sin justificación de fondo alguna con la finalidad de ocasionar elevados costos de transacción a sus competidores y de facilitar una clara señal al mercado de que haría lo mismo con cualesquiera nuevos entrantes.”³²

¿Tiene alguna duda la Comisión que PILOT inició las diversas acciones contra los prácticos “traidores”, además de para amedrentarlos, enviar la señal a los demás de que una nueva “traición” sería tratada de la misma manera, y así consolidar su posición de dominio? La respuesta parece evidente.

- **Del uso de procedimientos gubernamentales o legales como práctica predatoria en la legislación y jurisprudencia peruanas.**

En lo que se refiere a la legislación y jurisprudencia nacional, cabe destacar que existe una reiterada jurisprudencia de la Comisión de Libre Competencia en el sentido de considerar como una práctica sancionable en virtud del Decreto

³².- Vega Penichet Lopez, Luis. op cit. P. 28.

Legislativo 701, las conductas predatorias desarrolladas por empresas destinadas, en general, al establecimiento de 'barreras de acceso' al mercado con el objeto de impedir el acceso al mercado o forzar la salida del mismo de algunos competidores.

En lo que se refiere específicamente a la predación mediante la utilización de procedimientos gubernamentales, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI ha reconocido en anterior pronunciamiento que, el uso de los procedimientos gubernamentales con el objeto de entorpecer o frustrar el desarrollo de la competencia, puede ser sancionado con base a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 701.

En efecto, en la Resolución N° 057-96-INDECOPI/CLC del 8 de abril de 1995, que pone fin a la denuncia presentada por Lebar S.A. en contra de Asesoría Comercial S.A. y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios de Perú por presuntas prácticas restrictivas de la competencia, cometidas en el proceso de instalación de la estación de servicios de propiedad de la primera, la Comisión señaló expresamente que:

"(...) el abuso de procedimientos gubernamentales (administrativos o judiciales) puede ser considerado como una practica prohibida susceptible de ser comprendida dentro de la legislación que sanciona las practicas restrictivas de la libre competencia -Decreto Legislativo 701-;"

En dicha Resolución, se identificó el 'abuso de los procedimientos gubernamentales' como la utilización deliberada de dichos procedimientos, con el único propósito de impedir o retrasar el acceso al mercado de otros competidores -***"(...) la intención de utilizar los procedimientos gubernamentales con el único propósito de suprimir la competencia, impidiendo el acceso al mercado de LEBAR;"***-. De dicha definición se

puede extraer que el factor que determinaría la ilegalidad de la práctica es la 'intención predatoria' de quien utiliza los procedimientos gubernamentales.



En cuanto a lo que debe entenderse por 'procedimientos gubernamentales', la Resolución ha sido explícita al señalar que se encuentran comprendidos dentro de dicha definición los procedimientos administrativos y judiciales –en el caso en cuestión se analizaba una serie de procedimientos y acciones adoptadas por la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas–.

No obstante lo anterior, entendemos que dicho concepto incluye también a los procedimientos que tienen por objeto el establecimiento o modificación de una regulación determinada, ello no sólo por los términos en que dicha figura ha sido acogida por las distintas autoridades de competencia, sino además porque en esencia nos encontramos frente a un mismo hecho: se trata de procedimientos en los que, al igual de lo que sucede en los procedimientos judiciales y administrativos, una autoridad del Estado adjudica o retira derechos a los particulares.

Por otro lado, si bien la definición no prejuzga respecto a la forma regular o irregular del procedimiento gubernamental de que se trate, uno de los factores que al parecer permitiría calificar de manera indubitable el uso de los procedimientos gubernamentales como abusivo, sería la utilización de medios ilegales para influenciar en las decisiones de la autoridad de que se trate – ***“tampoco se han ofrecido o actuado pruebas que permitan demostrar que uno u otro hallan recurrido a medios ilegales para influenciar la acción de las autoridades gubernamentales encargadas de resolver los procedimientos;”***–.

Finalmente, tal y como habría sido definida por la Comisión, entendemos que el 'abuso de procedimientos gubernamentales' es una práctica que en principio no requeriría que la empresa que desarrolla la práctica cuente con poder de

mercado –en el procedimiento mencionado se analiza dicha práctica en relación a una empresa que carece de una posición de dominio en el mercado-. Sin embargo, si bien dicho factor no será determinante para la configuración de la infracción, es un factor que puede determinar en gran medida las posibilidades de éxito de la práctica, así como la gravedad de sus efectos en el mercado.



De lo anterior se puede concluir que, las prácticas que son materia de la presente denuncia – utilización abusiva de procedimientos gubernamentales por PILOT y sus dirigentes- constituyen prácticas anticompetitivas prohibidas por el Decreto Legislativo 701. Resta probar que efectivamente dichas prácticas fueron desarrolladas por PILOT y sus dirigentes.

- **De la utilización de procedimientos gubernamentales o legales por parte de PILOT.**

Es el caso que PILOT deliberadamente diseñó y puso en práctica una estrategia destinada a impedir el acceso al mercado de nuevos prácticos, así como entorpecer u obstruir el desarrollo de actividades de otras empresas administradoras de los servicios de practicaje en el Terminal Portuario del Callao, mediante la utilización indebida de diversos procedimientos gubernamentales.

En efecto, como se ha mencionado anteriormente, PILOT recurrió al inicio de diversas acciones judiciales (denuncias en la vía administrativa, penal y constitucional) en contra de los prácticos que voluntariamente decidieron abandonar la empresa para incorporarse a las empresas de la competencia.

Es así que, como parte de una estrategia deliberadamente planeada, PILOT directamente o a través de la ASPEPRAMA dio inicio a:



- a) acciones penales por un supuesto "fraude a la administración de personas jurídicas" (en contra de los señores: Alejandro Chávez, Jorge Petrozzi³³ y Manuel Lavado³⁴) y por un supuesto delito contra la fe pública en la modalidad de falsificación de documento (en contra del señor Werner Boggiano³⁵);
- b) acciones de amparo por una supuesta "violación de la libertad de contratar" (en contra de los señores Alejandro Chávez y Jorge Petrozzi³⁶); y
- c) denuncias administrativas por una supuesta "falsificación de documentos" (en contra del señor Werner Boggiano³⁷) o por incumplimiento de algunas obligaciones vinculadas con la prestación de los servicios de practicaje (en contra del señor Manuel Lavado³⁸).

Asimismo, a la luz de todos los acontecimientos reseñados en la presente denuncia, tenemos razones suficientes para suponer la participación directa o indirecta de PILOT en: (i) el inicio del irregular procedimiento seguido de oficio en contra del Sr. Boggiano y que terminara con la modificación de los términos de la licencia otorgada originalmente³⁹; y (ii) el inexplicable retraso en el otorgamiento de la licencia de Práctico Marítimo de Primera al señor Guillermo Campoverde, luego de haber cumplido con los requisitos y procedimientos para su traslado al Terminal Portuario del Callao el 1 de junio de 2001⁴⁰. Ambos hechos deberán ser materia de investigación por parte de la Secretaría Técnica de la Comisión a lo largo del procedimiento que dará lugar la presente denuncia.

³³.- Denuncia presentada el 14 de mayo ante la 7ma. Fiscalía Provincial Penal del Callao.

³⁴.- Denuncia tramitada ante el 9 Juzgado Penal del Callao (Exp. 5428-01).

³⁵.- Denuncia presentada el 14 de agosto de 2001 ante la 1era Fiscalía Provincial Penal del Callao N. 483-01

³⁶.- Accion de amparo iniciada mediante escrito fechado el 9 de mayo de 2001 ante el Juzgado Especializado de Derecho Público de Lima y accion de amparo iniciada ante Juzgado Especializado de Derecho Publico del Callao.

³⁷.- Denuncia presentada ante la DGC el 21 de junio de 2001.

³⁸.- Iniciada con la Protesta presentada por PILOT ante la Capitania del Puerto del Callao, el 11 de junio de 2001.

³⁹.- Resolución Directoral 0782-2001/DGC del 27 de diciembre de 2001.

⁴⁰.- Finalmente dicha licencia fue otorgada mediante Resolución Directoral 0498-2001/DGC del 20 de agosto de 2001.

La notoria falta de justificación de las denuncias y procedimientos iniciados por PILOT en contra de dichos prácticos, queda en evidencia por la debilidad de los "fundamentos" de las mismas. Así por ejemplo, se ha denunciado a algunos prácticos que participaron formalmente en el Directorio de PILOT por no haber comunicado a dicha empresa la existencia de intereses propios incompatibles con la empresa, pese a que los mismos sólo se presentan una vez que dichos prácticos abandonan PILOT y se incorporan a trabajar en otras empresas administradoras de servicios de practicaaje.

La ausencia de todo fundamento ha quedado corroborada con el resultado final de dichas denuncias o demandas. En efecto, la mayoría de las acciones iniciadas en contra de los referidos prácticos ha sido rechazada posteriormente por las autoridades correspondientes. Así por ejemplo, la denuncia en contra del señor Werner Boggiano por una supuesta falsificación de documentos, fue desechada por la Capitanía del Puerto del Callao⁴¹. Del mismo modo, la acción penal iniciada en contra del señor Jorge Lavado por un supuesto fraude a la persona jurídica, fue también declarada sin lugar por el Juez de Noveno Juzgado Penal del Callao⁴².

Cabe destacar lo ocurrido con la denuncia formulada ante la DGC por la ASPEPRAMA –comunicación que aparece firmada por la plana mayor de PILOT, señores: Luis Loyola Soto, Luis Loyola Álvarez, Pedro Gálvez y José Asmat- el 21 de junio de 2001 en contra del señor Werner Boggiano, pocos días después de la comunicación de su renuncia a PILOT (Ver Anexo 1-BL), por supuesta falsificación de algunos de los documentos presentados en el procedimiento para la rehabilitación de la licencia del mencionado práctico. Llama poderosamente la atención que dicha denuncia fuera presentada por quienes meses antes de la denuncia, intercedieran ante la DGC para el otorgamiento de la licencia respectiva.

⁴¹.- Mediante Resolución de Capitanía 088-2001 del 17 de setiembre de 2001.

El inicio de las referidas acciones judiciales y administrativas fueron **deliberadamente planeadas y ejecutadas** por PILOT, con el objeto de impedir las actividades de los prácticos que abandonaron la empresa y, de esta forma, las actividades de cualquier otra empresa que pudiera amenazar el poder de mercado de PILOT en el Terminal Portuario del Callao.



Ello queda corroborado con el documento citado expresamente en el Informe 002-2001-INDECOPI/CLC, y que fuera elaborado por el práctico de PILOT Arnulfo Gómez Ríos, en el que se describe la estrategia que finalmente fue adoptada por dicha empresa:

"El práctico que intente traicionar al sindicato prácticamente es eliminado, moviéndose todos los elementos legales que en prevención firmo antes de ser práctico, se inicia solicitando la cancelación definitiva de la licencia a la autoridad marítima, adjuntando un expediente respectivo, si la autoridad se resiste se acude a los tribunales".

El objetivo de los procedimientos iniciados por PILOT fue claramente **el impedir u obstaculizar el desarrollo de actividades por parte de las otras empresas administradoras de servicios de practicaje en el Terminal Portuario del Callo**. En efecto, el único beneficio que PILOT podría derivar de los procedimientos iniciados en contra de dichos prácticos era -como de hecho ocurrió- la paralización, o en todo caso, la obstrucción de las actividades de las empresas competidoras.

Es así que en todos los procedimientos en los que ello era posible solicitaron la suspensión inmediata de las actividades del práctico denunciado, así como de las empresas administradoras de practicaje que conjuntamente fueron denunciadas. Para ello apelaron a cuanta medida procesal fuera posible: desde

⁴².- Mediante Resolución del Juez del Noveno Juzgado Penal del Callao de fecha 26 de diciembre de 2001.

la solicitud de medidas cautelares en las acciones de amparo iniciadas⁴³, hasta la solicitud -tan creativa como irregular- de una 'medida cautelar innovativa' dentro de un procedimiento penal (Ver Anexo 1-P).



En algunos de los casos lograron sus objetivos, inhabilitando temporalmente a algunos de los prácticos denunciados. Es así que el 27 de setiembre el Tercer Juzgado Penal del Callao ordenó la suspensión de las actividades de los señores Alejandro Chávez y Jorge Petrozzi en el procedimiento penal seguido en contra de los mismos. De igual modo, el 27 de diciembre, la Dirección General de Capitanías y Guardacostas, mediante la Resolución Directoral N° 782-2001/DCG ordenó la recategorización del señor Werner Boggiano de Práctico de Primera a Práctico de Tercera, lo que prácticamente lo inhabilitaba para prestar servicios de practicaaje.

De esta manera PILOT logró no sólo reducir la capacidad operativa de las empresas que operaban en el Terminal Portuario del Callao, sino que aprovechó dicha oportunidad para recuperar algunos de los clientes que habría perdido a partir de la salida de algunos de sus prácticos: a partir de noviembre PILOT recupero como clientes a las navieras P&O Nedlloyd y Broom, que venian siendo atendidas hasta esa fecha por otras empresas administradoras de servicios de practicaaje.

Este hecho pone en evidencia el carácter claramente predatorio de la práctica desarrollado por PILOT, en tanto que el interés central de la conducta desarrollada es el perjuicio de los rivales y la alteración de las condiciones de competencia en el mercado.

⁴³ - Así por ejemplo, en la acción de amparo iniciada por PILOT en contra de: Alejandro Chávez, Jorge Petrozzi, SERPOMAR S.A.C., TRAMARSA, ENAPU S.A., EMPRESA TRITON MARITIME SERVICE S.A.A y otros, ante el Juez Especializado en Derecho Publico de Lima el 9 de mayo de 2001, PILOT solicitó una "medida cautelar innovativa", consistente en la suspensión del ejercicio de practicaaje marítimo en el Terminal Portuario del Callao a las empresas y prácticos marítimos demandados, para cuyo efecto se le deberá notificar a la Dirección General de Transporte Acuático del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción se abstenga de otorgar Licencia de operación como empresa administradora de práctico marítimo a las personas jurídicas que valiéndose del título de Práctico Marítimo de nuestros asociados que mantienen contrato de exclusividad con nuestra representada; ..." (Ver Anexo 1-P).

- De la utilización indebida de procedimientos regulatorios por parte de PILOT.



Paralelamente, al inicio de acciones judiciales y administrativas en contra de algunos prácticos con el objeto de impedir las actividades de otras empresas administradoras de los servicios de practicaje, PILOT implementó una estrategia destinada a lograr el establecimiento -a nivel reglamentario- de requisitos y condiciones que, de un lado, restringieran el acceso al mercado de nuevos prácticos, y de otro lado, limitaran la capacidad operativa del resto de empresas.

Como se ha mencionado anteriormente, a principios del mes de junio de 2001 fueron publicados dos dispositivos -Decreto Supremo 028-DE/MPG y la Resolución Directoral 347-2001/DGC- que modificaron tanto las condiciones de acceso al mercado, como las condiciones de operación de las empresas administradoras de los servicios de practicaje.

Dichas modificaciones perjudicaron directamente a las empresas con un menor número de prácticos, así como limitaron la posibilidad de que dichas empresas trasladasen al Terminal Portuario del Callao prácticos de otros terminales. La única empresa beneficiada con dichos cambios fue PILOT, empresa que concentraba el mayor número de prácticos habilitados para prestar servicios de practicaje en el Terminal Portuario del Callao.

Resta por demostrar que, de un lado, PILOT fue la empresa que solicitó y promovió directamente dichas modificaciones normativas; y de otro lado, que PILOT realizó dichas maniobras con el único propósito de perjudicar a sus competidores, así como fortalecer su posición de dominio en el mercado.

El uso de la prueba de indicios.

Es evidente que, por lo general, las empresas, conscientes en muchos casos de la ilegalidad de sus conductas, suelen desarrollarlas de la manera que haga más difícil su detección. Por ello, la comprobación de la existencia de prácticas ilegales generalmente se producirá sobre la base de pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados en conjunto por la Administración Pública para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados.

Este caso es un ejemplo perfecto de ello. PILOT ha logrado desarrollar la práctica denunciada sin dejar huellas de su infracción. Mal haría la administración si se liberara de responsabilidad a PILOT con el simple argumento de que no dejó huellas, quedando el sistema de competencia en muy mal pie. Se estaría amparando precisamente lo que el infractor quiere lograr: evadir la aplicación estricta de la Ley. Afortunadamente el ordenamiento legal y procesal vigente da las herramientas suficientes para probar adecuadamente las prácticas desarrolladas.

Como se demostrará a continuación, en el caso materia de la presente denuncia, existen indicios suficientes que demuestran, sin duda alguna, la participación de PILOT en el desarrollo dichas prácticas, y por tanto, la responsabilidad de dicha empresa en el desarrollo de las mismas.

El uso de sucedáneos de los medios probatorios: indicios y presunciones.

A la luz de todo lo anterior, resulta oportuno entonces que nuestro sistema legal permita el empleo de los sucedáneos de los medios probatorios, esto es, auxilios establecidos por la ley o asumidos por el juzgador, para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos⁴⁴, que están regulados en el Código

⁴⁴ .- En el artículo 275 del Código Procesal Civil, en relación a la finalidad de los sucedáneos, se señala: "(...) Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos."

Procesal Civil y cuya aplicación es supletoria al procedimiento administrativo en virtud de la Primera Disposición Final de dicho Código⁴⁵.

En ese sentido, cabe agregar que son sucedáneos de los medios probatorios los indicios, las presunciones y las ficciones legales. Sin embargo, para efectos del análisis del presente caso, resulta sólo oportuno diferenciar los conceptos legales de indicios y presunciones, a fin de comprender también cómo éstos son elementos que se complementan entre sí. Así, de un lado, debemos mencionar que el indicio es un hecho material, y de otro lado, que la presunción es una forma determinada de razonar. Al respecto el jurista Devis Echandía señala:

“La presunción (...) es diferente del indicio, como la luz es de la lámpara que la produce. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez [en este caso la Administración Pública] las inferencias que le permiten presumir el hecho indicado, pero esto no significa que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de donde se obtiene la segunda, aquellos son los hechos y ésta el razonamiento conclusivo.”

“Es evidente que el indicio, como un hecho material, nada prueba, sin no se le vincula a una regla de experiencia, mediante la presunción de hombre que en ella se basa, para deducir de aquél un argumento lógico – crítico (...). Por lo tanto, la presunción judicial no se identifica con el indicio, sino es apenas la base del argumento de prueba que el juez encuentra en el segundo, mediante la operación lógica – crítica que la valora.”

“El indicio es la prueba y la presunción (...) la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla (...).”⁴⁶

⁴⁵ .- En la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil se señala: “(...) Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.”

⁴⁶ .- Devis Echandía, Hernando. “Teoría General de la Prueba Judicial”, Tomo II.” .P. 696, 611 y 613.

Los indicios pueden, en algunos casos, por sí solos, generar convicción plena sobre los hechos (indicio necesario), o en otros casos, contribuir a alcanzar este resultado conjuntamente con otras pruebas e indicios (indicio contingente).

“Se entiende por indicio necesario el que de manera infalible e inevitable demuestra la existencia o inexistencia del hecho investigado (...) con independencia de cualquier otra prueba.

(...) Los demás indicios serán contingentes y se basan, tomados cada uno por separado, en un cálculo de probabilidad y no en una relación lógica de certeza; pero varios de ellos (...) pueden otorgar ese pleno convencimiento.”⁴⁷

Solamente una vez que haya sido probada la existencia del indicio, la autoridad encargada de resolver podrá utilizar el razonamiento lógico para derivar del indicio o de un conjunto de ellos la certeza de la ocurrencia de lo que es objeto del procedimiento (esto es, el hecho indicado).

Puntualmente, en lo que concierne al ámbito específico de las prácticas contrarias a la libre competencia, los indicios y presunciones resultan ser una herramienta de mucha importancia. Ello es así, como bien lo hemos dicho con anterioridad, toda vez que, obviamente, las empresas que deciden actuar ilegalmente, no suelen dejar huellas muy claras.

Por ello, en el presente caso, no resulta extraño que PILOT no haya suscrito documento que acredite directamente que promovió o impulsó - por medios lícitos o ilícitos- el establecimiento a nivel normativo de barreras de acceso o la limitación a la capacidad operativa de otras empresas, con el objeto de perjudicar a su competencia.

⁴⁷ Ibidem.P. 627.

Cabe precisar que, indudablemente, la prueba indiciaria tiene el mismo mérito que cualquier medio probatorio. Incluso mediante el uso de la prueba indiciaria se podría desvirtuar el valor probatorio de pruebas directas. Tan es así que en el proceso penal, en el que se encuentran en juego valores tan importantes como la libertad de las personas, y en donde los principios garantistas tienen especial valor, las pruebas para condenar a los ciudadanos suelen ser pruebas indiciarias.



Indudablemente, el razonamiento de la teoría de los indicios descrita, efectivamente ha sido utilizada en numerosos casos relacionadas con malas prácticas empresariales como la que nos ocupa en el presente procedimiento.

En efecto, en el proceso investigador sobre la concertación de precios, pesos y volumen de ventas en el mercado de pollo vivo de Lima y Callao, recaído en el expediente administrativo N° 029-96-CLC, el INDECOPI, para emitir una resolución final con relación a las conductas que se les imputaba a las diferentes empresas implicadas (que por cierto concluyó con una sanción ejemplar para los responsables), utilizó como marco conceptual la teoría de los indicios descrita.

Puntualmente, en el mencionado proceso se les imputaba a las empresas y entidades investigadas, haber acordado implementar distintas prácticas destinadas a restringir la competencia en el sector avícola durante el período comprendido entre mayo de 1995 y julio de 1996. Sin embargo, dado que las empresas involucradas estratégicamente no dejaron pruebas directas de los acuerdos ilegales que habrían tomado (es decir, no firmaron documento o contrato alguno para concertar), en el mencionado proceso de investigación se dio especial peso al análisis de indicios.

Así, en dicho proceso, se dio mucha importancia al análisis de los contactos que habrían habido entre las supuestas empresas concertadoras, como



también a los comportamientos que tuvieron las mismas (en cuanto a los precios y volumen de la oferta de los pollos que manejaron) en el lapso de tiempo en el cual se les imputó haber tenido comportamientos anticompetitivos. En esa línea, la teoría de indicios ha sido utilizada en reiteradas oportunidades en la jurisprudencia que sobre libre competencia ha dictado el INDECOPI.

Los indicios existentes en el presente caso.

En el caso materia del presente proceso, debemos señalar que existen indicios suficientes que permiten demostrar la participación de PILOT y de sus dirigentes en el establecimiento de barreras institucionales de acceso al mercado que limitan el traslado de prácticos de otros puertos al Terminal Portuario del Callao, así como el establecimiento de restricciones a la capacidad operativa de las empresas de practicaje, las mismas que, por tanto, prueban adicionalmente su responsabilidad en las infracciones materia de la presente denuncia.

Los indicios existentes al ser analizados de forma conjunta, no pueden dejar de llevarnos a concluir que PILOT es responsable por la utilización indebida de los procedimientos regulatorios con el objeto de obstruir el desarrollo de competencia en el mercado de practicaje en el Terminal Portuario del Callao.

Primer Indicio: intención manifiesta

Un primer indicio, es la referencia hecha por un importante directivo de PILOT (Luis Loyola Soto) en una comunicación recogida por la Secretaria Técnica en la inspección realizada en el local de dicha empresa y que ha sido mencionado en el Informe 002-2001-CLC/INDECOPI.

En dicha comunicación se menciona expresamente la vinculación de la empresa con la Autoridad Marítima -encargada de la elaboración de las

propuestas normativas o, directamente, de la aprobación de las mismas—, sino además se señala claramente el propósito de la misma: el establecimiento de medidas o la adopción de acciones por parte de la Autoridad Marítima destinadas a evitar el ingreso de nuevos prácticos al Terminal Portuario del Callao.



En efecto, en dicha comunicación, fechada el 29 de enero de 2001, se menciona lo siguiente:

“Los agentes Marítimos están tratando de entrenar pilotos retirados, para usarlos en sus agencias. Nosotros estamos en contacto con la autoridad marítima, y tratamos de que ellos cierren la admisión de nuevos prácticos”⁴⁸.

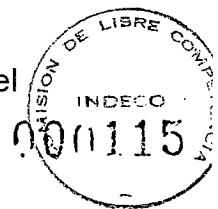
Siendo que, como se ha visto anteriormente, las modificaciones introducidas mediante la Resolución Directoral N° 347-2001/DCG han tenido como efecto el impedir o dificultar el acceso al mercado de nuevos prácticos, ello o resulta una feliz coincidencia o constituye el feliz resultado de las acciones desarrolladas por PILOT y sus dirigentes con el objeto de perjudicar el desarrollo de la competencia en el mercado de práctica en el Terminal Portuario del Callao.

Segundo Indicio: el motivo y el beneficio.

En segundo lugar, indudablemente, dado el número de prácticos agrupados en PILOT, es esta empresa la que se beneficia de manera clara y directa de las modificaciones normativas antes referidas. Asimismo, resulta evidente que son las empresas competidoras de PILOT las que, al integrar un menor número de prácticos, son las que se perjudican directamente con las modificaciones introducidas en la regulación de la actividad antes referida. La situación de PILOT y de sus integrantes es análoga a quien tenía motivos para matar a la

⁴⁸.- Comunicación del práctico de PILOT Luis Loyola Soto dirigida al Secretario General de la International Maritime PILOT Association, Nick Cutmore, de fecha 29 de enero de 2001. Tomado del Informe 002-2001-CLC/INDECOPI.

víctima por que “heredaría una cuantiosa herencia” o “se quedaría con todo el negocio”.



Tercer Indicio: las circunstancias en las que se producen los cambios normativos

En tercer lugar, las modificaciones a la regulación de la actividad de practica se producen luego de una serie de circunstancias que de alguna manera debilitaban el poder de mercado de PILOT. En efecto, las modificaciones se producen luego de la salida de PILOT de varios prácticos quienes se integran a otras empresas administradoras de servicios de practica, y en circunstancias en que algunos prácticos habían solicitado su rehabilitación como prácticos o su traslado desde otros puertos al Terminal Portuario del Callao con el objetivo de incorporarse a las referidas empresas.

Los cambios establecidos en la regulación de la actividad por la Resolución Directoral N° 347-2001/DCG sorprendentemente limitan el traslado o reincorporación de prácticos, así como imponen límites a la capacidad operativa de las empresas con un reducido número de prácticos, reforzándose de esta manera la posición de dominio de PILOT.

Nuevamente, o se trata de una feliz (o más bien triste) coincidencia o estamos frente al feliz resultado de las 'gestiones' realizadas por PILOT, sus dirigentes o accionistas con el objeto de cerrar el mercado y obstruir el desarrollo de su competencia.

Cuarto indicio: las demás conductas denunciadas.

La utilización indebida de los procedimientos regulatorios por parte de PILOT, sus directivos o accionistas es una mas de las prácticas o conductas desarrolladas por dicha empresa con el objeto de aumentar su poder de

mercado eliminando del mismo o por lo menos perjudicando a uno o varios de sus competidores. Dicho de otra manera, es una práctica que se desarrolla como parte de una estrategia predatoria integral. Siendo que los demás prácticas denunciadas se encuentran acreditadas con pruebas directas, entendemos que no sería necesario aportar pruebas directas de esta última bastando para ella la presencia de ciertos indicios.



En efecto, es como si para lograr sus fines un criminal hubiese tenido que asesinar a cuatro personas. En el caso de tres de ellas el crimen esta plenamente acreditado. En el cuarto hay indicios de que lo hizo, pero el resto de los crímenes apunta en el sentido de confirmar que también cometió el cuarto. Ello da consistencia a toda la conducta entendida como estrategia integral.

La evaluación en conjunto de los indicios existentes.

La teoría de indicios ordena que los mismos sean apreciados en conjunto y no por separado. El valor probatorio de los indicios hace que unos se refuercen en los otros y por tanto su evaluación no puede ser independiente.

En virtud de la aplicación de la teoría de los indicios, no se puede dejar de concluir que PILOT utilizó indebidamente los procedimientos regulatorios como parte de una estrategia predatoria destinada a incrementar su poder de mercado e impidiendo las actividades de sus competidores. En efecto, de la lectura y comprensión de los indicios a los que hemos hecho referencia y probado en el presente escrito, resulta imposible llegar a una conclusión distinta.

En efecto, si bien en principio resulta posible argumentar que las modificaciones a la regulación de la actividad de practicaje introducidas en junio de 2001 —en especial, las establecidas mediante la Resolución Directoral 347-2001/DCG—, pueden haber sido introducidas a instancias de otras

empresas administradoras de servicios de practicaje, dicha afirmación no resiste el mayor análisis toda vez que ellas son las que directamente resultan perjudicadas con la dación de dichos dispositivos.



Por otro lado, se podría argumentar que, siendo que la generación de perjuicios y beneficios resulta consustancial a la actividad regulatoria en general, del otorgamiento de determinados beneficios a una empresa en particular a consecuencia de una modificación regulatoria, no puede derivarse necesariamente la existencia de una actividad desarrollada por dicha empresa destinada a alcanzar dichos beneficios. No obstante ello, tomando en cuenta las evidencias existentes respecto a la intención de PILOT de alcanzar los resultados establecidos en las normas, así como el conjunto de circunstancias que han rodeado su aprobación, la hipótesis de un supuesto 'beneficio inocente' debe ser descartada.

Así PILOT señaló por escrito que iba a influir, tenía un motivo para hacerlo, y la decisión que prendió influir, efectivamente se produjo en el sentido pretendido. Deducir quien lo hizo es relativamente sencillo.

En conclusión, ha quedado acreditado que los cambios normativos ocurridos en junio de 2001 (en especial, los introducidos a través de la Resolución Directoral 347-2001-DCG), tuvieron como efecto el cerrar el mercado al ingreso de nuevos prácticos (sea por traslado o rehabilitación de licencia), y limitar la capacidad operativa de las empresas de practicaje.

Del análisis integral y lógico de los indicios antes mencionados, se debe arribar a la conclusión que PILOT, sus directivos o accionistas son los promotores del establecimiento de dichas barreras de acceso, así como de las limitaciones a la capacidad operativa de las otras empresas administradoras de los servicios de practicaje que operaban en el Terminal Portuario del Callao.

- **De la ilegalidad de las prácticas realizadas por PILOT y sus dirigentes.**

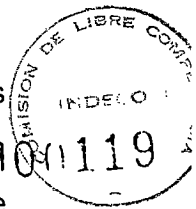


Ahora bien, es posible que se argumente que, aun cuando este probado que PILOT o sus directivos fueron los promotores directos de los procedimientos judiciales y/o administrativos iniciados en contra de los prácticos que abandonaran PILOT y se integraron a otras empresas, o de las modificaciones introducidas por la Resolución Directoral 347-2001/DCG en el marco regulatorio de la actividad de practica; y aún cuando, adicionalmente, se encuentre probado que dichas acciones fueron iniciadas con el deliberado propósito de obstruir o entorpecer el desarrollo de la competencia en el mercado, de ello no se derivaría la ilegalidad de dichas prácticas.

En efecto, podría sostenerse que no existe en principio ninguna razón para considerar ilegal la formulación de solicitudes a una autoridad de gobierno que busque el establecimiento o modificación de determinada regulación o la sanción de determinada 'inconducta', en beneficio de quien lo solicite. Podría sostenerse adicionalmente que, en cualquier caso, para declarar la ilegalidad de dicha practica, se requeriría probar el ejercicio -en este caso, por parte de PILOT o de sus dirigentes- de una influencia indebida o impropia sobre las autoridades responsables de la elaboración y aprobación de los dispositivos o resoluciones respectivas.

Sobre el particular debemos señalar que, en primer lugar, no constituye un requisito para consider prohibida la práctica, la irregularidad del procedimiento de que se trate. Como se ha señalado anteriormente, si bien la prueba de la influencia indebida sobre la autoridad responsable facilita la calificación de la conducta como una conducta prohibida en los términos del Decreto Legislativo 701, de ello no se deduce que éste sea un elemento indispensable para la configuración de la infracción. No obstante, lo anterior la Secretaría Técnica durante el proceso a que dará lugar esta denuncia, deberá descartar la

existencia de una vinculación entre PILOT, la ASPEPRAMA y/o algunos de sus directivos con algún miembro o miembros de la Autoridad a cargo de la elaboración o aprobación del dispositivo o de las resoluciones respectivas, que podría haberse generado a través de mecanismos informales. Cabe destacar que hechos de esta naturaleza fueron puestos en conocimiento de la Autoridad Marítima (Anexo 1-CN) .



En segundo lugar, si bien es cierto que en una sociedad democrática existe el derecho de cualquier ciudadano de formular peticiones a las autoridades gubernamentales con el objeto de obtener o alcanzar algún beneficio con la regulación que ellos aprueben, de ello no se deriva el derecho de las empresas de formular peticiones cuyo único propósito sea el perjudicar a su competencia. Así, este supuesto se constituye como uno de los casos en los que se puede hablar de abuso del derecho de petición, tal como señala Vega-Penichet López:

“Si el ejercicio de una acción judicial sin ‘iusta causa litigantis’ puede constituir, en general, un abuso contrario a derecho es lógico pensar que cuando tal acción se realice por una empresa con posición de dominio y produzca efectos anticompetitivos en el mercado español, tal actuación podrá constituir un abuso de posición dominante contrario al artículo 6 de la Ley 16/89.”⁴⁹

En la misma línea de razonamiento, Álvarez Carreño explica por qué sancionar a una empresa que usa estas estrategias no vulnera ningún derecho constitucional:

“(…) en el caso que el ejercicio del derecho de petición no represente un genuino ejercicio de derechos para la participación política de los ciudadanos en el sentido de no aspirar a conseguir de los poderes públicos la reparación de un agravio del peticionario, sino que, por el contrario, el ejercicio del derecho constitucional

⁴⁹ Vega-Penichet Lopez, Luis. “Ejercicio abusivo de acciones judiciales. Un posible abuso de posición dominante”. En Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. P. 29.



supone una mera excusa para infringir daños a un competidor en el mercado, en ese caso, entrará en juego la excepción por fraude. En definitiva, no estaríamos en presencia del ejercicio de ningún derecho constitucional sino en presencia de una actividad contraria al principio de libre competencia sancionado por la legislación antitrust.⁵⁰

Como ya hemos señalado, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales y extranjeras condenan abiertamente el abuso del derecho de petición y lo sancionan como una práctica contraria a la libre competencia, práctica que se enmarca dentro del inciso d) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, al ser sus efectos análogos a los que se encuentran en los demás supuestos tipificados en el mismo artículo. Así no puede confundirse el ejercicio del derecho de petición con el abuso de tal derecho. En ese sentido, la frontera es clara, tal como señala Santiago M. Álvarez Carreño:

“La frontera entre la litigación protegida y la que no lo está se cruza, en definitiva, cuando la finalidad del particular no es ganar un juicio favorable frente a un competidor sino dañarle e impedir a otros, con la propia utilización de procedimientos judiciales o administrativos, con independencia del resultado de los mismos, la posibilidad de utilizarlos”⁵¹

Y complementando esto el mismo autor señala:

“En este sentido, cuando los particulares se hayan implicado en actividades notoriamente corruptas, tales como sobornos o falsedades, o cuando hayan utilizado los procedimientos legales con el objeto de dañar a sus víctimas, sus competidores económicos, y no para conseguir la reparación o resolución que el procedimiento invocado podría ofrecerles, se verán desprovistos de la protección que el ejercicio del derecho de petición ofrece (“sham exception”)” (el subrayado es nuestro)⁵²

⁵⁰ Álvarez Carreño, Santiago M. “El Derecho de Petición. Estudio de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense.” Granada, 1999. P. 358-359.

⁵¹ Álvarez Carreño, op cit. P. 362.

⁵² Álvarez, op cit. P. 346.

La cita no puede ser más clara y pertinente. Es claro que la intención de las acciones planteadas es afectar a sus competidores y no realmente obtener los fines para los cuales las acciones están contempladas en nuestro ordenamiento.

Es importante destacar que no cuestionamos la potestad del Poder Judicial o de otras autoridades administrativas para ejercer sus facultades. La infracción no es de ello, pues no tienen más remedio que responder al peticionante. La infracción se vincula con el ejercicio de la iniciativa de manera indebida y fraudulenta por los denunciados, con el solo fin de perjudicarnos.

De todo lo anterior se puede concluir que PILOT y sus dirigentes desarrollaron prácticas predatorias mediante la utilización indebida de procedimientos gubernamentales, las mismas que se encuentran sancionadas por el inciso f) del artículo 5 y 3 del Decreto Legislativo 701.

VIII.4 DE LA NEGATIVA INJUSTIFICADA DE TRATO COMO PRÁCTICA ABUSIVA Y SU APLICACIÓN AL PRESENTE CASO.

- De la negativa de trato de trato como un caso de abuso de posición de dominio.

Las 'negativas a contratar' consisten en el rechazo de una parte a contratar con la otra. Cuando la parte de la relación que se niega a contratar posee una posición de dominio en un mercado determinado, resulta posible que se generen consecuencias negativas en la competencia.

Se ha señalado que las negativas pueden generar un efecto anticompetitivo:

- a) Cuando el monopolista se niega a satisfacer la demanda de una empresa que hace negocios con un competidor actual o potencial del monopolista.
- b) Cuando la negativa de negociación constituye el esfuerzo de un monopolista para integrarse verticalmente con el propósito o efecto de monopolizar el mercado.



En tales circunstancias la negativa responde claramente a un propósito anticompetitivo: la monopolización del mercado, a través de la exclusión del mercado de las empresas en competencia.

Hovenkamp es aún más preciso, siendo su análisis aplicable a toda práctica o conjunto de ellas que pueda ser tipificada como un intento de monopolización:

“El demandante debe mostrar que el demandado es un monopolista y que la negativa a contratar es una práctica anticompetitiva excluyente. En esa línea, el demandante puede intentar su reclamo si puede demostrar: a) la intención específica del demandado de adquirir un monopolio; b) que la negativa a contratar es un acto anticompetitivo diseñado para poner en práctica la estrategia; y c) una probabilidad peligrosa de que la estrategia podría crear un monopolio si se dejara que se ejecute.”⁵³

Los requisitos se cumplen perfectamente en este caso:

a. Intención de adquirir un monopolio.

Ello se deriva inequívocamente de informe preparado por el práctico Arnulfo Gómez Ríos y que cita la opinión del mexicano Víctor Martínez y que claramente establece que la intención es

⁵³ - “The plaintiff must show that the defendant is a monopolist and that the refusal to deal is an anticompetitive exclusionary practice. Failing that, the plaintiff can make out an attempt claim if it can show: a) the defendant’s specific intent to acquire a monopoly; b) that the refusal to deal is an anticompetitive act designed to carry out the scheme; and c) a dangerous probability that

precisamente restringir la competencia desarrollando un esquema que supuestamente confunda a la autoridad de competencia mediante la conformación de tres empresas, dos a ser usadas solo para no dar la apariencia de un monopolio.

b. Diseño del acto como uno dirigido a obtener el monopolio.

Las pruebas presentadas demuestran, más allá de toda duda, como se diseñó e implementó la estrategia.

c. Peligrosa posibilidad de éxito.

En este caso, como vimos, no sólo existe una peligrosa posibilidad de éxito de la práctica, sino que de los hechos ya obtuvo dicho éxito.

Por tal motivo, las negativas de trato suelen ser drásticamente sancionadas por las leyes de competencia, a menos que, la empresa con posición dominante demuestre que tiene una justificación para la negativa. De no existir una justificación válida, la negativa tendrá como consecuencia: la reducción de las posibilidades de elección del consumidor, la reducción de la cantidad y calidad del producto ofrecido, así como el incremento de los precios.

- **De la negativa injustificada de trato en la legislación y jurisprudencia nacionales.**

La negativa injustificada de contratar se encuentra tipificada expresamente como una infracción en el inciso a) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701, en el cual se señala: **"Son casos de abusos de posición de dominio: a) La negativa injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios."**

the scheme would have created a monopoly if it had been allowed to run its course." Hovenkamp, Herbert. Antitrust. Third Edition.



De acuerdo con dicho dispositivo, para que se configure una negativa injustificada de trato se requerirá que : a) la empresa que desarrolló la práctica tenga una posición de dominio; b) que se compruebe que la empresa denunciada se niega a contratar con la empresa denunciante; y c) que dicha negativa no se encuentre justificada por una razón comercial válida.

Sobre el particular, existe una reiterada jurisprudencia administrativa del INDECOPI que ha sancionado dicha práctica, en especial en aquellos casos en los que la empresa con posición de dominio participaba, directa o indirectamente, en el mercado respectivo. La negativa de dar servicios de practica es, como se vio en el caso Lorein Journal vs. United States citado líneas arriba, una estrategia para disciplinar a los clientes y así excluir a potenciales competidores.

En anteriores procedimientos, la Comisión ha emitido diversos pronunciamientos respecto a los alcances del inciso a) del artículo 5 del Decreto Legislativo N 701. Así, por ejemplo, en el procedimiento iniciado por la Empresa Industrial Comercial Holguín e Hijos S.A. contra la Empresa Nacional de Comercialización de la Coca (ENACO), en el cual ENACO se había negado a vender hoja de coca, la Comisión analizó la posición de dominio de dicha empresa y determinó que ENACO tenía el monopolio del acopio, la comercialización y la industrialización de la hoja de coca al ser el "organismo Funcional" encargado de adquirir y tomar posesión de la totalidad de la cosecha de hojas de coca en cumplimiento de Tratados Internacionales sobre la materia.

Asimismo, se comprobó que ENACO competía con Comercial Holguín en el mercado de comercialización de mate de coca y que se negaba a venderle la coca a dicha empresa, por lo cual ENACO podría tener la intención de excluir a su competidora del mercado y extender su monopolio a la comercialización de

coca al de comercialización de mate de coca. Por ello, la Comisión declaró fundada la denuncia, ya que la negativa no se encontraba justificada por una razón válida⁵⁴.



De otro lado, respecto de la denuncia presentada por Roberto Bergerman Acosta y Walter Barboza Mendoza contra la Asociación de Productores Agrícolas del Mercado de Santa Anita, la Comisión determinó que se había negado injustificadamente el acceso al mercado de Santa Anita al producto Arroz Super Extra Molino del Rey comercializado por los denunciantes.

Para ello, comprobó que el mercado de Santa Anita contaba con posición de dominio puesto que a través del él se comercializaba el 50% de la producción nacional y que, además contaba con capacidad amplia de recepción, abastecía a ciudades de provincia y ofrecía servicios complementarios, como seguridad y agencias bancarias que otros mercados no ofrecían. Posteriormente, la Comisión tomó en cuenta que las negativas de ingreso al mercado de Santa Anita ocurrieron con posterioridad a la denuncia presentada ante la Oficina de Signos Distintivos del INDECOPI por uno de los denunciantes contra un miembro de la Asociación denunciada, debido al uso indebido de la marca Molino del Rey que era de propiedad del denunciante. Finalmente, señaló que la negativa restringía la competencia en el mercado de comercialización de arroz en tanto se limitaban las opciones de los consumidores y se excluía a un competidor del mercado relevante⁵⁵.

- **De la negativa de PILOT de formar aspirantes a prácticos y de la obstrucción del proceso de entrenamiento.**

Como parte de la estrategia diseñada con el objeto de monopolizar el mercado de los servicios de practica en el Terminal Portuario del Callao, aprovechándose de las ventajas que le otorgaba su posición en el mercado,

⁵⁴.- Resolución N° 016-94-CLC, de fecha 24 de julio de 1994.

PILOT de manera consistente y reiterada no sólo se negó a entrenar a nuevos aspirantes sino que además realizó una serie de maniobras destinadas a entorpecer el proceso de entrenamiento de algunos de ellos.

Dada la regulación existente durante el período en que ocurrieron los hechos a que se refiere la denuncia, el ingreso de nuevos prácticos al Terminal Portuario del Callao, independientemente de cual sea su origen -reincorporación, traslado o simplemente 'nuevo ingreso'- requiere de la colaboración de las empresas administradoras de servicios de practica y de sus prácticos en actividad.

Siendo ello así, como se indicara anteriormente, existe el riesgo de que dichas empresas se nieguen directamente a entrenar a nuevos prácticos, o simplemente, desarrollen estrategias para entorpecer el proceso de entrenamiento de los mismos, en tanto que éstos sean percibidos como una amenaza para la posición de la empresa en el mercado.

Es el caso que PILOT, sin ninguna justificación válida, no sólo se ha negado reiteradamente a formar a nuevos prácticos, sino que ha desarrollado una serie de maniobras destinadas a obstruir la participación como observadores, en maniobras efectuadas por sus prácticos, de prácticos que se encontraban cumpliendo con los requisitos necesarios para la rehabilitación de sus licencia o para su traslado al Terminal Portuario del Callao. Todo ello con el único propósito de reforzar su posición de dominio en el mercado.

Para el logro de dicho objetivo, PILOT desarrolló diversas conductas. En primer lugar, simplemente se negó a prestar servicios de entrenamiento para nuevos prácticos a las empresas que se lo requirieron.

⁵⁵ .- Resolución N° 002-99-CLC, de fecha 19 de marzo de 1999.



La prueba de dicha negativa es la comunicación del 26 de marzo de 2001, que PILOT dirigiera a uno de nuestros asociados (Cosmos Agencia Marítima SAC) mediante la cual se le informa no poder atender a su requerimiento de entrenamiento del candidato a Práctico de Tercera Eduardo Lozada Frías.

En dicha comunicación -suscrita por su Gerente General Sr. Elisban Rodríguez- PILOT señala expresamente que: ***'por el momento no podemos entrenar prácticos que laboran en otras empresa'***. La justificación aparente de dicha negativa es un supuesto proceso de reentrenamiento del personal de PILOT que culminaría en un plazo de **27 meses!!**.

Como fácilmente se puede apreciar, la justificación alegada por PILOT para negarse a entrenar a otros prácticos no resiste el mayor análisis. Aún en el supuesto negado de que efectivamente hubiere existido un proceso de reentrenamiento del personal de PILOT, ello no impedía la participación de aspirantes a prácticos como observadores de las maniobras realizadas por los prácticos de PILOT en el Terminal Portuario del Callao.

De otro lado, tampoco existe justificación objetiva alguna al período durante el cual aparentemente PILOT se vería impedida de realizar labores de entrenamiento: 27 meses para un proceso de reentrenamiento de Prácticos que ostentan una de las categorías más altas dentro del escalafón (Prácticos Marítimos de Primera), resulta a todas luces injustificado.

Una segunda estrategia desarrollada por PILOT fue negarse reiteradamente a la participación, como observadores en las maniobras realizadas por sus prácticos, de prácticos aspirantes que eran auspiciados por otras empresas. Cabe destacar que dichas negativas han sido acompañadas, en la mayoría de los casos, con amenazas de abandonar las naves y suspender las maniobras, con el consiguiente retraso en las operaciones, si se permitía la presencia de dichos aspirantes durante la maniobra.

Es así que entre marzo y abril de 2001, los prácticos de PILOT, señores: Mario Ángeles Lloyd, Pedro Gálvez Estremadoyro, Carlos Negrini, Raúl Zambrano Gonzáles, Eduardo Gómez Moncada, Carlos Mella y Manuel Rivadeneyra; impidieron la participación como observadores de los prácticos aspirantes, señores Víctor Flores Orrego y Luis Lozada Frías.

CUADRO DE NEGATIVA DE MANIOBRA DE ENTRENAMIENTO

FECHA DE LA NEGATIVA	FECHA DEL PROTESTO	PRACTICO DE PILOT INVOLUCRADO	PRACTICO AFECTADO	NAVE
26/03/2001	26/03/2001	Mario Ángeles Lloyd	Víctor Flores Orrego	M/N MAPLE
27/03/2001	27/03/2001	Pedro Gálvez E.	Víctor Flores Orrego	M/N SWITZERKAND
28/03/2001	28/03/2001		Víctor Flores Orrego	M/N CULUMBUS MEXICO
29/03/2001	30/03/2001	Carlos Negrini	Víctor Flores Orrego	M/N STOLT KENT
30/03/2001	30/03/2001	Raúl Zambrano Gonzáles Eduardo Gómez M.	Víctor Flores Orrego	M/N MARCOPOLLO
31/03/2001	02/04/2001	Capitán Carlos Mela	Víctor Flores Orrego	M/N CAP DOMINGO
04/04/2001	05/04/2001	Manuel Rivadeneyra	Eduardo Lozada	M/N ASUKA
21/04/2001	23/04/2001	Carlos Mella Montoya	Víctor Flores Orrego	M/N SENATOR

Los argumentos que fueron alegados en su oportunidad como justificación de la negativa, van desde una supuesta falta de coordinación con PILOT, hasta el desconocimiento de la autorización otorgada por la Autoridad Marítima para la participación como observador del aspirante en maniobras realizadas por prácticos habilitados.

El Sr. Pedro Gálvez Estremadoyro –nada menos que Presidente del Directorio de PILOT- al ser preguntado por las razones de su negativa a permitir la

presencia de aspirantes durante la realización de la maniobra a su cargo, explicó lo siguiente:



“(...) no podía acceder a tal pedido en razón que se encontraba capacitando a su propio personal y que dicha labor en todo caso tenía un costo, por tratarse de un servicio profesional. Acto seguido fue preguntado sobre dicho costo, siendo una respuesta en el sentido que ello dependía de cada práctico.”

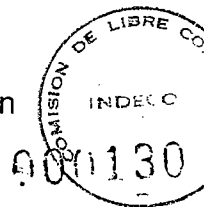
Dichos argumentos carecen de toda validez toda vez que, de un lado, existen comunicaciones cursadas a PILOT con anterioridad a la fecha de las maniobras respectivas mediante las cuales las empresas que patrocinaban a dichos prácticos informaron de la participación de los referidos aspirantes; y de otro lado, existen comunicaciones de la Autoridad Marítima dirigidas a PILOT en las que se le informa de la autorización otorgada a los aspirantes para participar como observadores en maniobras realizadas por otros prácticos.

La falta de justificación de las conductas desarrolladas por PILOT han quedado de manifiesto con la sanción impuesta por la Capitanía del Puerto del Callao a los señores Luis Carlos Mella y Manuel Rivadeneira Cockburn, mediante Resoluciones de Capitanía 040 y 041 del 20 de junio de 2001, por su negativa a permitir el entrenamiento de los aspirantes a prácticos, señores Víctor Flores Orrego y Luis Lozada Frías.

No cabe duda que los argumentos esgrimidos por PILOT y sus prácticos para justificar sus negativas reiteradas, son tan solo malos argumentos que tratan de ocultar el verdadero propósito de la medida. Este propósito es impedir el acceso al mercado de cualquier otro práctico, con el objeto de monopolizar el mercado de servicios de practicaaje en el Terminal Portuario del Callao.

Como prueba de ello nuevamente recurriremos al documento elaborado por un importante directivo de PILOT (Luis Loyola Soto) y que fuera recogido por la

Secretaría Técnica en la inspección realizada en el local de dicha empresa. En la referida comunicación se menciona lo siguiente:



“Los agentes Marítimos están tratando de entrenar pilotos retirados, para usarlos en sus agencias. Nosotros estamos en contacto con la autoridad marítima, y tratamos de que ellos cierren la admisión de nuevos prácticos”⁵⁶.

De la comunicación queda claro cual era el propósito de las medidas: obstruir el acceso de nuevos prácticos.

Este hecho queda corroborado con el contenido del fax que fuera remitido el 14 de mayo de 2001 por un ‘anónimo’ –suponemos que se trata del Sr. Victor Tirado Silva práctico de PILOT- al Sr. Petrozzi, quien meses antes había decidido abandonar PILOT e integrarse a otra empresa administradora de servicios de practicaje. **En dicha comunicación se “sugirió” al señor Petrozzi, en un tono amenazante, abstenerse de entrenar a cualquier aspirante a práctico. En efecto, en la mencionada comunicación se señaló:**

“Elisa y Jorge

Elisa (...) Creo que él no ha pensado en su familia, creo que se ha suicidado. Con este suicidio está efectuando entre Uds. (...)

(...) tu traición a nuestra empresa te pone en una situación muy difícil, creo que podrías terminar en la cárcel (...)

(...) eres una basura, porque nos hemos enterado que estás entrenando a Flores (...)

Regresa al grupo y nada pasó (...) estarás mejor (con nosotros).

⁵⁶.- Comunicación del practico de PILOT Luis Loyola Soto dirigida al Secretario General de la International Maritime PILOT Asosiation, Nick Cutmore, de fecha 29 de enero de 2001. Tomado del Informe N° 002-2001-CLC/INDECOPI.

(...) Esta es mi forma de actuar respecto a tu imbecilidad, no sé que puedan hacer o pensar los otros, encomiéndate al Señor (...).

(...) ya que te fuiste por lo menos cumple con tu palabra, que no preparas a nadie (...)

(...) que te prometo que el verdadero perdedor serás tu." (el resaltado es nuestro)

De todo lo anterior se puede concluir que PILOT y sus dirigentes se negaron reiteradamente a entrenar a nuevos aspirantes en el Terminal Portuario del Callao, con el objeto de reforzar su posición de dominio en el mercado. Dichas prácticas, se encuentran sancionadas por el inciso a) y f) del artículo 5, así como por el artículo 3 del Decreto Legislativo 701.

- **De la negativa de PILOT de brindar servicios a quienes contrataban con otros prácticos.**

Como parte de la estrategia diseñada con el objeto de monopolizar el mercado de los servicios de practica en el Terminal Portuario del Callao y aprovechándose de las ventajas que le otorgaba su posición en el mercado, PILOT, de manera consistente y reiterada, negó de manera injustificada la prestación de servicios de practica a diversas empresas que solicitaron los mismos.

A partir de junio de 2001, muchas fueron las negativas de PILOT para prestar servicios de practica, hecho del que se dejó constancia en la Capitanía del Puerto del Callao a instancias de las empresas afectadas.

FECHA DE LA NEGATIVA	AGENCIA MARITIMA AFECTADA	NAVE INVOLUCRADA	FECHA DE MANIOBRA
10/07/2001	TRAMARSA	NAVES PESQUERAS	--
04/09/2001	TRAMARSA	M/N NEDLLOYD ACAPULCO	03/09/2001
19/11/2001	TRAMARSA	M/N CSAV MANZANILLO	18/11/2001
10/12/2001	TRAMARSA	M/N TAMARUGAL	09/12/2001
26/12/2001	TRAMARSA	MN BARCELONA	--
26/12/2001	COSMOS	MN WILSON , y MN OCEAN HOPE II	26/12/2001
10/01/2002	TRAMARSA	MN LAJA	09/01/2002
14/02/2002	COSMOS	MV. APL CHILE	14/02/2002

Cabe destacar que las negativas de PILOT a prestar los servicios de practica, se producen en circunstancias en que no existe otra empresa con capacidad disponible para prestar los servicios de practica en el Terminal Portuario del Callao.

En efecto, dichas negativas se producen en circunstancias en que los prácticos de las empresas competidoras de PILOT han cumplido con el número máximo de maniobras permitidas en el día, o en circunstancias en que dichos prácticos se encontraban inhabilitados para prestar dichos servicios a consecuencia de medidas judiciales o administrativas promovidas a instancias de PILOT o de sus directivos: el 27 de setiembre el Tercer Juzgado Penal del Callao ordenó la suspensión de las actividades de practica de los señores Alejandro Chávez y

Jorge Petrozzi en el procedimiento penal seguido en sus contra; el 27 de diciembre, la Dirección General de Capitanías y Guardacostas mediante la Resolución Directoral N° 782-2001/DCG ordenó la recategorización del señor Werner Boggiano de Práctico de Primera a Práctico de Tercera, lo que prácticamente lo inhabilitaba para prestar servicios de practicaaje.



Desconocemos las razones por las que PILOT se negó a prestar los servicios de practicaaje. Pese a haber sido requerida por escrito –en algunos casos, incluso por vía notarial- y con la antelación necesaria para la prestación de los servicios, la única explicación recibida de manera telefónica fue un lacónico “lamentamos no poder prestar el servicio”.

La única comunicación recibida sobre dicho particular lleva fecha 10 de julio de 2001. En dicha comunicación PILOT informó a uno de nuestros asociados (TRAMARSA) que le requirió los servicios de practicaaje que: “(...) **PILOT STATION S.A. no tiene un acuerdo comercial con su representada para brindarles este servicio por lo que no podríamos atender su requerimiento.**”

Resulta evidente que dicho argumento carece de cualquier sustento. De lo que se trataba precisamente era el de establecer un acuerdo comercial; de haber existido éste, resulta obvio que no habría sido necesario solicitar la prestación de los servicios de practicaaje a PILOT.

Por otro lado, admitir el argumento de PILOT como una justificación válida de una negativa a contratar, implicaría aceptar que la prohibición contenida en el inciso a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, no resulta aplicable a aquellos casos en los que no pre-exista una relación comercial entre las partes. Dicha interpretación sería un despropósito, máxime si precisamente dicha práctica suele generar sus efectos más nocivos en tales circunstancias.

En realidad, la única explicación para el desarrollo de dichas practicas por parte de PILOT es el deseo de reforzar su posición de dominio en el mercado de los servicios de practicaje, forzando a las empresas que requerían de sus servicios, a adquirir compromisos comerciales no deseados, tales como el asegurar a dicha empresa una demanda diaria por dichos servicios. Con ello se excluye a otros potenciales competidores al "acaparar" la demanda existente por medio de esos acuerdos comerciales.

Asimismo, con dichas prácticas, al parecer PILOT buscaba atraer a los principales clientes de dicho mercado: al ser la única empresa administradora de los servicios de practicaje en capacidad para operar sin problemas pese a las restricciones introducidas en el marco regulatorio y ya que PILOT es la única empresa que puede garantizar a las empresas navieras o a sus representantes el cumplimiento puntual de sus itinerarios.

Como ya se indico la práctica encaja en esquemas como los del caso Lorein Journal vs. United States, en los que la política de negativa se dirige a castigar a quien contrató con otro y obligarla a establecer una relación comercial que excluya a sus competidores.

Finalmente, debe destacarse que la negativa a prestar los servicios por parte de PILOT ha ocasionado serias demoras en los itinerarios de las naves y en el de las operaciones portuarias, generando pérdidas económicas y comerciales tanto a las naves como a las agencias marítimas a cargo de las mismas. Adicionalmente, dicha práctica ha puesto en peligro la seguridad misma de las actividades en el Terminal Portuario del Callao.

De todo lo anterior se puede concluir que PILOT y sus dirigentes se negaron reiteradamente a brindar los servicios de practicaje en el Terminal Portuario del Callao, con el objeto forzar la salida de sus competidores (las otras empresas administradoras de los servicios de

practicaje), y de esta forma, monopolizar el mercado de los servicios de practicaje en dicho Terminal Marítimo. Dichas prácticas, sin duda alguna se encuentran sancionadas por el inciso a) y f) del artículo 5, así como por el artículo 3 del Decreto Legislativo 701.



VIII.5. CONCLUSION SOBRE EL ABUSO DE POSICION DE DOMINIO DE PILOT.

En conclusión, podemos afirmar que está claramente demostrado el desarrollo de una estrategia integrada por parte de PILOT, que configura diferentes infracciones a las normas de libre competencia. Se ha demostrado la existencia de un plan, una estrategia para implementarlo, una intención de hacerlo para afectar la competencia y, sobre todo, una ejecución implacable de los actos necesarios para llevarlo a cabo con singular éxito, y cuyo efecto ha sido una brutal restricción de la competencia en el mercado de servicios de practicaje en el Terminal Portuario del Callao.

IX. ANALISIS DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS COLUSORIAS DESARROLLADAS POR PILOT (LA PRETENSION SUBORDINADA)

- **De los alcances de la pretensión subordinada.**

Como se ha señalado al inicio de esta denuncia, hemos planteado como pretensión subordinada que se sancione a los prácticos que actualmente integran PILOT por prácticas colusorias en el supuesto que la Comisión estimará que no puede ampararse nuestra pretensión principal. Tal estructuración de nuestras pretensiones se fundamenta en el hecho que las investigaciones que se desarrollen podrían conducir a la conclusión de que PILOT es sólo una carta formal que oculta, tras de sí, un cartel de los prácticos.

De ser así, el infractor de las normas no sería esta "empresa fantasma" sino los prácticos que supuestamente la integran. Bajo esa hipótesis, para nada descabellada, PILOT se formó sólo para darle un cartel una apariencia de empresa de la que carece.



Ello se vincula a la forma de organización del trabajo, a como se factura, a la realidad o no de los servicios que brinda PILOT a los prácticos en ella integrados, etc.

Debe notarse que tal como se aprecia de los hechos, PILOT opera a su interior de una manera muy similar a un cartel. Desarrolla un plan para "concertar" condiciones de precios y condiciones. Crea mecanismos de *enforcement* de los acuerdos por medio de convenios con los integrantes, busca generar barreras al mercado legales y regulatorias que garanticen el éxito de los acuerdos.

Y sobre todo, no debemos olvidar que, en sus inicios, cuando PILOT es concebida, se señala expresamente que se conformaran tres empresas con la intención de evadir las normas antimonopolios (es decir una "careta").

Con ello intentan evadir la aplicación *per se* de algunas de las normas, donde el simple acuerdo implicaría sanción, por la aplicación de la regla de la razón aplicable a los casos de abuso de posición de dominio. A título de ejemplo, la negativa a contratar servicios o entrenar prácticos hubiera sido un caso de *boycott*, sancionable *per se* y sin discusión por las normas de libre competencia.

La jurisprudencia del INDECOPI da espacio para esta interpretación. En la Resolución del Tribunal de INDECOPI N° 206-97-TDC/Indecopi de fecha 13 de Agosto de 1997 la Sala de Defensa de la Competencia estableció un precedente de observancia obligatoria según las prácticas colusorias podían presentarse incluso cuando existiera alguna forma de integración entre

empresas. Así, al analizar el caso CIVA contra Transportes Mariscal Cáceres el Tribunal estableció que podía haber un acuerdo ilegal, al interior de una integración, si la participación en el mercado de las empresas integrantes permitieran dañar la competencia y los acuerdos tuvieran por objeto precisamente restringir la competencia. Si bien en el caso no existía una empresa de por medio, sino meramente un contrato entre las empresas emplazadas en el caso, cabe preguntarse si el mismo principio no sería aplicable al caso que se demostrara que la personalidad jurídica es solo una excusa para precisamente ocultar la intención de cartelizar el mercado.

Bajo este supuesto los hechos denunciados son los mismos descritos en el acápite VI de esta denuncia. Parte del fundamento conceptual es similar, pero cambia la tipificación de la infracción. Finalmente tanto la creación de una empresa monopolica como la creación de un cartel, tiene el mismo efecto en el mercado, es decir, tratar de limitar la competencia y con ello afectar a los consumidores.

En esta línea de razonamiento, lo que se estaría dando es:

- a. Una concertación entre los integrantes del cartel "disfrazado de empresa" para fijar precios y condiciones, lo que estaría prohibido por el inciso a) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701.
- b. Un reparto de mercados entre los integrantes que se reparten la demanda de servicios de practicaje existentes, prohibido por el inciso b) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701.
- c. La negativa concertada a prestar servicios y entrenar prácticos, prohibida por el inciso g) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701.
- d. La concertación para manipular e instrumentalizar procedimientos legales, gubernamentales y regulatorios con el fin de defender los acuerdos del cartel, usando como herramienta para el *enforcement* de la concertación la

firma de convenios de exclusividad por parte de los prácticos marítimos tipificada en el inciso j) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701.

Este esquema convertiría a PILOT sólo en un instrumento de ejecución de acuerdos y de fachada para intentar evadir, creemos que sin éxito por lo burdo de la estrategia, la aplicación de las normas de libre competencia. PILOT son los prácticos y los prácticos son PILOT.

Así, consideramos que, en el supuesto negado que se considere que no cabe la aplicación de sanciones por abuso de posición de dominio, puede considerarse que estamos frente a un cartel que ha desarrollado prácticas restrictivas colusorias de la libre competencia, sancionables al amparo del artículo 6 del Decreto Legislativo 701.

X. DE LA GRAVEDAD DE LAS INFRACCIONES COMETIDAS Y DE LA SANCION APLICABLE

Habiéndose determinado que las infracciones cometidas por PILOT constituyen las infracciones a las normas de libre competencia contenidas en el Decreto Legislativo 701, y tomando en consideración que las sanciones que la referida norma de competencia contempla para dichas infracciones significan el 10% de las ventas o ingresos brutos del año anterior a aquel en el que se impone la sanción, corresponde graduar la referida sanción, para lo cual, habrá que seguir los siguientes pasos:

- a. Calificar los actos realizados como muy graves, lo cual implica automáticamente imponer una multa que supere las 1,000 UITs a PILOT y llegue a 1000 UITs para cada uno de los directivos y representantes participantes.

- b. Hecha tal calificación, corresponderá determinar el monto a imponerse, es decir, la cifra específica entre 1,000 UITs y el 10% de las ventas, que corresponde imponer.

Los criterios de graduación están contemplados en el ya citado artículo 23 del Decreto Legislativo 701, y son los siguientes:

- a) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.
- b) La dimensión del mercado afectado.
- c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.
- d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.
- e) La duración de la restricción de la competencia.
- f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

A estos criterios cabe añadir aquellos que se derivan de la naturaleza del concurso real de infracciones, muy especialmente, aquel que señala que a pesar que se debe usar la sanción más grave, debe considerarse la existencia de otras infracciones al momento de procederse a efectuar la graduación correspondiente.

Dependiendo del análisis efectuado, se determinará si la infracción es leve, grave o muy grave, y dentro del nivel de gravedad que se determine, se establecerá cuál es el nivel de multa que corresponderá aplicar.

En el presente caso, sin lugar a dudas nos encontramos ante una infracción muy grave, toda vez que la conducta de PILOT atenta directamente contra los intereses del Estado de lograr la efectiva competencia en el ámbito del mercado de los servicios de practicaje marítimo en el Terminal Portuario del Callao, de los competidores de desarrollar su actividad libre de este tipo de conductas

(otras empresas operadoras portuarias), de los propios prácticos marítimos que prestan sus servicios de practica en o para las referidas empresas, y muy especialmente de los usuarios de los servicios de practica que ven restringidas sus opciones y se ven afectados directamente por el desarrollo de las prácticas reseñadas, interés que se expresa no sólo en el Decreto Legislativo 701 sino en la Constitución Peruana vigente⁵⁷.

En el caso concreto, la sanción a aplicar debe ser la más alta, por los motivos que pasamos a exponer:

Modalidad y alcance de la restricción de la competencia.

Como ya hemos descrito, las conductas desarrolladas por PILOT en el ámbito del mercado de la prestación de los servicios de practica en el Terminal Portuario del Callao, se enmarcan, de un lado, dentro de lo que se conoce como prácticas predatorias, es decir como prácticas que tienen por función sacar o limitar la capacidad de competir de otras empresas; y de otro lado, dentro de aquellas prácticas que significan directamente el abuso de la posición de dominio en el mercado a través de la negativa a contratar.

En este caso, además, **se trata de prácticas intencionales, que integran una única estrategia anticompetitiva** y con conductas realmente serias como: (i) el establecimiento de convenios de exclusiva y limitaciones de contratar sin otra intención distinta a limitar la competencia en el mercado elevando los costos de acceso a potenciales entrantes; (ii) la utilización de procedimientos administrativos y judiciales con el objeto de obstaculizar las actividades de otras empresas administradoras de los servicios de practica; (iii) la utilización indebida de procedimientos regulatorios con el objeto de incrementar las barreras legales de acceso al desarrollo de la actividad de practica y los

⁵⁷ El artículo 61 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece: "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."

costos de otras empresas administradoras de los servicios de practica; (iv) la negativa injustificada para la prestación de los servicios de practica marítimo a empresas operadoras portuarias, con el deliberado propósito de forzar a dichas empresas a aceptar las exigencias comerciales de PILOT; (v) y la negativa injustificada e ilegal a participar en el proceso de formación de nuevos prácticos, con el único objeto de obstaculizar las actividades de otras empresas administradoras de los servicios de practica marítimo y, en general, restringir el acceso de nuevos prácticos al mercado.



Finalmente, un hecho que incrementa la gravedad de las infracciones cometidas por PILOT son los mecanismos a través de los cuales ha sido implementada la estrategia predatoria. En efecto, las infracciones cometidas por PILOT no sólo se han desarrollado **mediante la utilización indebida de procedimientos gubernamentales, sino que inclusive se ha recurrido al uso de métodos y estrategias ilegales.**

En efecto, existen pruebas que demostrarían que para el logro de sus objetivos, PILOT no dudo en recurrir a métodos ilegales, tales como el envío de anónimos amenazantes al domicilio personal de algunos prácticos, entre otros. Estos hechos no sólo motivaron la oposición incluso de algunos prácticos que permanecieron en PILOT –mediante comunicación dirigida a PILOT de fecha 26 de abril el señor Gino Bettochi, refiriéndose a la renuncia presentada por Alejandro Chávez, señaló que: **“no apoya ni menos aprueba ninguna acción que emprenda PILOT STATION S.A. o algunos Asociados en su contra, que no se ajuste al marco de la ley.”** (Ver Anexo 1-L), sino que incluso dieron lugar a la solicitud de garantías personales por parte de los afectados (Ver Anexo 1-M).

Finalmente, cabe destacar como un elemento que incrementa la gravedad de la infracción cometida, **la utilización ilegal de la fachada y legitimidad de una**

asociación civil sin fines de lucro -ASPEPRAMA-, para el desarrollo de algunas de las prácticas materia de la presente denuncia.



La dimensión del mercado afectado.

El mercado afectado es, en primer lugar, el de los servicios de practicaje en el Terminal Portuario del Callao.

Dicho terminal, por su localización respecto a los principales mercados de exportación e importación (el 30% de la población nacional y el 45% del PBI se localiza en el eje Lima-Callao), se constituye como el puerto dominante del sistema portuario marítimo nacional, máxime si no enfrenta competencia directa actual con puertos vecinos, llegando a concentrar inclusive, en promedio, el 73% del TRB de las naves, el 70% de la carga total y el 86% de tráfico de contenedores.

Dadas las características de las operaciones realizadas en el Terminal Portuario del Callao, resulta posible concluir que la dimensión del mercado afectado por las prácticas desarrolladas por PILOT trasciende no sólo al Terminal Portuario del Callao y a los servicios de practicaje, sino que sus consecuencias han terminado por afectar indirectamente al intercambio comercial efectuado a través de dicho terminal.

La cuota de mercado de la empresa correspondiente.

Las prácticas han sido desarrolladas por quien ostenta una clara posición de dominio en el mercado, al contar con la mayor cantidad de prácticos habilitados para actuar en el Terminal Portuario del Callao.



El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.

Las conductas desarrolladas por PILOT han tenido el deliberado propósito de forzar a través de métodos ilegales la salida del mercado de las empresas de la competencia. Dichas conductas han impedido que dichas empresas presten normalmente sus servicios de practicaje a terceros.

Un hecho que incrementa notablemente la gravedad de las infracciones cometidas por PILOT, es que se han desarrollado en un mercado con ya serias limitaciones a la competencia. En efecto, como se ha visto anteriormente, la actividad de practicaje es una actividad con importantes barreras institucionales de acceso. En tal sentido, los actos o conductas desarrolladas por PILOT en dicho mercado con el propósito de frenar u obstaculizar el desarrollo de la competencia, han tenido un efecto anticompetitivo mayor, máxime si el efecto de las mismas precisamente ha sido reducir la competencia en un mercado en donde de por sí los espacios para la competencia son reducidos.

La duración de la restricción de la competencia.

Como se ha mostrado, los actos materia de nuestra denuncia se vienen llevando a cabo de manera sistemática y continúan desde hace más de un (1) año.

La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

No obstante que PILOT conocía perfectamente que sus conductas constituían conductas contrarias a la libre competencia -máxime si sus propios integrantes reconocieran ello en sus propias comunicaciones internas que obran en el INDECOPI-, han llevado a cabo de manera sistemática, reiterados actos

anticompetitivos, los mismos que han sido descritos con detalle y cuidado en el presente escrito.



Por otro lado, cabe destacar la tozudez manifiesta de PILOT y de sus miembros en relación al cumplimiento de las leyes de competencia. En efecto, resulta paradójico que las prácticas anticompetitivas materia de la presente denuncia se produzcan en circunstancias en las que PILOT viene siendo procesado por otras prácticas restrictivas a la competencia. Este hecho revela no sólo la falta de seriedad con la que dicha empresa viene asumiendo sus obligaciones en relación a las normas de competencia, sino además pone de manifiesto una total falta de respeto a la autoridad de competencia misma.

La existencia de una estrategia que involucra una serie de actos e infracciones estructuradas para preñar la competencia en el mercado y para abusar de la posición de dominio adquirida.

Si bien esta característica podría ser analizada bajo el rubro de modalidad y alcance de la restricción, es importante reiterar lo importante que es considerar la existencia de numerosas infracciones para, sin superar el límite legal establecido para la infracción más grave, se ponga un monto de multa adecuado y ejemplificador.

Es difícil imaginar un conjunto de actos estructurados con tal intencionalidad para lograr el fin que se persigue: crear, reforzar y luego defender un monopolio a través de mecanismos anticompetitivos diversos tales como negativas injustificadas a prestar servicios y a entrenar nuevos prácticos, con la expectativa monopolista de imponer sus condiciones comerciales en el mercado. Este solo hecho es suficiente para colocar las sanciones más altas contempladas en la legislación.

Así, el dolo con el que se ha actuado, que merecerá a nuestro criterio el inicio de acciones penales contra las personas naturales que han desarrollado las conductas, está demostrado con la elaboración de un plan, documentado hasta por escrito, respecto de los actos y estrategias a seguir para destruir la competencia en este mercado. Dicha intencionalidad merece una sanción ejemplar.



Los criterios expuestos son igualmente aplicables a los representantes y directivos de PILOT que hayan participado en las prácticas. Así, según el artículo 2 del Decreto Legislativo 701 se aplica también a estas personas, las que pueden ser sancionadas a título personal hasta con 100 UITs cada una. Finalmente ellos han sido la voluntad tras los actos y por tanto merecen ser sancionados de manera ejemplar con la máxima sanción posible.

Finalmente, de ampararse nuestra pretensión subordinada la sanción más alta contemplada en la legislación debe aplicarse a las personas naturales que integran PILOT, por prácticas colusorias, es decir el 10% de los ingresos que cada uno de los prácticos ha recibido por el periodo anual anterior. Ello por que en ese caso son ellos y ya no PILOT, los infractores directos de la norma, esta vez en la modalidad de prácticas restrictivas. Así en este caso no responden como representantes o directivos del infractor, sino como las personas que han violado la Ley.

M
A
H

XI. DENUNCIA PENAL CONTRA LOS RESPONSABLES.

El artículo 19 del Decreto Legislativo 701 claramente establece que la Comisión, si encontrara que ha existido dolo en la infracción a las normas de libre competencia, en particular al inciso a) del artículo 5 y a los incisos a), b), f) y g) del artículo 6 (supuestos que están contenidos en los términos de la presente denuncia), procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Provincial.

S

La premeditación, cuidadoso planeamiento, y precisa ejecución de las prácticas por parte de los denunciados no deja duda alguna sobre el dolo en su actuación. Como se decía, se ha encontrado el "plano del robo del banco", se ha determinado la forma como se ejecutó y tenemos "fotos" precisas y documentadas de los denunciados cometiendo la infracción. ¿Cómo se puede planear cuidadosamente algo ilegal, decir que debe ejecutarse de tal o cual manera para que no sea detectada, ejecutarlo, y pretender que no hubo dolo? La conclusión entonces fluye por si sola.

En tal sentido, de encontrarlo pertinente, solicitamos a la Comisión, formule la correspondiente denuncia penal contra los denunciados por infracción al artículo 232 del Código Penal.

XII. CESACIÓN DE LOS ACTOS DENUNCIADOS.

En uso de sus facultades, hemos solicitado además que la Comisión ordene la cesación de las conductas violatorias de las normas de libre competencia. Así, estamos solicitando que se ordene a los denunciados:

- a. Abstenerse de cualquier acto o conducta destinada a ejecutar las cláusulas de exclusividad contenidas en los contratos sucritos por los prácticos o exigir que estos se abstengan de contratar con otras empresas en su calidad de accionistas o Directores de la empresa.
- b. Atender las solicitudes de contratación de sus servicios que sean presentadas por las empresas que soliciten servicios de practicaje.

c. Atender las solicitudes de entrenamiento de nuevos prácticos y abstenerse de obstruir por cualquier medio dicho entrenamiento.



d. En general, abstenerse de llevar a cabo cualquier acción dirigida a monopolizar el mercado de servicios de practicaje o distorsionar la competencia en el mismo.

De no dictarse tales medidas, la decisión de la Comisión sería una mera declaración lírica pues se permitiría que los denunciados continúen en su plan de monopolizar el mercado y restringir la competencia en perjuicio de los usuarios del servicio.

XIII. MEDIOS PROBATORIOS

Que ofrecemos en calidad de medios probatorios los siguientes:

- **DOCUMENTOS**

1. Copia del contrato celebrado con fecha 15 de diciembre de 2000 entre PILOT y el señor Alejandro Chávez Gurmendi, en virtud del cual el referido señor se obligó a prestar sus servicios de practicaje marítimo de forma indefinida y exclusiva a la aludida empresa.
2. Copia de la Escritura Pública de fecha 16 de enero de 2001, mediante la cual se dejó constancia de la inscripción de los acuerdos adoptados en la sesión de Junta General de Socios de PILOT realizada con fecha 8 de enero de 2001, entre los cuales precisamente se encontró el nombramiento de los señores Alejandro Chávez Gurmendi, Jorge Petrozzi Molfino y Manuel Lavado como directores y accionistas de PILOT, y del señor Boggiano como accionista de PILOT.

3. Copia de la carta de fecha 21 de abril de 2001, mediante la cual el señor Alejandro Chávez Gurmendi presenta su renuncia a PILOT.



4. Copia de la carta de fecha 24 de abril de 2001, mediante la cual el señor Manuel Antonio Lavado Carrillo comunicó a PILOT el hecho puntual de que cualquier amenaza o actitud contraria a la legalidad que se promoviera contra el señor Chávez, de manera alguna era avalada por su persona.

5. Copia de la carta de fecha 26 de abril de 2001, mediante la cual el señor Gino Bettocchi manifestó a la Gerencia General de PILOT que no apoyaría ni aprobaría acción alguna que fuera promovida contra el señor Alejandro Chávez Gurmendi.

6. Copia del escrito de fecha 26 de abril de 2001, mediante el cual el señor Alejandro Chávez Gurmendi solicitó a la Prefectura del Callao garantías personales para su él y su familia.

7. Copia de la carta de fecha 2 de mayo de 2001, mediante la cual PILOT comunicó al señor Alejandro Chávez Gurmendi que su renuncia no podía ser aceptada.

8. Copia de la carta notarial de fecha 9 de mayo de 2001, mediante la cual el señor Alejandro Chávez Gurmendi reiteró a PILOT el contenido de su carta de renuncia de fecha 21 de abril de 2001.

9. Copia del escrito de fecha 9 de mayo de 2001, mediante el cual PILOT, a través del señor Elisban Rodríguez Fernández, interpuso ante el Juez Especializado en Derecho Público de Lima, una acción de amparo por supuesta violación de la libertad de contratar por parte del señor Alejandro Chávez Gurmendi y del señor Jorge Petrozzi Molfino.

Handwritten signatures and initials on the right margin, including a large 'M', a large 'A', and a signature that appears to be 'JP'.

10. Copia del escrito de fecha 9 de mayo de 2001, mediante el cual PILOT, a través del señor Elisban Rodríguez Fernández (socio, gerente general y práctico de la referida empresa), solicitó una medida cautelar innovativa ante el Juez Especializado en Derecho Público de Lima, consistente en la suspensión de las actividades de práctico marítimo de los señores Alejandro Chávez Gurmendi y Jorge Petrozzi Molfino.
11. Copia del escrito de fecha 14 de mayo de 2001, mediante el cual PILOT, a través del señor Elisban Rodríguez Fernández, formuló denuncia penal ante el Fiscal Provincial en lo Penal de Turno del Callao contra los señores Alejandro Chávez Gurmendi y Jorge Petrozzi Molfino, por la supuesta comisión del delito al Patrimonio en su modalidad de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas.
12. Copia del escrito mediante el cual PILOT, a través del señor Pedro Alfonso Gálvez Estremadoyro (presidente del directorio, accionista y práctico de la referida empresa), postuló ante el Juez Especializado en Derecho Público del Callao, otra acción de amparo por una supuesta violación a la libertad de contratar por parte del señor Alejandro Chávez Gurmendi.
13. Copia del escrito de fecha 20 de agosto de 2001, mediante el cual PILOT, a través del señor Elisban Rodríguez, solicitó al Tercer Juzgado Penal del Callao, otra medida cautelar innovativa, consistente en la suspensión de las actividades de practicaaje que venía prestando tanto el señor Alejandro Chávez Gurmendi como el señor Jorge Petrozzi Molfino.
14. Copia de la resolución de fecha 27 de setiembre de 2001, mediante la cual el Tercer Juzgado Especializado en lo Penal del Callao, admitió la medida cautelar innovativa solicitada por PILOT contra los señores Alejandro Chávez Gurmendi y Jorge Petrozzi Molfino, ordenándoles la suspensión

inmediata de sus actividades como prácticos marítimos en el Terminal Portuario del Callao.



15. Copia del contrato celebrado con fecha 15 de diciembre de 2000 entre PILOT y el señor Jorge Petrozzi Molfino, en virtud del cual el referido señor se obligó a prestar sus servicios de practicaje marítimo de forma indefinida y exclusiva a la aludida empresa.
16. Copia de la Agenda con los temas a tratar en Junta General de Accionistas de PILOT a realizarse el 27 de febrero de 2001, mediante la cual se acredita que efectivamente con dicha fecha se llevó a cabo la referida reunión.
17. Copia de la carta notarial de fecha 8 de mayo de 2001, mediante la cual el señor Jorge Petrozzi presentó a PILOT su renuncia irrevocable al cargo de miembro del directorio de la empresa.
18. Copia de la carta de fecha 17 de mayo de 2001, mediante la cual el señor Petrozzi solicitó a la Oficina Registral de Lima y Callao se inscribiese el acto de renuncia en el título correspondiente.
19. Copia del facsímile de fecha 8 de mayo de 2001, mediante la cual se amenazó y sugirió al señor Petrozzi para que regresara a PILOT.
20. Copia de la carta de fecha 11 de mayo de 2001, mediante la cual PILOT no aceptó la renuncia del señor Petrozzi.
21. Copia del facsímile de fecha 14 de mayo de 2001, mediante el cual el señor Petrozzi recibió otra una comunicación mediante la cual fue víctima de amenazas directas si no regresaba a PILOT y recibió la "sugerencia" de no entrenar a nadie para práctico.

M
A
H
K

22. Copia de la carta de fecha 28 de noviembre de 2001, mediante la cual el señor Petrozzi se dirigió a PILOT para manifestar su disconformidad con la conducta de dicha empresa consistente en iniciar acciones judiciales arbitrarias y perjudiciales como represalia a la renuncia que hiciera llegar a la empresa.
23. Copia del contrato celebrado con fecha 15 de diciembre de 2000 entre PILOT y el señor Manuel Antonio Lavado, en virtud del cual el referido señor se obligó a prestar sus servicios de practicaje marítimo de forma indefinida y exclusiva a la aludida empresa.
24. Copia de la carta de fecha 4 de junio de 2001, mediante la cual el señor Lavado presentó su renuncia como director de PILOT.
25. Copia de la carta de fecha 4 de junio de 2001, mediante la cual el señor Lavado presentó su renuncia como prestador de servicios de PILOT.
26. Copia de la carta de fecha 5 de junio de 2001, mediante la cual PILOT comunicó al señor Lavado que su renuncia de fecha 4 de junio de 2001 constituía un incumplimiento unilateral que le ocasionaba a dicha empresa serios daños y perjuicios, motivo por el cual no podía aceptar la misma.
27. Copia de la comunicación de fecha 26 de setiembre de 2001 del Departamento de Policía del Ministerio Público del Callao mediante el cual se citó al señor Lavado a efectos de que rindiera su manifestación con respecto a la denuncia instaurada en su contra en agravio de PILOT por la supuesta comisión del delito contra el Patrimonio en su modalidad de Fraude en la Administración de Personas Jurídica.
28. Copia de la resolución de fecha 26 de diciembre de 2001, mediante la cual el Juez del Noveno Juzgado Penal del Callao, declaró no haber lugar a la apertura de instrucción contra el señor Lavado por la supuesta comisión del

delito contra el Patrimonio en su modalidad de Fraude a la Administración de Personas Jurídicas.



29. Copia de la carta mediante la cual el señor Boggiano solicitó a la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú, la rehabilitación de su licencia de práctico marítimo para realizar sus actividades de practica en el Terminal Portuario del Callao.
30. Copia de la Resolución Directoral N° 0173-2001/DCG de fecha 10 de abril de 2001, mediante la cual la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú, expidió al señor Boggiano, licencia para que se desempeñara como Práctico Marítimo de Primera en el Terminal Portuario del Callao.
31. Copia de la carta notarial de fecha 18 de junio de 2001, mediante la cual el señor Boggiano renunció al cargo de práctico marítimo que venía realizando hasta esa fecha en la mencionada empresa.
32. Copia del escrito de fecha 21 de junio de 2001, mediante el cual la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos, denunció ante la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú, que el señor Boggiano había obtenido su licencia irregularmente, falseando la documentación (los reportes de maniobra) que presentara con antelación para dichos efectos.
33. Copia del escrito de ampliación de la denuncia penal por presunta comisión del delito contra la Fé Pública – Falsificación de Documentos que con fecha 14 de agosto de 2001, PILOT presentó ante la Primera Fiscalía Provincial Penal del Callao, contra del señor Boggiano.

34. Copia de la Resolución de Capitanía N° 088-2001 de fecha 17 de setiembre de 2001, mediante la cual la Capitanía del Puerto del Callao de la Marina de Guerra del Perú determinó que no se había podido probar que el señor Boggiano alterara documento alguno para efectos de conseguir su licencia.
35. Copia de Resolución Directoral N° 030-2001 expedida con fecha 19 de enero de 2001 por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú.
36. Copia de la Resolución Directoral N° 0782-2001/DCG de fecha 27 de diciembre de 2001, mediante la cual, en base a un informe sin número de fecha 14 de noviembre y a la Resolución Directoral N° 030-2001, la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú declaró nula la Resolución Directoral N° 0173-2001/DCG que expidiera con fecha 10 de abril de 2001, y en consecuencia modificó la licencia de Práctico Marítimo de Primera del señor Boggiano a Práctico Marítimo de Tercera.
37. Copia del escrito de fecha 10 de enero de 2002, mediante el cual el señor Boggiano apeló la Resolución Directoral N° 0782-2001/DCG de fecha 27 de diciembre de 2001.
38. Copia de la comunicación N° V 200-0163, mediante la cual la Capitanía del Puerto del Callao manifestó al señor Boggiano que precisamente a la luz de la misma, quedó suspendida la parte resolutive de la Resolución Directoral N° 00782-2001/DCG, habilitando de esa manera al señor Boggiano para ejercer la actividad de practicaje como Práctico Marítimo de Primera.
39. Copia del protesto de fecha 26 de marzo de 2001 mediante el cual COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C. dejó constancia que el señor Víctor Flores Orrego, práctico de PILOT, se negó a que un aspirante a práctico de

la primera empresa pudiera realizar sus maniobras para efectos de acceder a su licencia de práctico marítimo del Terminal Portuario del Callao con fecha 26 de marzo de 2001.



40. Copia de la carta de fecha 26 de marzo de 2001, mediante la cual PILOT informó a COSMOS que no podía asumir el entrenamiento de aspirantes a prácticos, dado que en dicha empresa se encontraba en marcha un programa de entrenamiento intensivo de su propio personal.
41. Copia de el acta notarial de fecha 27 de marzo de 2001, mediante la cual se dejó constancia que el señor Pedro Gálvez Estremadoyro, presidente del directorio, accionista y práctico titular de PILOT se negó a admitir a bordo de su nave a un aspirante a práctico para que éste participara como observador de la maniobras de atraque el día 27 de marzo de 2001.
42. Copia de la carta de fecha 28 de marzo de 2001 mediante la cual la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (de la cual COSMOS era una empresa asociada) informó a la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú acerca de la negativa de PILOT para que sus prácticos titulados recibieran a los aspirantes a prácticos de otras empresas para entrenarlos, en unos casos, y para que pudiesen observar su labor.
43. Copia del protesto de fecha 30 de marzo de 2001, mediante el cual se dejó constancia de la negativa del gerente administrativo, accionista y práctico titular de PILOT, señor Carlos Negrini, a recibir en su nave a un aspirante a práctico a fin de que éste pudiera observar la maniobra para cumplir con los requisitos para obtener su licencia para prestar sus servicios en el Terminal Portuario del Callao el día 29 de marzo de 2001.

M
A
PP
X

44. Copia del protesto de fecha 30 de marzo de 2001, mediante el cual se dejó constancia de la negativa de los señores Raúl Zambrano Gonzáles Eduardo Gómez Moncada, accionistas y prácticos titulares de PILOT, permitir que el aspirante a práctico de COSMOS pudiese realizar sus maniobras de entrenamiento como observador en la nave donde se encontraban el día 30 de marzo de 2001.



45. Copia del protesto de fecha 31 de marzo de 2001, mediante el cual se acredita que ese día el socio y práctico titular de PILOT, señor Luis Carlos Mella Montoya, negó injustificadamente al aspirante a práctico de COSMOS, señor Víctor Flores Orrego, realizar sus maniobras de entrenamiento en la nave MN/ CAP DOMINGO, a pesar de la comunicación que con antelación COSMOS cursara a PILOT para informarle sobre ello.

46. Copia del protesto de fecha 5 de abril de 2001, mediante el cual se dejó constancia que el socio, director y práctico titular de PILOT, señor Manuel Rivadeneyra, negó injustificadamente un aspirante a práctico de COSMOS, realizar sus maniobras de entrenamiento en su nave el día 4 de abril de 2001.

47. Copia de la Resolución de Capitanía N° 040-2001 de fecha 20 de junio de 2001, mediante la cual la Capitanía del Puerto del Callao de la Marina de Guerra del Perú, ordenó amonestar al señor Luis Carlos Mella.

48. Copia de la Resolución de Capitanía N° 041-2001 de fecha 20 de junio de 2001, mediante la cual la Capitanía del Puerto del Callao de la Marina de Guerra del Perú, ordenó amonestar al señor Manuel Rivadeneira Cockbum.

49. Copia del escrito de fecha 2 de junio de 2001 mediante el cual el señor Guillermo Campoverde Ayres solicitó a la Capitanía del Puerto del Callao se

le expidiese su licencia de Práctico Marítimo de Primera en vista de que había cumplido con todos los requisitos conforme a ley.



50. Copia de la carta de fecha 3 de mayo de 2001, mediante la cual TRAMARSA pone en conocimiento de la Dirección de Control de Intereses Acuáticos su deseo de contar con los servicios del Práctico Marítimo de Primer del Terminal Portuario de Pisco Guillermo Campoverde y solicita se le autorizara al referido señor a efectuar las respectivas maniobras a efectos de poder obtener su licencia de Práctico Marítimo de Primera para desarrollar sus actividades en el Terminal Portuario del Callao.

51. Copia del escrito de fecha 9 de junio de 2001, mediante el cual el señor Campoverde solicita cual nuevamente se le concediera su licencia.

52. Copia de la carta de fecha 23 de julio de 2001, mediante la cual el señor Campoverde adjuntó a la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú, la ayuda memoria sobre "Retroactividad de las Normas" elaborada por el Estudio Luis Hernández Berenguel Abogados.

53. Copia de la Resolución Directoral N° 0498-2001/DCG de fecha 20 de agosto de 2001, mediante la cual, después de aproximadamente 4 meses, la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú, le expidió su licencia de Práctico Marítimo de Primera al señor Campoverde.

54. Copia de la carta PS N° 282-01/GG de fecha 10 de junio de 2001, mediante la cual PILOT comunicó a TRAMARSA, ante la solicitud que esta última empresa hiciera a la primera para que le prestase sus servicios de practica para naves pesqueras, que dado que no tenía acuerdo comercial con dicha empresa, no podía brindarle el servicio.



55. Copia del protesto de fecha 4 de setiembre de 2001, mediante el cual el señor Fernando Montero Oneto, en representación de la agencia marítima Trabajos Marítimos S.A. - TRAMARSA, dejó constancia de la negativa injustificada de PILOT para que sus prácticos le prestaran a dicha empresa el servicio de practicaaje.

56. Copia del protesto de fecha 19 de noviembre de 2001, mediante el cual el señor Fernando Montero Oneto, en representación de la agencia marítima Trabajos Marítimos S.A. - TRAMARSA, dejó constancia de la negativa injustificada de PILOT para que sus prácticos le prestaran a TRAMARSA el servicio de practicaaje.

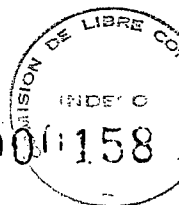
57. Copia del protesto de fecha 10 de diciembre de 2000, mediante el cual el señor Fernando Montero Oneto, en representación de la agencia marítima Trabajos Marítimos S.A. - TRAMARSA, dejó constancia de la negativa injustificada de PILOT para que sus prácticos prestaran a TRAMARSA el servicio de practicaaje.

58. Copia del protesto de fecha 26 de diciembre de 2000 mediante el cual la empresa Cosmos Agencia Marítima S.A.C - COSMOS, dejó constancia de la negativa injustificada de PILOT para que sus prácticos prestaran a dicha empresa el servicio de practicaaje.

59. Copia del protesto de fecha 10 de enero de 2002, mediante el cual el señor Fernando Montero Oneto, en representación de la agencia marítima Trabajos Marítimos S.A. - TRAMARSA, dejó constancia de la negativa injustificada de PILOT para que sus prácticos prestaran el servicio de practicaaje.

60. Copia del protesto de fecha 14 de febrero de 2002, mediante el cual el señor José Olivas Yañez, en representación de la agencia marítima, COSMOS

AGENCIA MARÍTIMA S.A. - COSMOS, dejó constancia de la negativa injustificada de PILOT para que sus prácticos prestaran el servicio de practicaje.



61. Copia de la carta de fecha 15 de noviembre de 2001 mediante la cual los practicos maritimos denunciante hicieron de conocimiento de la Autoridad Marítima una serie irregularidades vinculadas con la aprobacion de la regulacion que rige la actividad de practicaje marítimo.

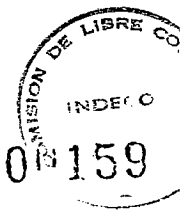
• EXHIBICION DE DOCUMENTOS

62. La exhibición que la Comisión ordenará, a la Dirección General de Capitanías y Guardacostas, y a la Dirección de Control de Intereses Acuáticos de la Marina de Guerra del Perú, de las comunicaciones que fueran cursadas por PILOT, por la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos o por cualquiera de sus directivos o representantes a dichas instituciones o a sus integrantes con ocasión al trámite de rehabilitación de la licencia del señor Boggiano para el Terminal Marítimo del Callao iniciado el 25 de enero de 2001 y que culminara con la Resolución Directoral 0173-2001/DCE del 10 de abril de 2001.

Para este efecto, precisamos que la dirección domiciliaria de la DICAPI es Jr. Constitución N° 150, Callao.

63. La exhibición que la Comisión ordenará, a la Dirección General de Capitanías y Guardacostas, y a la Dirección de Control de Intereses Acuáticos de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú, de las comunicaciones que fueran cursadas por PILOT, por la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos o por cualquiera de sus directivos o representantes a dichas instituciones o a sus integrantes entre diciembre de 2000 y diciembre de 2001, vinculadas con: la

modificación de la regulación de la actividad de practicaje, con el otorgamiento de licencias para nuevos prácticos, la promoción de prácticos a otras categorías, el otorgamiento de licencias para el Terminal Marítimo del Callao a prácticos autorizados para operar en otros puertos, procedimientos disciplinarios en contra de prácticos, negativas de prácticos a la prestación de servicios de practicaje y cualquier otra comunicación vinculada directa o indirectamente a los hechos que son materia de la presente denuncia. La exhibición deberá comprender toda la documentación cursada, incluyéndose dentro de ella tanto los oficios y cartas, como los documentos transmitidos a través de medios informáticos.



Para este efecto, precisamos que la dirección domiciliaria de la DICAPI es Jr. Constitución N° 150, Callao.

- **DECLARACION TESTIMONIAL**

64. La declaración testimonial que la Comisión solicitará, al Capitán de Navío SGC, señor Daniel Oyakawa Nakamoto, a fin de que de respuesta al pliego interrogatorio contenido en el sobre cerrado que se adjunta como Anexo 1-CM.

Para este efecto, precisamos que la finalidad de dicha declaración es que la Comisión pueda tener mayores elementos de juicio para resolver sobre los extremos de la controversia. Dicha declaración resulta de suma importancia tomando en cuenta que el Señor Oyakawa estuvo a cargo de la Dirección de Control de Intereses Acuáticos durante el período en que se suscedieron los hechos que motivan la denuncia.

Considerando que la persona mencionada es actualmente un funcionario público, deberá ser notificado en su centro de trabajo cuya dirección

domiciliaria es Jr. Constitución N° 150, Callao, de conformidad con artículo 38 del Código Civil.



PRIMER OTROSÍ DECIMOS:

Que solicitamos a la Comisión que se pronuncie expresamente, al momento de expedir resolución final, sobre el pago de las costas y costos del presente procedimiento. En tal sentido, solicitamos que se **CONDENE** a los denunciados al pago de las costas y costos respectivos.

Sustentamos el presente pedido en lo siguiente:

1. El artículo 7° del Decreto Legislativo N° 807, relativo a la condena de costas y costos, resulta aplicable al caso de autos.
2. En efecto, si bien el artículo 47 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 dispone que "*No existe condena de costas en ningún procedimiento administrativo*", debe tenerse en consideración que dicha norma no es de aplicación al presente procedimiento, pues el artículo 7° del Decreto Legislativo N° 807 antes mencionado es la norma especial aplicable.
3. Por lo demás, de acuerdo con la Primera Disposición Transitoria, inciso 3, de la mencionada Ley N° 27444, los procedimientos administrativos especiales a cargo del INDECOPI se mantienen vigentes de acuerdo a su estructura original, hasta que se adecuen a la Ley N° 27444.
4. Por otro lado, aún si se considerase aplicable al caso de autos el artículo 47 en referencia, debe tenerse en cuenta que el mismo señala que no existe condena a "costas", pero no dice nada respecto de los costos (según están definidos en el Código Procesal Civil), que son los honorarios de los

abogados que tuvo que contratar la parte vencedora, a causa de la ilegal conducta de la parte vencida, que motivara el inicio de un procedimiento.



5. Habiendose confirmado la aplicación al caso de autos del artículo 7° del Decreto Legislativo N° 807, pasamos a interpretarlo. Este artículo señala lo siguiente:

“Artículo 7.- Costas y costos del proceso.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier Comisión u Oficina del Indecopi, podrá aplicar las multas previstas en el inciso b) del artículo 38 del Decreto Legislativo N° 716”.

6. Ahora bien, el término “podrá” no debe entenderse como una facultad discrecional del órgano resolutor de pronunciarse o no pronunciarse respecto de las costas y costos, toda vez que de acuerdo al artículo 412° del Código Procesal Civil⁵⁸, el principio general es que la condena de costas y costos no requiere ser expresamente pedida; en consecuencia todo órgano funcional debe pronunciarse sobre las costas y costos.
7. En ese orden de ideas, el término “podrá” deberá entenderse como la potestad del órgano funcional para exonerar el pago de las costas y costos o para obligar a su pago. Ahora bien, existen criterios para

⁵⁸ Texto Unico Ordenado del Código Procesal Civil, Resolución Ministerial N° 010-93-JUS. Artículo 412.- Principio de la condena de costas y costos. El reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración. La condena en costas y costos se establece por cada instancia, pero si la resolución de segunda revoca la de primera, la parte vencida pagará las costas de ambas. Este criterio se aplica también para lo que resuelva la Corte de Casación.

Si en un proceso se han discutido varias pretensiones, las costas y costos se referirán únicamente a las que hayan sido acogidas por el vencedor.

En los casos en que se hubiera concedido auxilio judicial a la parte ganadora, corresponderá a la vencida el reembolso de tasas judiciales al Poder Judicial.

condenar, a efectos de evitar las posibles arbitrariedades del órgano resolutor al momento de fallar. Entre los criterios que existen para condenar tenemos los siguientes:



- La voluntad de cometer la infracción.- Se considera que si el denunciado ha cometido una infracción flagrante, entonces ha decidido voluntariamente involucrarse en un procedimiento que necesariamente genera costos para el denunciante.
- Conducta procesal.- Se considera que si el denunciado obstruye el procedimiento mediante conductas dilatorias o incumpliendo medidas cautelares o requerimientos de información, encarece injustificadamente el procedimiento, en perjuicio del denunciante.
- Cabe señalar que estos criterios han sido acogidos por la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI⁵⁹.

En conclusión, debe condenarse a las denunciadas al pago de las costas y costos del proceso, de conformidad con el artículo 7° del Decreto Legislativo N° 807 no modificado por el artículo 47° de la Ley N° 27444, el artículo 412° del Código Procesal Civil, así como los criterios expuestos.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS:

Que autorizamos a los señores Augusto Vargas Rodríguez con DNI N° 10809431, Alejandro Manayalle Chirinos con DNI N° 40471722, Gerardo Omar Solés Visscher con DNI N° 40215906, Miyanou Dufour Von Gordon con DNI N° 41410132, Jaime García Carrasco con DNI N° 06150425 y Pedro Rebagliati Escala con DNI N° 08702383, para que puedan tener acceso al expediente en el que consten las actuaciones del presente procedimiento administrativo.

⁵⁹ Criterios Jurisprudenciales contenidos en las Resoluciones 0328-1998-TDC-INDECOPI (Rena Ware vs. Zephir) y 0321-1998-TDC-INDECOPI (Eternit vs. Fibraforte).

Asimismo, las personas citadas podrán recibir notificaciones y copias certificadas.



TERCER OTROSÍ DECIMOS:

Que conferimos a los letrados Alejandro Falla Jara, con Registro CAL N° 19323 y DNI N° 075581113; Huáscar Alfonso Ezcurra Rivero, con Registro CAL N° 30981 y DNI N° 07870443; y José Domingo Rivarola Reisz, con Registro CAL N° 29327 y con DNI N° 09343886, la representación procesal para actuar, de manera individual o en conjunto, en nombre de la Asociación Peruana de Operadores Portuarios, Alejandro Chavez Gurmendi, Jorge Petrozzi Molfino, Manuel Antonio Lavado Carrillo y Werner Boggiano Morales en el presente procedimiento, contando para ello con las facultades procesales generales de impulso y gestión procesal ordinaria.

CUARTO OTROSÍ DECIMOS:

Que adjuntamos como anexos al presente escrito los siguientes documentos:

1. Copia del Documento Nacional de Identidad del señor Luis Tapia Sabogal, representante de la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (Anexo 1-A).
2. Copia de los poderes que acreditan la representación del señor Luis Tapia Sabogal (Anexo 1-B).
3. Copia del Documento Nacional de Identidad del señor Alejandro Chávez Gurmendi (Anexo 1-C).
4. Copia del Documento Nacional de Identidad del señor Jorge Petrozzi Molfino (Anexo 1-D).

5. Copia del Documento Nacional de Identidad del señor Manuel Antonio Lavado (Anexo 1-E).
6. Copia del Documento Nacional de Identidad del señor Werner Boggiano Morales (Anexo 1-F).
7. Copia de la Escritura Pública de Constitución de la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (Anexo 1-G).
8. Copia del contrato celebrado con fecha 15 de diciembre de 2000 entre PILOT y el señor Alejandro Chávez Gurmendi (Anexo 1-H).
9. Copia de la Escritura Pública de Modificación Parcial de Estatutos, Remoción y Nombramiento de Directores, Renuncia y Nombramiento de Gerente General y Nombramiento de Gerentes y Modificación Parcial de Estatutos y Transferencia de Acciones de PILOT de fecha 16 de enero de 2001 (Anexo 1-I).
10. Copia de la carta de fecha 21 de abril de 2001, mediante la cual el señor Alejandro Chávez Gurmendi presenta su renuncia a PILOT (Anexo 1-J).
11. Copia de la carta de fecha 24 de abril de 2001 que el señor Manuel Antonio Lavado dirigiera a PILOT (Anexo 1-K).
12. Copia de la carta de fecha 26 de abril de 2001 que el señor Gino Bettochi dirigiera a PILOT (Anexo 1-L).
13. Copia del escrito que con fecha 27 de abril de 2001 el señor Alejandro Chávez presentara a la Prefectura del Callao (Anexo 1-M).



14. Copia de la carta notarial de fecha 30 de abril de 2001 que PILOT dirigiera al señor Alejandro Chávez Gurmendi (Anexo 1-N).

15. Copia de la carta notarial de fecha 9 de mayo de 2001 que el señor Alejandro Chávez Gurmendi dirigiera a PILOT (Anexo 1-Ñ).

16. Copia del escrito de acción de amparo de fecha 9 de mayo de 2001 presentado por PILOT ante el Juez Especializado en Derecho Público de Lima (Anexo 1-O).

17. Copia del escrito de solicitud de medida cautelar de fecha 9 de mayo de 2001 presentado por PILOT ante el Juez Especializado en Derecho Público de Lima (Anexo 1-P).

18. Copia del escrito de formulación de denuncia penal presentado por PILOT ante el Fiscal Provincial en lo Penal de Turno del Callao con fecha 14 de mayo de 2001 (Anexo 1-Q).

19. Copia del escrito de acción de amparo presentado por PILOT ante el Juez Especializado en Derecho Público del Callao (Anexo 1-R).

20. Copia del escrito de solicitud de medida cautelar de fecha 20 de agosto de 2001 presentado por PILOT ante el Tercer Juzgado Penal del Callao (Anexo 1-S).

21. Copia de la resolución de fecha 27 de setiembre de 2001 (Anexo 1-T).

22. Copia del contrato celebrado con fecha 15 de diciembre de 2000 entre PILOT y el señor Jorge Petrozzi Molfino (Anexo 1-U).

23. Copia de la Agenda con los temas a tratar en Junta General de Accionistas de PILOT a realizarse el 27 de febrero de 2001 (Anexo 1-V).



24. Copia de la carta notarial de fecha 8 de mayo de 2001, mediante la cual el señor Jorge Petrozzi presentó a PILOT su renuncia irrevocable al cargo de miembro del directorio de la empresa (Anexo 1-W).

25. Copia de la carta de fecha 16 de mayo de 2001, mediante la cual el señor Petrozzi solicitó a la Oficina Registral de Lima y Callao se inscribiese el acto de renuncia en el título correspondiente (Anexo 1-X).

26. Copia del facsímile de fecha 8 de mayo de 2001, mediante la cual se amenazó y sugirió al señor Petrozzi para que regresara a PILOT (Anexo 1-Y).

27. Copia de la carta de fecha 11 de mayo de 2001, mediante la cual PILOT no aceptó la renuncia del señor Petrozzi (Anexo 1-Z).

28. Copia del facsímile de fecha 14 de mayo de 2001, mediante el cual el señor Petrozzi recibió otra una comunicación mediante la cual fue víctima de amenazas directas si no regresaba a PILOT y recibió la "sugerencia" de no entrenar a nadie para práctico (Anexo 1-BA).

29. Copia de la carta de fecha 28 de noviembre de 2001 dirigida por el señor Petrozzi a PILOT (Anexo 1-BB).

30. Copia del contrato celebrado con fecha 15 de diciembre de 2000 entre PILOT y el señor Manuel Antonio Lavado (Anexo 1-BC).

31. Copia de la carta de fecha 4 de junio de 2001, mediante la cual el señor Lavado presentó su renuncia como director de PILOT (Anexo 1-BD).

32. Copia de la carta de fecha 4 de junio de 2001, mediante la cual el señor Lavado presentó su renuncia como prestador de servicios de PILOT (Anexo 1-BE).

33. Copia de la carta de fecha 5 de junio de 2001 que PILOT dirigiera al señor Lavado (Anexo 1-BF).

34. Copia de la comunicación de fecha 26 de setiembre de 2001 del Departamento de Policía del Ministerio Público del Callao (Anexo 1-BG).

35. Copia de la resolución de fecha 26 de diciembre de 2001 (Anexo 1-BH).

36. Copia de la carta mediante la cual el señor Boggiano solicitó a la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú, la rehabilitación de su licencia de práctico marítimo para realizar sus actividades de del Callao (Anexo 1-BI).

37. Copia de la Resolución Directoral N° 0173-2001/DCG de fecha 10 de abril de 2001 (Anexo 1-BJ).

38. Copia de la carta notarial de fecha 18 de junio de 2001 mediante la cual el señor Boggiano renunció al cargo de práctico marítimo que venía realizando hasta esa fecha en la mencionada empresa (Anexo 1-BK).

39. Copia del escrito de fecha 21 de junio de 2001, mediante el cual la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos, denunció ante la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú, que el señor Boggiano había obtenido su licencia irregularmente, falseando la documentación (los reportes de maniobra) que presentara con antelación para dichos efectos (Anexo 1-BL).



40. Copia de la ampliación de la denuncia penal por presunta comisión del delito contra la Fé Pública – Falsificación de Documentos que con fecha 14 de agosto de 2001, PILOT presentó ante la Primera Fiscalía Provincial Penal del Callao, contra del señor Boggiano. (Anexo 1-BLL).

41. Copia de la Resolución de Capitanía N° 088-2001 de fecha 17 de setiembre de 2001 (Anexo 1-BM).

42. Copia de Resolución Directoral N° 030-2001 con fecha 19 de enero de 2001 por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú (Anexo 1-BN).

43. Copia de la Resolución Directoral N° 0782-2001/DCG de fecha 27 de diciembre de 2001 (Anexo 1-BÑ).

44. Copia del escrito de fecha 10 de enero de 2002, mediante el cual el señor Boggiano apeló la Resolución Directoral N° 0782-2001/DCG de fecha 27 de diciembre de 2001 (Anexo 1-BO).

45. Copia de la comunicación N° V 200-0163 (Anexo 1-BP).

46. Copia del protesto de fecha 26 de marzo de 2001 (Anexo 1-BQ).

47. Copia de la carta de fecha 26 de marzo de 2001 (Anexo 1-BR).

48. Copia de el acta notarial de fecha 27 de marzo de 2001 (Anexo 1-BT).

49. Copia de la carta de fecha 28 de marzo de 2001 que la Asociación Peruana de Operadores Portuarios dirigiera a la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú (Anexo 1-BT).

50. Copia del protesto de fecha 30 de marzo de 2001 mediante el cual se dejó constancia de la negativa del gerente administrativo, accionista y práctico titular de PILOT, señor Carlos Negrini, a recibir en su nave a un aspirante a práctico a fin de que éste pudiera observar la maniobra para cumplir con los requisitos para obtener su licencia para prestar sus servicios en el Terminal Portuario del Callao el día 29 de marzo de 2001 (Anexo 1-BU).

51. Copia del protesto de fecha 30 de marzo de 2001, mediante el cual se dejó constancia de la negativa de los señores Raúl Zambrano Gonzáles y Eduardo Gómez Moncada, accionistas y prácticos titulares de PILOT, a permitir que el aspirante a práctico de COSMOS pudiese realizar sus maniobras de entrenamiento como observador en la nave donde se encontraban el día 30 de marzo de 2001 (Anexo 1-BV).

52. Copia del protesto de fecha 2 de abril de 2001 (Anexo 1-BW).

53. Copia del protesto de fecha 5 de abril de 2001 (Anexo 1-BX).

54. Copia de la Resolución de Capitanía N° 040-2001 de fecha 20 de junio de 2001 (Anexo 1-BY).

55. Copia de la Resolución de Capitanía N° 041-2001 de fecha 20 de junio de 2001 (Anexo 1-BZ).

56. Copia del escrito de fecha 2 de junio de 2001 mediante el cual el señor Guillermo Campoverde Ayres solicitó a la Capitanía del Puerto del Callao se le expidiese su licencia de Práctico Marítimo de Primera en vista de que había cumplido con todos los requisitos conforme a ley (Anexo 1-CA).

57. Copia de la carta de fecha 3 de mayo de 2001 que TRAMARSA dirigiera a la Dirección de Control de Intereses Acuáticos (Anexo 1-CB).

58. Copia del escrito de fecha 9 de junio de 2001, mediante el cual el señor Campoverde solicita nuevamente se le concediera su licencia (Anexo 1-CC).

59. Copia de la carta de fecha 23 de julio de 2001, mediante la cual el señor Campoverde adjuntó a la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú, la ayuda memoria sobre "Retroactividad de las Normas" (Anexo 1-CD).

60. Copia de la Resolución Directoral N° 0498-2001/DCG de fecha 20 de agosto de 2001 (Anexo 1-CE).

61. Copia de la carta PS N° 282-01/GG de fecha 10 de junio de 2001 (Anexo 1-CF).

62. Copia del protesto de fecha 4 de setiembre de 2001 (Anexo 1-CG).

63. Copia del protesto de fecha 19 de noviembre de 2001 (Anexo 1-CH).

64. Copia del protesto de fecha 10 de diciembre de 2001 (Anexo 1-CI).

65. Copia del protesto de fecha 26 de diciembre de 2001 (Anexo 1-CJ).

66. Copia del protesto de fecha 10 de enero de 2002 (Anexo 1-CK).

67. Copia del protesto de fecha 14 de febrero de 2002 (Anexo 1-CL).

68. Sobre cerrado conteniendo el pliego interrogatorio para la declaración testimonial del Señor Daniel Oyakawa Nakamoto (Anexo 1-CM).

69. Copia de la carta de fecha 15 de noviembre de 2001 mediante la cual los practicantes marítimos denunciaron de conocimiento de la Autoridad Marítima una serie de irregularidades vinculadas con la aprobación de la regulación que rige la actividad de practica marítima (Anexo 1-CN).

QUINTO OTROSÍ DECIMOS:

Que solicitamos expresamente a la Comisión que ordene la realización anticipada, es decir, con antelación al emplazamiento a las partes denunciadas con el presente escrito de denuncia, de una **INSPECCIÓN** tanto en las instalaciones de PILOT como de la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos, con el objeto de recopilar toda la documentación (actas, cartas, facsímiles, correos electrónicos, entre otros) que contribuya a acreditar los hechos que son materia de la denuncia, esto es, que PILOT y/o sus integrantes, y la ASPEPRAMA ha venido realizando conductas predatorias e ilegales en el mercado de practica en violación del Decreto Legislativo N° 701.

Consideramos ineludiblemente que dicha inspección se realice con antelación al emplazamiento con la presente denuncia, dado que existe el riesgo de que tanto PILOT como la ASPEPRAMA, al enterarse del inicio de la controversia, implementen una estrategia destinada al ocultamiento o destrucción de las evidencias.

Para este efecto, señalamos que la dirección domiciliaria de PILOT es Elías Aguirre 495, La Punta - Callao. Asimismo, señalamos que la dirección domiciliaria de la ASPEPRAMA es Av. Almirante Grau 341, Oficina 301, Callao.

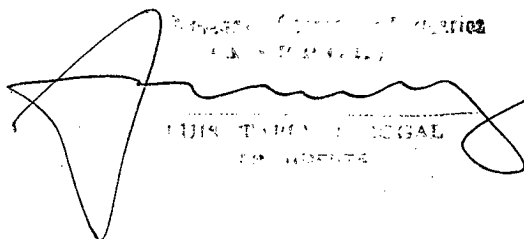
POR TANTO:

Solicitamos a la Comisión lo siguiente:

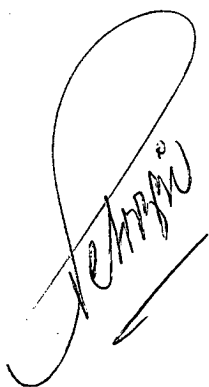
(i) De conformidad con lo solicitado en nuestro **quinto otrosí**, efectuar una **inspección anticipada**, previa al emplazamiento con la presente denuncia.

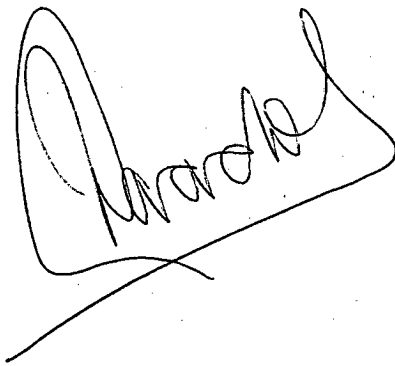
(ii) Una vez practicada dicha inspección, **admitir** a trámite nuestra denuncia teniendo por **ofrecidos** nuestros **medios probatorios**, y **emplazar** a los **denunciados** a fin de que efectúen sus descargos.

Lima, 17 de abril de 2001.

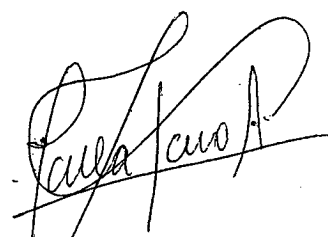

LUIS TORREY LEGAL
P. 00000000

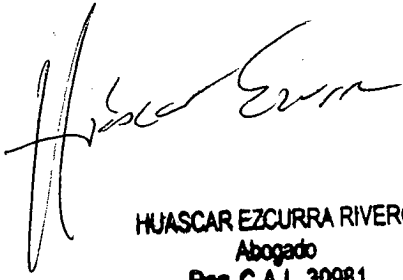

ALEJANDRO CHAVEZ G.
PRACTICO MARITIMO PP-006

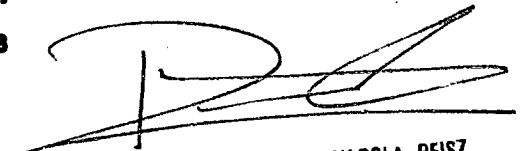







ALEJANDRO FALLA JARA
ABOGADO
Reg. CAL. 18323


HUASCAR EZCURRA RIVERO
Abogado
Reg. C.A.L. 30981


J. DOMINGO RIVAROLA REISZ
Abogado
CAL 29327

INDECOPi

JUL 22 PM 4:22

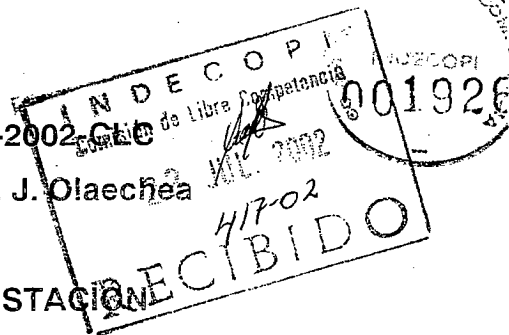
RECIBIDO
UNIDAD DE TRAMITE
DOCUMENTARIO

Expediente : 009-2002-GC

Profesional : Dra. J. Olaechea

Escrito N° : 01

PRESENTAMOS CONTESTACION



023429

A LOS MIEMBROS DE LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA DEL
INDECOPi

ESTUDIO CASTRO GARCÍA & ASOCIADOS

S.A.C., en nombre y representación de **PILOT**

STATION S.A. y de los señores Pedro Gálvez

Estremadoyro, Juan Maguiña Bustos, Carlos

Gerkes Miranda, Jorge Godier del Aguila, Teófilo

Japura Gómez, Manuel Rivadeneyra Cockburn.

Jaime Loyola Alvarez, José Zagazeta Martínez,

Vítor Tirado Silva, Luis Loyola Soto, Manuel

Esteban Gerkes Miranda, Mario Ángeles Lloyd.

Elisbán Rodríguez Fernández, Carlos Manuel

Negrini Arellano, Miguel Núñez Melgar, Percy

Abel Salcedo Zúñiga, Jaime Gino Bettocchi Ibarra;

según poderes que en fotocopias se adjuntan.

señalando domicilio procesal para estos efectos

en la Av. Javier Prado Este 1570 Of. 303. San

Isidro y/o la Casilla de Notificaciones N° 07 del

INDECOPi; atentamente decimos:

Que, mediante notificación recibida con fecha 1 de julio de 2002, hemos tomado conocimiento de la DENUNCIA presentada por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y lo señores Alejandro Chávez Gurmendi, Jorge Petrozzi Molfino, Manuel Antonio Lavado Carrillo y Werner Boggiano Morales, en contra de la empresa **PILOT STATION S.A.** y las personas señaladas en la referencia, por supuesto *abuso de posición de dominio* en las

modalidades de: a) *Celebración de contratos de exclusividad*, b) *Predación*, a través de mecanismos administrativos y judiciales, ambos según el inciso f) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701; c) *Negativa injustificada al entrenamiento de nuevos prácticos* y d) *Negativa injustificada a la prestación de servicios de practica*, según el inciso a) del artículo 5° del mismo cuerpo legal.

Por tal motivo, en tiempo oportuno y dentro del plazo establecido por el artículo 16° del Decreto Legislativo N° 701 - Eliminación de Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, **negamos y contradecimos todos y cada uno de los fundamentos de la denuncia**, de acuerdo con las consideraciones siguientes:

I. FUNDAMENTOS DE HECHO:

Antes de esbozar detalladamente los argumentos de nuestro descargo sobre la denuncia promovida en contra de nuestros representados, es necesario hacer una revisión del marco jurídico y doctrinal respecto a los bienes jurídicos envueltos en el ordenamiento legal de la materia, a fin de situarnos sobre los conceptos jurídicos institucionales precisos para dilucidar el caso.

MARCO JURÍDICO

Para esto responderemos algunas interrogantes:

¿Qué se entiende por Libre Competencia?

Para esto, tomaremos lo señalado por la propia autoridad de la materia: *"Ampliamente definida, la Libre Competencia en el contexto de una economía de mercado se refiere al proceso mediante el cual las empresas o proveedores pugnan por abastecer la demanda de los consumidores, con el fin de alcanzar un objetivo de negocios en particular; por ejemplo, la maximización de los beneficios, el incremento de las ventas o el aumento de su participación en el mercado. En éste contexto, la competencia es sinónima de rivalidad entre*

empresas, la misma que puede manifestarse en el precio, la cantidad o la calidad de los productos o servicios que se ofrecen, o en una combinación de estos u otros factores que los consumidores valoran.

La libre competencia está basada en la libertad de decisión de los **agentes que participan en el mercado**, en un contexto en que las reglas de juego son claras para todos y se cumplen efectivamente. La libre competencia se basa fundamentalmente en la libertad **tanto del consumidor**, a quien no se debe privar de opciones para que elija libremente lo que mejor se adecúe a sus necesidades, **como del productor**, quien debe tomar libremente sus decisiones empresariales en función de lo que considere más apropiado a sus intereses." (lo destacado es nuestro).

Como se puede apreciar, cuando hablamos de *libre competencia*, debemos referirnos a dos elementos inherentes: *el mercado* (ámbito en el que se desenvuelven las transacciones) y *los agentes que participan en el mercado* (consumidor y productor o proveedor del bien o servicio).

¿Cuál es el mercado y quiénes son los agentes que participan en él?

Para el presente caso, el **mercado relevante** es el **servicio de practicaaje en el Terminal Portuario del Callao (TPC)**, y **los agentes**, por un lado, están los **proveedores de servicio: los prácticos** debidamente autorizados por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (DICAPI) y se encuentran habilitados para realizar los servicios de practicaaje en el TPC; y, por otro lado, están los **consumidores o destinatarios del servicio de practicaaje**, en este caso, básicamente son: los navieros, armadores o fletadores de naves que requieran el servicio de practicaaje en el TPC.

¿Qué es abuso de posición de dominio?

Conforme al 5° del Decreto Legislativo N° 701, se presenta cuando una o más empresas que aprovechando de una posición dominante en el mercado, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

Entonces, para que se materialice un caso de abuso de posición de dominio, necesariamente debe presentarse lo siguiente:

- 1) Una posición dominante en el mercado
- 2) Una conducta indebida
- 3) Obtener beneficios
- 4) Causar perjuicios a otros
- 5) Imposibilidad del resultado sin la posición de dominio

Estas prácticas empresariales afectan la competencia de forma menos evidente que las practicas concertadas, por lo que su análisis debe realizarse caso por caso aplicando en cada uno de ellos la "regla de la razón".

Por lo tanto, para el caso de la presente denuncia, la Comisión deberá basar su análisis y resolver tomando en cuenta lo siguiente:

1. Si los denunciados, han hecho abuso de su posición dominante
2. Se deberá determinar, cuáles han sido los beneficios obtenidos
3. Qué tipo de perjuicios se ha ocasionado a los consumidores del servicio de practicaje en el TPC

SOBRE LA DENUNCIA

Como se ha podido apreciar, la denuncia interpuesta es bastante voluminosa pero inconsistente en la forma y el fondo, como vamos a ir exponiendo a continuación:

- 1) **Improcedencia de la Asociación Peruana de Operadores Portuarios por *Falta de legitimidad para obrar activa.***

Como sabemos, en un proceso existe legitimidad para obrar cuando las partes participan de una relación jurídica sustantiva, es decir, aquellas entre las que existe un conflicto de intereses sobre un mismo bien o derecho.

En el presente caso, la Asociación Peruana de Operadores Portuarios es una asociación civil de derecho privado **sin fines de lucro**, sometida a las normas

del Código Civil, no es un agente en el mercado, menos en el mercado relevante del servicio de practicaaje del TPC, materia de la denuncia.

El hecho que uno de sus fines sea promover, asesorar y defender los intereses de sus asociados, no la faculta a sí misma de irrogarse una investidura de "empresa" relacionada con el mercado de servicio de practicaaje. Entonces, al ser una institución que no tiene un interés directo en el mercado y los agentes involucrados en él, carece de legitimidad para obrar activa, debiendo, la Comisión declarar IMPROCEDENTE en este extremo la denuncia interpuesta.

2) Análisis del primer supuesto de infracción: *abuso de posición en la modalidad de celebración de convenios de exclusividad.*

Para tratar este y los demás supuestos denunciados, es necesario empezar determinando si, Pilot Station S.A. ostenta una posición de dominio en el servicio de practicaaje marítimo y si en dicha condición ha hecho abuso de la misma.

Posición de dominio y Abuso de posición de dominio

De acuerdo con el artículo 4° del Decreto legislativo 701, "se entiende que una o varias empresas gozan de posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución."

Como hemos señalado precedentemente, el artículo 5° de la ley señala que existe abuso de posición de dominio en el mercado cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior

actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

De la lectura de las normas citadas podemos observar que, **la existencia de una posición no es ilícita o perjudicial en sí misma**. La ley únicamente prohíbe el abuso de la posición de dominio para la cual debe verificarse:

Una actuación o conducta indebida con la finalidad de obtención de beneficios; y

Que esta actuación cause perjuicios a terceros.

El término "causar perjuicios a otros" debe entenderse como que los perjuicios son causados a los consumidores, entendiéndose para el caso a los **consumidores de los servicios de practicaaje en el TPC**. Si el perjuicio es causado únicamente a los competidores, sin afectar a los consumidores, estamos simplemente ante un daño concurrencial y no ante una situación de abuso de posición de dominio.

Muchas veces, este daño concurrencial trae beneficios a los consumidores. Sin embargo, cuando el perjuicio es a los competidores y a los consumidores estamos frente a un abuso de posición de dominio.¹

En este caso, si bien es cierto que Pilot Station S.A. ostenta una posición de dominio en el mercado del practicaaje marítimo; sin embargo, es falso que dicha empresa haya hecho abuso de dicha posición para impedir la competencia y crear condiciones para que los consumidores de dichos servicios tengan menos opciones y se vean perjudicados al verse forzados a pagar tarifas más elevadas o predatorias.

Como lo demostraremos más adelante, ni se han desarrollado prácticas indebidas con el afán de impedir la competencia, ni se han creado condiciones

¹ Pinkas Flint, Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Lima. Fondo Editorial PUC. 2002. p. 528.

desfavorables para los consumidores. Por el contrario, las actuaciones de Pilot Station S.A. y las demás personas denunciadas, se han orientado a mejorar las condiciones del servicio de practica y, en consecuencia, a brindar servicios más eficientes a los consumidores de los mismos, facilitando la contratación directa de los servicios por quienes son los destinatarios finales de los mismos evitando intermediarios, como es lo deseable en toda actividad económica.

Mercado del servicio del practica marítimo y supuesta afectación al mismo.

¿Quiénes son los consumidores del servicio de practica marítimo? El servicio de practica es realizado por una Administradora de Prácticos o por los prácticos que tienen su licencia y habilitación vigente, conforme a las regulaciones pertinentes. Por otro lado, como se ha mencionado, los consumidores de estos servicios son los navieros, armadores y fletadores que pegan al TPC, no es la Asociación Peruana de Operadores Portuarios ni las personas denunciadas, quienes, al ser también prácticos, son competidores.

Debe señalarse que, las empresas que conforman dicha asociación no sólo carece de representatividad gremial de los operadores portuarios (son sólo 05. de las más de 40 empresas que actúan en el TPC), sino que **son intermediarios para la prestación de los servicios de practica**, por lo cual su existencia misma distorsiona este mercado al impedir un trato directo entre el proveedor del servicio (administradora de prácticos o prácticos) y los consumidores (naves, armadores, fletadores, etc.).

Para analizar si la celebración de contratos de exclusividad con los prácticos de Pilot Station S.A. constituye una modalidad de abuso de posición de dominio, debemos primero, hacer un breve resumen de las condiciones en que los prácticos marítimos brindaban el servicio de practica antes de formar Pilot Station S.A. y después de ello.

Del desarrollo del practica después de su liberalización.

El servicio de practicaaje a nivel nacional, con anterioridad a 1993 era prestado por los prácticos de ENAPU.

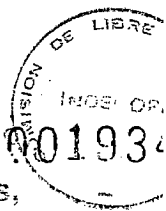
A partir de esto, el servicio de practicaaje se realizaba de manera independiente, otorgando recibos por honorarios profesionales, sin mantener vínculo laboral con alguna empresa en particular. El práctico era convocado para una maniobrar y su labor terminaba al término de la misma.

Dada la informalidad en la prestación de estos servicios, el Puerto del Callao no contaba con ningún práctico de guardia para cubrir las emergencias en las naves mercantes que obligaran mover otra nave. Toda esta informalidad fue aprovechada por los agentes intermediarios, quiénes formaron sus propias empresas administradoras de prácticos, logrando una alta rentabilidad por estas actividades en perjuicio de los prácticos (85% de ganancias por cada ingreso. Así, por ejemplo, en algunos casos, el práctico facturaba por sus servicios el equivalente al 10% de la factura que el agente trasladaba al naviero; en el mejor de los casos, el 25% de la "tarifa histórica", la cual se mantiene hasta ahora).

Como los prácticos realizaban sus actividades de forma independiente y sin coordinación alguna, éstos no contaban con beneficios sociales, vacaciones, seguros contra accidentes, enfermedad; no tenían los equipos necesarios para su trabajo como una estación de comunicaciones, radios, lanchas para su transporte hasta la nave; ni existía un servicio de guardia las 24 horas, etc. Las empresas administradoras de prácticos vinculadas a los agentes marítimos, ni invertían ni se ocupaban de esta situación, por lo que el servicio realmente no correspondía al estándar de calidad esperada y que sí se hallaba en otros puertos del mundo.

Ante toda esta situación, surge la idea de los propios prácticos de constituir su propia empresa para administrar sus servicios. Así, se forma Pilot Station S.A., con el objeto organizar un servicio de calidad que permitiera la negociación directa con los consumidores o usuarios del servicio de practicaaje

(armadores, navieros, etc.). De esta manera, quienes brindaran el servicio efectivo —los prácticos— **recibirían una contraprestación por sus servicios, que correspondiera realmente a las tarifas pagadas por los clientes**.



La formación de esta empresa representó, definitivamente, la mejora de las condiciones laborales y personales de sus integrantes. Así, en la actualidad, los prácticos integrantes de Pilot Station S.A. gozan, entre otros, los siguientes beneficios: sueldo mensual (independientemente del número de maniobras realizadas), beneficios sociales de ley, vacaciones, uniformes, trabajo y descanso necesario (turnos definidos), condiciones de entrenamiento, seguro contra accidentes.

A esto debemos agregar que, la constitución de Pilot Station S.A. no sólo ha representado una mejora de la condición laboral y personal de los prácticos de esta empresa, sino también, **una mejora en las condiciones de prestación del servicio de practicaaje**, en claro beneficio de los consumidores o usuarios del servicio. Esto, gracias a la infraestructura de la empresa: central de comunicaciones, radios, lanchas, camarotes para la guardia de 24 horas, que permite la disponibilidad de prácticos para asistir a las naves en caso de emergencia. Si un práctico goza de todas las condiciones adecuadas, el servicio que preste será brindado también en las condiciones más adecuadas y sin riesgos por falta de entrenamiento o cansancio.

Análisis del caso concreto: los convenios de exclusividad laboral

Haciendo el análisis de los convenios de exclusividad materia de denuncia, diremos que éstos no son ilegales **porque ni impiden ni dificultan la entrada de competidores en el mercado, como se pretende**.

En el presente caso, los convenios fueron celebrados por voluntad propia de los prácticos, quienes no sólo tienen una vinculación laboral sino también son dueños de la empresa Pilot Station S.A., como una forma de asegurarse un puesto de trabajo hasta la edad de 65 años.

¿En qué perjudican estos contratos a los denunciantes? Absolutamente en nada. En un caso extremo, las empresas que forman la Asociación Peruana de Operadores Portuarios son intermediarios, no tienen vinculación directa con los servicios de practicaje, y, por otro lado, las cuatro personas denunciantes son simplemente competidores (prácticos), que no tienen un interés afectado directamente con las condiciones de trabajo que gozan los prácticos de Pilot Station S.A.; inclusive, dos de ellos pertenecía inicialmente a este empresa.

Los referidos contratos no son impedimento para la existencia de nuevos prácticos, de nuevos operadores portuarios, ni nuevas administradoras de prácticos. En efecto, en el mercado -Puerto del Callao- actualmente existen de forma real y operativa, las siguientes empresas administradoras de prácticos:

1. Pilot Station S.A.
2. Portuaria Taylor S.A.C.
3. Representaciones Navieras y Aduaneras S.A.C.
4. Seawell S.A.
5. Servicios de Practicaje Marítimo S.A.
6. Servicios Técnicos Marítimos S.R.Ltda.
7. Trabajos Marítimos S.A. (Tramarsa)
8. Tritón Maritime Services S.A.C. (Trimser)

Conforme se ve, existen otras empresas administradoras de prácticos con los que los consumidores de estos servicios pueden contratar, en los hechos así ocurre. Entonces, es falso que los citados convenios de exclusividad obliguen a los operadores y, mucho menos, a los consumidores de los servicios de practicaje a contratar con Pilot Station S.A..

Es más, los contratos denunciados no impiden siquiera la formación de nuevos prácticos que, si lo desean, puedan trabajar de forma independiente o a cargo de administradoras de prácticos.

Los contratos de exclusividad por sí mismos no son objeto de prohibición sino sólo los que afecten la libre competencia, lo cual no se da en el presente caso.

3) Sobre el segundo supuesto denunciado: *Utilización indebida de procesos administrativos y judiciales con el objeto de obstaculizar las actividades de otras empresas administradoras de prácticos.*

Sobre este asunto, la Comisión ha señalado en el punto 28 de la resolución N° 1, que: *"La doctrina considera como una práctica predatoria la utilización indiscriminada de procedimientos tanto administrativos como judiciales, con la finalidad de someter al virtual competidor a numerosos procesos, que traen consigo el aumento de sus costos, y con ello el encarecimiento de los productos o servicios que brinda, lo que implica, no sólo la imposibilidad de competir abiertamente en el mercado, sino que potencialmente propicia su salida del mismo".*

En realidad, las denuncias y procedimientos contra los prácticos denunciados no se iniciaron a raíz de su separación de Pilot Station S.A., sino que obedece exclusivamente a razones de velar por el interés y los derechos de la empresa, y por una cuestión de seguridad en el servicio de practica, como es el caso de los prácticos Boggiano y Campoverde (porque el otorgamiento de licencias a personas que no cuentan con los requisitos de ley para ello representa un riesgo para la seguridad de las naves y del puerto).

Ahora bien, conforme se ha señalado en la propia resolución de la Comisión, el supuesto denunciado –predación– implica la utilización indiscriminada de procedimientos tanto administrativos como judiciales, con la finalidad de someter al virtual competidor a numerosos procesos, que traen consigo el aumento de sus costos, y con ello el encarecimiento de los productos o servicios que brinda, lo que implica, la imposibilidad de competir abiertamente en el mercado y potencialmente, la salida del mismo.

En el presente caso, no se dan los supuestos mencionados ya que, acciones seguidas contra los prácticos denunciados no tienen como fin el incremento de sus costos y por, consiguiente, de sus servicios. Si algunos de ellos se han visto suspendidos por los procedimientos iniciados, obedece a la obligación de accionar para no ser cómplices o atentar contra la seguridad portuaria que involucra el servicio de practicaaje.

Con los medios probatorios que adjuntaremos oportunamente, demostraremos que estos procesos y denuncias antes mencionadas, tienen sus un sustento jurídico acorde con nuestro ordenamiento legal.

Por todo lo expuesto en este punto, ha quedado demostrado que no se verifica la comisión del supuesto denunciado, debiendo ser resuelto también en este extremo, infundada la denuncia interpuesta.

4) **Sobre el supuesto de: *Negativa injustificada al entrenamiento de nuevos prácticos o la obstrucción de su proceso de entrenamiento, con el objeto de obstaculizar las actividades de otras empresas administradoras de prácticos y restringir el acceso de nuevos prácticos al mercado.***

Es cierto que, algunos prácticos de Pilot Station S.A. se negaron a entrenar a postulantes a prácticos, sin embargo, ES FALSO que se haya debido a causas o razones injustificadas o razones de política de la empresa, como lo veremos a continuación.

En primer lugar, **debe tenerse en cuenta que el entrenamiento de practicaaje es de carácter personal**, vale decir, **sólo los prácticos a título personal pueden efectuar el entrenamiento de postulantes a prácticos**, las empresas administradora de prácticos no están facultados ni los compete realizar estas actividades. Así lo establecen las normas que regulan al respecto. En este sentido, es el propio aspirante a práctico, quien habiendo cumplido los requisitos previos, debe obtener la autorización de la DICAPI y presentarse personalmente ante el práctico instructor a efectos de pedir se le permita participar en calidad de observador, de las maniobras de atraque.

Asimismo, de acuerdo con el literal i) del punto 6, sobre las Funciones, limitaciones y obligaciones de los prácticos (Resolución Directoral N° 0472-2000/DCG), las prácticas de maniobras de aspirantes a prácticos son coordinadas y autorizadas por la Capitanía de Puertos.

En el caso de las negativas de práctica de maniobra señaladas en el cuadro N° 1, página 10 de la resolución, éstas se produjeron por decisión personal de los prácticos involucrados, atendiendo entre otras, a las siguientes razones:

El aspirante a práctico debía presentarse con sus documentos y la debida autorización de la Capitanía de Puertos, lo que no ocurrió; sino que, un empleado de la AGENCIA MARITIMA COSMOS (empresa integrante de la Asociación Peruana de Operadores Portuarios), se presentó ante el práctico de Pilot Station S.A., para pedir que uno de sus aspirantes a práctico lo acompañe en la maniobra, sin que se hallara presente el aspirante y sin presentar ninguna documentación que acreditara que su aspirante contaba con la debida autorización de la autoridad marítima.

Siendo obligación del práctico, observar que se garantice la seguridad de la vida humana en el mar, la seguridad de las naves de carga y de las instalaciones portuarias - numeral 6 inciso e) de la Resolución Directoral 0472-2000/DGC-, éste estaba en todo el derecho de verificar quién le solicita subir a bordo de la nave y bajo qué autorización procede.

Al no tener la seguridad del caso, el práctico se negó a que el aspirante lo acompañe a bordo de la nave.

Otra de las razones que tuvieron los prácticos para negarse a entrenar a los prácticos denunciantes fueron de índole económica, referidas al pago al práctico instructor por las prácticas de maniobra que le enseña al aspirante.

Si bien es cierto que las normas sobre entrenamiento de nuevos prácticos no señalan que el entrenamiento en maniobras deba ser remunerado al

práctico instructor, tampoco señala que no deba serlo, por lo que no habría ningún impedimento legal para hacerlo.

En realidad, resulta lógico que cualquier persona que posee un conocimiento sobre una profesión u oficio, cobre por enseñarlo a otro, sobre todo, si no es el instructor quien por propia voluntad decide transmitir su conocimiento sino, que éste le es requerido por un tercero.

Nadie puede obligar a otro a enseñar gratuitamente los conocimientos que le ha costado adquirir. En este caso, ante la propuesta de remunerar el entrenamiento a los prácticos instructores, los aspirantes se negaron, ante lo cual, los prácticos instructores, se negaron también, razón por demás justificada.

Es más, uno de los prácticos denunciante, Alejandro Chávez Gurmendi, en una oportunidad, también se ha negado a entrenar a un aspirante por cuestiones económicas (adjuntamos, documentación al respecto); por lo tanto, por lo menos esta persona carece de capacidad moral de denunciar estos hechos si considera una conducta indebida.

El exigir el pago de una retribución a cambio de la instrucción en las prácticas de maniobras no es un asunto nuevo ni caprichoso de los prácticos que se negaron a entrenar a los prácticos denunciante. Muchos prácticos celebran contratos de instrucción con aspirantes, en los cuales se establece el pago por cada práctica de maniobra que se realice. Adjuntaremos oportunamente, copia de estos contratos, pertenecientes a otros prácticos, que no pertenecen a Pilot Station S.A..

Finalmente, otra razón justificada para la negativa al entrenamiento denunciada, es el hecho que, quienes pidieron la instrucción de sus prácticos fueron empresas competidoras directas de Pilot Station S.A.

No obstante estas empresas contaban y cuentan con prácticos en capacidad de entrenar a otros, éstas se acercaron a prácticos de Pilot

Station S:A: para que entrenen a aspirantes que obviamente serían empleados por estas empresas de la competencia.



Aún así, es necesario precisar que, la negativa denunciada fue decisión propia y personal de cada uno de los prácticos involucrados, mas no por alguna directiva u orden de la empresa Pilot Station S.A. a este respecto. Esto, conforme consta en las respectivas manifestaciones de los prácticos que se negaron a entrenar, tomadas en la Capitanía de Puerto.

Veámoslo del modo siguiente: Si uno es empleado de una empresa X y es contactado por una empresa B de la competencia, para que "prepare e instruya" a uno de sus empleados, precisamente, en la misma actividad de la empresa para la cual labora, ¿no resultaría lógico que, por una cuestión de ética, el empleado contactado se niegue a entrenar al empleado de su competidor directo? Por supuesto que sí, dado que ello afectaría directamente a la empresa que le da trabajo e indirectamente al mismo empleado.

Es cierto que, existe una carta suscrita por el señor Elisbán Rodríguez en representación de Pilot Station S.A., en la cual se da respuesta a una comunicación de una empresa administradora de prácticos que le requiera el entrenamiento de sus aspirantes, señalando la imposibilidad de hacerlo porque los prácticos de su empresa estaban en una etapa de re entrenamiento.

Es necesario precisar que dicha carta, no debe ser interpretada como una orden o disposición de Pilot Station S.A. para negar el entrenamiento a otros prácticos porque, en principio, las coordinaciones para las prácticas de maniobras deben solicitarlas los aspirantes, personalmente; no se hace entre las empresas administradoras de prácticos. A esto, debemos agregar que, es absolutamente cierto que los prácticos de Pilot Station S.A. estaban siendo re entrenados ya que varios de ellos necesitaban una actualización y que ahora, por el tamaño de las naves, se requiere que sean dos prácticos en vez de uno. Si ya es difícil explicarle la maniobra a una

persona que ya es práctico y conoce, es aún más complicado, tener que explicarle a una persona más, que no es práctico. De ahí que, en procura de la seguridad de la nave, se haya denegado la instrucción a un aspirante porque la presencia de personas adicionales distrae la atención del práctico que realiza la maniobra, lo cual podría finalmente, ser causa de accidentes.

Actualmente, hay aspirantes libres sin vínculo laboral con empresa alguna, que vienen siendo entrenados por prácticos de Pilot Station S.A., sin problema alguno. Esto, porque en estos dos casos, fueron los propios aspirantes quienes se presentaron a hablar con los prácticos y coordinaron sus prácticas de maniobra. Adjuntamos al presente, las actas que acreditan la realización de las prácticas.

De todo lo expuesto en este punto, podemos concluir lo siguiente:

- o La negativa al entrenamiento de los dos prácticos, Víctor Flores Orrego y Eduardo Lozada no se produjo como parte de una estrategia coordinada por Pilot o sus directivos para obstaculizar las actividades de empresas de la competencia.
- o La negativa al entrenamiento de los dos prácticos, Víctor Flores Orrego y Eduardo Lozada fue una decisión absolutamente personal de los prácticos involucrados y por sus propios motivos o razones justificadas.
- o Entre las razones justificadas de los prácticos involucrados, para negarse a entrenar a los dos prácticos, Víctor Flores Orrego y Eduardo Lozada, fueron entre otras: la falta de coordinación directa y personal por parte de los aspirantes a prácticos; la falta de un convenio sobre el costo por la capacitación o entrenamiento; la lealtad moral a la empresa que les brinda el empleo frente al pedido de entrenamiento por parte de una empresa competidora directa.

Las empresas que solicitaron el entrenamiento de sus prácticos bien pudieron y pueden actualmente acudir a otros prácticos (como los suyos propios) a fin de entrenar a sus nuevos aspirantes.

Teniendo en cuenta que las conductas denunciadas, en primer lugar, no provinieron de la empresa Pilot Station S.A. o de algunos de sus directivos en el ejercicio de sus funciones; ni las mismas tuvieron por objeto el obstaculizar las actividades de las otras empresas administradoras de prácticos o restringir el acceso de nuevos prácticos al mercado, no se configura el supuesto prohibido y, por lo tanto, la denuncia debe ser declarada también en este extremo, infundada.

- 5) Sobre el supuesto de: ***Negativa injustificada para la prestación de los servicios de practicaje marítimo a empresas operadoras portuarias, con el propósito de forzar a dichas empresas a aceptar las exigencias comerciales no deseadas por éstas, según el inciso a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.***

*"En general, la negativa voluntaria sin mediar razón alguna, a satisfacer pedidos de bienes y/o servicios constituye un derecho normal de las actividades económicas de una empresa y pueden existir motivos razonables o no en virtud de los cuales una empresa se niegue a atender los requisitos de otra. Sin embargo, cuando una empresa se encuentra en una posición de dominio, sin que existan alternativas viables, no puede negarse a satisfacer las demandas de compra o las ofertas de venta sin una razón justificable que debe acreditar, porque de no hacerlo se considerará un abuso de su posición de dominio e incurrirá en responsabilidad sancionada por el Decreto Legislativo 701."*² (sic).

²Pinkas Flint, Tratado de Defensa de la Libre competencia p. 532.

Como se ha señalado, para incurrir en el supuesto de la norma citada, se requiere: i) que exista una posición de dominio en el mercado; y ii) la conducta de la negación injustificada iii) que la negación cause perjuicios a otros.

En el presente caso, los denunciantes han señalado una serie de hechos que no se ajustan a la verdad ni a los supuestos prohibidos por las normas de la materia.

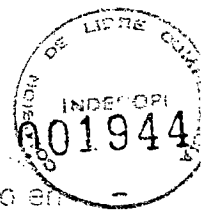
Así, se ha denunciado que la empresa Pilot Station S.A., en nueve (09) oportunidades se habría negado injustificadamente a brindar los servicios de practicaje, no obstante los requerimientos y avisos cursados por las empresas COSMOS y TRAMARSA al respecto.

Los denunciantes han adjuntado varios documentos de protesta, los cuales, a primera impresión indicarían que, efectivamente, se negó el servicio a las naves antes señaladas. Pero, lo que no han adjuntado son las actas donde figuran que, finalmente, las citadas naves sí fueron atendidas con el servicio de practicaje, por prácticos de Pilot Station S.A., documentos que sí se anexan al presente.

Ahora, los protestos presentados por los denunciantes, son verdaderos en el sentido que éstos existen; es decir que fueron realizados ante Dirección General de Capitanías y Guardacostas pero, tales documentos no son prueba de que haya habido una negativa injustificada a prestar los servicios de practicaje que incurra en el supuesto del artículo 5 inciso a) del decreto legislativo 701.

Como se ha señalado líneas arriba, el supuesto de la norma citada requiere tres presupuestos:

- i) que exista una posición de dominio en el mercado;
- ii) la conducta de la negación injustificada;
- iii) que la negación cause perjuicios a otros.



Siendo que realmente, Pilot Station S.A., ostenta una posición de dominio en el mercado, no es necesario analizar el primer supuesto, por lo que pasaremos al análisis de los otros dos.

Análisis del segundo supuesto: la conducta de la negación injustificada.

Entre los documentos presentados en la denuncia figura una carta de fecha 10 de julio de 2001, remitida por Pilot a la empresa TRAMARSA, a propósito de un supuesto requerimiento del servicio de practicaaje, en donde se señalaba lo siguiente: *"Pilot Station S.A. no tiene un acuerdo comercial con su representada por lo que no podríamos atender su requerimiento"*.

Es cierto que Pilot remitió la carta en los términos referidos pero ellos se debió a razones justificadas, como corresponde en estos casos.

Es el caso que, el requerimiento del servicio de practicaaje tiene un procedimiento determinado, el cual aparece detallado en la R/D 0472-2000/DGC. Así, los numerales 7 y 8, inciso c) de la norma referida establecen lo siguiente:

7. Pedido de prácticos

a. Los pedidos de prácticos serán efectuados directamente por los representantes de las naves a una Empresa Administradora de Prácticos según sea el caso, utilizando el formato "A" con copia a la Capitanía de Puerto.

8. a) Son funciones de las empresas administradoras de prácticos:

-Notificar por escrito con 24 horas de anticipación a la Capitanía de Puerto donde se efectuará las labores de practicaaje, anexando la parte de maniobra a realizarse del anexo "C", caso contrario serán sancionados de acuerdo a la tabla de Multas de Capitanía.

El anexo "A" señalado por el numeral 7 -Formato de petición de prácticos- contiene un espacio donde debe colocarse, necesariamente, el nombre de la empresa administradora de prácticos que pide el servicio.



Si de acuerdo con lo señalado en el numeral 8, se debe notificar a la Capitanía de Puertos sobre las labores de practica a realizarse, **con 24 horas de anticipación**, se entiende que el servicio debe solicitarse con la misma anticipación de lo contrario resultaría imposible cumplir con el citado dispositivo.

A esto debemos agregar lo dispuesto en el numeral 6 de las Normas Para los Prácticos Marítimos, inciso k) de la misma resolución directoral que a la letra dice lo siguiente:

k) Los prácticos marítimos deberán encontrarse en el puerto donde van a desarrollar sus actividades con OCHO (08) horas antes de la llegada de las naves a puerto permaneciendo en el área hasta DOS (02) horas después del zarpe de las mismas, registrando su ubicación en la Capitanía de Puerto de la jurisdicción conforme a las indicaciones establecidas por anexo 1.

En el caso de los requerimientos del servicio de practica por parte de las empresas TRAMARSA y COSMOS, éstos se han realizado si cumplir el procedimiento establecido. toda vez que, en algunas oportunidades, ni siquiera se ha identificado claramente la empresa que solicita el servicio y, en otros, el requerimiento del servicio se ha efectuado sin la anticipación correspondiente; todo con el fin de desprestigiar sistemáticamente la eficiencia de los servicios de Pilot Station S.A..

Por ejemplo, en el caso de la nave M/N NEDLLOYD ACAPULCO, la empresa TRAMARSA solicitó el servicio el día 03 de setiembre de 2001 a las 11:30 hrs. (según sello de recepción) para atender la citada nave a las 23.00 hrs. Nótese las horas de anticipación entre el pedido del servicio y la hora para su realización. Siendo que Pilot cuenta con prácticos de guardia para atender emergencias, se aceptó la realización del mismo. Sin embargo, poco antes de la hora fijada para la prestación del servicio, TRAMARSA, vía fax, informa de la CANCELACION DEL SERVICIO. Adjuntamos copia del pedido del servicio como de la cancelación del mismo.

Después de haber cancelado el servicio, maliciosamente, TRAMARSA efectúa el protesto por negativa de servicio.

En el caso de las naves M/N Manzanillo, Tamarugal, Laja, el servicio fue requerido el mismo día, sin respetar las horas de anticipación, por lo que, también en estos casos, las negativas fueron justificadas acorde con la normatividad que rige en esta materia.

En el caso particular de las naves M/N Barcelona, Wilson y Ocean, éstas fueron debidamente atendidas por prácticos de Pilot, conforme consta en las actas de atraque y desatraque que figuran en la Capitanía de Puerto y que en fotocopia adjuntamos al presente para su consideración.

Es más, en el caso de la nave M/N Barcelona, Pilot no era la empresa que debía realizar el servicio de practicaaje sino TRAMARSA. Fue debido a la imposibilidad de que los prácticos de dicha empresa de prestar el servicio que, se requirió a Pilot realizar la atención de la nave el mismo día del pedido.

Hay un hecho que debemos poner en conocimiento de la Comisión y que resulta importante para apreciar la intención de desprestigiar a la empresa Pilot Station S.A. Se trata del pedido del servicio de practicaaje a realizarse a las 5.00 hrs. mediante una comunicación vía fax cursada a las 5.01 hrs. comunicación que no contaba con los datos de identificación de la agencia solicitante y en la cual figuraban los nombres de Daniel Salas, empleado de Tramarsa (Trabajos Marítimos S.A.) y de Eduardo Mauny, empleado de Cosmos Agencia Marítima S.A.

Todos estos hechos ya han sido informados a la DICAPI, como lo demuestra la comunicación de fecha 25 de enero de 2001, remitida a dicha autoridad, cuya fotocopia se adjunta.

Como la Comisión podrá apreciar, ninguno de los servicios señalados por los denunciantes, fueron solicitados con la anticipación debida, lo cual era una

justa razón para ser negados, pues, las maniobras a realizarse son coordinadas previamente y existe una asignación de personal (prácticos) y turnos para cada día. De ahí la razón para que la norma exija el respectivo informe a la Capitanía de Puerto 24 horas antes de la prestación efectiva del servicio.

A esto cabe agregar que, tal como se informó a la Capitanía de Puerto, existían problemas de índole económica entre Pilot Station S.A. y las empresas que denunciaron la negativa de servicios, TRAMARSA y Cosmos. Problemas referidos a la falta de pago oportuno, por servicios de practica ya brindados.

Si de acuerdo a los motivos explicados, sí existían razones justificadas para no brindar el servicio, no se cumple el supuesto analizado de negativa injustificada.

Con relación al tercer supuesto: que la negación cause perjuicios a otros.

Como se demuestra con las actas de las maniobras de atraque y desatraque de las naves señaladas en la denuncia, Pilot brindó de manera efectiva los servicios de practica a las mismas, por lo que no se causó ningún perjuicio a los respectivos navieros, consumidores finales del servicio, por lo que no se configura el supuesto analizado.

En conclusión, de los tres supuestos que necesariamente señala el artículo 5º inciso a) del Decreto legislativo 701, sólo se cumple uno: que Pilot Station S.A. ostenta una posición de dominio en el mercado. Pero, ello por sí mismo no es ilícito, sino el abuso de esa posición de dominio, situación en la que no incurre la empresa denunciada, al no verificarse los otros dos supuestos.

Por lo que, también en este extremo de la denuncia, al no configurarse la conducta sancionada por la norma acotada, la denuncia en este extremo también es infundada.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Amparamos el presente descargo a la denuncia interpuesta, en el artículo 16° del Decreto Legislativo N° 701 - Eliminación de Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia.

III. MEDIOS PROBATORIOS.

Los medios probatorios serán alcanzados durante los próximos 30 días, conforme se señala en el segundo párrafo del artículo 16° del Decreto Legislativo N° 701.

POR TANTO:

A los miembros de la Comisión solicitamos dar por absuelto el traslado de la denuncia interpuesta y, oportunamente, declararla **INFUNDADA**, tomando en cuenta los argumentos expuestos y los medios probatorios aportados.

OTROSÍ DECIMOS: Que, conforme lo señalado en el segundo párrafo del artículo 16° del Decreto Legislativo N° 716, sírvase otorgarnos un plazo de 30 días para aportar todas las pruebas pertinentes que corroboran y sustentan la argumentación de la defensa de nuestros representados.

ANEXOS:

1. Copia de los poderes que acreditan la representación de los denunciados por parte del suscrito.

San Isidro, julio de 2002.

ESTUDIO CASTRO GARCIA
& ASOCIADOS S.A.C.

Hernán E. Castro García
GERENTE GENERAL

Lizbeth R. Esteban Castillo
Abogada
Reg. C.A.L. 29261

INFORME N° 010-2005-INDECOPI/ST-CLC

A : **Miembros de la Comisión de Libre Competencia**

DE : **Hugo Gómez Apac**
Secretario Técnico

Hugo Figari Kahn
Analista Económico

Tommy Deza Sandoval
Asistente Legal

ASUNTO : Denuncia presentada por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra la empresa Pilot Station S.A. y otros por la presunta realización de prácticas anticompetitivas.

FECHA : 18 de febrero de 2005

PREÁMBULO

El presente informe técnico recoge el análisis y evaluación de los medios probatorios recabados en la etapa de instrucción del procedimiento administrativo seguido bajo el Expediente N° 005-2002-CLC (en adelante, el Expediente), relativo a la denuncia presentada por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. y las personas naturales que ejercieron cargos gerenciales y directivos en ésta, por una presunta comisión de prácticas de abuso de posición de dominio en el mercado de practicaje marítimo en el Terminal Portuario del Callao durante el periodo comprendido entre diciembre de 2000 y junio de 2002.

I. ANTECEDENTES**I.1. Los denunciantes**

1. La Asociación Peruana de Operadores Portuarios (en adelante, la APOP) es una persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro que representa en el ámbito nacional a los operadores portuarios. Tiene como objeto social el desarrollo, la promoción y el incremento de las actividades y servicios marítimos, portuarios y del comercio exterior.¹

¹ De acuerdo a la escritura pública del 20 de diciembre de 2000 otorgada ante el Notario del Callao Rafael Rivero Castillo.

2. Los señores Alejandro Chávez Gurmendi (en adelante, el señor Chávez Gurmendi), Jorge Petrozzi Molfino (en adelante, el señor Petrozzi Molfino), Manuel Antonio Lavado Carrillo (en adelante, el señor Lavado Carrillo) y Werner Boggiano Morales (en adelante, el señor Boggiano Morales) son profesionales licenciados para la prestación de servicios de practica en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el TPC).

1.2. Los denunciados

3. Pilot Station S.A. (en adelante, Pilot Station) es una empresa constituida el 17 de abril de 2000, cuyo objeto social es dedicarse a la prestación de servicios de practica marítimo incluyendo las actividades conexas que coadyuven a la realización de sus fines sociales.²
4. Los señores Pedro Gálvez Estremadoyro (en adelante, el señor Gálvez Estremadoyro), Juan Maguiña Bustos, Carlos Gerkes Miranda, Jorge Godier del Aguila, Teófilo Japura Gómez, Manuel Rivadeneyra Cockburn, Jaime Loyola Alvarez, José Zagazeta Martínez, Víctor Tirado Silva (en adelante, el señor Tirado Silva), Luis Loyola Soto (en adelante, el señor Loyola Soto), Manuel Esteban Gerkes Miranda, Mario Ángeles Lloyd, Elisbán Rodríguez Fernández (en adelante, el señor Rodríguez Fernández), Carlos Manuel Negrini Arellano, Luis Miguel Núñez Melgar, Percy Abel Salcedo Zúñiga y Jaime Gino Bettocchi Ibarra son profesionales licenciados para prestar servicios de practica marítimo en el TPC y que han ejercido los cargos de directores y/o gerentes de la empresa denunciada entre enero de 2001 y la presentación de la denuncia.

1.3. La denuncia de la APOP y los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino, Lavado Carrillo y Boggiano Morales: Resolución N° 009-2002-CLC/INDECOPI

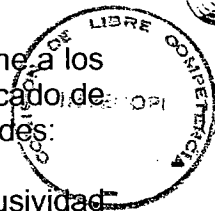
5. El 29 de abril de 2002 la APOP y los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino, Lavado Carrillo y Boggiano Morales interpusieron una denuncia contra la empresa Pilot Station así como contra las personas que integraron sus órganos directivos y gerenciales y/o prestaron sus servicios de practica a través de aquélla³ y la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos (en adelante, ASPEPRAMA).

² De acuerdo a la escritura pública del 17 de abril de 2000 emitida por el Notario del Callao Antonio Vega Erasquin, inscrita en la Partida N° 70208116 del Registro de Personas Jurídicas del Callao.

³ Dichas personas son las siguientes:

- 1) Pedro Gálvez Estremadoyro,
- 2) Luis Adolfo Loyola Soto,
- 3) Mario Ángeles Lloyd,
- 4) Jorge Manuel Godier del Águila,
- 5) Manuel Rivadeneyra Cockburn,
- 6) Jaime Loyola Álvarez,
- 7) Juan Luis Maguiña Bustos,
- 8) Carlos José Gerkes Miranda,
- 9) Manuel Esteban Gerkes Miranda,
- 10) José Fernando Zagazeta Martínez,
- 11) Víctor Manuel Tirado Silva,
- 12) Teófilo Japura Gómez,
- 13) Elisbán Rodríguez Fernández,
- 14) Carlos Manuel Negrini Arellano,
- 15) Luis Miguel Núñez Melgar,

Los denunciantes solicitaron como pretensión principal que se sancione a los denunciados por un presunto abuso de posición de dominio en el mercado de servicios de practicaje marítimo en el TPC, en las siguientes modalidades:



- (i) desarrollo de una estrategia de suscripción de contratos de exclusividad (barreras de acceso),
- (ii) utilización indebida de procesos administrativos y judiciales,
- (iii) utilización indebida de procedimientos regulatorios,
- (iv) negativa injustificada para el entrenamiento de nuevos prácticos y
- (v) negativa injustificada para la prestación de los servicios de practicaje a empresas operadoras portuarias.

Asimismo, como pretensión subordinada los denunciantes solicitaron que se sancione a las personas denunciadas por una supuesta práctica concertada, bajo la apariencia de una sola empresa (Pilot Station), en las siguientes modalidades:

- (i) utilización indebida y concertada de procedimientos administrativos y judiciales,
- (ii) utilización indebida y concertada de procedimientos regulatorios,
- (iii) negativa concertada e injustificada para el entrenamiento de nuevos prácticos,
- (iv) negativa concertada e injustificada para la prestación de los servicios de practicaje marítimo a empresas operadoras portuarias y
- (v) la concertación de condiciones de comercialización en el mercado de servicios de practicaje.

6. El 28 de mayo de 2002 funcionarios de esta Secretaría Técnica sostuvieron una reunión con el Capitán de Puerto del Callao, señor César Pedraz Calderón, a efectos de conocer diversos aspectos relacionados con la preparación y el entrenamiento de prácticos aspirantes a obtener licencia para el TPC.
7. El 29 de mayo de 2002 esta Secretaría Técnica realizó visitas inspectivas a las oficinas de la ASPEPRAMA y de Pilot Station. Durante estas diligencias se recabó diversa información que obra en el expediente; destacando las

- 16) Percy Abel Salcedo Zúñiga,
- 17) Jaime Gino Bettocchi Ibarra,
- 18) Sergio Cruzate La Torre,
- 19) César Guillermo Burga Tello,
- 20) Walter Corvacho Artieda,
- 21) Carlos de la Flor Calle,
- 22) Marco Augusto del Castillo Gálvez,
- 23) Pedro Nicolás Tadeo Gálvez Gaveglío,
- 24) Percy Mario Gfell García,
- 25) Eduardo Gómez Moncada,
- 26) Arnulfo Gómez Ríos,
- 27) Carlos Guzmán Lanfranco,
- 28) Luis Mella Montoya,
- 29) José Perata Quintanilla,
- 30) Luis Raggio Calle, y
- 31) Raúl Julio Zambrano Gonzáles.

entrevistas al presidente de la ASPEPRAMA y al Gerente General de Pilot Station, señores Loyola Soto y Tirado Silva, respectivamente.⁴

8. Mediante Resolución N° 009-2002-CLC/INDECOPI del 28 de junio de 2002 la Comisión admitió a trámite la denuncia en el extremo de abuso de posición de dominio formulada contra la empresa Pilot Station y las personas naturales que ejercieron cargos directivos y gerenciales (hasta la fecha de interposición de la demanda), listadas a continuación:

- Pedro Gálvez Estremadoyro,
- Juan Maguiña Bustos,
- Carlos Gerkes Miranda,
- Jorge Godier del Aguila,
- Teófilo Japura Gómez,
- Manuel Rivadeneyra Cockburn,
- Jaime Loyola Alvarez,
- José Zagazeta Martínez,
- Víctor Tirado Silva,
- Luis Loyola Soto,
- Manuel Esteban Gerkes Miranda,
- Mario Ángeles Lloyd,
- Elisbán Rodríguez Fernández,
- Carlos Manuel Negrini Arellano,
- Luis Miguel Núñez Melgar,
- Percy Abel Salcedo Zúñiga y
- Jaime Gino Bettocchi Ibarra.

Los cargos de abuso de posición de dominio imputados mediante la resolución descrita en el párrafo anterior fueron los siguientes:

- a) celebración de contratos de exclusividad, según lo establecido en el literal f) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701;
- b) prácticas predatorias a través de mecanismos administrativos y judiciales, según lo establecido en el literal f) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.
- c) negativa injustificada de entrenar a nuevos prácticos, según lo establecido en el literal a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.
- d) negativa injustificada de prestar servicios de practicaje marítimo, según lo establecido en el literal a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

Asimismo, la Comisión resolvió:

Segundo: No admitir a trámite la denuncia en el extremo referido al supuesto de abuso de posición de dominio de Pilot Station en la modalidad de utilización indebida de procedimientos regulatorios con el objeto de

⁴ Asimismo se fotocopió diversa documentación de Pilot Station tales como el reglamento interno de trabajo, las comunicaciones emitidas y recibidas, las facturas por el servicio de practicaje, copia electrónica de los archivos contenidos en las computadoras de la Gerencia de Administración y Gerencia de Operaciones, correos electrónicos de la cuenta de la empresa, entre otros.

incrementar las barreras legales de acceso al desarrollo de la actividad de practicaje y los costos de otras empresas administradoras de prácticos.

Tercero: No admitir a trámite la denuncia en ninguna de sus modalidades en contra de la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos.

Cuarto: No admitir a trámite la denuncia en ninguna de sus modalidades en contra de los prácticos que prestan servicios a través de Pilot Station y que no han cumplido funciones de directores o gerentes desde enero de 2001 a la actualidad.

Quinto: No admitir a trámite la pretensión subordinada por supuestas prácticas restrictivas de la libre competencia según lo establecido en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701.

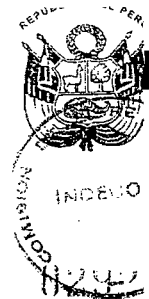
9. La Comisión admitió a trámite la denuncia contra Pilot Station en el extremo de abuso de posición de dominio sobre la base de los indicios contenidos en la propia denuncia y aquéllos recabados en las visitas inspectivas realizadas por esta Secretaría Técnica.

En primer lugar, la Comisión encontró indicios razonables de que el mercado relevante para el presente procedimiento se circunscribía al mercado de prestación de servicios de practicaje en el TPC, en el cual, considerando el marco normativo existente, la estructura del mercado y la participación de la empresa denunciada (86% del total de prácticos y el 78% de participación en el mercado); esta última habría podido actuar con independencia de los consumidores y competidores en la prestación del servicios de practicaje en el TPC.

10. Respecto a las modalidades de abuso de posición, la Comisión señaló lo siguiente, según cada conducta analizada:

a) Contratos de exclusividad

- 10.1 Según los denunciantes, la estrategia desarrollada por Pilot Station consistió en la celebración de contratos de exclusividad con cada práctico por un plazo que se extendía hasta el límite de edad permitido para ejercer actividades de practicaje (65 años). Ello también involucró la incorporación de la totalidad de los prácticos licenciados en el TPC en la estructura societaria de la empresa, mediante la transferencia de cierto número de acciones así como la designación de un alto porcentaje de dichos accionistas como miembros del Directorio (16 de un total de 36).
- 10.2 Sobre el particular, en la visita inspectiva realizada a Pilot Station, la Secretaría Técnica obtuvo copia de los treinta y seis (36) "contratos de trabajo a plazo indefinido" celebrados con cada uno de los prácticos que en diciembre de 2000 representaban la totalidad de la oferta de practicaje marítimo en el TPC.
- 10.3 Según los denunciantes, dichos contratos no incluían una determinación precisa de la compensación a favor de los prácticos firmantes, lo cual evidenciaría la ausencia de transparencia que habría rodeado la negociación



y suscripción de tales contratos. Además los denunciantes han afirmado que a varios prácticos no se les habría entregado copia de los referidos contratos.

10.4 La política de Pilot Station referida a firmar contratos de exclusividad de plazo indefinido habría buscado concentrar el 100% del servicio de practicaje e impedir la contratación de prácticos por parte de otras empresas operadoras, lo cual bloqueaba el acceso de potenciales competidores.

10.5 Finalmente, la Comisión indicó que su intención no era (ni es) cuestionar la licitud o validez de los contratos sino velar porque la celebración de dichos contratos (por un plazo y cantidad determinada) no constituya un obstáculo a la libre concurrencia de nuevos competidores.

b) Predación a través de mecanismos administrativos y judiciales

10.6 Con relación a la utilización indebida de procesos administrativos y judiciales, según la denunciante, Pilot Station habría iniciado diversas acciones legales contra los prácticos que abandonaron el acuerdo de exclusividad y se incorporaron a otras empresas competidoras, con el único fin de obstaculizar el desarrollo de las actividades de estas empresas.

De esta manera, Pilot Station promovió directa o indirectamente el inicio de los siguientes procesos:

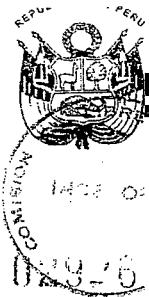
- (i) Acciones penales por los presuntos delitos de fraude en la administración de personas jurídicas (en contra de los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino y Lavado Carrillo)⁵ y contra la fe pública — falsificación de documentos (en contra del señor Boggiano Morales).
- (ii) Una acción de amparo por la presunta “violación a la libertad de contratar” en contra de los señores Chávez Gurmendi y Petrozzi Molfino.
- (iii) Denuncias administrativas ante la Capitanía de Puertos por una supuesta “falsificación de documentos” en contra del señor Boggiano Morales⁶ y por incumplimiento de algunas obligaciones vinculadas con la prestación de los servicios de practicaje en contra del señor Lavado Carrillo⁷.

⁵ Las acciones penales por el delito de fraude en la administración de personas jurídicas promovidas por Pilot Station se sustentaron en la supuesta prestación dolosa de los servicios de practicaje marítimo a favor de las empresas Trabajos Marítimos S.A. y Tritón Maritime Service S.A. a pesar de que los denunciados tenían un vínculo contractual con Pilot Station.

⁶ Denuncia presentada por la ASPEPRAMA.

Según los denunciantes, el señor Boggiano Morales obtuvo la rehabilitación de su licencia con la ayuda de los directivos de Pilot Station, quienes habrían intercedido ante la autoridad marítima para agilizar los trámites respectivos. En ese sentido, agregan, resultaba paradójico que sean los propios directores de Pilot Station los que denuncien ante la Dirección de Capitanías de Puertos que el señor Boggiano Morales habría obtenido su licencia mediante documentación falsa.

⁷ Según los denunciantes, el señor Lavado Carrillo no cumplió con coordinar oportunamente su renuncia a una maniobra de practicaje con una agencia marítima y una empresa administradora de prácticos que habían contratado sus servicios. Asimismo, se le imputó haber ingerido alcohol antes de una maniobra de practicaje.



(iv) Participación directa o indirecta en el inicio del procedimiento seguido de oficio en contra del señor Boggiano Morales y que terminara con la modificación de los términos de la licencia otorgada originalmente a él.

(v) Participación directa o indirecta en el inexplicable retraso en el otorgamiento de la licencia de Práctico Marítimo de Primera al señor Guillermo Campoverde, luego de haber cumplido con los requisitos y procedimientos para su traslado al TPC el 1 de junio de 2001.⁸

10.7 Según los denunciantes, la intención predatoria de las referidas acciones legales quedó evidenciada no sólo por el volumen de éstas sino por su resultado final al ser rechazadas por las autoridades que las conocieron.⁹

10.8 Los denunciantes manifestaron, asimismo, que la doctrina considera como una práctica predatoria la utilización indiscriminada de procedimientos, tanto administrativos como judiciales, con la finalidad de someter al virtual competidor a numerosos y tediosos procesos, que traen consigo el aumento de sus costos y con ello el encarecimiento de los productos o servicios que brinda, lo que implica no sólo la imposibilidad de competir sino que potencialmente puede propiciar su salida del mercado.

10.9 Finalmente, la Comisión consideró que estos hechos constituían indicios razonables de que se habrían utilizado acciones legales como una forma de predación para impedir la competencia de los prácticos que habían renunciado a Pilot Station.

c) Negativa injustificada para el entrenamiento de nuevos prácticos

10.10 Según los denunciantes, el ingreso de nuevos prácticos al TPC —sea por reincorporación, traslado o nueva licencia— requiere de la colaboración de las empresas administradoras de prácticos y de los mismos prácticos en actividad. En efecto, de acuerdo a las normas vigentes al momento de los hechos, los prácticos en actividad tenían el deber de facilitar la realización de “prácticas de maniobras” a favor de los aspirantes. Estas prácticas formaban parte de los requerimientos para la obtención de la licencia de práctico marítimo.

10.11 En ese sentido, a criterio de los denunciantes, Pilot Station no sólo se negó a entrenar a los aspirantes a prácticos marítimos sino que, además, realizó una serie de maniobras con la finalidad de impedir que dichos aspirantes participen como observadores de maniobras de prácticos licenciados y, consecuentemente, evitar la revalidación de sus licencias o su traslado al TPC (estrategia que reforzaría su posición de dominio en el mercado).

10.12 Prueba de la referida negativa estaría dada por la comunicación del 26 de marzo de 2001, suscrita por el Gerente General de Pilot Station, señor

⁸ Las partes denunciantes han remitido copia de escritos, resoluciones y documentación referidas a las denuncias mencionadas.

⁹ Así por ejemplo, las denuncias penales contra los señores Lavado Carrillo y Boggiano Morales por la comisión de los delitos contra el patrimonio —fraude en la administración de personas jurídicas— y contra la fe pública —falsificación de documentos—, respectivamente.

Elisbán Rodríguez, por medio de la cual dicha empresa manifestó que por el momento no podía entrenar prácticos pertenecientes a otras empresas por encontrarse en un proceso de reentrenamiento de sus propios prácticos, el cual culminaría en veintisiete (27) meses.

- 10.13 Asimismo, los prácticos licenciados de Pilot Station se habrían negado reiteradamente a que los aspirantes a prácticos auspiciados por otras empresas observaran sus maniobras. Los denunciantes han presentado información que pretendería acreditar¹⁰ las siguientes negativas listadas en el Cuadro N° 1:

Cuadro N° 1
Negativas de prácticas de maniobra

Fecha de la negativa	Fecha del Protesto	Práctico de Pilot Involucrado	Práctico Afectado	Nave
26.03.01	26.03.01	Mario Angeles Lloyd	Victor Flores Orrego	M/N MAPLE
27.03.01	27.03.01	Pedro Gálvez	Victor Flores Orrego	M/N SWIZERLAND
28.03.01	28.03.01	-	Victor Flores Orrego	M/N CULMBUS MEXICO
29.03.01	30.03.01	Carlos Negrini	Victor Flores Orrego	M/N STOLT KENT
30.03.01	30.03.01	Raúl Zambrano González Eduardo Gómez	Victor Flores Orrego	M/N MARCOPOL
31.03.01	02.04.01	Carlos Mella Montoya	Victor Flores Orrego	M/N CAP DOMINGO
04.04.01	05.04.01	Manuel Rivadeneyra	Eduardo Lozada	M/N ASUKA
21.04.01	23.04.01	Carlos Mella Montoya	Victor Flores Orrego	M/N SENATOR

Fuente: Escrito de Denuncia
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

- 10.14 Con relación a esta práctica, los denunciantes señalaron que si bien existe normativa vigente que sanciona las negativas de los prácticos en ejercicio a preparar a los aspirantes, no existe una regulación sectorial que sancione este tipo de negativas provenientes de una empresa administradora de prácticos, siendo la Comisión la autoridad encargada de sancionar esta práctica anticompetitiva.

- 10.15 En ese sentido, los denunciantes han considerado que en este caso no existe razón alguna para privilegiar la aplicación de la regulación sectorial frente a la regulación de competencia toda vez que los objetivos de ambas normativas son diferentes. En efecto, el Decreto Legislativo 701 busca proteger la libre competencia en los mercados mientras que la normativa de practicaje marítimo procura asegurar la continuidad del servicio y la seguridad en el transporte y las operaciones marítimas.

¹⁰ Mediante protestos informativos dirigidos al Capitán del Puerto del Callao, un acta notarial y resoluciones de la Autoridad Marítima sancionando a los prácticos Mella Montoya y Rivadeneyra Cockburn por sus negativas a preparar aspirantes.

d) Negativa injustificada a la prestación de servicios de practicaaje

10.16 Con relación a este extremo, los denunciantes presentaron información¹¹ que evidenciaría la negativa de Pilot Station a prestar el servicio de practicaaje marítimo a favor de las empresas Trabajos Marítimos S.A. (en lo sucesivo, Tramarsa) y Cosmos Agencia Marítima S.A.C. (en adelante, Cosmos). La única justificación esbozada por la empresa denunciada consistió en una comunicación remitida a Tramarsa el 10 de julio de 2001, por medio de la cual se informó que *"Pilot Station S.A. no tiene un acuerdo comercial con su representada por lo que no podríamos atender su requerimiento"*. Tales negativas se muestran a continuación en el Cuadro N° 2:

Cuadro N° 2
Negativas de Trato

Fecha del Protesto	Agencia Afectada	Nave Involucrada	Fecha de Maniobra
10.07.01	TRAMARSA	Naves Pesqueras	-
04.09.01	TRAMARSA	M/N NEDLLOYD ACAPULCO	03.09.01
19.11.01	TRAMARSA	M/N CSAV MANZANILLO	18.11.01
10.10.01	TRAMARSA	M/N TAMARUGAI	09.12.01
26.12.01	TRAMARSA	M/N BARCELONA	-
26.12.01	COSMOS	M/N WILSON M/N OCEAN	26.12.01
10.01.02	TRAMARSA	M/N LAJA	09.01.02
14.02.02	COSMOS	MV APL CHILE	14.02.02

Fuente: Escrito de Denuncia
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

1.4. Descargos de los denunciados

11 El 22 de julio de 2002 los denunciados presentaron sus descargos¹² argumentando lo siguiente:

- (i) La APOP no debería ser admitida como parte en el presente procedimiento debido a que no es un agente en el mercado de practicaaje. El hecho de que uno de sus fines sea promover, asesorar y defender los intereses de sus asociados, no la faculta a entablar denuncias en nombre de los agentes que representa.
- (ii) Antes de 1993, el servicio de practicaaje a nivel nacional era prestado por los prácticos de la Empresa Nacional de Puertos (en adelante, ENAPU). Posteriormente, el servicio fue desarrollado de manera independiente por los prácticos, quienes otorgaban recibos por honorarios sin mantener vínculo laboral con alguna empresa en

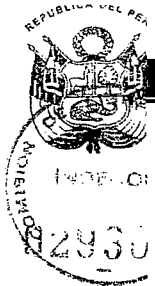
¹¹ Protestos informativos dirigidos al Capitán del Puerto del Callao.

¹² Tanto Pilot Station como las personas naturales investigadas se apersonaron al procedimiento representados por el estudio Castro García & Asociados.

particular. El práctico era convocado para una maniobra y su vínculo acababa al término de ésta.

- (iii) Dada la informalidad en la prestación de estos servicios, el TPC no contaba con prácticos de guardia para cubrir las emergencias que pudieran presentarse. Esta informalidad fue aprovechada por los agentes intermediarios, que formaron sus propias empresas administradoras de prácticos, logrando una alta rentabilidad por estas actividades en perjuicio de los prácticos (85% de ganancias por cada ingreso).
- (iv) Al realizar sus actividades de forma independiente y sin coordinación, los prácticos no contaban con beneficios sociales, vacaciones, seguros contra accidentes o enfermedad, no tenían los equipos necesarios para su trabajo, ni existía un servicio de guardia las 24 horas. Las empresas administradoras de prácticos vinculadas a los agentes marítimos no invertían ni se ocupaban de esta situación, por lo que el servicio realmente no correspondía al estándar de calidad esperado.
- (v) Ante esta situación, surgió la propuesta de los prácticos de constituir su propia empresa (Pilot Station) a fin de administrar sus servicios con calidad, permitiendo la negociación directa con los usuarios del servicio de practicaaje. De esta manera, los prácticos recibirían una contraprestación adecuada por sus servicios en correspondencia a las tarifas reales pagadas por los clientes. Ello redundaría en una mejora del beneficio de los prácticos (sueldo mensual, beneficios sociales, vacaciones, uniformes, descanso), así como de las condiciones de la prestación del servicio de practicaaje (el servicio sería brindado en condiciones más adecuadas y sin riesgos por falta de entrenamiento o cansancio).
- (vi) Con relación a los hechos denunciados, para que se materialice un abuso de posición de dominio se debe presentar lo siguiente: (i) una posición dominante en el mercado, (ii) una conducta indebida, (iii) obtener beneficios, (iv) causar perjuicios a otros y (v) la imposibilidad del resultado sin la posición de dominio.
- (vii) En ese sentido, si bien Pilot Station tenía posición de dominio, no se cumplirían los demás requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio. En particular, el perjuicio a otros debe entenderse como el daño causado a los consumidores. Si sólo se causa perjuicio a los competidores sin afectar a los consumidores se está frente a un daño concurrencial lícito y no frente a una situación de abuso de posición de dominio.

12 Por otro lado, con relación a las modalidades de abuso de posición de dominio sobre las cuales se inició la investigación los denunciados consideraron lo siguiente:



a) Contratos de exclusividad

12.1 Los contratos de exclusividad no son ilegales debido a que no impiden ni dificultan la entrada de competidores en el mercado. Los convenios fueron celebrados por propia voluntad de los prácticos, quienes no sólo tienen una vinculación laboral sino también son accionistas de Pilot Station, como una forma de asegurarse un puesto de trabajo hasta la edad de sesenta y cinco (65) años.

12.2 Dichos contratos no eran impedimentos para la existencia de nuevos prácticos, de nuevos operadores portuarios, ni nuevas administradoras de prácticos. En efecto, en el TPC existían de forma real y operativa, las siguientes empresas administradoras de prácticos:

- (i) Pilot Station
- (ii) Portuaria Taylor S.A.C.
- (iii) Representaciones Navieras y Aduaneras S.A.C.
- (iv) Seawell S.A.
- (v) Servicios de Prácticaje Marítimo S.A.
- (vi) Servicios Técnicos Marítimos S.R.Ltda
- (vii) Tramarsa
- (viii) Tritón Maritime Service S.A. (en lo sucesivo, Trimservice)

12.3 Además, estos contratos tampoco impedían la formación de nuevos prácticos que pudiesen trabajar de forma independiente o en otras empresas administradoras de prácticos. Por ello, indicó que los contratos de exclusividad por sí mismos no son objeto de prohibición sino sólo los que afectan la libre competencia, lo cual no se daría en el presente caso.

b) Utilización de procesos administrativos y judiciales

12.4 Los procedimientos seguidos contra los prácticos denunciante tuvieron por objeto velar por el interés y los derechos de Pilot Station así como por la seguridad en la prestación del servicio de practica (v.g. los procedimientos seguidos contra los prácticos Boggiano Morales y Guillermo Campoverde), toda vez que el otorgamiento de licencias a personas que no cuentan con los requisitos de ley representa un riesgo para la seguridad de las naves y del puerto.

12.5 Las acciones contra los prácticos denunciante no tenían como fin incrementar sus costos de concurrencia en el mercado. Si alguno de ellos había sido suspendido por los procedimientos iniciados, ello obedecía al deber de accionar con el fin de evitar ser cómplices o atentar contra la seguridad portuaria.

c) Negativa injustificada de entrenamiento

12.6 Es cierto que algunos prácticos de Pilot Station se negaron a entrenar a los aspirantes a prácticos; sin embargo, es falso que ello se haya debido a causas o razones injustificadas o a una política de la empresa.



12.7 El entrenamiento de practica es de carácter personal, vale decir, sólo los prácticos pueden efectuar el entrenamiento de aspirantes a prácticos. Las empresas administradoras de prácticos no están facultadas ni les compete realizar esas actividades.

12.8 Las negativas contenidas en el Cuadro N° 1 se produjeron por decisión personal de los prácticos involucrados, sobre la base, entre otros, de los siguientes motivos:



- (i) El aspirante a práctico marítimo vinculado a Cosmos no se presentó con sus documentos respectivos y la autorización necesaria de la Capitanía de Puertos.
- (ii) Existen razones justificantes de la negativa relacionadas con la retribución del práctico instructor por las prácticas de maniobras que haya impartido al aspirante.
- (iii) Quienes solicitaron los entrenamientos de sus prácticos fueron empresas directas competidoras de Pilot Station. Dichas empresas cuentan con prácticos que podrían preparar a sus propios aspirantes. Adicionalmente, resulta lógico que por una cuestión de ética un empleado se niegue a entrenar al empleado de la empresa competidora.
- (iv) Si bien existe una carta suscrita por el señor Rodríguez Fernández (en ese momento, gerente general de Pilot Station), en la cual se daba respuesta a una comunicación de una empresa administradora de prácticos que le requería el entrenamiento de sus aspirantes, señalando la imposibilidad de hacerlo porque los prácticos de Pilot Station estaban en una etapa de reentrenamiento, dicha comunicación no debía ser interpretada como una orden o disposición de la empresa para negar el entrenamiento a otros prácticos, puesto que las coordinaciones para las prácticas de maniobras deben ser tramitadas por los aspirantes personalmente y no entre empresas administradoras de prácticos. Asimismo, era absolutamente cierto que los prácticos de Pilot Station estaban en procesos de reentrenamiento, motivo por el cual se denegó la presencia de otras personas con el propósito de garantizar la seguridad de la nave.
- (v) De otro lado, existen aspirantes sin vínculo laboral con empresa alguna que vienen siendo entrenados por prácticos de Pilot Station.
- (vi) En síntesis, las razones que motivaron que los prácticos licenciados –y no Pilot Station- se negaran a entrenar a los aspirantes fueron las siguientes: (i) la falta de coordinación personal por parte de los aspirantes a prácticos; (ii) la falta de un convenio sobre el precio por la capacitación o entrenamiento; y, (iii) la lealtad moral a la empresa en la cual trabajaban, frente a una empresa competidora que le solicita entrenar a sus prácticos.



d) Negativa injustificada a la prestación de servicios de practicaaje

- 12.9 Los denunciantes han adjuntado varios documentos de protesto, los cuales, en una primera impresión, indicarían que se negó el servicio a las naves señaladas en dichos documentos. Sin embargo, finalmente, las citadas naves sí fueron atendidas por prácticos de Pilot Station.
- 12.10 En el caso de los requerimientos de servicios por parte de Tramarsa y Cosmos, éstos se realizaron sin cumplir el procedimiento establecido toda vez que, en algunas oportunidades, ni siquiera se había identificado claramente a la empresa que solicitaba el servicio y, en otras, el requerimiento del servicio se había efectuado sin la anticipación debida, lo cual se realizó con el único fin de desprestigiar sistemáticamente la eficiencia de los servicios de Pilot Station.
- 12.11 Así por ejemplo, en el caso de la nave M/N Nedlloyd Acapulco, Tramarsa solicitó el servicio a las 11:30 horas para atender a la citada nave a las 23:00 horas, esto es, menos de las 24 horas que establece el reglamento respectivo, pese a lo cual se aceptó dicho requerimiento. Sin embargo, poco antes de la hora fijada Tramarsa canceló vía fax el servicio. Pese a ello, maliciosamente, Tramarsa efectuó el protesto por negativa de servicio.
- 12.12 Asimismo, en el caso de las naves M/N Manzanillo, Tamarrugal y Laja, el servicio fue requerido el mismo día, sin respetar las horas de anticipación, por lo que también en estos casos las negativas fueron justificadas de acuerdo con la normativa que rige esta materia.
- 12.13 Finalmente, en el caso de las naves M/N Barcelona, Wilson y Ocean, éstas fueron debidamente atendidas por Pilot Station conforme consta en las actas de atraque y desatraque que figuraban en la Capitanía de Puerto.
- 12.14 De otro lado, en una oportunidad mediante una comunicación vía fax cursada a las 5:01 horas se solicitó que se realice un servicio de practicaaje a las 5:00 horas, sin que dicha comunicación contara con los datos de identificación de la agencia solicitante, consignándose en su lugar los nombres de Daniel Salas, empleado de Tramarsa, y de Eduardo Mauny, empleado de Cosmos.
- 12.15 En resumen, a lo largo del procedimiento ambas partes han presentado diversos escritos conteniendo argumentos y medios probatorios que sustentan o refuerzan sus respectivas posiciones y/o contradicen las de la parte contraria.

1.5. Periodo de investigación

- 13 Respecto al periodo de investigación para el presente caso cabe señalar que:
- (i) El 8 de enero de 2001, Pilot Station incorporó a la totalidad de prácticos con licencia para el TPC (un total de 36 prácticos) como accionistas de la empresa, asimismo, a partir de dicha fecha, 16 de ellos se convirtieron en directores de la empresa investigada y otros 5 ocuparon cargos gerenciales. Adicionalmente, en esa misma fecha la

ASPEPRAMA comunicó mediante una circular a las agencias marítimas que operaban en el TPC que la totalidad de prácticos licenciados para el TPC prestaría sus servicios a través de Pilot Station¹³.

- (ii) Según modalidades del supuesto abuso de posición de dominio investigadas, las conductas cuestionadas ocurrieron en los siguientes momentos:

(a) Contratos de exclusividad:

La celebración de los contratos de exclusividad con los 35 prácticos licenciados para la prestación de servicios de practicaaje, de acuerdo a la fecha que obra en dichos documentos, se realizó el 15 de diciembre de 2000. Adicionalmente, la Secretaría Técnica encontró durante la visita inspectiva realizada en las oficinas de Pilot Station copia electrónica de treinta y un (31) addendums (cada uno con el nombre de un práctico diferente) a los contratos de exclusividad fijando una penalidad por incumplimiento y fechados 17 de agosto de 2001.

(b) Predación a través de mecanismos administrativos y judiciales:

Pilot Station dio inicio a diversas acciones judiciales y administrativas¹⁴ en contra de los prácticos que decidieron abandonar la empresa para incorporarse a otras de la competencia entre el 9 de mayo y 20 de agosto de 2001.

(c) Negativa injustificada al entrenamiento de nuevos prácticos:

Las negativas injustificadas al entrenamiento de nuevos prácticos por parte de Pilot Station, de acuerdo a los protestos informativos dirigidos al Capitán del Puerto del Callao, un acta notarial y sendas Resoluciones de la Autoridad Marítima presentados por los denunciantes, se realizaron entre el 26 de marzo y 21 de abril de 2001. Adicionalmente se verifica que en el Reglamento Interno de Trabajo de Pilot Station para el año 2001, existen directivas de la empresa a efectos de que sus prácticos no permitan la realización de prácticas de maniobra de aspirantes a prácticos promocionados por empresas competidoras.

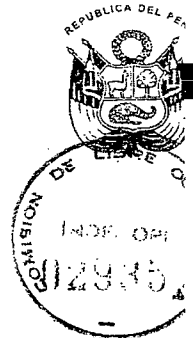
(d) Negativa injustificada a la prestación de servicios de practicaaje:

Las negativas injustificadas a la prestación de servicios de practicaaje por parte de Pilot Station, de acuerdo a los protestos informativos

¹³ Si bien la circular de la ASPEPRAMA en mención comunicó que el servicio de practicaaje sería prestado además de por Pilot Station por otras dos empresas administradoras de prácticos (Seawell S.A. con un práctico y Pratmar S.R.L. con dos prácticos), estas últimas prácticamente no realizaron operaciones después de dicha fecha.

¹⁴ Pilot Station inició acciones penales por supuesto fraude a la administración de personas jurídicas y por un supuesto delito contra la fe pública en la modalidad de falsificación de documentos; acciones de amparo por una supuesta violación de la libertad de contratar; denuncias administrativas por una supuesta falsificación de documentos o por incumplimiento de algunas obligaciones vinculadas con la prestación de los servicios de practicaaje; entre otros.

dirigidos al Capitán del Puerto del Callao por parte de las empresas Tramarsa y Cosmos presentados por los denunciantes, se realizaron entre el 10 de julio de 2001 y 14 de febrero de 2002.



(iii) El 29 de abril de 2002, la APOP y los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino, Lavado Carrillo y Boggiano Morales, interpusieron la denuncia que originó el presente procedimiento.

(iv) Mediante Resolución N° 009-2002-CLC/INDECOPI del 28 de junio de 2002, la Comisión admitió a trámite la denuncia respecto al presunto abuso de posición de dominio de parte de la empresa Pilot Station y de las personas naturales investigadas en el presente procedimiento.

14 De acuerdo a las fechas en que se suceden las conductas denunciadas esta Secretaría Técnica considera que la presente investigación abarca un periodo de tiempo que incluye la fecha de celebración de los contratos de exclusividad que permiten la generación de un monopolio en la prestación de servicios de practica en el TPC, esto es, el 15 de diciembre de 2000, y la fecha de la última acción que se considera parte de las prácticas denunciadas, es decir, la negativa de prestación de servicios de practica del 14 de febrero de 2002. Adicionalmente, esta Secretaría Técnica considera pertinente extender el periodo de investigación hasta la fecha de admisión a trámite de la denuncia toda vez que recién en dicho momento la empresa denunciada tomó conocimiento de la denuncia y pudo haber disciplinado su conducta a futuro.

15 De acuerdo a lo anterior, el periodo de investigación para el presente procedimiento va desde el 15 de diciembre de 2000 al 28 de junio de 2002.

II. CUESTIÓN PROCESAL PREVIA: LA LEGITIMIDAD ACTIVA DE LA APOP

16 Como parte de sus descargos, los denunciados han manifestado que la APOP no debió ser incluida como parte en el presente procedimiento administrativo debido a que no es un agente operador en el mercado de practica, no estando, por ende, facultada a entablar denuncias en nombre de los agentes que representa.

17 Toda persona natural o jurídica tiene el derecho a iniciar procedimientos administrativos relacionados no sólo con sus intereses y derechos directos sino también en defensa de la legalidad y de los principios y valores recogidos en la Constitución que traducen asuntos de interés público^{15,16}. Lo contrario, implicaría negar a los ciudadanos la capacidad de participar en asuntos que puedan afectarles y que, por ello, son de su interés. Permitir, en cambio, su participación en dichos procedimientos, implica otorgarles la posibilidad de actuar activamente en la afirmación y concreción de los principios y valores constitucionales.

¹⁵ Existen acciones no administrativas de interés público que requieren de cierta legitimidad activa, tales como la acción de inconstitucional.

¹⁶ En otras palabras, la referida defensa no sólo recae en los organismos públicos sino también en los administrados.



- 18 En un mercado competitivo la rivalidad entre las empresas genera eficiencias asignativas (menores precios), productivas (minimización de costos de producción) e innovativas (mejor calidad y diversidad de productos). Es por ello que en la mayoría de legislaciones del mundo se justifica la tutela de la libre competencia en atención a que ésta promueve la eficiencia del mercado en beneficio de consumidores y productores.
- 19 En esta línea de pensamiento, la exposición de motivos de la Ley de Defensa de la Competencia española señala que *"la competencia es un instrumento para garantizar una competencia suficiente en el mercado y prestarle protección frente a ataques contrarios al interés público"*¹⁷. Este "interés público" no es otro que el interés en la vigilancia y promoción de la libre competencia, interés que beneficia a la sociedad en su conjunto.
- 20 En el mismo sentido, se ha señalado que:

...las técnicas de protección del mercado están para eso, para fiscalizar, proteger y coadyuvar a que el mercado correspondiente exista y funcione, pero no para proteger individualmente al operador económico que solamente actúa ahí como coadyuvante de la acción pública en la consecución del interés general. Ese interés general no se satisface otorgando reparaciones concretas al perjudicado. No se trata (...) de que la consecuencia del resultado de la acción pública en defensa de la competencia se traduzca en la satisfacción de un interés patrimonial concreto...

No es esa la óptica del derecho de la competencia.

(...)

*La posición del derecho de la competencia es la de la consideración general que para el interés público suponga la lesión de un mercado.*¹⁸

(El subrayado es nuestro).

21. En nuestro país la defensa de la competencia tiene incluso asidero constitucional. En efecto, el artículo 61 de la Constitución Política contiene una valoración positiva de la libre concurrencia en el mercado, señalando que el Estado facilita y vigila la libre competencia. Como principio rector de una economía social de mercado, la competencia representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de una sociedad moderna y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libre iniciativa privada y la libertad de empresa.

Al respecto, el artículo 1 del Decreto Legislativo 701 señala que la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación

¹⁷ CASES PALLARES, Luis. *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 52.

¹⁸ SORIANO GARCÍA, José. *Derecho Público de la Competencia*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 32 y 33.

de servicios tiene por finalidad que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y los consumidores.

En particular, en su artículo 2, el Decreto Legislativo 701 señala que los actos o conductas que constituyan abuso de posición de dominio o que se traduzcan en la realización de prácticas colusorias, generan perjuicios para el interés económico general.

22. En ese sentido, la competencia, entendida como el proceso de libre intercambio de bienes y servicios, es un bien jurídico de interés general. Debe entenderse que la competencia es un bien jurídico de naturaleza colectiva cuya tutela puede ser solicitada por cualquier ciudadano mediante el ejercicio del derecho de petición administrativa para la protección de intereses difusos.
23. Por tal motivo, nuestro ordenamiento jurídico (en particular, el Decreto Legislativo 701) no exige la preexistencia de una relación de competencia y/o consumo directa para que un administrado tenga legitimidad para obrar activa a efectos de iniciar un procedimiento administrativo trilateral - sancionador por infracción a las normas de libre competencia, bastando para ello el derecho de petición en interés general de la colectividad.¹⁹
24. En consecuencia, toda vez que los procedimientos administrativos tramitados ante la agencia de competencia persiguen proteger el interés económico general, la participación de la APOP deviene en legítima.
25. Sin perjuicio de lo arriba señalado, la APOP es una institución sin fines de lucro que tiene por finalidad defender a sus agremiados en todo aquello que se encuentre relacionado con el ejercicio de sus actividades marítimas y portuarias. En este sentido, en la Asamblea General de Asociados del 21 de marzo de 2002 se encomendó a dicha asociación defender los legítimos intereses de sus asociados, Tramarsa y Trimservice, por lo cual se autorizó a los señores Luis Tapia Sabogal y Alvaro Galindo Neumann para que a nombre y en representación de la APOP puedan presentar toda clase de denuncia ante el Indecopi contra la empresa Pilot Station y/o contra sus socios.
26. En conclusión, la APOP cuenta con legitimidad para iniciar y ser parte del presente procedimiento por abuso de posición de dominio contra las personas naturales y jurídica denunciadas, por cuanto nuestro ordenamiento no exige una relación de competencia y/o consumo directa. En todo caso, en el presente procedimiento se observa que los propios afectados con la actuación de Pilot Station, habrían otorgado legitimidad a la APOP a efectos de que ésta interpusiera una denuncia en nombre de ellos.

III. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

27. El presente Informe tiene por objeto determinar:

¹⁹ El derecho de petición en interés general de la colectividad tiene por objeto la protección de un interés difuso, se trata de la defensa de un bien jurídico que beneficia a toda la sociedad.

- a) Si Pilot Station ostentó posición de dominio en el mercado relevante en el periodo en que sucedieron los hechos investigados, según lo establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701.
- b) Si, de ser el caso, contando con posición de dominio, Pilot Station ha abusado de dicha posición en los términos previstos en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, a través de una o más de las siguientes conductas:
- (i) La celebración de contratos de exclusividad.
 - (ii) El inicio de acciones administrativas y judiciales con fines predatorios.
 - (iii) La negativa injustificada de entrenar a aspirantes de prácticos.
 - (iv) La negativa injustificada de prestar el servicio de practicaaje marítimo.
- c) Si, de ser el caso, procede ordenar el pago de costas y costos a favor de los denunciantes.
- d) Si, de ser el caso, procede formular denuncia penal contra las personas naturales investigadas.

IV. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

IV.1. Determinación de la posición de dominio

28. Antes de iniciar el análisis del caso materia de controversia se desarrollará el marco teórico sobre el cual se determinará si la empresa investigada ostenta o no posición de dominio en los términos de las normas de defensa de la libre competencia.

IV.1.1. El proceso competitivo

29. En un mercado competitivo²⁰, basado en la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, las decisiones de cómo, qué y para quién producir se determinan de manera espontánea en función de las decisiones atomizadas de productores²¹ y consumidores²². Dichas decisiones determinan que las

²⁰ Al analizar el comportamiento de los mercados, la teoría económica parte del modelo de competencia perfecta en el que se asume la presencia de muchos productores y consumidores, información perfecta, costos de transacción cercanos o iguales a cero, ausencia de barreras de entrada, entre otros. Si bien resulta difícil encontrar en la realidad mercados en competencia perfecta, debido tanto a factores históricos como a la usual presencia de fallas de mercado (tales como monopolios naturales, asimetrías de información, bienes públicos, externalidades, entre otros), dicho modelo resulta útil para predecir las consecuencias de determinados eventos sobre el bienestar de la sociedad. Las normas de libre competencia tienen como objetivo preservar y promover la tendencia de los mercados a los resultados predichos por el modelo de competencia perfecta.

²¹ Entiéndase por "productores" a aquellos agentes económicos proveedores de productos y/o servicios.

inversiones de los primeros estén dirigidas a obtener la preferencia de los segundos. De esta manera, los productores maximizan sus ganancias ofreciendo en el mercado productos y servicios a precios y calidades que satisfacen la demanda de los consumidores. Por su parte, los consumidores asignan eficientemente sus recursos al consumir productos a precios iguales o inferiores a la disposición a pagar que cada uno de ellos tiene respecto a los mismos y en la calidad y variedad deseada.

30. Como parte del proceso competitivo, las empresas pugnarán por reducir sus costos (eficiencia productiva), incrementar la calidad y diversidad de sus productos o servicios (eficiencia innovativa) y proveer a los consumidores con precios cercanos a sus costos (eficiencia asignativa). Resultado de este proceso las empresas eficientes, con precios bajos y con calidades y variedades que satisfacen a los consumidores, obtendrán las preferencias de éstos permaneciendo en el mercado.
31. En particular, el proceso competitivo determinará que los precios de los productos estén cercanos a sus costos, dado que, de existir una industria cuyas empresas poseen ganancias extraordinarias²³, tal hecho atraerá a nuevas empresas a ingresar al mercado con el objeto de obtener ganancias similares, presionando los precios de la industria a la baja, a través de la competencia. Como parte de este proceso se llegará a un equilibrio competitivo cuando los costos de producción se minimicen y los precios se encuentren cercanos a dichos costos. Como se ha señalado:

En el análisis tradicional de los mercados que realizan los economistas, donde se compran y venden productos, la competencia ocasiona que los precios se reduzcan hasta el costo de producción, incluyendo las ganancias normales. Esto ocurre debido a que si los precios exceden los costos, las inusuales ganancias provenientes de la venta de unidades adicionales motivarían a los competidores a disminuir un poco sus precios con la intención de atraer a los clientes de otros productores. La presión competitiva sobre los precios continuaría hasta que los mismos se equiparen a los costos. Esta tendencia a la igualdad entre precios y costos explica por qué los economistas concluyen que la competencia es eficiente²⁴.

32. En un esquema simple de interacción de oferta y demanda (ver el Gráfico N° 1) se llegaría a un equilibrio competitivo cuando ambas curvas, la curva de oferta²⁵ y la curva de demanda²⁶, formen una intersección. En dicho punto

²² Entiéndase por "consumidores" a aquellos agentes económicos destinatarios finales de productos y/o servicios.

²³ Son ganancias extraordinarias aquellas obtenidas por encima del nivel de ganancias normales que se obtendría en un escenario competitivo.

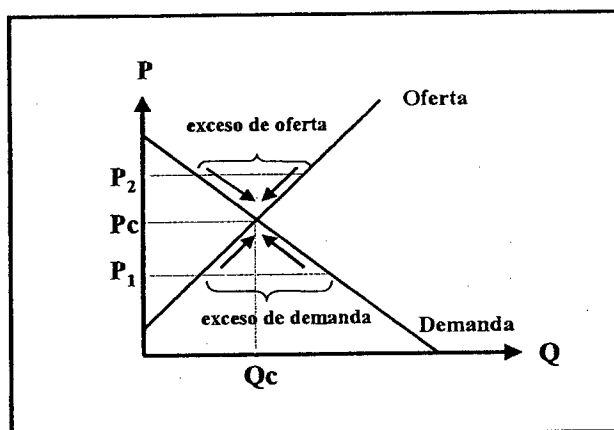
²⁴ BECKER, Gary S. *La naturaleza de la competencia*. Themis – Revista de Derecho, segunda Época. Año XIX, N° 44. Lima, julio - 2002, pág. 56.

²⁵ La curva de oferta muestra la cantidad de un bien que los oferentes de un mercado determinado estarían dispuestos a vender con relación a un determinado precio. La pendiente positiva de la curva de oferta responde a que la cantidad ofertada aumentará al aumentar el precio (relación directa entre precio y cantidad).

la cantidad que desean adquirir los consumidores será exactamente igual a la que desean vender los productores. En dicho punto se encontrarán el precio (eje vertical) y la cantidad (eje horizontal) de equilibrio competitivo (P_c y Q_c respectivamente).

33. Si ocurriese que el precio (P_2) en determinado mercado se sitúa por encima del precio de equilibrio competitivo se produciría un exceso de oferta (o excedente), la acumulación de productos en poder de los ofertantes y la limitada cantidad de demandantes presionará el precio hacia la baja. Si ocurriese que el precio (P_1) en determinado mercado se sitúa por debajo del precio de equilibrio competitivo se producirá un exceso de demanda (o escasez), la pugna de los consumidores por adquirir los bienes o servicios que estarían siendo ofrecidos en una cantidad menor a la demandada presionará el precio hacia el alza. En el equilibrio (P_c , Q_c) competitivo no se presentarán ni excedente ni escasez.

Gráfico N° 1
Equilibrio competitivo



Elaboración: ST-CLC/INDECOPÍ

34. Sin embargo, la conducta de los agentes, la información disponible, los costos de transacción, los incentivos existentes o la propia estructura y/o características del mercado, por lo general ocasionan que el mercado no sea capaz de conducirnos a resultados eficientes (en producción, innovación y asignación), situaciones éstas en las que el derecho privado (a través del derecho de propiedad, los contratos y la responsabilidad civil) resulta insuficiente para alcanzar óptimos sociales, por lo que es necesario que el Estado intervenga con el fin de buscar replicar o promover un resultado cercano a las eficiencias que el mercado proveería en ausencia de tales distorsiones.
35. En efecto, los mercados no son perfectos. Existen situaciones que impiden que la libre interacción entre ofertantes y demandantes logre asignaciones eficientes en términos económicos. Estas situaciones, conocidas como "fallas

²⁶ La curva de demanda muestra la cantidad de un bien que los compradores adquirirían a determinado nivel de precios. La pendiente negativa de la curva de demanda responde a que la cantidad demandada disminuirá al aumentar el precio (relación inversa entre precio y cantidad).

de mercado", son las externalidades²⁷, los bienes públicos²⁸, las asimetrías de información, los monopolios naturales²⁹, entre otros. En general, la intervención del Estado en el mercado podría justificarse a raíz de las "fallas de mercado"³⁰ porque éstas originan que los recursos no se asignen eficientemente, ocasionando que los precios no reflejen adecuadamente los costos sociales de producción de ciertos bienes y servicios.

36. Al igual que los casos antes mencionados, las restricciones monopólicas son también fallas de mercado, las cuales pueden presentarse en la forma de conductas anticompetitivas (abusos de posición dominante y prácticas colusorias) o de estructuras monopólicas (actos de concentración empresarial anticompetitivos). La intervención del Estado frente a las restricciones monopólicas se da a través de las llamadas políticas de competencia.

IV.1.2. La posición de dominio

37. Dentro de la variedad de conductas empresariales que resultan lesivas para la libre competencia se encuentran los abusos de posición de dominio. Para entender qué es abuso de posición de dominio se debe partir de la determinación de qué es una posición de dominio en el mercado.
38. La definición de "posición de dominio" utilizada dentro del marco de la política de competencia de la Unión Europea (en adelante, UE) señala que aquélla se refiere a una posición de fortaleza económica que permite prevenir la competencia mediante el poder de comportarse con relativa independencia

²⁷ Una externalidad es definida como un acto realizado por un agente económico que afecta el conjunto de posibilidades de consumo (externalidad de consumo) o de producción (externalidad de producción) de otros. Quedan excluidos aquellos actos cuyos efectos sobre el conjunto de posibilidades de consumo y producción se transmiten a través del sistema de precios o del mercado. Ante la presencia de externalidades, los costos o beneficios privados de ciertas acciones difieren de los costos o beneficios sociales.

²⁸ Los bienes públicos son bienes que no son suministrados por el mercado y, en caso de que así fuera, la oferta resultaría insuficiente, por lo que el sistema de precios no funciona. Un bien público cumple con las siguientes características:

- (i) No rivalidad en el consumo: cuando la utilización del bien por una persona cualquiera no impide su uso por otras personas, y por lo tanto, más de una persona puede disfrutar a la vez del bien o servicio.
- (ii) No exclusión: cuando es imposible o demasiado costoso excluir del disfrute de un bien o servicio a quienes no paguen por él.

²⁹ Un monopolio se define como natural cuando el costo de abastecer al mercado es mínimo al ser realizado por una única empresa como consecuencia de una característica tecnológica denominada "subaditividad de costos". Se entiende que hay subaditividad de costos cuando en un determinado nivel de producción de un bien o servicio, el costo de producir ese bien o servicio es menor cuando es producido por una sola empresa que por dos o más empresas.

³⁰ Según la literatura legal y económica predominante, la regulación sólo encontraría justificación ante la presencia de dichas fallas. En la realidad, sin embargo, es común apreciar la existencia de regulación atendiendo a criterios distributivos (la regulación laboral), al carácter de "estratégicos" de ciertos sectores (hidrocarburos), entre otros. En otros casos, aun ante la presencia de fallas de mercado no se justifica la regulación, debido a que los beneficios obtenidos de ésta pueden ser menores que los perjuicios causados por las referidas fallas.

respecto de competidores, clientes y, en último término, de consumidores³¹. En particular, la Unión Europea ha definido la posición de dominio en el mercado como:

...la facultad de ejercer una influencia notable sobre el funcionamiento del mercado, y en principio previsible para la empresa dominante. Esta facultad económica de la empresa en posición dominante influye sobre los comportamientos y las decisiones económicas de otras empresas (...). Una empresa que puede desplazar, cuando lo desee, a otras empresas competidoras, ostenta una posición de dominio y puede determinar de manera decisiva el comportamiento de las demás empresas ...³²

39. Por su parte en Estados Unidos de América y Canadá los tribunales manejan conceptos similares denominados "poder de mercado" y "poder monopólico"³³ que hacen referencia a la capacidad de una empresa de controlar los precios del mercado (fijar sus precios por encima del nivel de competencia) o excluir competencia³⁴.

40. De acuerdo a lo establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701:

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

(El subrayado es nuestro)

41. Detrás del concepto de "posición de dominio" se encuentra el concepto económico de "poder de mercado". El poder de mercado está referido a la capacidad de una empresa (o de un conjunto de ellas) de incrementar el precio por encima del nivel de equilibrio competitivo mediante la reducción de su nivel de producción. Dicho incremento de precios sería tal que para la empresa aún le resulta rentable y no le genera una pérdida importante de

³¹ "La Posición Dominante referida en el artículo 86 del Tratado se refiere a una posición de poder económico gozado por una empresa la cual le permite prevenir la competencia efectiva que es mantenida en el mercado relevante afrontándola con el poder de comportarse en un alcance apreciable independientemente de sus competidores, sus clientes y finalmente de los consumidores". Sentencia emitida por la Corte Europea el 13 de febrero de 1979 en el Asunto 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Comisión. Ver también la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Económica Europea. N° C 372, del 9 de setiembre de 1997, págs. 0005- 0013 (en adelante, la Comunicación sobre Mercado de Referencia).

³² Citado en FRAGA DE DOLADO, María Elena. *Abuso de Posición de Dominante*, pág. 2. En: FONT GALAN, Juan Ignacio. *La Libre Competencia en la Comunidad Económica Europea*. Real Colegio de España, Bolonia, 1986.

³³ Un alto grado de poder de mercado.

³⁴ CONRATH. Craig W. *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*. World Bank, Washington, 1995, Sección 5, pág. 2.

consumidores e ingresos, pudiendo por ende obtener para sí ganancias extraordinarias. Dado que el modelo de competencia perfecta prevé el establecimiento de precios a un nivel igual al de los costos marginales, el poder de mercado estará referido a la capacidad de fijar precios por encima de los costos marginales.³⁵



42. Sin embargo, el hecho que una empresa tenga poder de mercado no necesariamente debe ser materia de preocupación desde el punto de vista de las normas de defensa de la libre competencia, toda vez que:

*... el hecho de que exista poder de mercado debe ser distinguido de la cantidad de poder de mercado. Cuando la desviación del precio respecto del costo marginal es mínima, o simplemente refleja algunos costos fijos, no hay razón para preocuparse así la empresa tenga poder de mercado...*³⁶

43. Será una empresa con un alto grado de poder de mercado, esto es, con poder monopolístico, aquella que tenga posición de dominio en el mercado. En efecto, aquel poder monopolístico sería el que le permitirá a una empresa actuar con "prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores", en los términos el artículo 4 del Decreto Legislativo 701.
44. Una manera de medir el poder de mercado de una empresa, es decir, la desviación del precio al nivel de producción maximizador, respecto del costo marginal de la empresa a dicho nivel de producción, es a través del Índice de Lerner³⁷. El índice de Lerner toma la siguiente forma:

$$L_i = \frac{P_i - Cmg_i}{P_i} = \frac{1}{\varepsilon_i^d}$$

45. Donde L_i es el Índice de Lerner para la empresa i ; P_i y Cmg_i son el precio y el costo marginal de la empresa i en el nivel de producción maximizadora de utilidad de la empresa; y, ε_i^d , la elasticidad precio de la demanda de la empresa³⁸. El índice siempre tendrá un valor situado entre cero y uno. Cuando mayor sea el Índice de Lerner mayor será el poder de mercado de la empresa (en un mercado perfectamente competitivo el precio será igual al costo marginal con lo que el Índice de Lerner será igual a 0).
46. El Índice de Lerner también puede obtenerse en función de la cuota de mercado (S_i) de la empresa, la elasticidad de demanda del mercado (ε_m^d) y la

³⁵ LANDES, William M. y Richard A. POSNER. *El poder de mercado en los casos de Libre Competencia*. Ius et Veritas, Año XIII, N° 26. Lima, julio - 2003, pág. 138.

³⁶ Ibídem.

³⁷ Este índice fue ideado por el economista rumano Abba Lerner. Ver: LERNER, Abba. *The concept of monopoly and the measurement of monopoly power*. Review of Economic Studies. N° 1. Junio - 1934, págs. 157-175.

³⁸ Reacción en el consumo de un bien frente al aumento de su precio.



elasticidad de la oferta de las firmas competidoras³⁹ (ϵ_j^s). La ecuación siguiente presenta dichas relaciones:

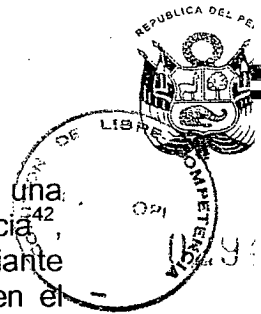
$$L_i = \frac{P_i - Cmg_i}{P_i} = \frac{S_i}{\epsilon_m^d + \epsilon_j^s(1 - S_i)}$$

47. Sin embargo, la información requerida para determinar el poder de mercado mediante el Índice de Lerner (costos marginales, elasticidades, etc.) resulta de difícil cálculo y, en general, se enfrenta la dificultad de la escasez de información estadística para involucrarse en dicho procedimiento.
48. Dadas estas dificultades, al momento de determinar la existencia de posiciones de dominio en un mercado se recurrirá a indicadores alternativos como son, por ejemplo, las participaciones de mercado de las empresas o la existencia de barreras a la entrada a una industria⁴⁰. Dichos y otros indicadores se analizarán posteriormente dentro de la presente sección.
49. Como parte de la obtención de indicadores que permitan realizar la inferencia de la tenencia de poder de mercado o posición de dominio por parte de determinada empresa será necesario partir de la definición del mercado relevante donde dicha empresa se desempeña.
50. La etapa de definición del mercado relevante resulta determinante en toda investigación de supuestos abusos de posición de dominio. En efecto, una definición de mercado amplia podría determinar que se deseché la posibilidad de investigar y sancionar a determinada empresa al concluir que, en el mercado relevante ampliamente definido, no ostenta posición de dominio y, por lo tanto, que no puede abusar de dicha posición. Por el contrario, una definición de mercado relevante estrecha podría determinar la investigación y sanción respecto de determinada empresa que en rigor no es un actor dominante del mercado.
51. La metodología de análisis de casos de supuestos abusos de posiciones dominantes comúnmente utilizada por las agencias de competencia a nivel mundial exige:
- (i) en primer lugar, definir un mercado relevante (de producto o servicio y geográfico);
 - (ii) en segundo lugar, calcular la participación de mercado de la supuesta dominante en el mercado relevante previamente establecido; y,
 - (iii) en tercer lugar, con la contrastación de indicadores varios (tales como los listados en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701), realizar una inferencia acerca de la tenencia de posición de dominio por parte de la empresa investigada.⁴¹

³⁹ Reacción de la cantidad ofrecida por las firmas competidoras ante un aumento del precio de la supuesta dominante.

⁴⁰ SULLIVAN, Thomas E. y Jeffrey L. HARRISON. *Understanding antitrust and its economic implications*. Tercera edición, Matthew Bender & Co., New York, 2000, pág. 28.

⁴¹ Como se aprecia, la definición de mercado relevante resultará importante para determinar si una empresa tiene poder de mercado (y cuánto tiene) sólo por la dificultad existente para medir las



52. Finalmente, cabe señalar que si bien la posición de dominio no es una condición en sí sancionable de acuerdo a las normas de libre competencia⁴², sí dota a la empresa que la ostenta de la capacidad para, mediante determinadas conductas, distorsionar la competencia en el mercado en el que concurre. Más aun, sólo una empresa con un alto poder de mercado será capaz —ella sola— de restringir o excluir la competencia y perjudicar a los consumidores. Esto conduciría a una ineficiente asignación de recursos, que las normas de libre competencia están interesadas en evitar⁴³.
53. A continuación se presentan los aspectos de mayor relevancia para la definición de mercados relevantes.

IV.1.3. Definición de mercado relevante

54. La posición de dominio de un agente económico se define con relación a un determinado mercado geográfico en el cual interactúan la oferta y la demanda de un producto o servicio específico y de sus sustitutos cercanos. La definición de mercado relevante para los casos de libre competencia está referida a la definición del (i) mercado de producto relevante y (ii) el mercado geográfico relevante; ambas dimensiones determinan el mercado relevante sobre el cuál se estimará la tenencia o no de posición de dominio por parte de la empresa investigada.
55. El mercado de producto o servicio relevante incluye todos los bienes o servicios que desde el punto de vista del consumidor o usuario son sustituibles por sus características, precios o usos (bienes o servicios que satisfacen las mismas necesidades en condiciones similares). Por su parte, la delimitación del mercado relevante geográfico considera el área geográfica en donde se encuentran las fuentes o proveedores alternativos a los cuales el comprador o cliente podría acudir bajo las mismas o similares condiciones de mercado. Ambas dimensiones en la determinación de mercados relevantes se analizan en detalle a continuación.

elasticidades de demanda y oferta confiablemente. Si se conociera la elasticidad de demanda que afronta la empresa, se podría medir su poder de mercado directamente mediante la ecuación del Índice de Lerner antes señalada. De similar manera, si mediante la elasticidad de demanda del mercado y la elasticidad de la oferta de las firmas competidoras se podría obtener el Índice de Lerner carecería de importancia si el mercado relevante se ha delimitado amplia o estrechamente. En LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit., págs. 151 y 152.

⁴² Sobre el particular, el Tribunal de la Comisión Europea ha establecido que *"Declarar que una empresa tiene posición dominante no es por sí mismo un reproche sino simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada"*. Ver: *Michelin v. CEE*. Asunto No. 322/81 (1983). Amplia doctrina coincide también con dicho razonamiento. Ver: KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. *La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993*. Ius et Veritas, Año XI, N° 22. Lima, julio - 2001, pág. 229; VISCUSI, Kip, John VERNON y Joseph HARRINGTON. *Economics of regulation and antitrust*. MIT Press, Londres, 1997, pág. 266.

⁴³ Los precios o condiciones que puede llegar a imponer una empresa monopolista o con un alto grado de poder de mercado pueden causar que los consumidores satisfagan sus necesidades a un costo mayor al que lo harían en un mercado competitivo. Esto causa lo que la teoría económica denomina "pérdida de eficiencia social". En POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Segunda edición, The University of Chicago Press, Chicago, 2001, págs. 9 a 14.



IV.1.3.1. Mercado de producto o servicio relevante

56. El producto⁴⁴ relevante debe ser definido a partir del producto ofrecido por la empresa investigada, esto es, el producto demandado por los consumidores supuestamente afectados por un abuso de posición de dominio. En función de dicho producto, el mercado relevante de producto deberá incluir a todos los productos que resulten buenos sustitutos de aquél. Al hablar de buenos sustitutos no necesariamente se hace referencia a productos que tienen que ser idénticos al analizado, sino que deben ser considerados como sustituibles o intercambiables razonablemente, en términos de precio, calidad y otras condiciones, por un número significativo de consumidores a efectos de satisfacer una misma necesidad⁴⁵.
57. De acuerdo a los *Horizontal Merger Guidelines*⁴⁶, elaborados conjuntamente por la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América (en adelante, los *Merger Guidelines*), a efectos de definir el mercado de producto relevante la autoridad de competencia se pregunta a qué otros productos irían los consumidores si se produce un incremento de precios del producto investigado. En tal sentido los *Merger Guidelines* señalan que:

Al determinar si un hipotético monopolista estaría en posición de ejercitar poder de mercado, es necesario evaluar la probable respuesta de los consumidores a un aumento en el precio. Un incremento en el precio puede no resultar rentable si los consumidores optan por consumir otros productos⁴⁷.

(Traducción libre)

58. A efectos de definir el mercado de producto relevante los *Merger Guidelines* sugieren asumir que existe un monopolista⁴⁸ en la venta del producto investigado; posteriormente, se debe preguntar cómo reaccionarían los consumidores ante un "pequeño pero significativo y no-transitorio"⁴⁹ aumento de precios, manteniendo constantes los términos de venta de otros productos. Si, como respuesta a dicho incremento en el precio, las ventas del

⁴⁴ En adelante se hará referencia únicamente a un "mercado de producto", entendiéndose que un análisis similar se desarrollará cuando el mercado en cuestión involucre la prestación de servicios y no esté referido a la producción y/o comercialización de productos.

⁴⁵ CONRATH, Craig W. Op. Cit., Sección 4, págs. 4 y 5.

⁴⁶ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE y FEDERAL TRADE COMMISSION. 1992 *Horizontal Merger Guidelines* (con revisiones a la Sección 4 –Eficiencias– al 8 de abril de 1997). Ver: <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>. (Visitada el 6 de abril de 2004).

⁴⁷ "In determining whether a hypothetical monopolist would be in a position to exercise market power, it is necessary to evaluate the likely demand responses of consumers to a price increase. A price increase could be made unprofitable by consumers either switching to other products". Ibidem.

⁴⁸ El uso de la figura del "hipotético monopolista" responde al hecho de que, para poder determinar el grado de sustituibilidad de un producto respecto a otros, debe evaluarse la reacción de la totalidad de consumidores frente al aumento en el precio de todas las unidades del referido producto.

⁴⁹ Expresión empleada por el término "small but significant and nontransitory" en el texto original.

hipotético monopolista se reducen en medida tal que hacen poco rentable el incremento en el precio, deberá agregarse al mercado relevante todos aquellos productos hacia los cuáles el consumidor desvía sus preferencias⁵⁰.

59. En similar sentido, la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* establece que:

El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.

60. Asimismo, respecto a la determinación de mercados relevantes de producto la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* establece que:

La cuestión que debe resolverse es la de si los clientes de las partes estarían dispuestos a pasar a productos sustitutivos fácilmente disponibles o a proveedores localizados en otro lugar en respuesta a un pequeño (5 % a 10 %) y permanente incremento hipotético de los precios relativos para los productos y zonas considerados. Si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia otros productos sustitutivos ... hasta que el conjunto de productos ... sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos⁵¹.

(El subrayado es nuestro).

61. En el caso peruano, tanto la Comisión como la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (en adelante, el Tribunal) se han pronunciado reiteradamente a favor de definir el mercado relevante en los procedimientos de libre competencia incluyendo aquellos sustitutos razonables del producto ofrecido por el denunciado. Así, por ejemplo, el Tribunal ha afirmado que:

El producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores. Ello implica determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que puede acudir el consumidor o usuario en el corto plazo si el precio del producto o servicio se incrementa en un monto significativo⁵².

(El subrayado es nuestro)

⁵⁰ Es importante advertir que la prueba considera un incremento de precios relativos; es decir, un incremento en el precio del producto en cuestión con relación al precio de todos los otros productos.

⁵¹ *Comunicación sobre Mercado de Referencia*, numeral 17.

⁵² Resolución N° 0078-1999/TDC-INDECOPI del 5 de marzo de 1999, recaída en el procedimiento iniciado por Empresa Editora El Comercio S.A. contra Aero Continente S.A. (Expediente N° 005-97-CLC).

62. El incremento de precios pequeño, pero significativo y no transitorio de acuerdo a los *Merger Guidelines* estaría referido a un incremento de alrededor de 5% por el lapso de un año. Sin embargo, dicho porcentaje tiene únicamente carácter referencial puesto que los propios lineamientos señalan que dependerá de la naturaleza de cada industria el determinar en qué consiste un incremento pequeño, pero significativo y no transitorio. El hecho de que se utilice para efectos del análisis un "pequeño" aumento en el precio hace sentido debido a que, ante un aumento considerable en el precio, cualquier bien experimentará una disminución significativa de su demanda, ello dado que los consumidores sustituirán el bien que venían consumiendo por bienes que en condiciones normales no representarían sustitutos del bien en cuestión.

63. Ahora bien, cabe hacer aquí una salvedad que ha sido ampliamente discutida en el análisis de delimitación de mercados relevantes por parte de las autoridades de competencia. Ésta se refiere a la denominada "falacia del celofán".

La "falacia del celofán" está relacionada a la decisión adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América contra la empresa E.I. du Pont de Nemours & Co., sobre un presunto abuso de posición de dominio en el mercado de papel celofán⁵³. Dicha Corte afirmó que existía un grado razonable de sustitución entre el celofán y diversos materiales de envoltura flexibles (papel, aluminio, láminas de metal, películas flexibles, etc.).

Sin embargo, la Corte no tomó en cuenta que la empresa investigada era un monopolista en la fabricación de papel celofán y, por lo tanto, los niveles de precios vigentes en el mercado eran tan altos que los consumidores incluirían como sustitutos a productos que por características y usos no serían naturales sustitutos del celofán. Mientras más se eleve el precio de un producto resulta lógico que la demanda de éste se tome más elástica⁵⁴. La lección que se extrae de la "falacia del celofán" es que la sustituibilidad debería ser calculada suponiendo un precio competitivo del bien analizado y no ampliando el mercado en función de los altos niveles de precios impuestos por un monopolista.

64. Para el análisis de sustituibilidad entre productos, a efectos de verificar qué productos sustitutos deben ser incluidos en el mercado relevante, la autoridad de competencia podrá utilizar la estimación de elasticidades de demanda y elasticidades cruzadas.

⁵³ Ver: *US v. E.I. du Pont de Nemours & Co.* (351 U.S. 377, 399-400 (1956)).

⁵⁴ En tal sentido Landes y Posner señalan que: "Puede parecer paradójico que el monopolista maximizador de utilidad afronte una demanda elástica sin importar la magnitud de su monopolio. Después de todo, mientras más elástica es la demanda, menor es el poder de mercado de una empresa —¿por qué entonces dicho poder no maximiza utilidades cuando una demanda es inelástica? Es verdad que si una empresa afronta una demanda inelástica elevará el precio, y mientras más inelástica es la demanda que enfrenta, más elevará su precio. Ésta continuará elevando su precio hasta que alcance una región de la curva de demanda donde la demanda es elástica. Tarde o temprano cualquier curva de demanda en el mundo real debe tener una región elástica —de lo contrario, el precio maximizador de utilidad podría crecer hasta el infinito". En LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit., pág. 140, nota 11.

65. La elasticidad de demanda expresa el cambio porcentual en la cantidad demandada de un producto a consecuencia de un cambio en su precio. Si se encuentra una alta elasticidad de demanda (demanda elástica) será probable que el producto analizado tenga, por lo menos, un importante sustituto, aquel al que los consumidores migraran ante el incremento del precio del producto bajo análisis. Caso contrario, una baja elasticidad de demanda (demanda inelástica) denotará la cuasi inexistencia de sustitutos cercanos⁵⁵.
66. Por su parte, la elasticidad cruzada de la demanda mide cuál sería el efecto en la cantidad demandada de un producto ante una variación en el precio de otro, que se intuye es sustituto del primero. Si dos bienes, digamos, "a" y "b", son sustitutos entre sí, un aumento en el precio de "a" debería traer como consecuencia un aumento en la cantidad demandada de "b" (ya que el consumidor comprará menos de "a" y más de "b"). Inversamente, una reducción en el precio de "a" debería causar una reducción en la cantidad demandada de "b" (los consumidores migrarían de "b" hacia "a").⁵⁶
67. Como se señaló anteriormente, es un problema común para las agencias de competencia a nivel mundial y, en particular, para aquellas de países en desarrollo, la realización de estimaciones de elasticidades puesto que se enfrenta a una escasez de información estadística que permita una adecuada utilización de dichas herramientas económicas.
68. En complemento a los criterios cuantitativos para la determinación del mercado de producto relevante, o en su reemplazo, ante la ausencia de información estadística suficiente, la autoridad de competencia deberá analizar aspectos cualitativos como la comparación de las características, usos, aplicaciones y preferencias de los consumidores. Para ello deberá recurrir a la recolección de información de los consumidores y productores a través de entrevistas, encuestas o formularios que den cuenta de la predisposición de los consumidores a modificar sus patrones de consumo ante variaciones pequeñas, significativas y no transitorias del bien que vienen consumiendo.
69. Asimismo, la evolución histórica de los patrones de consumo de la población podrían dar cuenta de la existencia de sustituibilidad entre dos o más productos, si es el caso que se verifica en el pasado que, ante alguna

⁵⁵ "El que un bien tenga una demanda más o menos elástica, depende fundamentalmente de la cantidad y calidad de sustitutos que estén a disposición del consumidor. Si el bien en cuestión tiene muchos sustitutos de precio y calidad semejantes, su demanda tenderá a ser más elástica que otro bien con pocos o ningún sustituto. Así, por ejemplo, a menos que el consumidor tenga una preferencia demasiado marcada por el agua mineral San Antonio, su demanda tenderá a ser elástica, dado que si sube el precio de este producto y las otras aguas minerales no cambian de precio, el consumidor puede reemplazar total o parcialmente el consumo de San Antonio por otros bienes sucedáneos como San Luis, Socosani, San Mateo, Seltz, entre otros. En cambio, la energía eléctrica tiene una demanda inelástica porque los bienes sucedáneos, como las velas, los lamparines a ron o kerosene, la leña, el carbón entre otros, son mucho más caros y de inferior calidad". En FERNÁNDEZ-BACA LLAMOSAS, Jorge. *Microeconomía: teoría y aplicaciones*. Tomo I, Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, Lima, 2000, págs. 217 y 218.

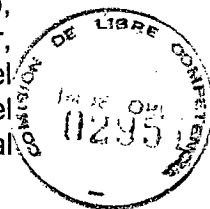
⁵⁶ FERNÁNDEZ-BACA LLAMOSAS, Jorge. *Ibidem*; RUIZ DÍAZ, Gonzalo. *Definición de mercado relevante y políticas de competencia*. *Thémis - Revista de Derecho*, Segunda Época, Año XVII, N° 41. Lima, diciembre de 2000, pág. 298.

variación de las condiciones del mercado, los consumidores viraron su consumo de un bien hacia el consumo de otros bienes (sustitutos).

70. Por otro lado, la presencia o ausencia de una significativa correlación en los movimientos de precios de dos o más productos por un periodo significativo de tiempo podría indicar que dichos productos pertenecen o no, respectivamente, a un mismo mercado de producto. En efecto, dos o más productos sustitutos o intercambiables generalmente presentarán movimientos paralelos en sus precios, dado que de presentarse diferencias considerables en aquéllos los consumidores únicamente adquirirían el producto de menor precio y no el sustituto de aquél, presionando a la baja al precio de éste. Por lo tanto, se debe esperar que productos que pertenecen a un mismo mercado relevante presenten o un mismo precio o un mismo patrón de conducta de aquéllos a lo largo del tiempo⁵⁷.
71. Ahora bien, en el análisis de correlaciones de precios la agencia de competencia deberá descartar que determinados movimientos paralelos de precios, lejos de demostrar la existencia de sustituibilidad entre dos productos, encuentren explicación en correlaciones engañosas, como por ejemplo debido al incremento de precios de un insumo en común y/o la existencia de inflación entre otros, las que no demuestran sustituibilidad entre productos.
72. Adicionalmente, al determinar la sustituibilidad entre dos bienes deberá tomarse en cuenta los costos de cambio (*switching costs*) en los que deberá incurrir el consumidor para sustituir el bien en cuestión. En efecto, aun cuando dos bienes sean funcionalmente sustituibles, la presencia de altos costos de cambio podría impedir que un bien sea sustituido por otro por parte de los consumidores⁵⁸.
73. Si bien es cierto que la principal fuente en la determinación del mercado de producto relevante es la sustitución desde el punto de vista de la demanda, es decir, a la luz de los gustos y preferencias de los consumidores que productos resultan sustituibles o intercambiables, también existe jurisprudencia internacional que señala que resulta posible introducir la sustituibilidad por el lado de la oferta en la determinación del mercado de producto relevante.
74. La sustituibilidad de oferta o sustituibilidad en la producción está referida a la existencia de empresas de otros mercados que sin ser productoras del

⁵⁷ La correlación se puede medir a través del coeficiente de correlación que tomará valores entre -1 y 1 dependiendo si se tiene un movimiento de precios inverso o denota una alta correlación de precios entre dos productos presumiblemente sustitutos.

⁵⁸ Así, Conrath ha señalado que "...a pesar de que dos productos pueden ser funcionalmente intercambiables, es importante evaluar qué extensión de los costos de transacción en los cuales tendrían que incurrir los compradores con el fin de reequipar, reempacar y adaptar su mercadeo, incumplir un contrato de suministro, aprender nuevos procedimientos, etc., son suficientes para dar este cambio en respuesta a un incremento de precio significativo y no transitorio". En CONRATH, Craig W. Op. Cit., Sección 4, pág. 10. Traducción libre del siguiente texto: "notwithstanding that two products may be functionally interchangeable, it is important to asses the extent to which the transaction costs which buyers would have to incur in order to retool, repackaging, adapt their marketing, breach a supply contract, learn new procedures, etc., are likely to be sufficient to render switching unlikely in response to a significant and nontransitory price increase".



producto materia de controversia, con una baja inversión, sin costos significativos y en un corto plazo (dada por ejemplo, su disponibilidad de tecnología o activos productivos) pueden empezar a producirlo y, por lo tanto, deberían ser consideradas como parte del mercado relevante. En particular, al considerar la sustituibilidad en la producción en la determinación del mercado de producto se incluirá dentro de éste tanto al producto del supuesto dominante como aquellos de las empresas que podrían ingresar al mercado con la facilidad antes señalada.

75. De acuerdo a Landes y Posner, la sustituibilidad en la producción puede ejemplificarse de la siguiente manera:

Supongamos que la cuota de mercado de i (empresa cuyo poder de mercado se quiere medir) del producto x es 80%, y que x e y son malos sustitutos en el consumo, pero los productores de y pueden, a un costo bajo, cambiar la producción a x. Por ejemplo, x puede representar edificios residenciales e y edificios comerciales. Los consumidores no pueden sustituir entre ambos, pero las firmas que construyen edificios comerciales tienen los equipos y habilidades necesarias para construir edificios residenciales. Por lo tanto, si la empresa i tratara de elevar el precio de los edificios residenciales sobre el nivel competitivo, los constructores de edificios comerciales sustituirán su producción hacia las construcciones residenciales. Esto hará que el incremento de precio de i sea menos beneficioso.

*(...) el procedimiento apropiado en este caso consiste en redefinir el poder de mercado para incluir tanto la construcción comercial como residencial. Esto arrojará una cuota de mercado por debajo de 80% que será un mejor indicador (aunque no necesariamente exacto) del poder de mercado de i.*⁵⁹

(Las negritas y el subrayado son nuestros).

76. De acuerdo a esta posición, es posible que la sustituibilidad de oferta pueda ser tomada en cuenta al momento de definir el mercado de producto relevante, siempre y cuando sus efectos sean equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de utilidad para el consumidor e inmediatez de la respuesta, lo que requerirá que los productores a ser incluidos en el mercado relevante puedan pasar a fabricar el producto relevante en un plazo muy corto y sin incurrir en costos o riesgos significativos. Por ende, la sustituibilidad de oferta no se tomará en cuenta cuando implique plazos o cantidades de inversión significativos.

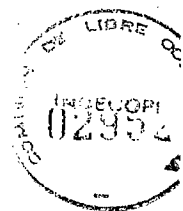
77. En tal sentido, el numeral 20 de la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* establece que:

La sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir mercados en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata. Esto requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en

⁵⁹ LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit., pág. 143.

costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos. (...)

Estas situaciones se producen generalmente cuando las empresas comercializan una amplia gama de calidades o tipos de un mismo producto; aun cuando para un consumidor o un grupo de consumidores finales determinados las distintas calidades no sean sustituibles, estas distintas calidades se agruparán en un mercado de producto siempre que la mayoría de los proveedores puedan ofrecer y vender las diversas calidades inmediatamente y sin incrementos significativos de los costes. En tales casos, el mercado de producto de referencia comprenderá todos los productos sustituibles en la demanda y en la oferta, y para calcular el valor total o el volumen del mercado se adicionarán las ventas de estos productos⁶⁰.



(El subrayado es nuestro).

78. En efecto, la aproximación europea continental al tema refiere la posibilidad de incorporar la sustituibilidad de oferta en la definición de mercado relevante de producto. De acuerdo a la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* cuando las empresas comercializan una amplia gama de calidades o tipos de un mismo producto, aun cuando para un grupo de consumidores esas distintas calidades no sean sustituibles, se agruparán en un único mercado de producto siempre que la mayoría de proveedores puedan ofrecer y vender esas diversas calidades inmediatamente y sin incrementos significativos de costos.
79. Por el contrario, la visión norteamericana señala que dicho análisis se deberá postergar al momento de evaluar el poder de mercado de una empresa, toda vez que la posibilidad de que empresas que no participan del mercado lo puedan hacer a bajo costo si la empresa establecida incrementa sus precios, refleja la existencia de competencia potencial que disciplinaría el comportamiento del establecido, pero ello no modifica el mercado de producto relevante que permanecería siendo el del producto de la establecida y sus sustitutos desde el punto de vista de la demanda.
80. Adicionalmente, cabe resaltar que aun en aquellas economías en donde la agencia de competencia acepta la utilización de la sustituibilidad de la oferta en la definición de mercado de producto relevante, dicha evaluación se

⁶⁰ La propia comunicación ejemplifica meridianamente este razonamiento: "(e)l sector del papel constituye un ejemplo práctico del análisis de la sustituibilidad de la oferta para la definición de un mercado de producto. El papel suele suministrarse en una serie de calidades diferentes, desde el papel de escribir corriente al papel de alta calidad para su utilización, por ejemplo, en la edición de libros de arte. Desde el punto de vista de la demanda, las diferentes calidades de papel no pueden utilizarse para un uso específico, esto es, un libro de arte o una publicación de alta calidad no pueden editarse con papel de baja calidad. Sin embargo, las fábricas de papel pueden producir diferentes calidades, y la producción puede ajustarse a un coste insignificante a corto plazo. Por ello, si no existen dificultades particulares en la distribución, los fabricantes de papel pueden competir respecto de los pedidos de diversas calidades, particularmente si éstos se efectúan con antelación suficiente para permitir modificar los planes de producción. En tales circunstancias, la Comisión no define un mercado distinto para cada calidad de papel y uso respectivo. Las diversas calidades de papel se incluyen en el mercado de referencia y sus ventas se suman para estimar el valor y el volumen total del mercado". *Comunicación sobre Mercado de Referencia*, numeral 22.

realiza con carácter extraordinario⁶¹. En efecto, al ser generalmente menos inmediatos y requerir de mayor información, factores como la sustituibilidad de oferta no se tienen en consideración para la definición del mercado relevante y su análisis se posterga a una fase posterior, una vez que se haya determinado la posición del denunciado en el mercado relevante y dicha posición plantee problemas desde el punto de vista de la competencia⁶².

81. Por lo tanto, la discusión se reduce a en qué momento del análisis se incorporan los efectos de la elasticidad de oferta, si en la determinación del mercado de producto relevante (visión europea) o en la determinación de existencia de poder de mercado (visión norteamericana). En efecto, en todo análisis de posición de dominio o poder de mercado, tarde o temprano, deberá considerarse la posibilidad de que la supuesta capacidad de actuación independiente por parte de una empresa puede ser disciplinada por terceros agentes que ante un incremento de precios ingresen al mercado.
82. Al respecto, Conrath ha señalado que:

Hay una diferencia técnica entre los enfoques norteamericano y europeo de los temas de sustituibilidad de oferta. Ambos la consideran una pregunta importante, pero la consideran en distintas etapas del proceso. Estas diferencias podrían ser significativas en algunos casos, pero normalmente conducirán a que se hallen los mismos factores competitivos, sólo que en un diferente orden.

La definición de mercado europea tiende más a considerar el lado de la oferta al definir el mercado de producto. La definición de mercado norteamericana tiende más a considerar el lado de la oferta al determinar qué firmas están en el mercado⁶³.

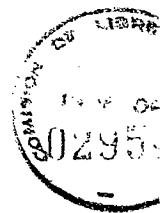
83. En el mismo sentido Hovenkamp señala:

⁶¹ Así, el numeral 13 de la Comunicación sobre Mercado de Referencia señala que: "Desde una perspectiva económica, para la definición de mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios. Una empresa o un grupo de empresas no puede influir de manera significativa en las condiciones de venta reinantes, especialmente en el nivel de precios, si sus clientes pueden adquirir fácilmente productos sustitutivos o recurrir a suministradores situados en otro lugar. Básicamente, para definir un mercado se han de identificar las fuentes alternativas reales de suministro a las que pueden recurrir los clientes de las empresas de que se trate, tanto por lo que se refiere a productos o servicios como a la situación geográfica de los suministradores".

⁶² DÍEZ ESTELLA, Fernando. Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU., pág. 10. Disponible en: <http://www.nebrija.com/fundacion/COnebrija/archivos/articulos/DefinicionMercadoRelevante.pdf>. (Visitada el 24 de marzo de 2003).

⁶³ Traducción libre del siguiente texto: "There is a technical difference between the North American approach and the European approach to supply substitution issues. Both consider it to be an important question, but they consider it at different stages of the process. These differences could have substantive significance in some cases, but normally result in the assesment of the same competitive factors, only in a different order. European market definition is most likely to consider the supply side in defining the product market. North American market definition is most likely to consider the supply side in determining what firms are in the market". En CONRATH, Craig W. Op. Cit., Sección 4, pág. 6.

El análisis de mercados en casos de libre competencia toma en cuenta una alta elasticidad de oferta en dos formas diferentes. En primer lugar, para incluir en el mercado relevante a aquellas firmas capaces de cambiarse fácilmente al mercado de la empresa denunciada en respuesta a un aumento de precios de esta última. En segundo lugar, para definir el mercado más estrechamente, pero a la vez concluyendo que las barreras a la entrada son bajas. Si las elasticidades de oferta son altas en ambos casos, la empresa denunciada no tiene un poder de mercado significativo, por lo que ambas alternativas pueden ser consideradas como intercambiables⁶⁴.



84. En efecto, como se vio anteriormente, el objetivo último de la definición del mercado relevante y el cálculo de la cuota de mercado es determinar la existencia de posición de dominio o poder de mercado de la empresa en cuestión, para ello la evaluación de la elasticidad de oferta, sea en el momento correspondiente a la definición de mercado de producto y/o en el momento de analizar la existencia de competencia potencial resulta necesaria. Por el contrario, el no considerar la elasticidad de oferta en ninguno de los dos momentos mencionados denotaría un defecto en el análisis de existencia de posición de dominio o poder de mercado.
85. De acuerdo a lo descrito y en consonancia con la jurisprudencia internacional, esta Secretaría Técnica privilegiará la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda a efectos de definir los mercados relevantes de producto, salvaguardando la posibilidad de incorporar una evaluación de la sustituibilidad de oferta en ese momento del análisis de manera extraordinaria y si las condiciones particulares del mercado lo requieren.

IV.1.3.2. Mercado geográfico relevante

86. El mercado geográfico relevante estará definido en función del área geográfica en donde se encuentren las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante por parte de los consumidores. Para definir el mercado geográfico relevante es necesario evaluar no sólo las posibilidades o limitaciones que enfrentan los proveedores alternativos para atender al cliente sino también la capacidad que tiene este último de abastecerse de distintos proveedores.
87. El análisis de delimitación del mercado geográfico se centra en determinar cuál es el costo de adquirir en el lugar analizado el producto relevante proveniente de otra área geográfica, de tal manera que dicho producto satisfaga la demanda a niveles competitivos. En suma, determinar cuál es la oferta que satisface las necesidades de los consumidores del producto relevante.

⁶⁴ Traducción libre del siguiente texto: "Antitrust market analysis accounts for high supply elasticity in two different ways. First, it can include in the market definition those firms easily able to switch to the defendant's market in response to principal firm's price increase. Second, it can define the market more narrowly, but conclude that entry barriers are low. If supply elasticities are high under either measure, the defendant's lacks substantial market power, so in this sense the two alternatives can be regarded as interchangeable". En HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. Segunda edición, West Group, Minnesota, 1999, pág. 112

88. De acuerdo a los *Merger Guidelines*, a efectos de definir el mercado geográfico relevante, la autoridad de competencia se preguntará a qué otras fuentes de aprovisionamiento acudirán los consumidores de imponérseles un incremento de precios "pequeño pero significativo y no transitorio" del producto relevante en la zona donde lo venían consumiendo. Aquella zona en donde un "hipotético monopolista" pueda imponer un incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio sin perder un número significativo de consumidores tal que haga no rentable su conducta será el área geográfica relevante. En términos de los *Merger Guidelines*, deberá preguntarse: "¿qué tan lejos irían los consumidores para ahorrar cinco por ciento?"
89. Por otro lado la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* establece que el mercado geográfico se define de la siguiente forma:

El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas.

90. En sentido similar a los *Merger Guidelines*, la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* señala que:

*... si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia [otras] ... zonas hasta que el conjunto de ... zonas geográficas sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos*⁶⁵.

(El subrayado es nuestro).

91. En el caso peruano, el Tribunal ha señalado que analizar el mercado relevante implica:

*...determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que puede acudir el consumidor o usuario en el corto plazo si el precio del producto o servicio se incrementa en un monto significativo*⁶⁶.

(El subrayado es nuestro).

92. En similar sentido, el mismo Tribunal ha señalado que:

...para determinar el mercado relevante debe examinarse las fuentes de aprovisionamiento a las que un comprador puede acudir, teniendo en cuenta cuales son las alternativas reales según el nivel de sustitución entre

⁶⁵ *Comunicación sobre Mercado de Referencia*, numeral 17.

⁶⁶ Resolución N° 0078-1999/TDC-INDECOPI del 5 de marzo de 1999, antes citada (ver nota 65).

productos y considerando los costos de las alternativas que tiene el proveedor⁶⁷.

(El subrayado es nuestro).



93. Como se aprecia, delimitar geográficamente un mercado implica establecer cuál es el área geográfica donde se encuentra la oferta real y potencial que satisface la demanda que los consumidores locales realizan del producto relevante.
94. En particular, el criterio de homogeneidad de condiciones de competencia utilizado por la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* da cuenta de que en un mercado geográfico relevante, donde interactúan ofertantes y demandantes de un mismo producto, todos ellos enfrentarán condiciones de competencia similares y de existir zonas aledañas con diferentes condiciones de mercado probablemente dichas zonas deberán ser excluidas de la delimitación de mercado relevante.
95. Al respecto, un instrumento adecuado para verificar la existencia de zonas geográficas contiguas que, por presentar condiciones similares, podrían ser parte de un mismo mercado relevante, resulta ser el análisis de correlaciones de precios entre distintas zonas. De similar forma que para la delimitación del mercado de producto, una alta correlación de precios del producto relevante en dos zonas distantes podría señalar que ambas zonas participan de un único mercado geográfico relevante.
96. La delimitación del mercado geográfico implica verificar la posibilidad de abastecerse del producto relevante desde otra zona geográfica, para ello se deberá analizar la viabilidad de realizar operaciones de importación desde dicha área. Por lo tanto, si se desea averiguar si el mercado geográfico relevante excede las fronteras de un país se deberá analizar la posibilidad de realizar importaciones del producto relevante desde terceros países. En dicho análisis deberá considerarse la existencia de restricciones al ingreso del producto relevante al país en donde se encuentran los consumidores supuestamente afectados por una práctica abusiva. En particular, deberá tomarse en cuenta las barreras legales al comercio existentes, tales como aranceles, para-aranceles, cuotas de importación, entre otros⁶⁸. En materia de comercio internacional se deberá tomar en cuenta tanto la existencia de barreras legales al comercio como el costo del seguro y los fletes del transporte.
97. Sobre esto último, tanto si se analiza la posibilidad de trasladar el producto relevante desde otros países como si el análisis se refiere al traslado desde una región al interior del propio país, se deberá tener en cuenta los costos de transporte. En efecto, si es el caso que, cuando se produce un incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio a nivel local, los consumidores no tienen otra alternativa que pagar dicho incremento de

⁶⁷ Ver: Resolución N° 117-97-TDC del 5 de mayo de 1997, recaída en el procedimiento iniciado por la empresa Fundición de Metales Bera del Perú S.A. contra la empresa Minsur S.A. (Expediente N° 007-97-CLC).

⁶⁸ RUIZ DÍAZ, Gonzalo. Op. Cit., pág. 302.

precios debido a los altos costos de transporte desde otras zonas, el mercado geográfico relevante no incluirá a dichas zonas diferentes a la local.

98. Los costos de transporte juegan un rol preponderante en el análisis del mercado geográfico relevante en la medida que, cuanto más elevado sea el costo de transporte del producto, desde la zona de origen a la de destino, las posibilidades para el consumidor de abastecerse de un proveedor distinto se ven limitadas o incluso se anulan. Los costos de transporte estarán asociados positivamente a la distancia entre el proveedor y el consumidor, el peso del producto y su grado de perecibilidad, entre otros.
99. Cuando se trata de bienes de escaso precio con relación a su volumen o peso, el costo de transporte tiene una incidencia mayor sobre el valor del producto, delimitándose por lo general mercados geográficos de ámbito más restringido. Por el contrario, cuando se trata de mercancías de un alto precio por unidad de volumen, los mercados geográficos tienden a ser más amplios. Generalmente se asume que, si el precio del producto en un mercado distante al local más los costos de transporte (de llevar el producto desde el área distante hasta el área local) exceden significativamente al precio del producto en el mercado local, entonces el área distante no debe ser incluida como parte del mercado geográfico relevante.
100. Adicionalmente a la baja incidencia de los costos de transporte con respecto a bienes de alto valor, se considera que los consumidores al momento de gastar sus recursos monetarios en bienes de alto valor estarán dispuestos a buscar e identificar dónde realizar su mejor compra entre distintas áreas geográficas, por lo tanto el mercado geográfico en dichos casos tenderá a ser más amplio.
101. Un aspecto importante en la delimitación de mercados geográficos se refiere al análisis del patrón de comportamiento de los flujos comerciales interregionales. Si bien éste es un indicador estático que no muestra cuál podría ser el patrón de comportamiento del flujo futuro de comercio, resulta útil por cuanto permite apreciar la presencia de productos de otras zonas geográficas que develen, de ser significativa dicha presencia, la existencia de competencia proveniente de otras áreas geográficas.
102. Para la medición del patrón comercial basta con considerar al menos dos zonas. Si existe un amplio tráfico comercial entre ambas zonas, entonces dichas zonas deben ser consideradas parte de un mismo mercado geográfico. En este sentido, el origen de las importaciones y el destino de las exportaciones puede ser un indicador útil que delimite el territorio al momento de definir el mercado geográfico relevante.
103. Un *test* de medición del patrón de comportamiento de los flujos comerciales ha sido desarrollado por Elzinga y Hogarty⁶⁹ mediante el uso de dos índices: LIFO (*little in from outside*) y LOFI (*little out from inside*). Según dicho *test*, el mercado geográfico relevante es la zona de menor extensión territorial que satisfaga que un alto porcentaje (90%) del consumo de la zona provenga de

⁶⁹ ELZINGA, Kenneth G. y Thomas F. HOGARTY. *The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits*. Antitrust Bulletin. N° 18 (1973), pág. 45 y ss.



empresas instaladas dentro de ella y un alto porcentaje (90%) de lo producido en dicha zona sea consumido en ella. Esto es, no más del 10% de las ventas son transportadas desde fuera del área y no más del 10% de la producción del área es transportada fuera de la misma.



104. De no cumplirse estas condiciones, el mercado geográfico debe ampliarse a otras áreas hasta que se obtenga un área en la que la demanda sea satisfecha en un alto porcentaje con producción local y, a la vez, esta última sea consumida en un alto porcentaje en dicha área.
105. Pese a constituir una referencia útil, el *test* de Elzynga-Hogarty omite indagar la posible reacción de los consumidores ante un aumento en el precio. Por eso se le ha criticado que:

De la ausencia de comercio entre dos regiones, es erróneo deducir la existencia de dos mercados geográficos. Aun cuando en un lapso prolongado de tiempo, no haya existido comercio entre dichas regiones, es posible que las elasticidades cruzadas entre productos provenientes de éstas sea alta, y que ante aumentos pequeños en precios en alguna de las regiones, el comercio se produzca.⁷⁰

106. De acuerdo a lo anterior y como se ha señalado previamente, el mercado geográfico relevante deberá incluir aquellas zonas en donde se encuentren proveedores alternativos a los cuales sea factible recurrir ante un incremento de precios, a pesar de que en el pasado no hayan realizado ventas en el área local.
107. Por otro lado, la asignación gubernamental de territorios exclusivos o el hecho de que sea una práctica común en determinada industria la segmentación de territorios exclusivos (por ejemplo: en el mercado de bebidas gaseosas, la asignación de distribuidores exclusivos) podría condicionar la definición de mercados geográficos relevantes limitando el área relevante a aquélla donde se superponen diversos territorios otorgados en exclusividad, tanto de manera gubernamental como privada.
108. Adicionalmente, factores tales como las preferencias de los consumidores, la disponibilidad de infraestructura de transporte, la necesidad de inversión en publicidad, costos de cambio (*switching costs*), autorizaciones municipales o regionales, entre otros podrían influir en la delimitación del mercado geográfico relevante.

IV.1.4. Determinación de la posición de dominio

109. Una vez definido el mercado relevante tanto en su ámbito de producto como en el ámbito geográfico, a efectos de estimar una posible posición de dominio o tenencia de poder de mercado por parte de una empresa partícipe del mercado relevante definido, se deberá analizar, en primer lugar, la cuota (o participación) de mercado de dicha empresa. Posteriormente la cuota de mercado de la empresa supuestamente dominante deberá ser contrastada con la existencia de competencia real o potencial que discipline un posible

⁷⁰ RUIZ DÍAZ, Gonzalo. Op. Cit., pág. 302.

ejercicio de poder de mercado. Ambos aspectos se desarrollan a continuación.



110. La primera aproximación a la determinación de la existencia o no de una posición dominante debe provenir de la evaluación de las cuotas de mercado dentro del mercado relevante. Resulta más probable que, por ejemplo, una empresa con 80% del mercado pueda comportarse de manera independiente de competidores, proveedores y consumidores a que dicho comportamiento lo realice una empresa con 20% del mercado. En un mercado con una empresa con 80% de cuota de mercado y dos más pequeñas con 10% cada una, si la primera de ellas implementa prácticas en perjuicio de sus clientes, éstos no tendrán alternativa de virar sus compras a otro proveedor, caso contrario sería si la que implementa dichas prácticas es una de las empresas con sólo 10% del mercado⁷¹.
111. Sin embargo, no hay unanimidad en la literatura económica acerca de una cuota de mercado mínima para considerar a una empresa dominante en el mercado⁷². Una cuota que *a priori* parecería conceder poder de mercado (digamos, 90%) puede no ser determinante si el mercado, por ejemplo, presenta una alta sustituibilidad de oferta o tiene barreras de entrada relativamente bajas. De otro lado, una empresa con una cuota de mercado baja (digamos, 30%) podría tener un poder de mercado significativo si el segmento competitivo que enfrenta está constituido de muchas empresas pequeñas de limitada capacidad o si el mercado presenta altas barreras a la entrada.
112. La evaluación de cuotas de mercado resulta de mayor importancia en mercados con barreras a la entrada y/o condiciones de oferta inflexibles que determinan la imposibilidad del ingreso de nuevos ofertantes y/o el incremento de la producción y ventas de los agentes ya establecidos. Asimismo mientras mayor sea la participación de mercado de una empresa mayor será la confianza en este indicador como evidencia de la existencia de una posición dominante.
113. Las participaciones de mercado, dependiendo de la disponibilidad de la información estadística necesaria y de las características propias de cada mercado, podrán medirse en función de la capacidad productiva de la empresa, el volumen de producción, el volumen de ventas o el valor de estas últimas.
114. Como se ha señalado, la cuota de mercado, aunque importante, no es el único factor determinante de la posición de dominio de una empresa. En

⁷¹ La jurisprudencia internacional ha utilizado el análisis de las participaciones de mercado de los otros competidores y el número de ellos para reforzar la utilización de las participaciones de mercado en la determinación de la existencia de posiciones dominantes. Para mayor detalle, ver los ejemplos citados en el tratamiento de participaciones de mercado en la jurisprudencia europea y americana en: CONRATH, Craig W. Op. Cit., Sección 5, págs. 4 a 6.

⁷² LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit., pág. 141, nota 15; SULLIVAN, Thomas E. y Jeffrey L. HARRISON. Op. Cit., pág. 28.

efecto, concluir la existencia de poder de mercado en base únicamente a la cuota de mercado puede ser engañoso.⁷³

115. Al respecto, la autoridad de competencia deberá evaluar la cuota de mercado de la supuesta empresa dominante a la luz de la posibilidad de que su comportamiento sea disciplinado competitivamente por terceras empresas, ya sea por (i) aquellas que representan el segmento competitivo⁷⁴, (ii) aquellas que virarían su producción hacia el producto relevante (sustituibilidad por el lado de la oferta) u (iii) otras que decidan ingresar al mercado.
116. En efecto, un factor que debe tomarse en cuenta al momento de interpretar la cuota de mercado de una empresa, a efectos de determinar si ostenta posición de dominio, es la presencia de competencia potencial. De acuerdo a la Comisión Europea, se considera como competencia potencial a aquellas empresas que ante una aumento pequeño y permanente de los precios serían capaces y posiblemente realizarían las inversiones suplementarias o los gastos de adaptación necesarios para entrar al mercado relevante.
117. La competencia potencial está representada tanto por agentes económicos que, ante un aumento en el precio, se ven incentivados a entrar al mercado ("potenciales entrantes"), como por aquellas empresas que, estando en mercados relacionados, pueden cambiarse a producir el producto relevante a bajo costo (sustituibilidad en la producción).⁷⁵

118. A continuación se desarrollan cada uno de los supuestos mencionados:

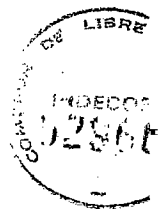
(i) Competencia del segmento competitivo

119. El segmento competitivo del mercado podría disciplinar el comportamiento de una empresa que ostente una alta cuota de mercado de tal manera que determine la ausencia de posición de dominio por parte de ésta.
120. Nos explicamos, si las empresas partícipes del mercado que tienen una cuota de mercado reducida poseen, al mismo tiempo, una alta capacidad instalada ociosa estarán en capacidad de responder competitivamente a incrementos de precios de la supuesta empresa dominante. Por lo tanto, esta última no podrá elevar su precio puesto que si lo hiciese las empresas del segmento competitivo podrán hacer uso de su capacidad instalada y captar a

⁷³ LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit., pág. 143. En la misma línea de pensamiento, Sullivan y Harrison sostienen que "la cuota de mercado es sólo uno de los factores del poder de mercado". SULLIVAN, Thomas E. y Jeffrey L. HARRISON. Loc cit.

⁷⁴ Ibídem, pág. 141. Utilizamos el término "segmento competitivo" para referirnos al conjunto de empresas que, sin tener poder de mercado significativo, compiten contra una o más empresas con mayor poder de mercado.

⁷⁵ La diferencia entre ambos tipos de empresas sería que en el segundo de los casos, las empresas ya no tendrían que asumir los "costos hundidos" en los que debe incurrirse para entrar en un mercado. El concepto de costo hundido alude a un costo que, por definición, es irre recuperable. Una tecnología muy particular, por ejemplo, puede ser irre recuperable ya que no puede utilizarse en otra industria. En cambio, un terreno puede ser de utilidad para otros propósitos, de manera que la pérdida, en caso la incursión en un mercado sea fallida, no resultará igual al total del costo en el que originalmente se incurrió.



aquellos consumidores que no estén dispuestos a pagar el incremento de precios de la supuesta dominante, con lo que ésta no ostentaría poder de mercado. Lo anterior reflejaría la existencia de una alta elasticidad de oferta del segmento competitivo que, a su vez, determinaría una alta elasticidad de demanda de la empresa y, por lo tanto, un bajo o nulo poder de mercado.

121. Si los competidores de la empresa denunciada son capaces de expandir su producción como respuesta a un precio alto, podrán satisfacer la demanda de los consumidores que opten por cambiarse de proveedor y, en consecuencia, el poder de mercado de la supuesta dominante será menor al que su cuota de mercado pueda aparentar⁷⁶.

(ii) Sustituibilidad por el lado de la oferta

122. La existencia de empresas de otros mercados que sin ser productoras del producto relevante con una baja inversión y en un corto plazo (dada por ejemplo, su disponibilidad de tecnología o activos productivos) pueden empezar a producirlo, resultará también una fuente que discipline el poder de mercado de una empresa con una alta cuota de mercado.

(iii) Entrada de un nuevo competidor

123. Si la entrada de un nuevo competidor al mercado es relativamente fácil, una alta cuota de mercado por parte de una empresa presuntamente dominante no resultará determinante para concluir la tenencia de posición de dominio por parte de ella. En efecto, si dicha empresa dispone la elevación de sus precios producirá inmediatamente el ingreso de nuevas empresas al mercado. En este caso una alta cuota de mercado será un pobre indicador de la tenencia de posición de dominio.
124. Al respecto, la "teoría de los mercados contestables"⁷⁷ señala que en un mercado donde no existen ni barreras a la entrada ni a la salida sustanciales, las empresas establecidas no incrementarán significativamente sus precios, ya que la existencia de competencia potencial limitará su poder de mercado. De acuerdo a la mencionada teoría, cualquier aumento del precio sobre el costo marginal es una "irresistible oportunidad de entrada" al mercado. Aquellas empresas que ante un aumento en el precio por parte de una firma supuestamente dominante son capaces y están dispuestas a entrar en el mercado en cuestión son las denominadas "potenciales entrantes", éstas deben ser tomadas en cuenta al analizar la posición de dominio de la empresa investigada.
125. En tal sentido un elemento importante a analizar como parte de la evaluación de la tenencia de posición de dominio por parte de una empresa, es la presencia o ausencia de barreras a la entrada para el ingreso de nuevos competidores al mercado. Las barreras a la entrada⁷⁸ son factores que

⁷⁶ LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit., pág. 144.

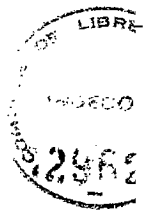
⁷⁷ BAUMOL, William J. *Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure*. American Economic Review, Vol. 72, N° 1, marzo - 1982, págs. 4-5.

⁷⁸ Se suele utilizar el término "barrera a la entrada" para denominar a cualquier obstáculo que debe enfrentar un entrante para lograr ingresar al mercado. Stigler nos ofrece una definición más precisa al

impiden o disuaden a las empresas nuevas de entrar en una industria, incluso cuando las empresas establecidas registran utilidades. Las barreras a la entrada pueden ser entendidas como aquellos factores que impiden o dificultan a las empresas nuevas ingresar a un determinado mercado.

126. Las barreras a la entrada pueden ser estructurales (económicas o legales) o estratégicas, dependiendo de si están o no relacionadas a acciones directas de la empresa establecida, respectivamente.
127. Las barreras económicas se relacionan a las ventajas absolutas en costos, la presencia de economías de escala y de ámbito significativos, las características de la tecnología requerida, la existencia de facilidades esenciales y los costos hundidos o irrecuperables en que debe incurrir una empresa para ingresar a una industria.
128. Las barreras legales y/o administrativas se refieren a políticas públicas o regulaciones estatales que interfieren de manera directa en la entrada o permanencia de los agentes participantes en el mercado.
129. Las barreras estratégicas o de conducta se refieren a comportamientos empresariales que restringen o disuaden a las empresas a entrar en la industria. Las empresas establecidas pueden llevar a cabo diversas prácticas con el objetivo de influir negativamente sobre los beneficios esperados del o los entrantes. El éxito de dichas prácticas dependerá, entre otros aspectos, de que las amenazas resulten creíbles para la empresa entrante así como de que puedan mantenerse en el tiempo sin que existan prácticas alternativas más convenientes para la empresa establecida. Estas prácticas pueden estar orientadas a la reducción o eliminación de los beneficios esperados de la empresa entrante o a elevar los costos de entrada u operación en el mercado. Son ejemplos de barreras estratégicas: los precios límite, la sobre-inversión en capacidad, la diferenciación de productos, los subsidios cruzados, la integración y restricciones verticales, el incremento de los costos de los rivales, los precios predatorios, etc.
130. En cualquier caso las barreras a la entrada deben ser evaluadas en términos del costo y del tiempo relativo que tomará a las empresas el entrar al mercado, y en función a la probabilidad de que las firmas estén dispuestas a correr con el costo y riesgo que ello implica.
131. En caso el mercado en cuestión sea uno con barreras de entrada relativamente bajas, incluso una empresa con una alta cuota de mercado podría no gozar de un poder de mercado sustancial. Esto porque ante un aumento del precio, será fácil que nuevos competidores ingresen al mercado. Viceversa, inclusive una empresa con una relativa baja cuota de mercado podría gozar de un sustancial poder de mercado si las barreras de ingreso son muy altas.

señalar que una barrera de entrada es *"una condición que impone a los entrantes costos de producción de largo plazo más altos que los soportados por las empresas que ya están en el mercado"*. Así, las barreras a la entrada surgen de la existencia de diferenciales de costos entre las empresas establecidas y las entrantes. Ver: STIGLER, George J. *Barriers to entry, economies of scale and firm size*. Citado por: POSNER, Richard A. Op. Cit., pág. 74.



132. Respecto a la contrastación de las cuotas de mercado con otros factores, Landes y Posner⁷⁹ proponen la "corrección" de las cuotas de mercado encontradas mediante la incorporación de criterios que considerasen en el cálculo de aquéllas la sustituibilidad por el lado de la demanda y de la oferta. En el Cuadro N° 3 a continuación se presentan algunas de dichas propuestas:

Cuadro N° 3
Algunas "correcciones" a la estimación de cuota de mercado

Condiciones de mercado	Existen sustitutos cercanos	Existen empresas competidoras que pueden incrementar sus niveles de producción fácilmente	Existen empresas que sin participar del mercado podrían hacerlo a muy bajo costo	Existe la posibilidad de ingreso de nuevos competidores
Carácter económico	Alta elasticidad de demanda	Alta elasticidad de demanda del mercado o alta elasticidad de oferta del segmento competitivo	Alta elasticidad de oferta	Alta elasticidad de oferta
"Corrección"	Incluir a esos sustitutos como parte del mercado relevante	Incluir en el cálculo de cuotas de mercado la capacidad de las empresas del segmento competitivo	Incluir en el cálculo de cuotas de mercado la producción de las empresas que podrían participar del mercado	No es fácil de ajustar. Podría buscarse evidencia de ingreso reciente y significativo

Fuente: LANDES, William M. y Richard A. POSNER. *El poder de mercado en casos de libre competencia*.
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

133. La inclusión como parte del mercado de sustitutos cercanos es una práctica común en la metodología de definición de mercados de producto, utilizada ampliamente por las agencias de competencia a nivel mundial.
134. Asimismo, la existencia de una alta elasticidad de oferta podría ser utilizada para incluir en el cálculo de cuotas de mercado la producción y/o la capacidad de producción de otras empresas⁸⁰. De esta manera la cuota de mercado sería un mejor indicador de la existencia de posición de dominio o poder de mercado.

⁷⁹ LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit.

⁸⁰ Así, por ejemplo, Sullivan y Harrison han señalado que: "Podría haber firmas que produzcan bienes que no sean sustitutos razonables, pero que empleen mano de obra y capital que fácilmente pueda ser adaptado para producir el mismo bien que la empresa denunciada. Si es así, la elasticidad de oferta con respecto a dichas firmas puede ser lo suficientemente alta para que éstas sean consideradas como competidoras y su producción potencial debe ser añadida al denominador de la ecuación de la cuota de mercado". En SULLIVAN, Thomas E. y Jeffrey L. HARRISON. Op. Cit., pág. 32 y 33. Traducción libre del siguiente texto: "There may be firms that produce goods that are not reasonable substitutes but employ labor and capital that are easily adaptable to the production of the defendant's good. If so, the elasticity of supply with respect to these firms may be high enough for them to be regarded as competitors and their potential output should be added to the denominator of the market-share equation".

135. Por otro lado, la concentración del mercado también podría ser tomada en cuenta al momento de evaluar la existencia de posición de dominio. La concentración del mercado es una función del número de empresas en el mercado, relacionada a sus respectivas cuotas de mercado. A efectos de calcular la concentración del mercado, los *Merger Guidelines* utilizan el Índice de Herfindahl-Hirschmann (HHI). El HHI se calcula sumando las cuotas de mercado de cada una de las empresas concurrentes elevadas al cuadrado⁸¹. En general, dependiendo del grado de concentración, los mercados pueden ser catalogados como desconcentrados ($HHI < 1000$), moderadamente concentrados ($1000 < HHI < 1800$) o altamente concentrados ($1800 < HHI$)⁸². A mayor concentración del mercado se incrementa la probabilidad de tener una o más empresas con poder de mercado.

136. Finalmente cabe señalar que factores tales como ventajas competitivas que puedan tener las empresas por razones de *know how*, tecnología, respaldos financieros (*deep pocket*), la existencia de externalidades de red en el mercado o la concentración de éste deben ser tomados en cuenta al momento de evaluar la existencia de posición de dominio o poder de mercado.

IV.2. Análisis de los hechos denunciados: la posición de dominio de Pilot Station

137. Dado que se han denunciado supuestos de abuso de posición de dominio, antes de analizar las prácticas concretas materia de la denuncia, corresponde analizar si la empresa denunciada goza de posición de dominio en el mercado relevante. De no gozar de tal posición no podría constituirse un supuesto de abuso de posición de dominio en el presente caso.

138. Como se ha concluido en la sección anterior, la posición de dominio de un agente económico se define con relación a un determinado ámbito geográfico en el cual interactúan la oferta y la demanda respecto de un producto o servicio específico y de sus sustitutos cercanos. En ese sentido, con la finalidad de determinar si la empresa denunciada goza de posición de dominio, será necesario definir cuál es el mercado relevante sobre el cual podría tener dicha posición, esto es, cuál es el mercado en función del producto o servicio y área geográfica relevante.

139. De establecerse que Pilot Station ostentó posición de dominio en el mercado relevante durante el período en el que ocurrieron los hechos materia de investigación, se deberá iniciar el análisis de las prácticas materia de denuncia, es decir, la celebración de contratos de exclusividad, la negativa injustificada de entrenar a aspirantes a prácticos, la negativa de prestar el servicio de practicaje marítimo y la supuestas acciones legales con fines predatorios. Finalmente, resultará necesario analizar los efectos de las prácticas denunciadas sobre el interés económico general.

⁸¹ Así por ejemplo, un mercado en el que concurren cuatro firmas A, B, C y D con cuotas de mercado de 30%, 30%, 20% y 20% respectivamente, tiene un Índice HHI de 2600 ($30^2 + 30^2 + 20^2 + 20^2 = 2600$).

⁸² *Merger Guidelines*, numeral 1.5.

IV.2.1. Mercado relevante

140. Como se señaló anteriormente, la determinación del mercado relevante se realiza definiendo el mercado de producto o servicio y el mercado geográfico. El mercado de producto o servicio relevante incluye todos los bienes o servicios que desde el punto de vista del consumidor o usuario son sustituibles por sus características, precios o usos (bienes o servicios que satisfacen las mismas necesidades en condiciones similares). De otro lado, la delimitación del mercado relevante geográfico considera el área territorial donde se encuentran las fuentes o proveedores alternativos a los cuales el comprador o cliente podría acudir bajo las mismas o similares condiciones de mercado.

141. En el presente caso, la APOP y los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino, Lavado Carrillo y Boggiano Morales denunciaron a Pilot Station y a los directivos y gerentes investigados, por una serie de prácticas que tendrían el propósito de mantener e incrementar el poder de mercado de la mencionada empresa en la prestación de los servicios de practicaaje marítimo en el TPC. En ese sentido, a entender de los denunciantes, este sería el mercado relevante (de servicio⁸³ y geográfico) en el cual Pilot Station ostentaría posición de dominio.

142. Por otra parte, en su escrito de descargos del 22 de julio de 2002 los denunciados coincidieron con los denunciantes en que para el presente caso, el mercado relevante es el de servicios de practicaaje en el TPC.

143. A continuación se expone el análisis realizado por la Secretaría Técnica con relación a la delimitación del mercado relevante para el presente caso.

IV.2.1.1. El servicio y sus sustitutos

144. Con el objeto de determinar el servicio relevante en el presente caso, es preciso determinar qué servicios son adecuados sustitutos del servicio de practicaaje marítimo. En este sentido, hablar de sustitutos adecuados no necesariamente hace referencia a servicios que tienen que ser idénticos al analizado, sino que deben ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de usuarios.

145. La determinación del mercado de servicio pretende establecer cuál es el conjunto de servicios que compiten entre sí o son potenciales competidores. Por ello, si se produce un incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio en el conjunto de servicios seleccionado, sin que esto provoque que los consumidores opten por otros servicios, entonces el mercado de servicio relevante estará adecuadamente definido⁸⁴. La decisión de los

⁸³ Dado que el presente caso se refiere a un supuesto conflicto que involucra a una empresa administradora de prácticos, esto es, una empresa que presta el servicio de practicaaje, se estará hablando de un "mercado de servicio" antes que de un "mercado de producto". De ahí la utilización de la denominación "servicio relevante".

⁸⁴ "Si existiera sólo una firma vendiendo este producto en esta área, ¿podría la firma incrementar el precio por encima del nivel competitivo? Si la respuesta es "sí" entonces el mercado está correctamente definido. La venta de ese producto en esa área es el mercado relevante". En CONRATH, Craig W. Op. Cit., pág. 4-1. Traducción libre del siguiente texto: "If there were only one firm

usuarios de trasladar su consumo de un servicio "x" a otro "y" ante un incremento del precio del primero, tomará en cuenta las características y usos de los posibles sustitutos así como el precio de cada uno de ellos.

146. En el caso del mercado portuario, éste se caracteriza por la presencia de activos específicos con altos costos hundidos y por la presencia de un insumo esencial para el desarrollo de servicios portuarios^{85, 86}, esto es, el muelle. Por las características tecnológicas de producción y las áreas de influencia pertinentes al mercado, un puerto tiende a ser definido como un monopolio (o cuasi monopolio) espacial o geográfico⁸⁷.
147. Dentro del terminal portuario, haciendo uso de la infraestructura disponible, se desarrollan diversos servicios portuarios que se pueden clasificar en dos grandes grupos: servicios a la nave (practicaje, uso de muelle por la nave, agenciamiento, avituallamiento, etc.) y servicios a la carga (uso de muelle para carga, estiba/desestiba, almacenaje, entre otros).⁸⁸
148. Algunos de los servicios portuarios mencionados, entre ellos el de practicaje, se pueden prestar bajo condiciones de libre competencia, no siendo necesaria la fijación administrativa de precios o tarifas por parte de un ente estatal. Sin embargo, la normativa vigente sí considera regulaciones relacionadas a estándares de calidad del servicio, como por ejemplo, el establecimiento de categorías de prácticos, en función de la experiencia y conocimientos. Dichas regulaciones tienen como objeto salvaguardar la seguridad de la vida humana, de las naves y de la infraestructura portuaria.
149. Cabe señalar que como parte del análisis, el servicio relevante deberá estar referido al servicio de practicaje marítimo y a sus sustitutos cercanos, dado que la denuncia se refiere precisamente al servicio de practicaje marítimo en el TPC. Por lo tanto, debe excluirse los servicios de practicaje fluvial y lacustre toda vez que éstos están referidos a servicios con características diferentes en relación con el ámbito geográfico en el cual se desarrollan.

selling this product in this area, could that firm raise price above the competitive level? If the answer is "yes", then the market is properly defined. The sale of that product in that area is a relevant market.

- ⁸⁵ Decreto Supremo 003-2004-MTC, Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, publicado el 4 de febrero de 2004.-

Artículo 61.- Son servicios portuarios las actividades que se desarrollan en la zona portuaria, siendo necesarias para la correcta explotación de los mismos que se presenten en condiciones de seguridad, eficacia, eficiencia, calidad, regularidad, continuidad y no-discriminación.

- ⁸⁶ "Además de la provisión de la infraestructura básica para la transferencia de bienes y pasajeros entre el mar y tierra firme, diferentes agentes proveen múltiples servicios en los puertos (...) estos servicios cubren todas las actividades que relacionan a los usuarios del puerto, desde el momento un barco se aproxima a un puerto hasta que la embarcación finaliza todas sus operaciones". En World Bank Institute. *Privatization and Regulation of Transport Infrastructure: Guidelines for policymakers and Regulators*, 2000, pág. 117.

- ⁸⁷ Las instalaciones portuarias comprenden inversiones que se clasifican en: infraestructura (rompeolas, muelles, sistemas roll-on roll-off, almacenes generales y especializados) y superestructura (maquinaria, equipo y edificios). Convenio Indecopi, Banco Interamericano de Desarrollo y Corporación Andina de Fomento. *Análisis de Competencia en el sector puertos*. 2000. pág. 5.

- ⁸⁸ Ibidem.

150. A efectos del análisis del servicio relevante (y posteriormente durante el desarrollo de todo el informe), en el presente acápite se hará referencia a las "Normas de Prácticaje Marítimo" y a las "Normas para los Prácticos Marítimos" aprobadas mediante la Resolución Directoral 0472-2000/DCG.⁸⁹
151. De acuerdo al numeral 2 de las "Normas para los Prácticos Marítimos" se define como "maniobra de practica" y "práctico marítimo" lo siguiente:

2. Definiciones

(...)

p) Maniobra de practica.- Es la que se realiza en aguas navegables restringidas o interiores, dentro de los límites de una bahía habilitada como puerto, conduciendo los buques o artefactos navales remolcados en forma segura.

q) Práctico Marítimo.- Es un Capitán de Travesía de la Marina Mercante Nacional licenciado o titulado por la Autoridad Marítima Nacional como experto reconocido en el conocimiento de las ayudas de navegación, condiciones meteorológicas, oceanográficas e hidrográficas, así como de sus efectos, en zonas de practica obligatorio específicas y preparado para asesorar a los capitanes de las naves, de acuerdo a lo que le faculta su título o licencias, en las maniobras de practica, para garantizar la seguridad de la vida humana en el mar, la seguridad de las naves, de su carga y de las instalaciones.⁹⁰

152. Como puede verse, el practica o pilotaje es un servicio a la nave prestado por profesionales denominados prácticos o pilotos cuya función es brindar asesoramiento y asistencia técnica al capitán de la nave y, de ser el caso, a los remolcadores de la misma, respecto de un conjunto de maniobras que permitan el ingreso, atraque⁹¹, abarloadamiento⁹², cambio de sitio, tránsito,

⁸⁹ Publicada el 3 de noviembre de 2000 y vigente a partir de los 30 días siguientes de su publicación. Posteriormente fue modificada por la Resolución Directoral 0347-2001/DCG publicada el 5 de junio de 2001.

⁹⁰ En ese sentido, la sección 6 de las "Normas para los Prácticos Marítimos", aprobada mediante Resolución Directoral 0472-2000/DCG, establece que:

b. El práctico marítimo es un consejero de ruta y de maniobra del capitán de la nave, lo asesora acerca de las reglamentaciones especiales sobre navegación en la zona y vigila y exige su cumplimiento, circunstancia que no afectará a las funciones y atribuciones del Capitán quien conservará en todo momento el mando de su nave.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el artículo I-010101 del Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres, aprobado mediante Decreto Supremo 028-DE-MGP, publicado el 2 de junio de 2001:

I-010101 El practico marítimo es el profesional con licencia otorgada por la Dirección General, que ofrece sus servicios para desempeñarse como asesor en puertos o en zonas de fondeo y amarre a boyas para operaciones comerciales.

⁹¹ Se denomina atraque a la operación de colocar una nave al costado de un muelle para asegurarla por medio de sus líneas de amarre.

⁹² Se denomina abarloadamiento a la operación de colocar una nave con el costado dispuesto paralelamente al costado de otra y amarrarla a ella.

desatraque o salida de una nave de forma segura de las inmediaciones de un puerto, bahía, canal o cualquier zona que lo requiera por su difícil navegabilidad. Dicho servicio puede ser requerido tanto en pasajes marítimos, fluviales o lacustres.

153. El practicaaje es una actividad que requiere un elevado nivel de conocimientos respecto de la actividad náutica, la reglamentación relevante sobre navegación y los límites y características (profundidad, distribución de los muelles, mareas, vientos, etc.) de la zona en la cual desarrolla actividades.
154. El servicio de practicaaje es necesario debido a que el ingreso, salida o movimientos en las inmediaciones de una zona de difícil navegación, realizados directamente por capitanes de naves que desconocen las características propias de dicha zona, podría generar siniestros entre naves o con la infraestructura portuaria, con los elevados costos que ello representa, e incluso poner en riesgo la vida humana o generar perjuicios al medio ambiente. Es por ello que en diversas zonas marítimas, fluviales y lacustres el servicio de practicaaje es declarado de carácter obligatorio por las autoridades gubernamentales correspondientes.
155. En el Perú, el servicio de practicaaje es prestado por capitanes de travesía de la Marina Mercante Nacional o de la Marina de Guerra del Perú (en situación de disponibilidad o retiro), que son licenciados como prácticos marítimos por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú (en adelante, DICAPI), prestando sus servicios a las naves a través de empresas especialmente constituidas para la prestación de servicios de practicaaje denominadas empresas administradoras de prácticos.⁹³
156. Las empresas administradoras de prácticos son contratadas por agencias marítimas que actúan como representantes de las navieras en el puerto⁹⁴. Las agencias marítimas se encargan de contratar los servicios, a la nave y a la carga, necesarios para la naviera, trasladando las facturas de las empresas contratadas y cobrando una comisión por su intermediación. De esta manera, el practicaaje es uno más del conjunto de servicios que las agencias marítimas contratan para las navieras, los cuales incluyen el remolcaje, los gaveros, el uso de muelle, la estiba y desestiba, el trámite

⁹³ **Resolución Directoral 0472-2000/DCG.-**
"NORMAS PARA LOS PRÁCTICOS MARITIMOS"
2. DEFINICIONES.-

Para efectos de la aplicación de la presente norma se entenderá por:

(...)

h) Empresa administradora de prácticos.- Es la que se constituye conforme a las leyes nacionales, cuyo objeto social es la prestación del servicio público del practicaaje marítimo, la cual deberá estar debidamente equipada e integrada por uno o varios prácticos, así como contar para su funcionamiento con la licencia y registro expedido por las autoridades competentes.

[Modificado mediante Resolución Directoral 0347-2001/DCG].

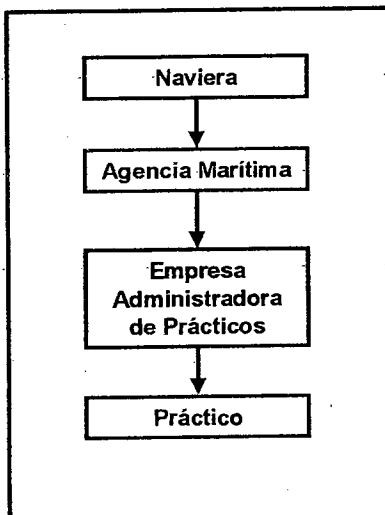
⁹⁴ **Resolución Directoral 0472-2000/DCG.-**
"NORMAS DE PRACTICAJE MARITIMO"
7. PEDIDOS DE PRÁCTICOS.-

a) Los pedidos de prácticos serán efectuados directamente por los representantes de las naves a una Empresa Administradora de Prácticos.

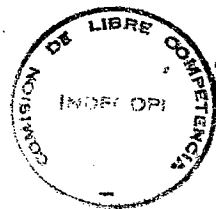
[Modificado mediante Resolución Directoral 0347-2001/DCG].

documentario, la seguridad, etc. Los agentes que intervienen en el mercado de practica se encuentran detallados en el Gráfico N° 2:

Gráfico N° 2
Agentes en la prestación de servicios de practica



Elaboración: ST-CLC/INDECOPÍ



157. Considerando el carácter obligatorio del servicio de practica en diversos puertos del Perú, incluido el TPC⁹⁵, no será posible encontrar un servicio de

⁹⁵ **Resolución Directoral 0472-2000/DCG.-**
"NORMAS DE PRACTICAJE MARITIMO"

2. ZONAS DE PRACTICAJE OBLIGATORIO.-

Se declaran zonas de Practicaje obligatorio, los puertos y terminales portuarios comerciales y en los terminales portuarios a boyas públicos y privados de acuerdo a la siguiente relación:

JURISDICCIÓN DE LA CAPITANÍA DE PUERTO DE TALARA

- Muelle carga Liquida
- Terminal a boyas de Petróleos del Perú del Puerto de Talara

JURISDICCIÓN DE LA CAPITANÍA DE PUERTO DE PAITA

- Muelles del Terminal Marítimo del Puerto de Paita
- Muelles del Terminal Marítimo del Puerto de Bayóbar

JURISDICCIÓN DE LA CAPITANÍA DE PUERTO DE PIMENTEL

- Amarraderos a boyas de Consorcio Terminales Graña y Montero de Puerto Eten

JURISDICCIÓN DE LA CAPITANÍA DE PUERTO DE SALAVERRY

- Muelles del Terminal Marítimo del Puerto de Salaverry.
- Amarraderos a boyas de Consorcio Terminales Graña y Montero de Puerto Salaverry

JURISDICCIÓN DE LA CAPITANÍA DE PUERTO DE CHIMBOTE

- Muelles del Terminal Marítimo de Chimbote.
- Amarraderos a boyas de Consorcio Terminales Graña y Montero del Puerto Chimbote.
- Amarraderos a Boyas de Unión Oleaginosa y amarraderos a Boyas de SERSA.

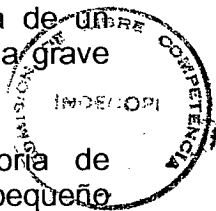
JURISDICCIÓN DE LA CAPITANÍA DE PUERTO DE SUPE

- Amarraderos a boyas de Consorcio Terminales Graña y Montero del Puerto Supe.
- Amarraderos a Boyas de Química del Pacífico – Paramonga S.A.

JURISDICCIÓN DE LA CAPITANÍA DE PUERTO DE HUACHO

- Boyas grupo Sindicato Pesquero Sociedad Anónima (Sipesa) Végueta.

similares características que represente un sustituto del servicio en mención. En efecto, en aquellas zonas de practica obligatorio no existe la posibilidad de que, por ejemplo, el capitán de la nave u otro marino realice los movimientos de entrada, salida o cambio de sitio, sin la asesoría de un práctico marítimo licenciado o titulado. Lo contrario representaría una grave infracción a la normativa vigente⁹⁶.



158. En ese sentido, en el supuesto de que (como indica la teoría de determinación de mercados relevantes) se produzca un incremento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio del servicio de practica, los usuarios de este servicio no tendrían otra opción que asumir el nuevo precio y seguir contratando los servicios de practica, pues no existe en el mercado un servicio de similares características, usos y/o precios (sustituto) al cual puedan migrar los demandantes de servicios de practica marítimo.
159. De acuerdo al análisis realizado, esta Secretaría Técnica concluye que en el presente caso el mercado relevante de servicio está constituido por el servicio de practica marítimo prestado por los prácticos a través de las empresas administradoras de prácticos.

JURISDICCIÓN DE LA CAPITANÍA DE PUERTO DEL CALLAO

- Muelles del Terminal Marítimo del Callao.
- Muelles de la Base Naval del Callao.
- Amarraderos a boyas de Petróleos del Perú S.A., de Conchán.
- Amarraderos a boyas de Oquendo.
- Terminal Portuario Multiboya RELAPASA.
- Muelle de Cementos Lima, zona Lurín.
- Amarradero a boyas del Puerto de Chancay

JURISDICCIÓN DE LA CAPITANÍA DE PUERTO DE PISCO

- Muelles del Terminal Marítimo General San Martín de Puerto de Pisco.
- Amarraderos a Boyas de Petróleos del Perú del Puerto de Pisco.

JURISDICCIÓN DE LA CAPITANÍA DE PUERTO DE SAN JUAN

- Muelle del Terminal Marítimo del Puerto de San Nicolás.
- Muelle del Terminal Marítimo de Acaría en el Puerto de San Juan.

JURISDICCIÓN DE LA CAPITANÍA DE PUERTO DE MOLLEND

- Amarraderos a boyas de Consorcio Terminales Graña y Montero de Puerto de Mollendo.
- Muelles del Terminal Internacional del Sur de Puerto Matarani

JURISDICCIÓN DE LA CAPITANÍA DE PUERTO DE ILO

- Muelles del Terminal Marítimo de Ilo, ENAPU S.A.
- Muelles Industrial Southern Perú Limited.
- (Bahía Tablones)

[Modificado por la Resolución Directoral 0347-2001/DCG].

⁹⁶ **Resolución Directoral 0472-2000/DCG.-**
"NORMAS DE PRACTICAJE MARITIMO"
6. INFRACCIONES.-

a) Los Capitanes de las naves que, sin mediar razones de fuerza mayor, efectúen navegación o movimientos en zonas de practica obligatorio sin tomar práctico o habiéndolo desembarcado debiéndolo llevar, serán sujetos a las sanciones conforme a las normativas vigentes y a lo dispuesto en la Tabla de Multas de Capitanías.

IV.2.1.2. El mercado geográfico relevante

160. Delimitar geográficamente el mercado relevante equivale a determinar el área geográfica en donde se encuentran las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que los usuarios del servicio relevante podrían acudir si el precio de éste se incrementara en un monto pequeño pero significativo y no transitorio en el área geográfica donde se venía prestando dicho servicio. Al igual que en la definición del mercado de servicio, es usual considerar un incremento del 5% (o hasta el 10%, según sea el caso) en el precio del servicio analizado para la definición del mercado geográfico. Adicionalmente, se debe considerar que para la definición geográfica es necesario evaluar no sólo las posibilidades o limitaciones que enfrentan los proveedores alternativos para atender al cliente, sino también la capacidad que tiene este último de abastecerse de distintos proveedores.
161. Esta delimitación del mercado geográfico se centra en determinar el costo de contratar, en el espacio geográfico analizado, el mismo servicio relevante pero proveniente de otra área geográfica, de tal manera que este servicio "foráneo" satisfaga la demanda "local" a niveles competitivos. En síntesis, determinar la procedencia de la oferta que satisface (o podría satisfacer) las necesidades de los usuarios del servicio relevante.
162. En el presente caso, la denuncia está referida a la comisión de prácticas anticompetitivas con el propósito de sostener ilegalmente una posición de dominio en el TPC, siendo los imputados una empresa administradora de prácticos que opera en el TPC (Pilot Station) y las personas que actuaron como sus directivos y gerentes en el periodo de investigación. De otro lado, los denunciantes son una asociación de operadores portuarios que desarrollan sus actividades en el TPC (la APOP) y cuatro prácticos marítimos licenciados para operar en el TPC (los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino, Lavado Carrillo y Boggiano Morales).
163. Considerando que las partes en conflicto representan a diversos agentes económicos que desempeñan sus actividades en el TPC y aplicando el marco teórico correspondiente a la definición del mercado geográfico relevante, a continuación se evaluará si existen alternativas de aprovisionamiento de los servicios de practicaaje para las empresas de agenciamiento marítimo y/o navieras que operan en el puerto del Callao.
164. Al respecto, se analizará la posibilidad de que agencias marítimas y/o navieras que realizan actividades en el TPC, contraten el servicio de practicaaje a empresas administradoras de prácticos o a prácticos marítimos que se encuentren prestando dichos servicios en otros puertos distintos al Callao.
165. Por un lado, la contratación de una empresa administradora de prácticos que opera en un puerto diferente al TPC requeriría la obtención del registro respectivo a efectos de poder desempeñar actividades en éste⁹⁷. De otro

⁹⁷ Resolución Directoral 0472-2000/DCG.-
"NORMAS DE PRACTICAJE MARITIMO"
8. DE LAS EMPRESAS ADMINISTRADORAS DE PRÁCTICOS.-

lado, el traslado de forma directa de un práctico marítimo al TPC proveniente de otro puerto sería factible en el caso de que dicho profesional preste sus servicios a través de una nueva empresa administradora de prácticos conformada para tal efecto o de las agencias marítimas que mantienen licencia de empresas administradoras de prácticos en el TPC⁹⁸.



166. En ambos escenarios, tanto si se opta por la contratación de una empresa administradora de prácticos que opera en un puerto diferente al TPC como si se opta por la contratación directa de un práctico que se desempeña en un puerto distinto al referido TPC, se estará ante una operación de traslado de un práctico proveniente de otro puerto. Siendo ello así, en adelante se analizará la posibilidad de ejecutar un traslado de este tipo.
167. En primer lugar, resulta lógico suponer que ante la necesidad de realizar una operación o un número reducido de operaciones de practica (ingreso, salida o movimiento de una o más naves), resultaría poco probable que una empresa de agenciamiento marítimo tenga incentivos en invertir en el traslado de un práctico marítimo al TPC desde un puerto distinto. Los costos de transporte del práctico (transporte aéreo, marítimo o terrestre) y los gastos por concepto de alimentación, alojamiento, entre otros, harían inviable la prestación de servicios de practica por parte de un práctico proveniente de otro puerto para una maniobra en particular en el TPC o un número reducido de éstas.
168. Pese a lo anterior, si se asume que una agencia marítima podría requerir la contratación de servicios de practica, no para una operación o un número reducido de éstas, sino por el contrario, para un número significativo de operaciones en el tiempo, se podría pensar en ampliar el mercado relevante incluyendo a aquellos puertos desde los cuales se podría trasladar prácticos para que presten servicios de practica marítimo en el TPC.
169. Una primera alternativa a ser analizada sería la posibilidad de trasladar al TPC, prácticos extranjeros que se encuentren prestando servicios en puertos fuera del país. Sobre el particular, considerando la normativa vigente del sector, la posibilidad de contratar profesionales prácticos de nacionalidad extranjera queda eliminada, dado que se exige que toda nave peruana o extranjera que realice cualquier maniobra en los puertos de la República considerados como zonas de practica obligatorio, deberá contratar los servicios de prácticos de nacionalidad peruana⁹⁹. En particular, el

(...)

b) Las licencias para operación serán otorgadas por puerto, siendo necesario para tal efecto el establecimiento de su domicilio legal, conforme a los procedimientos vigentes en cada uno de los puertos del litoral donde ejerzan. Cuando el fallo a consecuencia de una sumaria de investigación determine la responsabilidad del práctico, la Empresa responderá civilmente ante el Armador de la nave por los daños ocasionados a causa del servicio de practica.

(...)

⁹⁸ Son ejemplo de agencias marítimas que tienen licencia de administradora de prácticos Tramarsa y Representaciones Navieras y Aduaneras S.A.C.

⁹⁹ **Resolución Directoral 0472-2000/DCG.-**
"NORMAS DE PRACTICAJE MARÍTIMO"
3. MODIFICACIONES A ZONAS Y EXCEPCIONES.-
(...)

Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres establece como requisito para la obtención de la licencia de práctico marítimo ser ciudadano peruano^{100, 101}.

170. En consecuencia, en el presente caso, si la regulación vigente impide la participación de prácticos extranjeros en los servicios de practica en los puertos del Perú, quedaría restringido el probable mercado geográfico relevante a una región geográfica que no exceda el territorio peruano.
171. En atención a lo anterior, considerando que la definición de mercado geográfico relevante para el presente procedimiento debe tomar en cuenta desde qué puertos podría una agencia marítima que opera en el TPC abastecerse de prácticos profesionales, resulta necesario analizar a continuación la posibilidad de traslado de prácticos que desarrollan actividades en otros puertos del Perú.
172. De acuerdo a las "Normas para los Prácticos Marítimos" se desprenden cuatro escenarios:
- (i) Prácticos con licencia vigente para determinada instalación portuaria que deseen tramitar licencia para otra instalación portuaria de la misma jurisdicción;
 - (ii) Prácticos con licencia vigente para determinada instalación portuaria que deseen tramitar licencia para otra instalación portuaria de diferente jurisdicción;
 - (iii) Prácticos con licencia vigente en determinada instalación portuaria que deseen tramitar licencia para el TPC; y,



b) Toda nave peruana o extranjera para realizar cualquier maniobra en los puertos de la República mencionados en el párrafo (2), deberán obligatoriamente utilizar prácticos peruanos; salvo las siguientes excepciones:

- Naves nacionales menores de 372.17 unidades de arqueo bruto (372.17 gross tonnage) incluidas las dedicadas exclusivamente a las actividades de pesca.
- Buques de la Marina de Guerra del Perú que no efectúen tráfico comercial.
- En el caso de que se efectúe el movimiento de naves en el mismo muelle siempre y cuando ello no obligue al uso de remolcadores o de las máquinas propulsoras.

¹⁰⁰ **Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres.-**

I-010106 Los requisitos para obtención de licencia como práctico marítimo se encuentran establecidos en el TUPA. Además se deberá cumplir con lo siguiente:

- a) Ser ciudadano peruano
(...)

Al respecto, en los Informes números 004 (págs. 8-9) y 005-2002-INDECOPI/CLC (pág. 9) emitidos en los Expedientes números 003-004-2001-CLC y 008-2001-CLC, respectivamente, esta Secretaría Técnica señaló lo siguiente:

"Otro requisito exigido por el Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres para la obtención de licencia de práctico es la nacionalidad peruana del aspirante a práctico; esto puede ser interpretado también como una barrera para aquellos marinos mercantes extranjeros que deseen prestar servicios en los puertos del Perú".

¹⁰¹ Cabe señalar que la Decisión 510 de la Comunidad Andina considera a dicha exigencia como una medida restrictiva del comercio exterior.

- (iv) Prácticos con licencia vigente para determinada instalación portuaria que efectúan maniobras en muelle que deseen tramitar licencia para otro puerto.¹⁰²

173. En el primer caso, un práctico puede contar con dos o más licencias siempre y cuando en la jurisdicción en la cual se circunscribe su licencia vigente existan dos o más puertos. Para ello, el práctico deberá realizar el número de prácticas de maniobras¹⁰³ que le corresponde según su categoría. Cumplidas las prácticas de maniobra requeridas, la Autoridad Marítima le otorgará una nueva licencia pero con una categoría inferior a la que ostenta en la actualidad.

174. El segundo caso no permite que un práctico tenga licencia en dos puertos de diferente jurisdicción. Así, si un práctico con licencia vigente deseara tramitar una nueva licencia para una instalación portuaria que no se encuentra en la

¹⁰² Resolución Directoral 0472-2000/DCG.-

"NORMAS PARA LOS PRACTICOS MARITIMOS"

6. FUNCIONES, LIMITACIONES Y OBLIGACIONES DE LOS PRÁCTICOS MARÍTIMOS.-

(...)

- q) Los Prácticos Marítimos que efectúan maniobras en muelle sólo podrán obtener licencia para un solo puerto.

8. DEL OTORGAMIENTO DE LICENCIAS PARA OTROS PUERTOS.-

- a) Los prácticos que estando autorizados para ejercer practicaje marítimo y deseen cambiar de licencia para otra instalación portuaria, así sea de la misma jurisdicción, cumplirán con las prácticas de maniobras que se indica, otorgándole la licencia con una categoría inferior a la que ostentaba, cancelándose la anterior Licencia de Practicaje si se trata de instalaciones portuarias de diferente jurisdicción.

Para Prácticos de Tercera	
Para Prácticos de Segunda	24 prácticas de maniobras completas
Para Prácticos de Primera	15 prácticas de maniobras completas
Para Prácticos Expertos	10 prácticas de maniobras completas

- b) Cuando se trate de cambio de licencia para el Puerto del Callao, se otorgará la categoría de Práctico Marítimo de Tercera, luego de haberse cumplido el requisito de maniobras señaladas en el párrafo precedente, en razón a las características actuales de dicho puerto.

[Modificado por la Resolución Directoral 0347-2001-DCG]

Cabe precisar que según lo prescribe la norma, una maniobra completa implica una entrada y una salida del puerto, mientras que las maniobras independientes se refieren o bien a una entrada o bien a una salida.

La Resolución Directoral 0347-2001/DCG -Aprueban modificaciones de las "Normas de Practicaje y de los Prácticos Marítimos"- fue publicada el 05 de junio de 2001.

¹⁰³ Resolución Directoral 0472-2000/DCG.-

"NORMAS PARA LOS PRÁCTICOS MARÍTIMOS"

2. DEFINICIONES.-

Para efectos de la aplicación de la presente norma se entenderá por:

(...)

- i) Práctica de Maniobras.- Es la preparación que recibe un aspirante a Práctico a bordo mediante las observaciones y prácticas de maniobras de practicaje necesarias para obtener su licencia como Práctico o para su cambio de categoría.

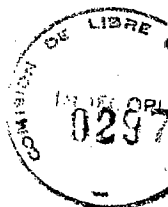
(...)

[Modificado mediante Resolución Directoral 0347-2001/DCG].

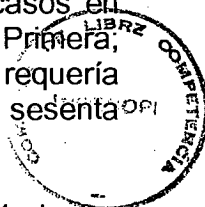


jurisdicción de su licencia actual, deberá acreditar las prácticas de maniobras requeridas según su categoría y la Autoridad Marítima le otorgará la nueva licencia con una categoría inferior a la que ostentaba y le cancelará la licencia vigente.

175. En el tercer caso, la normativa es aun más restrictiva. Aquellos prácticos licenciados que deseen obtener licencia para operar en el TPC, al igual que en los casos anteriores, deberán acreditar el número de prácticas de maniobras establecidas. Sin embargo, cumplidos los requisitos, la Autoridad Marítima no sólo les cancelará la licencia anterior sino que la licencia otorgada para operar en el TPC corresponderá ineludiblemente a la categoría de Práctico Marítimo de Tercera.
176. En el cuarto caso, todo práctico que efectúa maniobras en muelles sólo podrá mantener licencia para un único puerto. Es decir, un práctico que efectúa maniobras en muelles y desea obtener licencia para otra instalación portuaria, sea de la misma jurisdicción o de una jurisdicción diferente, perderá su licencia actual. Adicionalmente el práctico deberá cumplir con el número de prácticas de maniobra establecidas para obtener la nueva licencia pero con una categoría inferior a la que ostenta en la actualidad. Si es el caso que la instalación portuaria para la cual el práctico desea obtener la nueva licencia es el TPC dicha nueva licencia corresponderá a Práctico Marítimo de Tercera.
177. Al respecto, de acuerdo al numeral 5 de las "Normas para los Prácticos Marítimos" las categorías de prácticos son las siguientes:
- (i) Práctico Marítimo de Tercera: Apto para ejercer el practicaaje a bordo de naves de hasta 5 000 Unidades de Arqueo Bruto (en adelante, UAB).
 - (ii) Práctico Marítimo de Segunda: Apto para ejercer el practicaaje a bordo de naves de hasta 20 000 UAB.
 - (iii) Práctico Marítimo de Primera: Apto para ejercer el practicaaje a bordo de naves de cualquier porte.
 - (iv) Práctico Experto: Apto para ejercer el practicaaje a bordo de naves de cualquier porte con la experiencia necesaria en maniobras y años de servicio en la actividad conforme a los requisitos establecidos para tal fin.
178. Con relación a lo señalado en el párrafo anterior, el texto primigenio del numeral 8 de las "Normas para los Prácticos Marítimos" estableció, que el ascenso de categoría requería el ejercicio como práctico marítimo en la categoría inmediata anterior por un lapso de dos (2) años ininterrumpidos en aquellos casos en que se pretendía ascender a las categorías de Práctico Marítimo de Segunda y Primera; mientras que en el caso del Práctico Experto se requería haber ejercido como práctico de primera por tres (3) años ininterrumpidos.
179. No obstante, tanto las "Normas de Practicaaje Marítimo" como las "Normas para los Prácticos Marítimos" sufrieron algunas modificaciones con la



publicación de la Resolución Directoral 0347-2001/DCG. En particular, se modificaron los requisitos señalados en el párrafo precedente estableciendo que a efectos de ascender de categoría, debía acreditarse un (1) año de experiencia ininterrumpida y haber cumplido un número de treinta (30) maniobras completas en la categoría inmediata anterior para los casos en que se solicitará el ascenso a Práctico Marítimo de Segunda y Primera, mientras que para el caso de la categoría de Práctico Experto se requería acreditar dos años de experiencia ininterrumpida y un mínimo de sesenta (60) maniobras como Práctico de Primera.



029

180. De otro lado, según lo establecido en el literal a) del numeral 11 de las "Normas para los Prácticos Marítimos", las nuevas licencias que se otorgasen, a partir de su entrada en vigencia, corresponderían a la categoría de Práctico Marítimo de Tercera mientras que las licencias que ya habían sido otorgadas corresponderían a la categoría de Práctico Marítimo de Primera.¹⁰⁴
181. Como se señaló, la regulación vigente determina que el traslado de un práctico desde cualquier puerto peruano implica necesariamente la obtención de una nueva licencia para que dicho profesional preste sus servicios en el TPC (como Práctico Marítimo de Tercera). Ello podría tomar varios meses: mientras que el práctico que requiere la nueva licencia realiza sus prácticas de maniobra exigidas por la normativa de la DICAPI.
182. En atención a lo expuesto, se puede inferir que tanto la pérdida de la licencia primigenia como la obtención de una nueva licencia con la categoría más baja de práctico marítimo (Práctico de Tercera), representan fuertes desincentivos para aquellos prácticos marítimos con licencia en otros puertos del Perú a efectos de que decidan realizar el trámite respectivo para prestar servicios en el TPC.
183. Incluso en el supuesto de que un agente marítimo o empresa administradora de prácticos en el TPC decida contratar un práctico licenciado en otro puerto del Perú, dicho proceso podría demorar un plazo superior a un año. El ingreso del nuevo práctico marítimo con la categoría de Práctico de Tercera implicará que se encuentre autorizado (licenciado) sólo para prestar servicios en naves de hasta 5 000 UAB, quedando excluido de participar en el mercado de naves de mayor capacidad y quedando restringido por consiguiente su participación en el mercado, hasta lograr claro está su ascenso a la categoría de Práctico de Segunda, con la que recién estará autorizado a prestar servicios a naves de hasta 20 000 UAB.
184. Ciertamente, en atención a la regulación vigente, para que un práctico marítimo ostente la categoría de Práctico de Segunda, además de acreditar

¹⁰⁴ **Resolución Directoral 0472-2000/DCG.-**
"NORMAS PARA LOS PRÁCTICOS MARÍTIMOS"
11. NORMAS COMPLEMENTARIAS.-

a) Las licencias de prácticos marítimos otorgadas a partir de la promulgación de la presente norma corresponderán a la categoría de Práctico Marítimo de Tercera, considerándose las licencias otorgadas anterior a la promulgación de la misma a la categoría de Práctico Marítimo de Primera, licencia que será otorgada en la primera renovación, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente norma.

(...)

la realización de por lo menos treinta (30) maniobras completas, debe haber prestado los servicios de practicaje con la categoría de Práctico de Tercera por lo menos durante un año ininterrumpido.

185. Por lo tanto, en opinión de esta Secretaría Técnica, se verifica la imposibilidad de abastecerse, en el corto plazo, de prácticos profesionales que prestan servicios en otros puertos del Perú a efectos de que presten sus servicios en el TPC.
186. Finalmente, se podría pensar en la posibilidad de trasladar a un marino mercante que no ostente licencia de practicaje de cualquier punto geográfico del país, con la finalidad de que gestione la obtención de una licencia de práctico marítimo para el TPC. Esta posibilidad también resulta poco efectiva puesto que el aspirante a práctico marítimo deberá invertir varios meses en el cumplimiento de los requisitos para la obtención de su licencia (incluyendo la realización de prácticas de maniobra¹⁰⁵) y sólo podrá ingresar al mercado inicialmente con la licencia de Práctico de Tercera, con lo cual estaría relegado de ser un competidor efectivo por un plazo superior a un año, tal como se ha descrito anteriormente.
187. En consecuencia, considerando que en el presente caso las conductas denunciadas están referidas a la prestación del servicio de practicaje en el TPC y las partes en conflicto representan a agentes económicos que realizan actividades en dicho puerto; que el traslado de un práctico profesional de otra región para la realización de una única operación de practicaje o un número reducido de éstas resultaría inviable por los altos costos de transporte y manutención que acarrea; que existe el impedimento legal para contratar servicios de practicaje marítimos de personas que no tengan nacionalidad peruana; que la regulación vigente determina que en el corto plazo sea prácticamente inviable el traslado de un práctico marítimo con licencia en otro puerto del Perú (de manera que represente una competencia efectiva); y, que vicios similares se verificarían en el supuesto de trasladar a un marino mercante para la obtención de una nueva licencia de practicaje; esta Secretaría Técnica concluye que en la prestación de servicios de practicaje marítimo en el TPC, la oferta disponible está constituida por la totalidad de prácticos con licencia o título para prestar servicios en dicho puerto. En este sentido, el mercado geográfico relevante para el presente caso es el referido al Terminal Portuario del Callao (TPC).
188. En síntesis, de acuerdo al análisis realizado, el mercado relevante en el presente caso está constituido por el mercado de servicios de practicaje marítimo en el Terminal Portuario del Callao (TPC).

¹⁰⁵ Resolución Directoral 0472-2000/DCG.-

"NORMAS PARA LOS PRÁCTICOS MARÍTIMOS"

7. DE LOS REQUISITOS PARA LA AUTORIZACIÓN PARA SER ASPIRANTE A PRÁCTICO MARÍTIMO.-

(...)

g) Las prácticas de maniobra que debe de realizar un postulante a Práctico Marítimo, será un mínimo de 30 maniobras en caso de muelles (sic) y 20 tratándose de boyas de amarre. Las maniobras deberán ser como mínimo un 30% nocturnas, y tanto éstas, como las diurnas deberán contabilizarse en forma completa, es decir, una entrada y una salida hacen una maniobra.

(...)



189. Una vez delimitado el mercado relevante para el presente caso, a continuación corresponde analizar si Pilot Station ostenta posición de dominio en el referido mercado.

IV.2.2. Análisis de la posición de dominio

190. Como se ha señalado, el artículo 4 del Decreto Legislativo 701 prescribe que:

Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores (...)

191. El mismo artículo lista una serie de factores que podrían otorgar una posición dominante en el mercado, a saber:

(...) la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución.

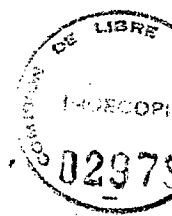
192. En ese sentido, la evaluación de la existencia de una posición de dominio en el mercado relevante deberá considerar factores tales como la cuota de mercado y el tamaño relativo de la empresa supuestamente dominante; las condiciones de acceso al mercado (barreras a la entrada); la existencia de capacidad instalada ociosa en las empresas competidoras; si el mercado es un mercado en crecimiento o maduro; si existen derechos otorgados por el gobierno; en particular, las características de la firma; y, en general, las características, estructura y condiciones del mercado.

193. En el presente caso, las prácticas denunciadas podrían constituir un abuso de posición de dominio siempre y cuando Pilot Station ostente dicha posición dentro del mercado relevante ya definido. Por el contrario, si la empresa no tiene posición de dominio, carece de importancia analizar y sancionar las conductas denunciadas dado que éstas no tendrían ningún efecto perjudicial en el mercado. Únicamente si la empresa denunciada tiene posición de dominio se procederá a analizar la racionalidad de las prácticas implementadas y sus efectos sobre la competencia y los consumidores.

194. Con respecto a la presunta posición de dominio en el mercado relevante por parte de Pilot Station, los denunciantes han señalado que dicha empresa habría tenido posición de dominio durante el periodo en que sucedieron los hechos, ya que contó virtualmente con un monopolio. Sobre el particular, a lo largo del procedimiento, los denunciantes han afirmado lo siguiente:

- (i) A partir del 8 de enero de 2001 y mediante acuerdo de junta general de accionistas, se incorporó a la totalidad de prácticos licenciados para el TPC como accionistas de Pilot Station, adquiriendo una clara posición de dominio en el mercado ya que "...el 100% de los prácticos quedó integrado en una sola empresa".

- (ii) Son factores que refuerzan la posición de dominio de Pilot Station:



- a) Las elevadas barreras institucionales, tanto para el ingreso de nuevos prácticos al mercado como para el traslado de prácticos desde otros puertos al TPC.
- b) Los cambios en la regulación como el establecimiento de un límite al número de maniobras diarias que pueden ser desarrolladas por un práctico (Resolución Directoral 0347-2001/DCG) y la obligación de realizar maniobras de practicaje con dos prácticos en naves mayores a 200 metros de eslora (Decreto Supremo 028-DE/MGP).
- (iii) La salida de cuatro prácticos de Pilot Station quienes comenzaron a prestar sus servicios a través de otras empresas competidoras administradoras de prácticos no tuvo el efecto de eliminar su poder de mercado, debido a que las regulaciones mencionadas en el párrafo anterior determinaron que Pilot Station concentrara el 86% (31 prácticos) del total de prácticos habilitados para prestar servicios en el TPC.
- (iv) Pilot Station ha concentrado durante el año 2001 una participación de mercado superior al 50%. Entre enero de 2001 y febrero de 2002 concentró el 78% de las maniobras de practicaje efectuadas en el TPC y entre junio de 2001 y febrero de 2002 el 56.92% de las maniobras de practicaje en naves con eslora mayor a 200 metros.
195. Por su parte, los denunciados han afirmado en su escrito de descargos del 22 de julio de 2002 que "(...) *si bien es cierto que Pilot Station S.A. ostenta una posición de dominio en el mercado del practicaje marítimo; sin embargo, es falso que dicha empresa haya hecho abuso de dicha posición (...)*". Como se aprecia de la cita anterior, los denunciados consideran, al igual que los denunciantes, que Pilot Station era una empresa dominante durante el periodo en el que ocurrieron los hechos materia de la denuncia.
196. A continuación se presenta el análisis realizado por la Secretaría Técnica en referencia a la supuesta posición de dominio de Pilot Station en el mercado relevante para el presente caso.
197. La primera aproximación para determinar la existencia o no de una posición dominante proviene de la evaluación de las participaciones de mercado de los actores dentro del mercado relevante. Como se ha señalado, dicha evaluación resulta de mayor importancia en mercados con barreras a la entrada y/o condiciones de oferta inflexibles, pues éstas determinan la imposibilidad del ingreso de nuevos ofertantes y/o el incremento de la producción y ventas de los agentes ya establecidos. De esta manera, mientras mayor sea la participación de mercado de una empresa, mayor será la confianza en este indicador como evidencia de la existencia de una posición dominante.
198. A efectos de evaluar la participación de Pilot Station en el mercado de servicios de practicaje marítimo en el TPC, se analizará a continuación dicho indicador sobre la base de lo siguiente: (i) el número de maniobras realizadas por las empresas administradoras de prácticos y (ii) el TRB movido en los

servicios prestados por dichas empresas correspondientes a los años 2001 y 2002, tal como se muestra en los Cuadros números 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 y los Gráficos números 3, 4, 5 y 6.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance

Cuadro N° 4
Número de maniobras por Empresa Administradora de Prácticos
2001

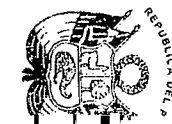
Empresa	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic	Total
Pilot Station	354	455	450	398	392	347	355	359	306	322	345	402	4 485
Tramarsa	0	0	0	10	47	45	56	43	87	65	50	56	459
Trlmservice	0	0	0	0	27	77	111	106	100	101	71	55	648
Serpromar	0	0	0	0	7	0	0	0	0	0	0	0	7
Seawell	0	0	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	2
Otros	122	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	122
Total	476	455	450	410	473	469	522	508	493	488	466	513	5 723

Fuente: ENAPU S.A.
Elaboración: ST-CLC/INDECOP

Cuadro N° 5
Participación de mercado según número de maniobras
2001

Empresa	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic	Total
Pilot Station	74%	100%	100%	97%	83%	74%	68%	71%	62%	66%	74%	78%	78%
Tramarsa	0%	0%	0%	2%	10%	10%	11%	8%	18%	13%	11%	11%	8%
Trlmservice	0%	0%	0%	0%	6%	16%	21%	21%	20%	21%	15%	11%	11%
Serpromar	0%	0%	0%	0%	1%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%
Seawell	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%
Otros	26%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	2%
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fuente: ENAPU S.A.
Elaboración: ST-CLC/INDECOP



Cuadro N° 6
T.R.B. movido por Empresa Administradora de Prácticos
2001

Empresa	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic	Total
Pilot Station	4 547 320	5 766 409	6 181 728	5 736 754	4 526 470	3 465 530	3 449 490	4 431 081	2 961 748	3 676 134	5 004 037	5 704 097	55 450 799
Tramarsa	0	0	0	246 232	1 117 588	862 632	1 025 943	713 297	1 856 595	1 302 265	1 005 430	1 070 820	9 200 803
Trimservice	0	0	0	0	504 176	1 426 836	1 883 165	2 049 483	1 909 933	2 023 226	1 832 431	1 128 649	12 757 898
Serpromar	0	14 382	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	14 382
Seawell	0	0	0	26 905	0	0	0	0	0	0	0	0	26 905
Otros	1 785 565	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1 785 565
Total	6 332 885	5 780 791	6 181 728	6 009 891	6 148 234	5 754 998	6 358 598	7 193 861	6 728 277	7 001 625	7 841 898	7 903 566	79 236 352

Fuente: ENAPU S.A.
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

Cuadro N° 7
Participación de mercado según T.R.B. movido
2001

Empresa	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic	Total
Pilot Station	72%	100%	100%	95%	74%	60%	54%	62%	44%	53%	64%	72%	70%
Tramarsa	0%	0%	0%	4%	18%	15%	16%	10%	28%	19%	13%	14%	12%
Trimservice	0%	0%	0%	0%	8%	25%	30%	28%	28%	29%	23%	14%	16%
Serpromar	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%
Seawell	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%
Otros	28%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	2%
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fuente: ENAPU S.A.
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

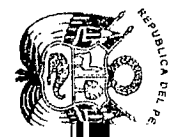
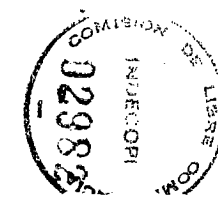
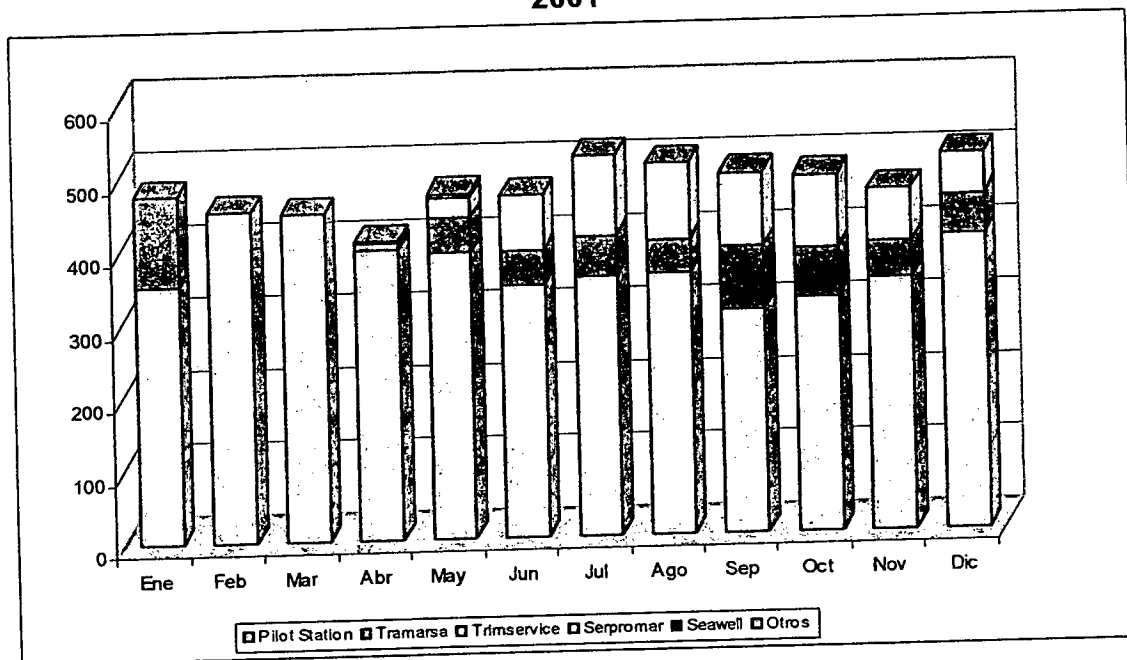
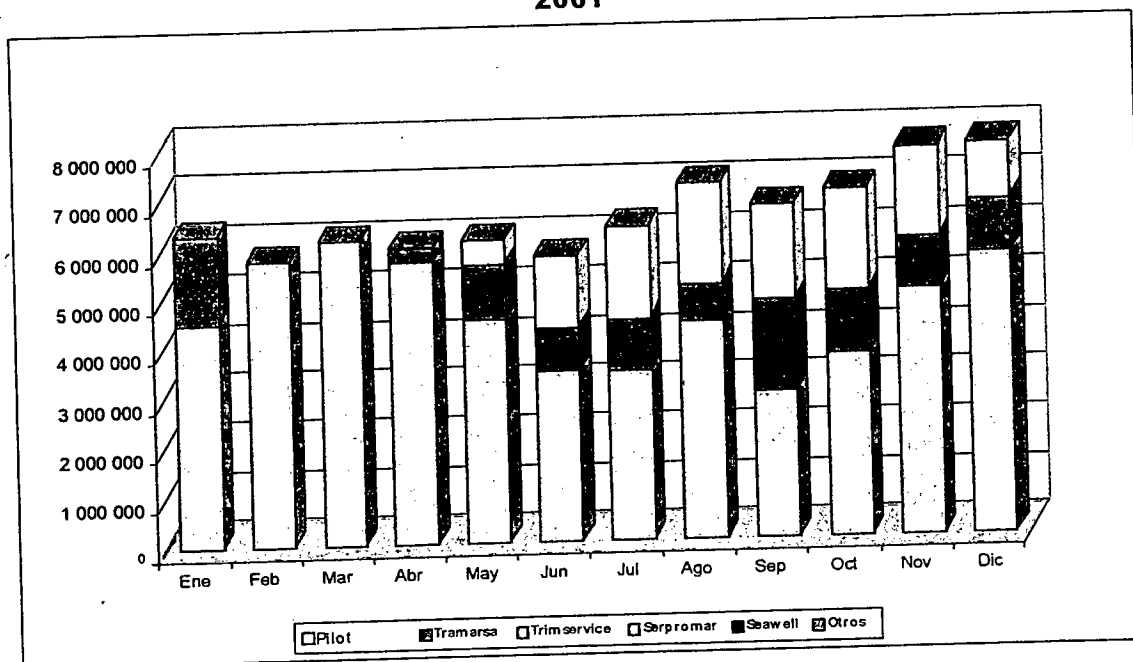


Gráfico N° 3
Participación de mercado según número de maniobras
2001



Fuente: ENAPU S.A.
Elaboración: ST-CLC/INDECOP

Gráfico N° 4
Participación de mercado según T.R.B. movido
2001



Fuente: ENAPU S.A.
Elaboración: ST-CLC/INDECOP

Cuadro N° 8
Número de maniobras por Empresa Administradora de Prácticos
2002

Empresa	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic	Total
Pilot Station	322	273	295	318	305	277	282	262	264	247	256	262	3 363
Tramarsa	50	66	44	69	86	108	103	106	110	101	103	99	1 045
Trimservice	69	52	62	70	118	111	143	103	143	132	110	101	1 214
Total	441	391	401	457	509	496	528	471	517	480	469	462	5 622

Fuente: ENAPU S.A.
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

Cuadro N° 9
Participación de mercado según número de maniobras
2002

Empresa	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic	Total
Pilot Station	73%	70%	74%	70%	60%	56%	53%	56%	51%	51%	55%	57%	60%
Tramarsa	11%	17%	11%	15%	17%	22%	20%	23%	21%	21%	22%	21%	19%
Trimservice	16%	13%	15%	15%	23%	22%	27%	22%	28%	28%	23%	22%	22%
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fuente: ENAPU S.A.

Elaboración: ST-CLC/INDECOP

Cuadro N° 10
T.R.B. movido por Empresa Administradora de Prácticos
2002

Empresa	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic	Total
Pilot Station	4 299 640	3 829 551	4 784 950	4 860 514	4 791 427	4 377 811	4 150 155	4 378 577	3 255 683	2 993 213	3 345 245	3 422 166	48 488 930
Tramarsa	917 081	1 401 925	870 291	1 343 598	1 381 568	1 697 192	1 723 236	1 686 404	1 806 177	1 653 316	1 884 826	2 003 065	18 368 679
Trimservice	1 591 306	824 680	1 274 038	824 135	1 370 159	1 194 895	2 275 270	1 554 069	2 055 642	2 260 948	1 755 804	1 900 943	18 881 889
Total	6 808 027	6 056 156	6 929 279	7 028 247	7 543 154	7 269 898	8 148 662	7 619 050	7 117 502	6 907 477	6 985 875	7 326 174	85 739 499

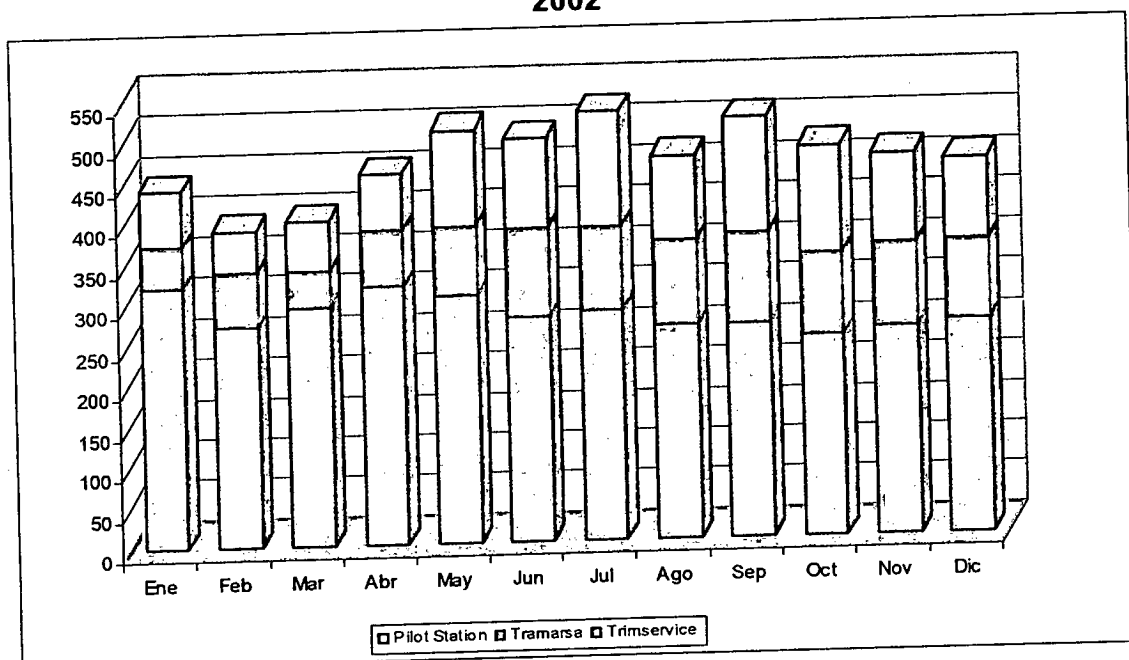
Fuente: ENAPU S.A.
Elaboración: ST-CLC/INDECOP

Cuadro N° 11
Participación de mercado según T.R.B. movido
2002

Empresa	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic	Total
Pilot Station	63%	63%	69%	69%	64%	60%	51%	57%	46%	43%	48%	47%	57%
Tramarsa	13%	23%	13%	19%	18%	23%	21%	22%	25%	24%	27%	27%	21%
Trimservice	23%	14%	18%	12%	18%	16%	28%	20%	29%	33%	25%	26%	22%
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

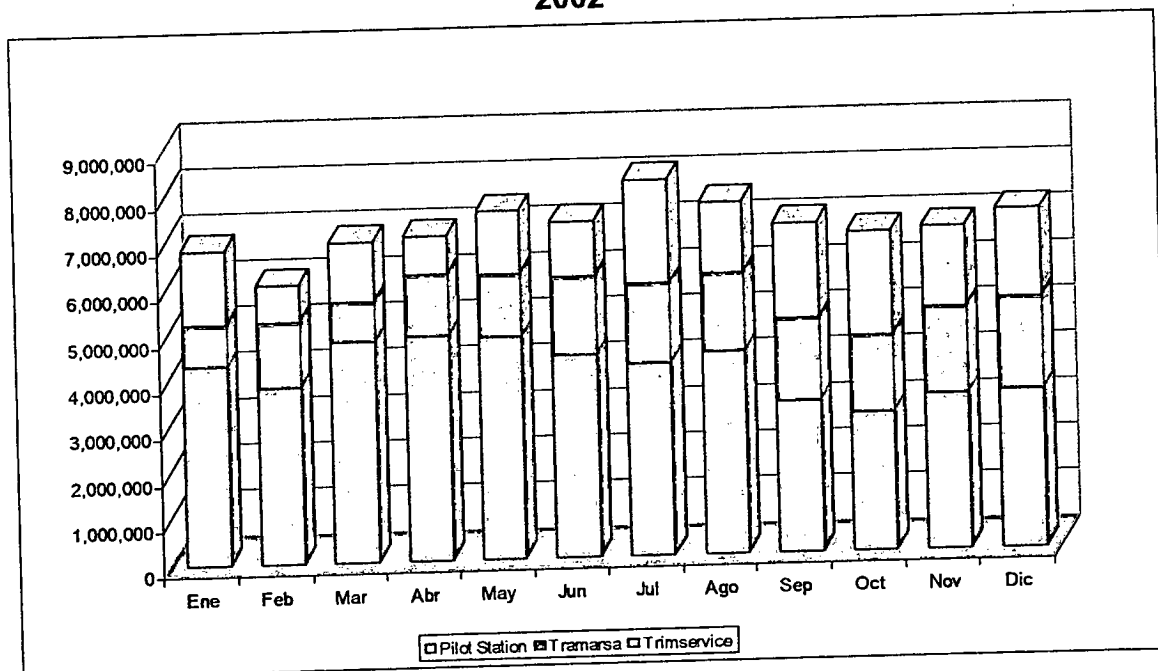
Fuente: ENAPU S.A.
Elaboración: ST-CLC/INDECOP

Gráfico N° 5
Participación de mercado según número de maniobras
2002



Fuente: ENAPU S.A.
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

Gráfico N° 6
Participación de mercado según T.R.B. movido
2002



Fuente: ENAPU S.A.
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

199. De los cuadros y gráficos antes presentados, se puede apreciar que Pilot Station fue la principal empresa administradora de prácticos en el TPC, toda vez que sus operaciones representaron (i) el 78% y 60% del total de maniobras para los años 2001 y 2002 respectivamente, y (ii) el 70% y 57% del total de TRB movido, para los mismos años, respectivamente.

En ese sentido, el Índice de Concentración Herfindahl – Hirschman (IHH) arroja como resultado un mercado altamente concentrado más cercano a una estructura monopólica que competitiva dado que para el año 2001, el IHH fue de 6 273 mientras que para el año 2002 fue de 4 445.

200. La alta participación de mercado de Pilot Station medida tanto en número de maniobras como en TRB movido resulta un indicador importante que evidenciaría que dicha empresa tuvo posición de dominio en el mercado relevante. Ciertamente, entre enero de 2001 (fecha en la cual Pilot Station incorpora a la totalidad de prácticos licenciados para el TPC como accionistas y empleados) y el 28 de junio de 2002 (fecha de admisión a trámite de la denuncia), periodo en el cual se producen y sostienen las presuntas conductas anticompetitivas, Pilot Station fue la empresa administradora de prácticos más importante del TPC. En particular, en los meses de febrero y marzo de 2001 Pilot Station ostentó el 100% del mercado, manteniendo durante el periodo de investigación (un total de 18 meses) una cuota de mercado, medida en número de maniobras realizadas y en TRB movido, superior al 75% y 69% respectivamente.
201. Las empresas que compitieron con Pilot Station sólo constituyeron un número reducido y mantuvieron cuotas de mercado significativamente menores en comparación a dicha empresa. Según el número de maniobras realizadas durante el periodo de investigación, Tramarsa no superó el 22% mientras que Trimservice no superó el 23%. Asimismo, en promedio para el año 2001, Pilot Station ostentó el 78%, Tramarsa el 8% y Trimservice el 11%.
202. La alta cuota de mercado de la empresa denunciada y las bajas cuotas de sus competidores denotarían, con este solo indicador, una alta probabilidad de que Pilot Station haya tenido posición de dominio en el periodo analizado.
203. En efecto, al discutir la utilidad del cálculo de cuotas de mercado para la determinación de una posición de dominio, Conrath señala que ante importantes cuotas de mercado, y ante la existencia de altas barreras a la entrada, tribunales internacionales han señalado directamente la existencia de posición de dominio o poder monopólico.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Así por ejemplo, en *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Comisión* la Corte Europea de Justicia señaló ante participaciones de mercado entre 63% y 66% y un IHH de 4 486 que dichas cuotas de mercado son evidencia de la existencia de una posición dominante; respecto a cuotas de mercado entre 84% y 90% y un IHH de 7 700 que las cuotas de mercado eran tan grandes que ellas prueban la existencia de posición dominante. Por su parte, cortes estadounidenses refirieron ante cuotas del 75% que el poder monopólico puede ser asumido; mientras que ante una cuota de 87% se señaló que la existencia de poder monopólico ordinariamente puede ser inferida de una cuota de mercado predominante, 87% del mercado no deja duda de la existencia de poder de mercado. En CONRATH, Craig W. Op. Cit. Sección 5, págs. 5 – 6.

204. Adicionalmente, cabe señalar que, tal como lo afirmaron los denunciantes, a partir de enero de 2001 Pilot Station se constituyó en un monopolio al concentrar a la totalidad de prácticos con licencia para prestar servicios en el TPC, dado que celebró contratos de exclusividad con la totalidad de la oferta de practicaje disponible. Si bien es cierto que en los meses de abril y junio de 2001 los prácticos denunciantes en el presente procedimiento dejaron de prestar servicios a través de Pilot Station para hacerlo a través de terceras empresas administradoras de prácticos, un alto porcentaje del número de profesionales prácticos con licencia para operar dentro del TPC permaneció prestando servicios a Pilot Station. (Ver Cuadro N° 12)

Cuadro N° 12
Número de movimientos según práctico y E.A.P.
Del 9 de enero al 31 de diciembre de 2001

N°	Práctico	Pilot Station	Tramarsa	Trimservice	Otros	Total	Maniobras realizadas para Pilot Station (%)
1	A. Chávez	62	288	12	8	370	16,8%
2	A. Gómez Ríos	223	0	0	0	223	100,0%
3	C. Burga	144	0	0	0	144	100,0%
4	C. Gerkes	142	0	0	0	142	100,0%
5	C. Guzmán	158	0	0	0	158	100,0%
6	C. Negrini	100	0	0	0	100	100,0%
7	E. Gerkes	149	0	0	0	149	100,0%
8	E. Gómez	166	0	0	0	166	100,0%
9	E. Mella	218	0	0	0	218	100,0%
10	E. Rodríguez	163	0	0	0	163	100,0%
11	G. Bettochi	166	0	0	0	166	100,0%
12	G. Campoverde	5	182	2	0	189	2,6%
13	Gómez Núñez	170	0	0	0	170	100,0%
14	J. Asmat	168	0	0	0	168	100,0%
15	J. Godier	193	0	0	0	193	100,0%
16	J. Loyola	102	0	0	0	102	100,0%
17	J. Maguiña	128	0	0	2	130	98,5%
18	J. Petrozzi	51	0	230	3	284	18,0%
19	J. Zagazeta	150	0	0	0	150	100,0%
20	L. Loyola	153	0	0	0	153	100,0%
21	L. Raggio	39	0	0	0	39	100,0%
22	M. Ángeles	91	0	0	0	91	100,0%
23	M. Del Castillo	50	0	0	0	50	100,0%
24	M. Lavado	44	0	222	0	266	16,5%
25	M. Rivadeneyra	177	0	0	0	177	100,0%
26	P. Gálvez G.	99	0	0	0	99	100,0%
27	P. Gfell	68	0	0	0	68	100,0%
28	P. Salcedo	103	0	0	0	103	100,0%
29	R. Zambrano	176	0	0	0	176	100,0%
30	S. Cruzate	128	0	0	0	128	100,0%
31	T. Japura	80	0	0	0	80	100,0%
32	V. Tirado	166	0	0	0	166	100,0%
33	W. Boggiano	32	2	226	0	260	12,3%
34	W. Corvacho	161	1	0	0	162	99,4%
35	P. Galvez E.	201	0	0	0	201	100,0%

Fuente: Enapu S.A.
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

205. Como se puede apreciar en el cuadro anterior, de un total de treinta y cinco (35) prácticos que prestaron servicios en el TPC durante el 2001, treinta (30) lo hicieron de forma exclusiva para Pilot Station. De los cinco (5) restantes, cuatro (4) de ellos son los denunciantes y uno (1) de ellos es un práctico nuevo en el TPC.

206. Adicionalmente, cabe enfatizar que a partir del 8 de enero de 2001, treinta y seis (36) prácticos, es decir, la totalidad de la oferta disponible en dicho momento, se convirtieron en accionistas de Pilot Station, mientras que dieciseis (16) de ellos se convirtieron en directores de la empresa investigada y otros cinco (5) ocuparon cargos gerenciales.

207. En opinión de esta Secretaría Técnica, el alto porcentaje de prácticos licenciados para operar en el TPC que prestaron servicios a través de Pilot Station durante el año 2001, y la vinculación establecida entre la empresa y éstos en enero de 2001, sea a través de una participación accionarial y/o del ejercicio de cargos directivos o gerenciales, constituyen también elementos que evidencian la posición de dominio de dicha empresa.

208. De otro lado, como se señaló anteriormente, con objeto de determinar la posición de dominio de una empresa, resulta importante analizar las barreras a la entrada al mercado relevante. Las barreras a la entrada son factores que impiden o disuaden la entrada de nuevos competidores a la industria, incluso cuando las empresas establecidas registran utilidades. En ese sentido, aunque la participación de una firma en el mercado sea amplia, dicha participación no implicará una posición dominante si el mercado es relativamente de fácil acceso, es decir, el ingreso de un potencial competidor se puede dar a bajo costo, disciplinando la conducta de la empresa establecida. Como se señaló anteriormente, las barreras a la entrada pueden ser estructurales (económicas o legales) o estratégicas.

209. En el presente caso, la presencia de una nueva empresa administradora de prácticos en el TPC, se encuentra sujeta a la obtención de la licencia y certificado de registro respectivo. Sin embargo, la obtención de una licencia y certificado de registro para realizar actividades de una empresa administradora de prácticos en el TPC no es la principal barrera legal que debe superar un nuevo entrante sino que, además, dicha empresa deberá ingresar al mercado con uno o más prácticos contratados a efectos de poder prestar el servicio de practicaaje en el TPC de acuerdo a los términos de ley.

210. Al respecto, en el acápite IV.2.1.2 referido a la delimitación del mercado geográfico, se analizó las posibilidades de (i) trasladar al TPC a un profesional práctico desde el extranjero u otros puertos del Perú, y (ii) de formar un nuevo práctico para el TPC, a cuyas conclusiones nos remitimos a efectos de demostrar que el mercado de practicaaje marítimo en el TPC es uno con altas barreras legales.

211. De otro lado, las "prácticas de maniobra" necesarias para la obtención de una licencia por parte de un aspirante a práctico o de aquel práctico que decide ingresar al mercado del TPC, son realizadas bajo la supervisión de un práctico licenciado. Evidentemente, este mecanismo crea incentivos a los prácticos establecidos para impedir el acceso de los aspirantes ya que éstos representan competencia potencial para ellos.

De manera similar, la "Junta examinadora" encargada de efectuar el examen de suficiencia para la obtención de la licencia o el cambio de categoría, está

conformada por un total de tres miembros, siendo uno de ellos un práctico con licencia vigente¹⁰⁷.



212. Adicionalmente a la existencia de barreras legales, en el mercado de practica se pueden identificar barreras estructurales propias del servicio en cuestión, referidas a la especificidad del mismo, es decir, el *expertise* necesario para maniobrar naves de alto tonelaje y el conocimiento del puerto por parte del práctico que realiza las maniobras.

213. Finalmente, respecto de la existencia de barreras estratégicas corresponde mencionar que la celebración de contratos de exclusividad, materia de la presente controversia, podría considerarse una barrera estratégica, toda vez que dichos contratos podrían limitar la capacidad de otras empresas administradoras de prácticos de contar con prácticos licenciados en el TPC, representando así una competencia efectiva para Pilot Station.

214. Adicionalmente, esta Secretaría Técnica considera que las exigencias regulatorias respecto (i) del requisito de uso obligatorio de dos (2) prácticos para maniobras en naves de más de 200 metros de eslora¹⁰⁸ y (ii) del establecimiento de un número máximo de tres maniobras independientes al día por cada práctico¹⁰⁹, contribuyen a acentuar el poder de mercado de Pilot Station, dado que limitan el margen de actividad del resto de empresas administradoras de prácticos que poseen un *staff* reducido de profesionales.

215. En consecuencia, considerando la alta participación de mercado de Pilot Station (medida tanto en número de maniobras realizadas como en TRB movidas); la alta concentración del mercado; el número de prácticos contratados por la empresa; la participación como accionistas, directores y/o gerentes de un alto número de ellos; las elevadas barreras legales que posee el mercado de practica en el TPC; y el establecimiento de una barrera estratégica a través de la celebración de contratos de exclusividad; esta Secretaría Técnica concluye que Pilot Station poseía la capacidad de actuar

¹⁰⁷ **Resolución Directoral 0472-2000/DCG.-**
"NORMAS PARA LOS PRÁCTICOS MARÍTIMOS"

2. DEFINICIONES.-

Para efectos de la aplicación de la presente norma se entenderá por:

(...)

m) Junta Examinadora.- Es la que efectúa el examen de suficiencia a un aspirante a práctico o al práctico para el cambio de categoría, y estará constituida por el Capitán de Puerto o su representante, un (1) Oficial Superior de la Dirección de Control de Intereses Acuáticos, un (1) Práctico Marítimo Experto o de Primera con Licencia vigente, los mismos que al final de la evaluación confeccionarán y firmarán el acta correspondiente. [Modificado por la Resolución Directoral 0347-2001/DCG].

(...)

¹⁰⁸ **Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres.-**

D-050112 En naves de eslora mayor a 200 metros será obligatorio el uso de dos prácticos.

¹⁰⁹ **Resolución Directoral 0472-2000/DCG.-**
"NORMAS PARA LOS PRÁCTICOS MARÍTIMOS"

6. FUNCIONES, LIMITACIONES Y OBLIGACIONES DE LOS PRÁCTICOS.-

(...)

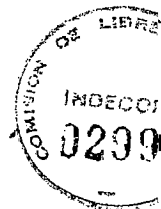
p) Los Prácticos Marítimos podrán efectuar como máximo tres maniobras independientes diarias, entendiéndose para este efecto como maniobra, una entrada o salida.

(...)

[Modificado mediante Resolución Directoral 0347-2001/DCG].



independientemente de competidores y clientes, es decir, que la empresa denunciada ostentó posición de dominio dentro del mercado relevante durante el período en el que ocurrieron los hechos denunciados (diciembre de 2000 a junio 2002)



216. Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que la sola tenencia de posición de dominio no es un aspecto por sí mismo dañino y, por ende, sancionable. En efecto, ni la concentración de un mercado ni en el extremo la formación de un monopolio son sancionables *per se* por la legislación de competencia nacional. Lo que resulta sancionable es que una empresa que goce de dicha posición en un mercado relevante abuse de la mencionada condición.

217. Por lo tanto, habiéndose determinado que Pilot Station tuvo posición de dominio en el mercado de servicios de practicaje marítimo en el TPC durante el periodo de análisis de los hechos denunciados, corresponde analizar a continuación si las prácticas denunciadas constituyen conductas de abuso de posición de dominio de acuerdo a lo previsto en el Decreto Legislativo 701.

IV.2.3. Análisis de las conductas denunciadas

218. Habiéndose determinado que Pilot Station ostentó posición de dominio en el mercado relevante durante el periodo en el que ocurrieron los hechos denunciados, corresponde analizar a continuación si las prácticas denunciadas (contratos de exclusividad, predación a través de mecanismos administrativos y judiciales, negativa injustificada de entrenamiento de nuevos prácticos y negativa injustificada de prestación de servicios de practicaje) constituyeron un abuso de dicha posición de dominio en el referido mercado. El análisis se centrará en la evaluación de la información económica y la documentación entregada por las partes y obtenida por la Secretaría Técnica, la cual obra en el expediente.

219. Como parte de la evaluación de cada una de las modalidades de abuso de posición de dominio denunciadas, se establece un marco teórico sobre la base del cual se deberá entender la racionalidad y/o impactos procompetitivos y/o anticompetitivos de las conductas investigadas a efectos de declararlas como permisibles o ilegales a la luz de las normas de defensa de la libre competencia.

220. Asimismo, de acuerdo a lo contenido en el artículo 5 del Decreto Legislativo 701¹¹⁰ para declarar que determinada conducta constituye un abuso de posición de dominio, se deberá acreditar la confluencia de los siguientes elementos:

- (i) La existencia de posición de dominio de la empresa investigada;
- (ii) Una actuación de manera indebida;
- (iii) El propósito de obtener beneficios;

¹¹⁰ **Decreto Legislativo 701.-**

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

(...)



- (iv) El propósito de causar perjuicios a otros; y,
- (v) La imposibilidad del resultado de no existir posición de dominio.

A continuación se analizan las modalidades de abuso de posición de dominio denunciadas, en el siguiente orden: (i) contratos de exclusividad, (ii) negativa injustificada de entrenamiento de nuevos prácticos, (iii) predación a través de mecanismos administrativos y judiciales, y (iv) negativa injustificada de prestación de servicios de practiceaje.



IV.2.3.1. Contratos de exclusividad

IV.2.3.1.1. Libre contratación y libre competencia

221. La libertad de contratar, inherente a toda persona natural o jurídica, es la facultad por medio de la cual los agentes económicos son libres de decidir el número de contratos que desean celebrar (de acuerdo a las necesidades de cada persona), los asuntos o temas que se desean someter a contratación, la persona (o contraparte) con quién se desea establecer una relación contractual así como el momento en que se desea celebrar el contrato.
222. Conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 14 de la Constitución Política "toda persona tiene derecho (...) a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público" (el subrayado es nuestro). Asimismo, el artículo 62 del mencionado cuerpo constitucional prescribe que "la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato" (el subrayado es nuestro).
223. Por otro lado, la libertad contractual o de configuración interna (consustancial con la libertad de contratar) consiste en aquella prerrogativa que tienen las partes que intervienen en un contrato de establecer libremente las cláusulas, condiciones o reglas contenidas en éste. El Código Civil reconoce la libertad contractual en su artículo 1354 al establecer que "las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo" (el subrayado es nuestro).
224. Los citados preceptos constitucionales y legales deben ser entendidos como referidos a la "libre contratación", es decir, incluyendo tanto a la libertad de decidir la celebración de un contrato como al contenido de éste. Adicionalmente, las normas en mención no sólo señalan que las personas tienen derecho a la libre contratación, sino que además establecen un límite a dicha libertad al señalar que los contratos no deben contravenir normas de orden público¹¹¹ (o las normas vigentes al momento de su celebración).
225. Con relación a lo anterior, cabe señalar que en diversos pronunciamientos la Comisión ha considerado que los pilares de una economía social de mercado (como la que rige en el Perú) son los derechos de propiedad y la libre

¹¹¹ "El orden público es un concepto esencialmente jurídico, que atañe al cumplimiento ineludible de las normas imperativas. Hace referencia al Derecho, y también se vincula al orden interno en el sentido de la preservación de las reglas generales de la organización social. Así, el orden público no puede desvincularse totalmente de los conceptos político - sociales, aun cuando su ámbito específico resulta siendo el Derecho". En: RUBIO CORREA, Marcial. *Nulidad y anulabilidad. La validez del acto jurídico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989, Pág. 103.

contratación de los agentes económicos. En efecto, sólo estableciendo reglas claras de titularidad respecto de los bienes y servicios existentes o producidos en la sociedad y estableciendo su libre transferibilidad se crearán los incentivos necesarios para que los agentes económicos inviertan en tales bienes (o en su producción) dado que luego podrán apropiarse de los frutos provenientes de la transferencia de éstos (o de sus frutos). Con ello se generará mayor riqueza y, por lo tanto, un aumento en el bienestar social.



226. No obstante, la Comisión también ha considerado que tanto la propiedad como la libre contratación deben coexistir con los principios rectores fundamentales para el desenvolvimiento de una economía social de mercado. Uno de esos principios rectores es el de libre competencia. En este sentido, el derecho de propiedad y la libertad de contratación deben ejercerse sin restringir o distorsionar la libre competencia. La propia Constitución Política establece que los derechos de propiedad privada y libre contratación deben ejercerse de acuerdo a los límites previstos en la ley¹¹², entre ellos las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 701, legislación de desarrollo constitucional del principio rector de la libre competencia. Por lo tanto, es evidente que la persecución de posiciones dominantes y de prácticas colusorias lleva implícita la posibilidad de limitar el derecho de exclusiva sobre los recursos de la empresa y/o el derecho de contratar libremente.
227. De esta manera, los derechos de propiedad privada y libre contratación no son absolutos ni irrestrictos, siendo un límite natural de ellos el interés público contenido en las normas de defensa de la competencia. Esta limitación se sustenta en el hecho de que el Estado privilegia el interés público sobre el interés privado.
228. Dado que el derecho de propiedad, la libertad de contratación y la libre competencia se encuentran garantizados constitucionalmente, debe existir un equilibrio entre éstos, de modo que el ejercicio de uno no perjudique la vigencia de los otros. Así, surge una paradoja en la legislación de libre competencia, que en determinados casos debe limitar la propiedad y la libertad de contratación, bases del funcionamiento de una economía social de mercado, para defender la competencia y con ello la eficiente asignación de los recursos (finalidad que persigue tal economía de mercado).

¹¹² **Constitución Política.-**

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

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

(...)

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





229. La cuestión debe girar entonces en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción que en cada caso se imponga sobre el derecho de propiedad y la libertad de contratación. Las limitaciones impuestas en aras de proteger la competencia no pueden llegar al punto de reducir injustificadamente o irrazonablemente los incentivos para competir. Cualquier limitación a la propiedad o a la libre contratación debe partir de la convicción de que ésta es la mejor forma de lograr una mayor eficiencia y, por ende, un mayor bienestar de los consumidores.

230. Por ejemplo, en la prohibición de conductas de abuso de posición de dominio, si una empresa con posición de dominio discrimina injustificadamente entre dos empresas que a su vez compiten entre sí, de modo que una obtiene una ventaja ilegítima frente a la otra, tal discriminación deberá ser sancionada y la autoridad de libre competencia deberá ordenar que el dominante cese tal conducta. Esto puede incidir incluso sobre precios ya pactados, afectando la libertad de contratación de dicha empresa.

231. Al respecto, en diversas resoluciones emitidas tanto por el Indecopi —a través de la Comisión y el Tribunal— como por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel) —a través de Cuerpos Colegiados Ordinarios y la Presidencia de su Consejo Directivo— se han establecido medidas correctivas que de alguna manera han limitado el derecho de propiedad o la libertad de contratación de los investigados.

A manera de ejemplo, pueden citarse las siguientes resoluciones:

- Resolución N° 019-94/CLC, del 27 de julio de 1994:

La Empresa Nacional de Comercialización de la Coca (ENACO), empresa estatal que cuenta con el monopolio legal en el mercado de la compra y venta de hoja de coca, se negó a proveer hojas de coca a la empresa Industrial Comercial Holguín e Hijos S.A. para la producción de bolsas filtrantes de mate de coca.

Dicha negativa tenía un efecto anticompetitivo, pues no permitía a la denunciante ingresar al mercado de mate de coca filtrante. En la citada resolución, la Comisión ordenó a ENACO satisfacer las demandas de compra de la denunciante. Este mandato no fue otra cosa que la imposición de una obligación a ENACO: la obligación de vender hoja de coca a la denunciante.

Mediante tal mandato, como es evidente, se afectó tanto el derecho de propiedad como la libertad de contratación de ENACO. Sin embargo, tal afectación resultaba razonable a efectos de tutelar el interés público que constituye la protección del proceso competitivo.

- Resolución N° 073-97-CD/OSIPTTEL, del 13 de noviembre de 1997:

Procedimiento iniciado por la empresa Empresa Difusora Radio Tele S.A. (Bell South) contra Telefónica del Perú S.A. (Telefónica). Bell South



denunció a Telefónica por negarse a proveerle el servicio de *roaming*¹¹³ a sus clientes, aduciendo además que sin esta facilidad le sería imposible competir.

La resolución que puso fin al procedimiento administrativo contenía un mandato en el que se obligó a Telefónica del Perú a prestar el referido servicio a la denunciante, en el entendido de que era deseable para la competencia que Bell South pudiera prestar, a través de Telefónica, el servicio de *roaming* a sus clientes.



Con su pronunciamiento la agencia de competencia afectó el derecho de propiedad y la libertad de contratación del titular de un recurso, el cual se consideró esencial para la competencia en el mercado de las telecomunicaciones móviles. En esta decisión se señaló que sólo a través de la protección de la libre competencia en dicho mercado se iba a lograr la consecución de un mayor bienestar para los consumidores y usuarios.

- Resolución N° 062-2000-CCO/OSIPTEL, del 21 de diciembre de 2000:

La empresa Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante, Telefónica Multimedia) había celebrado con las cadenas estadounidenses Turner Broadcasting System Latin America, Inc. (en adelante, Turner) y Fox Latin American Channel, Inc. (en adelante, Fox) diversos contratos de licencia en exclusiva, en virtud de los cuales la primera sería la única proveedora en Lima de diversas señales de televisión por cable de titularidad de las mencionadas cadenas. Tele Cable S.A. (en adelante, Tele Cable) denunció a Telefónica Multimedia ante el Osiptel, a efectos de que se declare que las exclusividades señaladas configuraban una práctica anticompetitiva.

El CCO declaró fundada la denuncia. La resolución citada contiene un mandato en el que se ordena a Telefónica Multimedia dejar sin efecto las cláusulas de exclusividad referidas en el párrafo anterior, con lo cual estas cláusulas resultaban inexigibles por Telefónica así como inoponibles a terceros (en especial a Tele Cable).

¹¹³ Roaming:

1. Modalidad operativa del servicio público de telefonía móvil celular que otorgan los operadores de dicho servicio mediante acuerdos, a fin de que sus abonados puedan, transitoriamente, efectuar y recibir llamadas telefónicas en área de concesión distinta de aquella en la que son abonados. (Disposición Preliminar del Sistema de Tarifas que se aplicara a las comunicaciones cursadas entre usuarios del servicio de telefonía fija y usuarios de telefonía móvil celular, aprobado por Resolución N° 005-96-CD/OSIPTEL).
2. A la modalidad que otorga facilidades a las empresas operadoras, a fin que sus abonados puedan, eventual o permanentemente, efectuar y recibir comunicaciones en áreas de prestación del mismo operador o de otro, distinta a aquella en la que se encuentran registrados como abonados. (Artículo 4° de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos Móviles, aprobada por Resolución N° 002-2000-CD/OSIPTEL).

Glosario de Términos del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones.
(www.osiptel.gob.pe)



Es evidente que el mandato de la agencia de competencia afectó la libertad de contratación de Telefónica Multimedia, Turner y Fox, pues se afectó contratos estructuralmente válidos. Estos contratos, sin embargo, configuraban un ilícito a la luz de las normas de defensa de la libre competencia y afectaban el interés público.



- Resolución N° 0869-2002/TDC-INDECOPI, del 11 de diciembre de 2002:

La empresa Cab Cable S.A. (en adelante, Cab Cable) denunció a Electrocentro S.A. (en adelante, Electrocentro) por abuso de posición de dominio, consistente en la negativa injustificada de celebrar con ella un contrato de alquiler de postes de alumbrado eléctrico para el tendido de cables de televisión y, con ello, impedirle que pueda prestar el servicio de televisión por cable en la ciudad de Huancayo.

En la citada resolución se consideró que Electrocentro tenía posición de dominio en el mercado de alquiler de sus postes, los que a su vez resultaban un insumo esencial para el desarrollo de la actividad de la demandada. En consecuencia, se emitió un mandato en el que se ordenó a la primera alquilar sus postes a favor de la denunciante, es decir, se "obligó a contratar" a Electrocentro, restringiendo así de manera evidente su libertad de contratar y su derecho de propiedad sobre los postes.

- Resolución N° 0870-2002/TDC-INDECOPI, del 11 de diciembre de 2002:

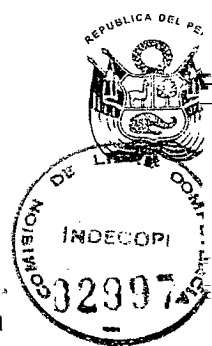
Aero Continente S.A. (en adelante, Aero Continente) denunció al Banco de Crédito del Perú por presunto abuso de posición de dominio, consistente en la negativa injustificada de prestación de servicios bancarios; en particular, por su negativa a acceder a la solicitud presentada por la denunciante para abrir cuentas corrientes. Aero Continente manifestó que requería de la apertura de cuentas corrientes en moneda nacional y extranjera en la ciudad de Puerto Maldonado, a fin de que su agente autorizado en esa ciudad pudiera depositar el importe correspondiente a los reportes de venta de los servicios prestados en la zona.

El Tribunal consideró, al igual que en los casos anteriores, que la negativa del referido banco tenía un efecto anticompetitivo y emitió un mandato en el que se impuso a éste la obligación de prestar el mencionado servicio. Así, restringió la libertad de contratación de la empresa denunciada y su derecho de propiedad sobre ciertos activos, que en principio le hubieran permitido decidir libremente el negarse a contratar con Aero Continente.

IV.2.3.1.2 La vigencia de los contratos de exclusividad como abuso de posición de dominio

232. La denuncia de la APOP y de los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino, Lavado Carrillo y Boggiano Morales, en el extremo relacionado a la celebración de contratos de exclusividad, cuestiona dicha política puesto que,

a su entender, tanto la celebración de dichos contratos como su vigencia a lo largo del tiempo (hasta que expiren las licencias de los prácticos al llegar a la edad límite de prestar servicios profesionales), representarían una práctica anticompetitiva.



233. Al respecto, corresponde en esta parte del análisis dilucidar si tanto la celebración de dichos contratos como su plazo de vigencia podrían representar conductas de abuso de posición de dominio.

234. Como se ha señalado, toda conducta empresarial sospechosa de constituir un abuso de posición, para ser considerada una infracción, requerirá previamente que la empresa que la implemente sea una empresa dominante. Si el investigado no ostenta tal poder de mercado, no puede cometer un supuesto de abuso de posición de dominio.

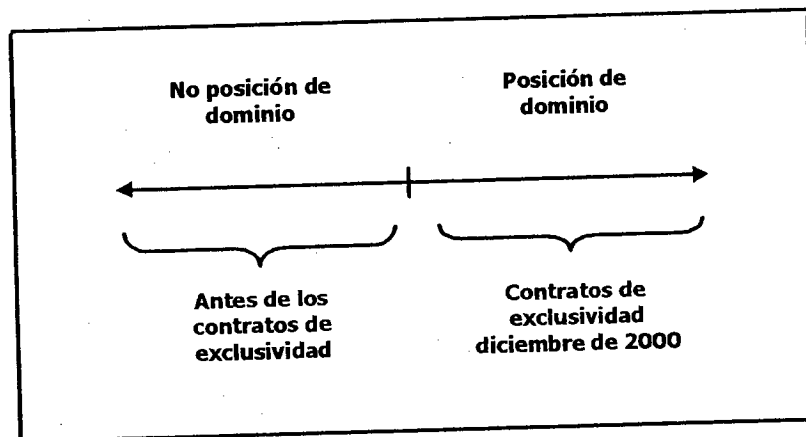
En otras palabras, uno de los elementos del supuesto típico de infracción administrativa está referido a la calidad subjetiva del agente infractor al momento de cometerse la supuesta conducta abusiva. Así por ejemplo, en el ámbito penal para que se configure el delito de parricidio el agente que ejecuta la presunta conducta criminal debe tener la calidad de ascendiente (padre, madre, abuelo, abuela, etc.), descendiente (hijo, hija, nietos, etc.), cónyuge o concubino.

235. En el presente caso, en el momento de la celebración de los contratos de exclusividad materia de controversia, esto es, el 15 de diciembre de 2000, Pilot Station era sólo una de dieciocho empresas administradoras de prácticos, ostentando en dicha fecha una participación de mercado del 1,3% medido en número de maniobras y del 0,9% medido en TRB movido. De lo anterior se desprende que al 15 de diciembre de 2000 Pilot Station no ostentaba posición de dominio.

236. Es precisamente después de celebrados los contratos de exclusividad con la totalidad de prácticos licenciados para prestar servicios en el TPC, es decir, después del 15 de diciembre de 2000, que, aunado a los demás factores analizado (concentración del mercado, barreras legales, etc.) Pilot Station adquiere la capacidad de actuar independientemente del resto de agentes relacionados al mercado de practica en el TPC. Dicha situación se confirma a partir del 9 de enero de 2001 cuando la denunciada captura el 100% del mercado al tener en su staff al 100% de profesionales prácticos disponibles en un mercado con altas barreras a la entrada. (Ver Gráfico N° 7)



Gráfico N° 7
Posición de dominio de Pilot Station antes y después de la celebración de los contratos de exclusividad



237. Por ende, se podría afirmar que la conducta de Pilot Station consistente en la celebración de contratos de exclusividad con la totalidad de prácticos licenciados para prestar servicios en el TPC en diciembre de 2000, no podría constituir un abuso de posición de dominio puesto que, en dicho lapso de tiempo, la denunciada no era una empresa dominante.
238. Sin embargo, una vez obtenida la calidad de empresa dominante, precisamente a través de la celebración de los contratos de exclusividad bajo análisis, la vigencia a lo largo del tiempo de dichos contratos sí puede ser analizada como una conducta abusiva de una posición de dominio, toda vez que, con posterioridad al 15 de diciembre de 2000, Pilot Station era ya una empresa dominante; y el sostener una vinculación de forma exclusiva con la totalidad de prácticos disponibles en el mercado, por un periodo de tiempo que finalizaba al expirar la licencia de los prácticos contratados, podría denotar una intención y producir un efecto contrario a la libre competencia y por ende constituir una infracción a las normas contenidas en el Decreto Legislativo 701.
239. En efecto, la responsabilidad de una empresa frente al mercado es diferente en cuanto ésta cuente o no con posición de dominio. La adquisición de posición de dominio por parte de una empresa trae consigo para ésta la imposibilidad de realizar conductas que, de no ostentar tal posición en el mercado no resultarían objetables desde el punto de vista de la legislación de libre competencia.
240. De modo particular, la barrera estratégica implementada por una empresa, a la par de otorgarle posición de dominio, puede constituir, con posterioridad a la obtención de dicha posición, la conducta calificada como abuso de una posición de dominio. Para comprender esta afirmación, veamos el siguiente ejemplo.

Supongamos que en un mercado participa la empresa X y otros tres competidores, cada uno con un 25% de cuota de mercado (un oligopolio). Supongamos además que el bien o servicio que producen es distribuido y comercializado a través de 20 distribuidores. Así, digamos que cada empresa

tiene cinco distribuidores y los 20 distribuidores acaparan el 100% del mercado de distribución y comercialización del producto en cuestión. Finalmente, asumamos que las barreras legales de entrada para establecer más distribuidores son elevadas. En este mercado, ni **X** ni sus competidores tienen posición de dominio.

Ahora supongamos que **X** decide celebrar contratos de distribución exclusiva con cada uno de los distribuidores de sus competidores. Asumamos que **X** cuenta con los recursos financieros necesarios para "comprar" a los distribuidores de sus competidores. Luego de ir ampliando su red de distribución, se llegaría a un momento en el que **X** habría celebrado contratos de distribución exclusiva con los 20 distribuidores que existían en el mercado, es decir, que **X** tendría el 100% del mercado de distribución y comercialización del producto que se trate, aunque, claro está, en la producción sería uno de cuatro fabricantes.

Veamos ahora este ejemplo a la luz de las normas de defensa de la competencia. En primer lugar, dada la existencia de altas barreras a la entrada de distribuidores, es bastante probable que la autoridad de competencia asuma que **X** detenta posición de dominio a partir de un número significativo de contratos de distribución exclusiva. Asumamos, a manera de ejemplo, que la autoridad llega al convencimiento de que con el control del 90% del mercado de distribución y comercialización, **X** puede actuar de manera independiente a la de sus competidores, es decir, que en el momento de haber celebrado 14 contratos de distribución exclusiva adicionales a los 4 que tenía originalmente (18 distribuidores equivalen al 90% del mercado de distribución y comercialización), dicha empresa ya cuenta con posición de dominio.

Ahora asumamos que con detentar el 90% del mercado de distribución y comercialización, dicha situación está originando serias dificultades a los competidores de **X** para permanecer en el mercado. En efecto, podría estar ocurriendo que sus tres competidores tienen problemas para colocar sus productos en el mercado debido a que sólo cuentan con 2 distribuidores para ello. Es claro que la eventual salida de uno o más de los competidores de **X** no se debería a las eficiencias productivas o innovativas que éste pudiera estar implementando, sino a la conducta anticompetitiva (barrera estratégica) que significa haber celebrado contratos de distribución exclusiva. Dicho en otros términos, **X** estaría eliminando a su competencia, no por ser más eficiente, sino utilizando su poder de mercado.

En el ejemplo, si se llega al convencimiento de que 18 o más contratos de distribución exclusiva, bajo el análisis costo - beneficio de la regla de la razón, tienen más efectos (potenciales o reales) anticompetitivos (medidos en restricción de la competencia y perjuicio al bienestar de los consumidores) que efectos (potenciales o reales) procompetitivos (medidos en eficiencias productivas, innovativas y/o asignativas), la autoridad de competencia declarará ilegal la actuación de **X** y la sancionará por violar las normas de defensa de la libre competencia.

Como puede verse, el abuso de posición de dominio es tanto mantener vigentes los 18 contratos de distribución exclusiva como el pretender llegar a



20 y así monopolizar el mercado. El ejemplo descrito nos revela que una barrera estratégica (celebrar contratos de distribución exclusiva) implementada por una empresa, así como es origen de la posición de dominio, también puede ser la expresión del abuso de la posición de dominio.

Sostener lo contrario, es decir, que la conducta que permite la obtención de la posición de dominio no puede ser evaluada en una etapa posterior de análisis como la conducta que traduce el abuso de la posición de dominio, generaría una indeseable impunidad y el consecuente perjuicio al interés económico general.

241. Por consiguiente, a continuación se analiza si la vigencia de los contratos de exclusividad a lo largo del tiempo ha constituido un abuso de posición de dominio.

IV.2.3.1.3 Marco teórico de contratos de exclusividad

242. La celebración de contratos de exclusividad constituye una de las modalidades de un conjunto de prácticas empresariales consideradas por la teoría económica como "restricciones verticales".
243. Las restricciones verticales son acuerdos contractuales entre empresas independientes que operan en diferentes niveles de la cadena de producción o distribución. Estos acuerdos restringen o condicionan los términos bajo los cuales tales empresas pueden comprar, vender o revender bienes y/o servicios.
244. Al hacerse referencia a diferentes niveles de la cadena de producción o distribución, por lo general se distingue entre un nivel "aguas arriba" (o *upstream*) relacionada con la elaboración y provisión de productos y/o servicios que sirven de insumos a la siguiente etapa denominada "aguas abajo" (o *downstream*) encargada de la elaboración y provisión de productos y/o servicios a otros consumidores intermedios o finales.
245. Los incentivos en base a los cuales las empresas establecen restricciones verticales con diferentes empresas ubicadas en un eslabón diferente de la cadena de producción o distribución, están relacionados a que las decisiones de éstas últimas afectan el beneficio de las primeras en cuanto influyen en sus niveles de ventas. Esta es la denominada "externalidad vertical básica"¹¹⁴. Cualquier unidad adicional que se venda en el nivel *downstream* redundará en una externalidad positiva para la empresa ubicada en el nivel *upstream*.
246. En efecto, la necesidad de control vertical surge de la existencia de externalidades entre proveedores y clientes y, como se verá más adelante, también entre empresas en el nivel *downstream*. Así por ejemplo, un escaso esfuerzo de promoción y *marketing* por parte de un distribuidor podría redundar en un menor nivel de ventas del productor, por lo tanto éste podría estar interesado en fijar un precio de reventa a dicho distribuidor, una forma

¹¹⁴ TIROLE, Jean. *La teoría de la organización industrial*. Traducción al español realizada por Carmen Matutes y colaboradores. Primera Edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1990, págs. 260 y 265.

de restricción vertical, de tal manera que el distribuidor se vea incentivado en invertir en promoción y *marketing*, generando a su vez que se incremente el nivel de ventas del producto en cuestión.

247. Son ejemplos de la externalidad vertical básica¹¹⁵:

- (i) el problema de la doble marginalización (elección del precio)¹¹⁶;
- (ii) el problema del riesgo moral en el nivel inferior (elección del esfuerzo de promoción)¹¹⁷; y,
- (iii) el problema de la sustitución de insumos (elección de la tecnología de producción)¹¹⁸.

248. Las restricciones verticales son sustitutos parciales de la integración vertical. Una empresa se considera integrada verticalmente con otra cuando existe entre ambas una relación de control, siendo que una participa en un nivel *upstream* y la otra en un nivel *downstream*¹¹⁹, finalmente, estaremos hablando de una única unidad de decisión, integrada verticalmente, que opera en dos o más distintos niveles de la cadena productiva y/o distributiva. Dado que existen situaciones en las que no es factible realizar una integración vertical (debido a costos asociados a la adquisición de una empresa, adaptación, obtención del *expertise* necesario para operar en otro nivel de la cadena productiva o distributiva, etc.), las empresas suelen recurrir al establecimiento de restricciones verticales mediante celebración de contratos, con el objeto de "controlar" las principales variables que las empresas establecidas en el otro nivel de la cadena de producción o distribución podrían manejar afectando los niveles de beneficios de las primeras.

249. Son ejemplos de restricciones verticales, entre otros, los siguientes:

- (i) La fijación de precios de reventa.
- (ii) La asignación de territorios o clientes.
- (iii) Las ventas atadas.

¹¹⁵ Ibídem. págs. 260-278.

¹¹⁶ Si ocurre que tanto en el nivel *upstream* como en el *downstream* operan monopolistas, la integración vertical entre ellos incrementará el beneficio de la industria (la industria integrada obtiene más beneficios que la no integrada). Asimismo, el precio final será más bajo en el caso de la industria integrada. El objetivo de la integración vertical es evitar la doble distorsión del precio que surge cuando cada empresa cobra su propio margen en cada etapa productiva.

¹¹⁷ Resulta de difícil medición para el productor el grado de "esfuerzo de promoción" (servicios gratuitos, entrega, créditos, información, personal auxiliar, etc.) que realiza el detallista.

¹¹⁸ Supongamos un detallista monopolista que se provee de dos *inputs*, uno producido por un monopolista y otro competitivamente, ambos sustitutos en la función de producción. La empresa cliente utilizará más el segundo *input* sin tomar en cuenta el beneficio marginal del monopolista proveedor.

¹¹⁹ Cabe señalar que Hovenkamp considera una definición más amplia de integración vertical. Según él una empresa puede integrarse verticalmente de tres formas: (i) ingresando a un nuevo mercado constituyendo una empresa; (ii) adquiriendo una empresa que ya se encuentra operando en el mercado; (iii) una empresa puede suscribir contratos de largo plazo con otra empresa bajo los cuales ambas empresas coordinan ciertos aspectos de su comportamiento. Ver: HOVENKAMP, Herbert. Op. Cit., pág. 369.

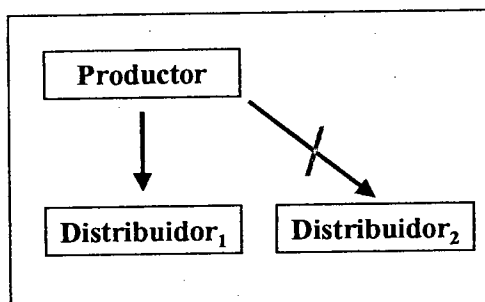
(iv) El establecimiento de cláusulas de exclusividad.

250. En general, las restricciones verticales pueden permitir ganancias en eficiencia y representar conductas procompetitivas beneficiosas para los consumidores¹²⁰; sin embargo, también pueden constituir conductas anticompetitivas implementadas con la intención y el efecto de excluir a los rivales. Al respecto, la autoridad de competencia al momento de analizar una restricción vertical deberá evaluar sus justificaciones y sopesar sus efectos positivos y negativos sobre la competencia y los consumidores.

251. En particular, los acuerdos o contratos de exclusividad pueden tomar diversas formas, siendo las más comunes: (i) los contratos de distribución exclusiva, (ii) los contratos de compra exclusiva y (iii) los contratos de agencia en exclusiva.

252. Los contratos de distribución exclusiva (*exclusive dealerships*) consisten en la designación de un único distribuidor para una zona geográfica establecida. En general, el proveedor se compromete tanto a no proveer a otros distribuidores como a no vender directamente en dicha zona (Ver Gráfico N° 8).

Gráfico N° 8
Contrato de distribución exclusiva¹²¹



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

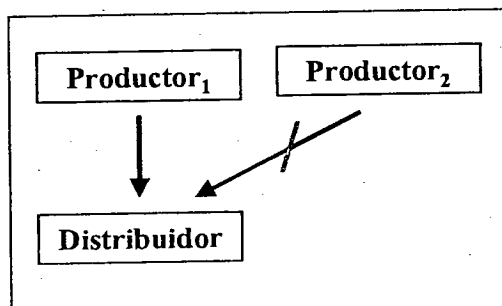
253. Los contratos de compra exclusiva (*exclusive dealing*) consisten en el compromiso de la empresa ubicada en el nivel *downstream* de proveerse únicamente de la empresa con la que celebró el contrato de compra exclusiva (Ver Gráfico N° 9).¹²²

¹²⁰ La "Escuela de Chicago" ha destacado la importancia de las eficiencias que podrían generarse del establecimiento de restricciones verticales. En tal sentido, dicha escuela considera que éstas raramente serían anticompetitivas y que en muy pocas circunstancias generarían ineficiencias. Ver: ROSS F. Stephen. *Principles of Antitrust Law*. The Foundation Press, Inc. 1993, págs. 224 y 225.

¹²¹ Tanto en el presente gráfico como en los subsiguientes se exponen, por una cuestión didáctica, relaciones entre productores y distribuidores. Sin embargo, el análisis realizado resulta válido también para el resto de relaciones verticales entre agentes ubicados en un nivel *upstream* y otros ubicados en un nivel *downstream* (Por ejemplo: relaciones entre mayoristas y minoristas, relaciones entre empleados y empleadores, etc.)

¹²² "Un contrato de compra exclusiva existe cuando una firma acuerda con otra comprar sólo los productos de esta última, generalmente cuando un distribuidor acuerda sólo vender los productos de un particular productor". En: BORK, Robert. *The antitrust Paradox: A policy at war with itself*. Editorial The free Press, Estados Unidos de América, 1993, pág. 299. Traducción libre del siguiente texto: "An exclusive dealing contract exists when one firm agrees to buy only from another, most commonly when a dealer agrees to handle only goods of a particular manufacturer".

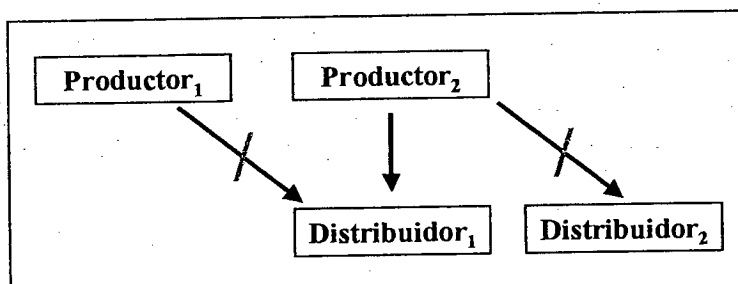
Gráfico N° 9
Contrato de compra exclusiva



Elaboración: ST-CLC/INDECOP

254. Los contratos de agencia en exclusiva resultan ser una combinación de los contratos de distribución exclusiva y de compra exclusiva, aquí tanto proveedor como cliente se comprometen a no mantener relaciones comerciales (proveer o ser abastecido, respectivamente) con terceras empresas (Ver Gráfico N° 10).

Gráfico N° 10
Contrato de agencia en exclusiva



Elaboración: ST-CLC/INDECOP

IV.2.3.1.4 Aspectos procompetitivos de los contratos de exclusividad

255. Los contratos de exclusividad, al igual que el resto de restricciones verticales, pueden representar ganancias en eficiencia que redundan en beneficios para los consumidores. Así, mediante la utilización de contratos de exclusividad se puede proveer bienes en mayor cantidad, de mayor calidad, en mayor variedad y/o a menores precios.

256. En particular, los principales aspectos procompetitivos de los contratos de exclusividad son los siguientes:

- Los contratos de distribución exclusiva:

- (i) Permiten una reducción de costos de transacción ya que, al mantener a un único distribuidor en determinada zona geográfica, el productor evita numerosos tratos con un gran número de distribuidores¹²³. Dicha

¹²³ "...los acuerdos de distribución exclusiva comportan una serie de ventajas. Al nombrar un distribuidor exclusivo, el suministrador evita numerosos tratos con un gran número de comerciantes, puede intensificar sus esfuerzos de venta y racionalizar su distribución (...)" En BELLAMY, Christopher y

reducción de costos puede permitir la provisión de bienes a menores precios.

- (ii) Permiten que el distribuidor alcance economías de escala en la distribución del producto. En efecto, el único distribuidor en determinada zona geográfica podrá abastecer un número de clientes más amplio (todos aquellos ubicados en el área geográfica asignada), que si en dicha zona operasen un mayor número de distribuidores. Así, los costos fijos del distribuidor se prorratan y diluyen entre un mayor número de ventas.
- (iii) Permiten la corrección de fallas de mercado (externalidades) y del comportamiento oportunista (*free rider*) de otros distribuidores. En efecto, si el productor mantuviera dos o más distribuidores, podrían generarse desincentivos para que éstos inviertan en servicios de pre-venta (folletos informativos, pruebas de funcionamiento, demostraciones, entre otros medios de publicidad).

Si un distribuidor invierte en servicios de pre-venta, enfrentará mayores costos que serán trasladados a los consumidores mediante su incorporación en el precio del bien; mientras que aquellos otros distribuidores que no invierten en la prestación de tales servicios podrán beneficiarse de la inversión realizada por el primero puesto que, al no incurrir en costos adicionales, podrán ofrecer los productos a menores precios captando la preferencia de los consumidores. En otras palabras, los clientes recibirían la información sobre las características del producto de aquel distribuidor que invirtió en servicios de pre-venta, mientras que adquirirían el bien de aquellos distribuidores que lo pueden ofrecer a menor precio, por no haber incurrido en la prestación de dichos servicios. Si el productor de dicho bien está interesado en que sus distribuidores presten servicios pre-venta, de tal manera que se incremente la demanda de sus productos, podría estar también interesado en celebrar un contrato de distribución exclusiva que le permita a su único distribuidor invertir en los servicios mencionados.

Con el objeto de alentar a los distribuidores a una adecuada provisión de servicios de pre-venta, podría restringirse o eliminarse la competencia en el nivel *downstream*. El productor otorgaría así los derechos de propiedad sobre los servicios pre-venta al distribuidor exclusivo protegiéndolo del comportamiento *free rider* de sus competidores, las restricciones verticales como la celebración de contratos de distribución exclusiva sirven para este propósito¹²⁴.

- (iv) Incluso mediante la celebración de contratos de distribución exclusiva, un productor, que no cuenta con su propia organización de distribución, podría lograr la penetración de su producto en el mercado, puesto que de

CHILD, Graham. *Derecho de la competencia en el mercado común*. Traducción al español realizada por Enric Picañol. Primera Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992, pág. 316.

¹²⁴ TIROLE, Jean. Op. Cit., pág. 280.

no otorgar tal exclusividad la empresa distribuidora no aceptaría proveer al mercado¹²⁵.

- (v) Finalmente, la celebración de contratos de distribución exclusiva puede incentivar la búsqueda de fuentes alternativas de aprovisionamiento, dinamizando de esta manera la competencia inter-marca¹²⁶.

• Los contratos de compra exclusiva:

- (i) Permiten una reducción de costos de transacción toda vez que, al mantener a un único proveedor, el distribuidor evita numerosos tratos con un gran número de proveedores.
- (ii) Permiten que el productor alcance economías de escala al contar con una cantidad de compras aseguradas por parte de su comprador exclusivo.
- (iii) Permiten la corrección de fallas de mercado (externalidades) y del comportamiento oportunista (*free rider*) de terceros productores. Si un distribuidor mantiene dos o más proveedores podrían generarse desincentivos para que éstos inviertan en servicios de pre-venta y/o capacitación de su distribuidor.

En efecto, si un productor invierte en servicios de pre-venta y/o capacitación, enfrentará mayores costos que serán trasladados a los distribuidores y, por consiguiente, a los consumidores finales mediante su incorporación en el precio del bien; mientras que aquellos productores que no invierten en dichos servicios podrían beneficiarse de la inversión realizada por el primero puesto que, al no incurrir en costos adicionales, podrán ofrecer los productos a menores precios captando la preferencia de los distribuidores y clientes finales. Es decir, el distribuidor recibiría la información sobre los productos de un productor (aquel que invierte en la prestación de servicios pre-venta) y/o se beneficiaría de la inversión en capacitación para los distribuidores realizadas por aquél, y vendería los bienes de otros u otros productores (aquellos con menores precios por no haber invertido en servicios pre-venta y/o capacitación de distribuidores). Si el productor de dicho bien está interesado en que se presten servicios pre-venta y/o capacitación, de tal manera que se incremente la demanda de los productos en cuestión, podría estar también interesado en celebrar un contrato de compra exclusiva que le permita invertir en los servicios mencionados.

Con el objeto de permitir a los productores una adecuada provisión de servicios pre-venta y/o capacitación, podría restringirse o eliminarse la competencia en el nivel *upstream*. El productor conservaría así los derechos de propiedad sobre los servicios pre-venta y/o capacitación que presta protegiéndose del comportamiento *free rider* de sus competidores.

¹²⁵ BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. Op. Cit., pág. 315.

¹²⁶ La competencia inter-marca está referida a la competencia entre distintas marcas de diferentes productores independientes. Por el contrario, la competencia intra-marca está referida a la competencia dentro de la misma marca de una empresa, usualmente se puede graficar mediante la competencia desarrollada entre dos distribuidores del mismo producto.



De esta manera, el productor podrá realizar la inversión en promoción y capacitación a favor de su comprador exclusivo porque ninguno de sus competidores podría aprovechar tales inversiones.

- (iv) Finalmente, la celebración de contratos de compra exclusiva puede incentivar la creación de canales alternativos de distribución dinamizando la competencia intermarca.



IV.2.3.1.5 Aspectos anticompetitivos de los contratos de exclusividad

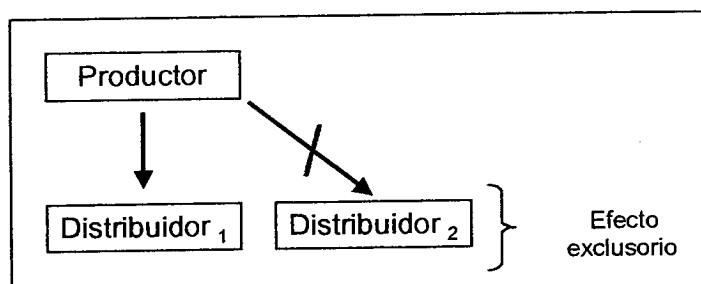
257. Los contratos de exclusividad, al igual que el resto de restricciones verticales, pueden representar pérdidas en eficiencia que redunden en perjuicio de los consumidores. La utilización de contratos de exclusividad puede significar la provisión de bienes en menor cantidad, de menor calidad, de menor variedad y/o a mayores precios. Los aspectos anticompetitivos de los contratos de exclusividad se encuentran referidos a la eliminación de la competencia y la elevación de barreras a la entrada de nuevos competidores (barreras estratégicas).

258. En particular, los principales aspectos anticompetitivos de los contratos de exclusividad son los siguientes:

- Los contratos de distribución exclusiva:

- (i) Estos contratos son susceptibles de eliminar o restringir la competencia intra-marca. En efecto, al asignarse un único distribuidor para determinada zona geográfica, se estará eliminando la posibilidad de competencia entre distintos distribuidores del producto objeto del contrato, toda vez que lo proveerá un solo distribuidor con carácter exclusivo. De esta manera, la celebración de un contrato de distribución exclusiva genera un efecto excluyente (*foreclosure*) respecto al resto de distribuidores que no son provistos (Ver Gráfico N° 11).

Gráfico N° 11
Efecto sobre la competencia intramarca



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

- (ii) Asimismo, la suscripción de estos contratos puede suponer la elevación de barreras a la entrada para nuevos competidores en el nivel downstream.¹²⁷

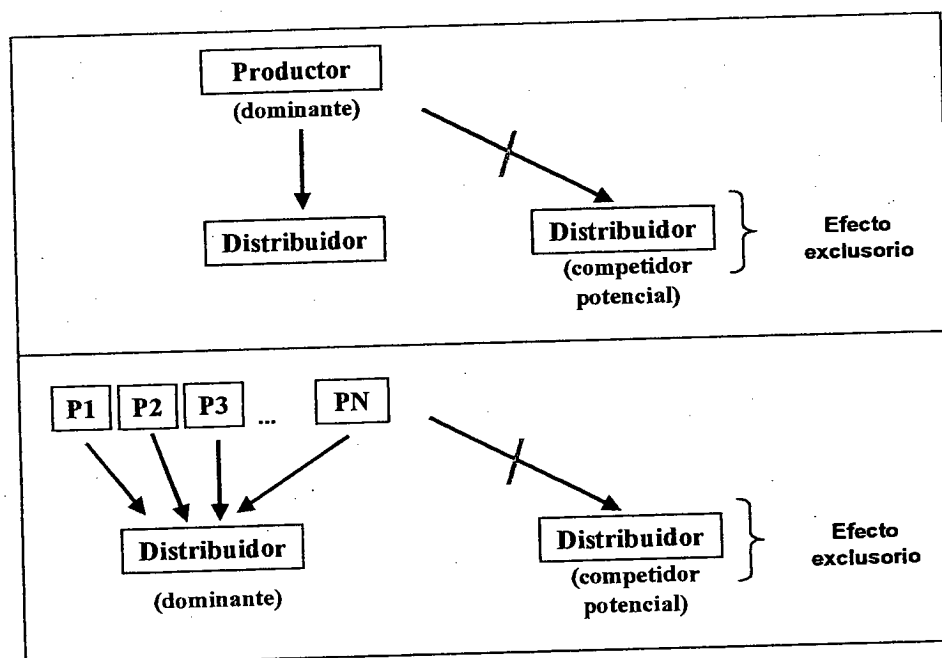
¹²⁷ "Para algunos economistas el contrato entre productores y distribuidores en una industria de bienes intermedios podría tener un significativo efecto de prevención a la entrada, y tales contratos pueden ser malos desde el punto de vista del bienestar". En AGHION, Philippe y BOLTON, Patrick. *Contracts as a Barrier Entry*. American Economic Review, 1987, vol. 77, N° 3, pág. 388. Traducción libre del

Ello ocurrirá si al menos una de las partes involucradas en el contrato, ya sea el productor o el distribuidor, tiene posición de dominio¹²⁸.

En el primero de los casos, la firma dominante puede verse incentivada a celebrar contratos de distribución exclusiva a efectos de reducir la competencia en el nivel *downstream* (distribuidores) dado que dicha competencia no le permitirá extraer los beneficios extraordinarios propios de un monopolio. A través de la designación de un distribuidor exclusivo el monopolista trasladará su poder de mercado a dicho distribuidor y podrá maximizar sus beneficios.¹²⁹

En el segundo de los casos, la generalización de contratos de distribución exclusiva podría privar a terceros distribuidores del acceso a fuentes de suministro perjudicando su capacidad de competir en el nivel *downstream* (Ver Gráfico N° 12).

Gráfico N° 12
Efecto exclusorio



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

- (iii) Finalmente, estos contratos podrían favorecer acuerdos o comportamientos colusorios. En efecto, la reducción de la competencia en el nivel *downstream* favorece la celebración y sostenimiento de acuerdos colusorios tanto entre productores como entre distribuidores. En el nivel *upstream*, si existe en el mercado una política común de

siguiente texto: "It has been pointed out by many economists that contracts between buyers and sellers in intermediate good industries may have significant entry-prevention effects and that such contracts may be bad from a welfare point of view".

¹²⁸ Como se verá más adelante las restricciones verticales resultaran de mayor preocupación de las autoridades de libre competencia cuando involucren a una o más empresas con posición de dominio.

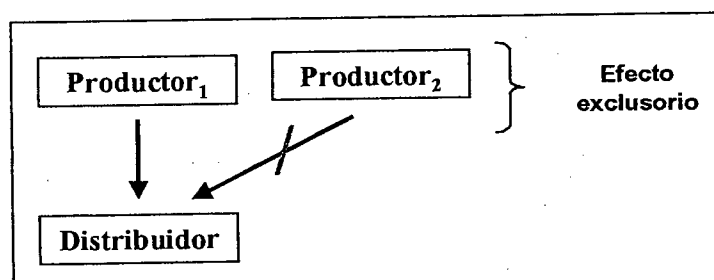
¹²⁹ TIROLE, Jean. Op. Cit., pág. 285.

celebración de contratos de distribución exclusiva, el menor número de distribuidores (cada productor tendrá un único distribuidor) permitiría monitorear el cumplimiento del acuerdo. Por su parte, el menor número de distribuidores y la elevación de barreras a la entrada de distribuidores competidores potenciales favorece la celebración y sostenimiento de acuerdos anticompetitivos entre distribuidores.

• Los contratos de compra exclusiva:

- (i) Estos contratos podrían favorecer la eliminación o restricción de la competencia inter-marca. Ciertamente, cuando a un determinado distribuidor se le designa una sola fuente de aprovisionamiento, se estará eliminando la posibilidad de competencia entre distintos proveedores del producto puesto que dicho distribuidor no adquirirá los productos de otras empresas. De esta manera, la celebración de un contrato de compra exclusiva genera un efecto exclusorio (*foreclosure*) respecto al resto de productores cuyos productos no son adquiridos (Ver Gráfico N° 13).

Gráfico N° 13
Efecto sobre la competencia intermarca



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

- (ii) Estos contratos también pueden suponer la elevación de barreras estratégicas a la entrada de nuevos competidores en el nivel *upstream*.

Ello ocurrirá tanto si la empresa dominante es el productor o el distribuidor.

En el primero de los casos, una generalización de contratos de compra exclusiva podría privar a terceros productores del acceso a redes de distribución perjudicando su capacidad de competir.

Al respecto, Posner ha señalado:

*(...) un vendedor podría obtener un monopolio simplemente persuadiendo a muchos clientes para que firmen un contrato de compra exclusiva con él, hasta que los clientes restantes sean demasiado pocos para apoyar a otro productor que pueda operar a escala eficiente.*¹³⁰

¹³⁰ POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1998, pág. 298.

Asimismo, Tirole ha afirmado que:

(...) los contratos exclusivos (comercio exclusivo, contratos de largo plazo con los detallistas) forman una barrera. Tales contratos fuerzan a los nuevos fabricantes a la creación de su propia red de distribución (lo cual es costoso, tanto si los nuevos distribuidores pueden compensar rápidamente sus desventajas en términos de clientela y experiencia como si no). Así, los nuevos fabricantes están menos predispuestos a entrar.¹³¹



En efecto, una política de generalización de contratos de compra exclusiva tiene como finalidad bloquear el ingreso de nuevos competidores en el nivel *upstream* a través del incremento de los costos de los rivales potenciales¹³², de tal manera que el comportamiento de éstos se discipline y decidan finalmente no realizar su ingreso al mercado. Dichos costos pueden presentarse de dos formas:

- a. el competidor potencial deberá esperar hasta que expiren los contratos de compra exclusiva firmados por el productor establecido (en la mayoría de casos monopolista) y los distribuidores para poder efectuar su ingreso al mercado (costo de tiempo); y,
- b. el competidor potencial deberá inducir a los distribuidores a romper dichos contratos de compra exclusiva asumiendo el costo de los daños provocados por dicha decisión o, en su defecto, crear una nueva red de distribución (costo económico)¹³³.

En el segundo de los casos, la firma distribuidora dominante puede verse incentivada a celebrar contratos de compra exclusiva a efectos de reducir la competencia en el nivel *upstream* (productores) dado que dicha competencia no le permitirá extraer los beneficios extraordinarios propios de un monopolio

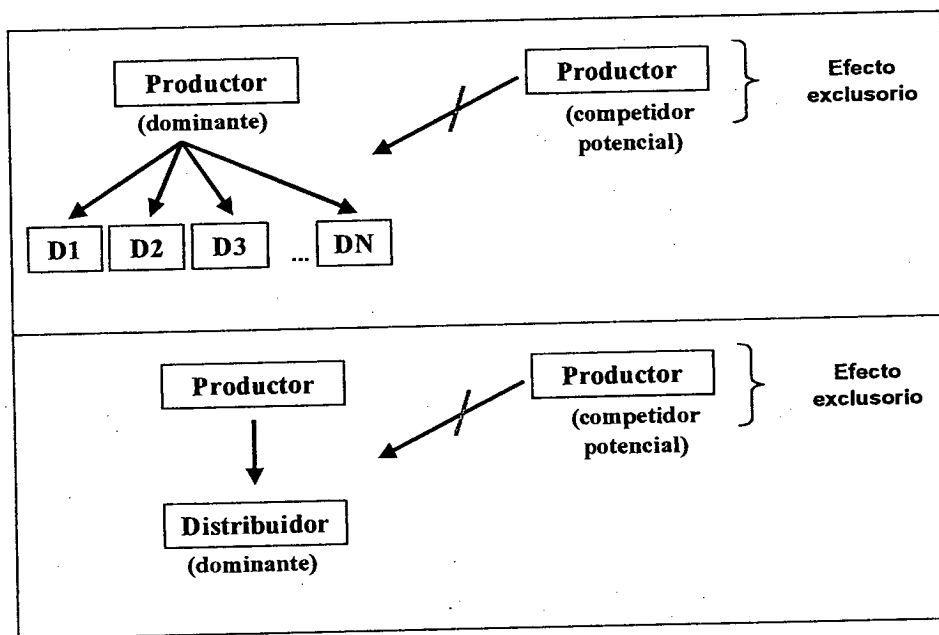
A continuación, el Gráfico N° 14 muestra en su cuadrante superior el primer caso (productor dominante), mientras que el cuadrante inferior muestra el segundo caso (distribuidor dominante):

¹³¹ TIROLE, Jean. Op. Cit., pág. 284.

¹³² Véase: SALOP, Steven y SCHEFFMAN, David. *Raising rivals costs*. American Economic Review, 1983, vol. 73, N° 2.

¹³³ AGHION, Philippe y BOLTON, Patrick. Op. Cit. Pág. 389.

Gráfico N° 14
Efecto exclusorio



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

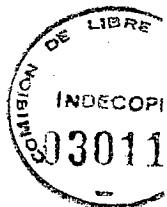
- (iii) La reducción de la competencia en el nivel *upstream*, a través de la celebración de estos contratos, podría favorecer la celebración y sostenimiento de acuerdos o comportamientos colusorios. Si existe en el mercado una política común de celebración de contratos de compra exclusiva, el menor número de productores (cada distribuidor tendrá un único abastecedor) permitiría monitorear el cumplimiento de un acuerdo anticompetitivo entre distribuidores. Por su parte, el menor número de proveedores y la elevación de barreras a la entrada de competidores potenciales podría favorecer la celebración de acuerdos anticompetitivos y su sostenimiento entre productores.
- (iv) Estos contratos también podrían generar una pérdida de rendimientos a escala para el distribuidor que se encuentra limitado a comercializar únicamente el producto que compra en exclusiva y no otros (sustitutos o complementarios). La distribución de productos adicionales podrían permitirle al distribuidor un ahorro de costos en la venta de dichos producto puesto que utilizaría los mismos costos fijos relacionados a la venta del producto que adquiere en exclusiva.
- (v) Finalmente, estos contratos podrían suponer el incremento de los costos de búsqueda de los consumidores, pues el comprador exclusivo no les podrá ofrecer una variedad de productos sino únicamente el que suministra en exclusiva.

259. En general, la autoridad de competencia estará en capacidad de considerar que determinados contratos de exclusividad son contrarios a las normas de libre competencia luego de analizar lo siguiente:

- (i) Si al menos una de las partes del acuerdo posee posición de dominio,
- (ii) La proporción de mercado que se deja disponible a los competidores,

- (iii) El periodo de vigencia de los contratos,
- (iv) Las justificaciones e intenciones de su implementación y
- (v) El balance de aspectos pro y anticompetitivos.

260. Respecto a la exigencia de posición de dominio, se entiende que sólo serán de preocupación aquellos contratos de exclusividad que son implementados por una o más empresas con poder de mercado. En efecto, en aquellos mercados con una activa competencia en el nivel *upstream*, para casos de contratos de distribución exclusiva, y en el nivel *downstream*, para casos de contratos de compra exclusiva, la celebración de contratos de exclusividad no tendrá efectos sobre la competencia y, por el contrario, probablemente encontrarían justificación en las eficiencias que generan.



261. En tal sentido, la Unión Europea ha considerado:

El pensamiento económico actual hace hincapié en la importancia de la estructura del mercado a la hora de determinar el impacto de las restricciones verticales sobre la competencia. Cuanto más agresiva sea la competencia entre diversas marcas, habrá más posibilidades de que los efectos positivos de las restricciones verticales sobre la competencia y la eficiencia superen a los efectos anticompetitivos. Ocurrirá a la inversa cuando la competencia entre diversas marcas sea exigua y existan importantes barreras de acceso.^{134, 135}

262. En particular, la Comunicación de la Comisión 2000/ C 291/01, Directrices relativas a las restricciones verticales, señala lo siguiente:

La mayoría de las restricciones verticales sólo pueden plantear problemas si la competencia intermarca resulta insuficiente, es decir, si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor, del comprador o de ambos.

(...)

Cuando el proveedor ocupe una posición dominante, cualquier obligación a comprar los productos, principal o exclusivamente, al proveedor dominante puede llevar fácilmente a efectos de exclusión graves en el mercado. Cuanto más dominante sea su posición, mayor será el riesgo de exclusión de otros competidores.

(...)

Cuanto más fuerte sea la "posición del proveedor", tanto más importante será la pérdida de competencia intramarca...

¹³⁴ Comisión Europea. Libro Verde sobre las Restricciones Verticales en la Política de Competencia Comunitaria. COM (96) 721, enero de 1997, pág. 16. En: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/96721es_es.pdf.

¹³⁵ "...existen casos en los que las amenazas a la competencia son factibles, pero sólo en presencia de un poder de mercado apropiadamente definido (es decir, entre marcas). El acuerdo para un distribuidor exclusivo o único vendedor en una determinada área geográfica no será anticompetitivo si existe intensa competencia entre marcas." En HOVENKAMP, Herbert. Op. Cit., pág. 483. Traducción libre del siguiente texto: "... there may be cases where threats to competition are plausible, but only in the presence of properly defined (that is, interbrand) market power. The agreement for an exclusive dealership or sole outlet in a given area cannot be anticompetitive if there is robust interbrand competition."



263. Por lo tanto, de acuerdo con el marco teórico contenido en el presente informe, será más probable que las restricciones verticales como los contratos de exclusividad generen problemas a la competencia si involucran a empresas con altas cuotas de mercado y se implementan en mercados con significativas barreras a la entrada.

264. De otro lado, respecto al porcentaje del mercado afectado por la celebración de contratos de exclusividad, la autoridad de competencia deberá analizar si se deja una porción del mercado disponible para que otras empresas puedan significar una competencia efectiva. A manera de ejemplo, si un productor de gaseosas que ostenta el 50% del mercado celebra contratos de compra exclusiva con distribuidores que representan un quinto (1/5) de sus ventas, entonces se puede concluir que la afectación al mercado ha representado únicamente el 10% del mercado total.¹³⁶

265. Respecto a la evaluación de este criterio por las cortes estadounidenses, Viscusi, Vernon y Harrington han señalado que:

(...) en 1961 la Corte Suprema [de Estados Unidos] declaró como infundada la denuncia acerca de un contrato de compra exclusiva entre Tampa Electric Company y Nashville Coal Company¹³⁷. La razón fue que el contrato implicó sólo cerca del 0.77% del total de producción de carbón y esto fue insuficiente para calificar una sustancial lesión de la competencia en el mercado relevante. Por otro lado, en un caso de 1949 que implicaba un contrato de compra exclusiva entre Standard Oil Company de California y 6000 estaciones de servicios de distribución, la Corte consideró que el 6.7% del mercado fue suficiente para declarar dicho contrato como ilegal¹³⁸. Como podemos ver, en casos que implican contratos de compra exclusiva, las consideraciones de legalidad o no dependen de cuanto del mercado se vea afectado.¹³⁹

266. De acuerdo a Hovenkamp, de manera posterior las cortes estadounidenses han condenado contratos de compra exclusiva que afectaban niveles superiores al 30% del mercado.¹⁴⁰

¹³⁶ Al respecto en la sentencia *Jefferson Parish Hospital District N° 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984) se señaló que "un contrato de compra exclusiva es una restricción irrazonable para el comercio sólo cuando una fracción significativa de los compradores o vendedores son mantenidos fuera de un mercado por el acuerdo de compra exclusiva". Ibidem, pág. 437. Traducción libre del siguiente texto: "Exclusive dealing is an unreasonable restraint on trade only when a significant fraction of buyers or sellers are frozen out of a market by the exclusive deal."

¹³⁷ *Tampa Electric Company v. Nashville Coal Company*, 365 U.S. 320 (1961)

¹³⁸ *Standard Oil Company of California v. United States*, 337 U.S. 293 (1949)

¹³⁹ Traducción libre del siguiente texto: "... in 1961 the Supreme Court refused to strike down an exclusive dealing arrangement between Tampa Electric company and Nashville Coal Company. The reason was that the arrangement involved only about 0.77 percent of total coal production and this was insufficient to qualify as a substantial lessening of competition in the relevant market. On the other hand, in a 1949 case involving an exclusive dealing arrangement between Standard Oil company of California and about 6000 retail service stations, the Court held that 6.7 percent of the market was sufficient for illegality. Hence, whether exclusive dealing is likely to be illegal seems to depend upon the market shares involved". En VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON, Joseph y VERNON, John. Op. Cit., pág. 247.

¹⁴⁰ Al respecto, el mencionado autor pone los siguientes ejemplos: "Por ejemplo, *Kohler Co. v. Briggs & Stratton Corp.*, 1986-1 Trade Cas (CCH) 67,047, 1986 WL 946 (E.D.wis.1986) (62% de cuota de mercado fue suficiente); *United States v. Dairymen Inc.*, 758 F. 2d 654 (Sexto Circuito), certiorari

267. Con relación a lo anterior, resultará necesario evaluar si existe la posibilidad de desarrollar diferentes fuentes de abastecimiento (para el caso de contratos de distribución exclusiva) o canales de distribución (para el caso de contratos de compra exclusiva), que resulten alternativas idóneas respecto de las fuentes y mecanismos que están siendo ocupadas con exclusividad.

268. Adicionalmente, un aspecto fundamental en el análisis de contratos de exclusividad resulta ser la *duración de los acuerdos* bajo investigación. Incluso en un mercado cubierto por contratos de exclusividad, si éstos vinculan a las partes por periodos de tiempo relativamente cortos que permiten la competencia entre proveedores y/o entre distribuidores al extinguirse dichos periodos, entonces será poco probable la existencia de una afectación a la libre competencia y a los consumidores por causa de dichos contratos, pues será en los periodos de renegociación cuando se produzca una activa competencia por conseguir los contratos.

269. Al respecto, se ha señalado en la doctrina que:

*(...) los contratos de largo plazo deben ser considerados generalmente más problemáticos que los contratos de corto plazo, toda vez que las condiciones sustanciales de competencia emergen cuando los contratos tiene que ser renegociados luego de que se extingue la relación de contractual. De hecho un mercado saturado con contratos de exclusividad pueden ser altamente competitivo, si éstos fueran de corto plazo y las partes pugnarán vigorosamente por la suscripción de tales contratos al término de los mismos.*¹⁴¹

270. Así por ejemplo, una fábrica que no desea negociar todos los días su servicio de recojo de basura, tomará la oferta de aquellas firmas que compiten en el mercado de tratamiento de desechos industriales. La firma ganadora obtendrá un contrato de exclusividad con una duración determinada (1 año, 6 meses, etc.), de tal manera que cuando el contrato expire comenzará una nueva pugna entre los competidores para prestar el mencionado servicio.

271. Cierta sector de la doctrina también ha señalado que:

El efecto exclusorio de un contrato de exclusividad dependerá de su duración. Si el contrato es de corta duración, tales efectos normalmente

denegado, 474 U.S. 822, 106 S.Ct. 73 (1985) (50% suficiente); Oltz v. St. Peter's Community Hosp., 656 F.Supp. 760 (D. Mont. 1987) confirmado 861 F.2d 1440 (Noveno Circuito 1988) (84% de admisiones al hospital suficiente)". Citado por HOVENKAMP, Herbert. Op. Cit., pág. 437. Traducción libre del siguiente texto: "For example, Kohler Co. v. Briggs & Stratton Corp., 1986-1 Trade Cas (CCH) ¶ 67,047, 1986 WL 946 (E.D.wis.1986) (62% market share sufficient); United States v. Dairymen Inc., 758 F. 2d 654 (6th Cir.), cert. denied, 474 U.S. 822, 106 S.Ct. 73 (1985) (50% sufficient); Oltz v. St. Peter's Community Hosp., 656 F.Supp. 760 (D. Mont. 1987) affirmed, 861 F.2d 1440 (9th 1988) (84% of hospital admissions sufficient)".

¹⁴¹ Traducción libre del siguiente texto: "(...) long contracts should generally be regarded as more problematic than short ones, because substantial competition generally emerges when the contracts must be renegotiated. Indeed, a market saturated with exclusive dealing contracts could be fiercely competitive, if the contracts were short term and the parties bid vigorously for the contracts themselves". Ibidem, pág. 438.

serán cero, toda vez que el distribuidor será libre de tomar un nuevo proveedor en cualquier momento.¹⁴²



272. En el mismo sentido, si los contratos de exclusividad bajo análisis poseen cláusulas de rescisión que permiten que el proveedor y/o distribuidor se desvinculen en un corto plazo, únicamente notificando con un tiempo de antelación determinado (por ejemplo: 30 días), dichos contratos podrían tener un escaso impacto negativo sobre la competencia. Por el contrario, podrían favorecerla permitiendo una permanente competencia potencial de todos aquellos involucrados en contratos de exclusividad con tales características.¹⁴³

273. Finalmente, la autoridad de competencia deberá sopesar los aspectos *pro y anticompetitivos de los contratos de exclusividad* y declarar permisibles aquellos contratos cuyos aspectos procompetitivos superen a sus efectos negativos sobre la competencia y, por el contrario, declarar ilegales a aquellos cuyo efecto neto sobre la competencia sea negativo.

IV.2.3.1.6. Análisis de la conducta

274. La APOP y los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino, Lavado Carrillo y Boggiano Morales argumentaron lo siguiente con relación al extremo de la denuncia referido a la celebración de contratos de exclusividad:

- (i) Pilot Station ha abusado de su posición de dominio al haber desarrollado una estrategia de suscripción de contratos de exclusividad irracionales con los prácticos marítimos, con el objeto de impedir su contratación por competidores actuales o potenciales, haciendo de dichos contratos, por

¹⁴² Traducción libre del siguiente texto: "Whether such a contract will have an exclusionary effect depends on its duration. If the contract is terminable on short notice (...) the exclusionary effect will normally be zero, since the distributor is free to take on a new supplier at any time". POSNER, Richard. Op. Cit., pág. 229.

¹⁴³ Al respecto, Hovenkamp pone los siguientes ejemplos: "Ver *Twin City*, nota 49 (condenando los contratos por encima de 10 años). Revisar *Omega Environmental v. Gilbarco*, 127 F.3d 1157, 1164 (Noveno Circuito 1997), certiorari denegado —U.S.—, 119 U.S. 46 (1998) (daño insuficiente a la competencia cuando existían unos 500 distribuidores sobre los que se impuso contratos de exclusividad y provisiones para un aviso con 60 días de anticipación para la finalización de los mismos luego del primer año del contrato de distribución; como resultado, existían en cualquier momento dado, numerosos distribuidores para los fabricantes con quienes poder ofertar; CDC Tech., nota 51 (contratos rescindibles con avisos de corta anticipación); *Paddock Pub. V. Chicago Tribune Co.*, 103 F.3d 42, 47 (Séptimo Circuito 1996), certiorari denegado, 520 U.S. 1265, 117 S.Ct. 2435 (1997) (la cláusula de terminación del contrato facilitó a los competidores desviar el negocio); *Barry Wright Corp. V. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 236-238 (Primer Circuito 1983) (contratos de dos años aprobados); *Roland*, nota 50, 749 F.2d en 394 – 395 (acuerdos que pueden ser finalizados con un año de anticipación fueron aprobados)". En HOVENKAMP, Herbert. Op. Cit., pág. 438. Traducción libre del siguiente texto: "See *Twin City*, note 49 (condemning contracts in excess of ten years). Contrast *Omega Environmental v. Gilbarco*, 127 F.3d 1157, 1164 (9th Cir. 1997), cert. Denied, —U.S.—, 119 U.S. 46 (1998) (insufficient harm to competition when there were some 500 distributors upon whom exclusive dealing was imposed and 60 – day termination notice provisions after the initial year of a distribution contract; as a result, at any time there were numerous distributors for whom manufacturers could bid); CDC Tech., note 51 (contracts terminable on short notice); *Paddock Pub. V. Chicago Tribune Co.*, 103 F.3d 42, 47 (7th Cir. 1996), cert. denied, 520 U.S. 1265, 117 S.Ct. 2435 (1997) (contract termination clause made it easy for rivals to bid business away); *Barry Wright Corp. V. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 236-238 (1st Cir. 1983) (two year contracts approved); *Roland*, nota 50, 749 F.2d at 394 – 395 (agreements that can be terminated on one year notice approved)".

su número y modalidad, una barrera indebida de acceso al mercado, permitiéndole consolidar y ampliar su posición de dominio.

- (ii) Mediante la celebración de contratos de exclusividad con plazos absurdamente largos y mediante la incorporación de prácticos como accionistas y directores de la empresa, Pilot Station consiguió en un momento que casi el 100% de los prácticos con licencia vigente para ejercer sus actividades en el TPC se obligaran a no contratar con empresas de la competencia.
- (iii) El hecho de hacer a los prácticos no sólo accionistas sino directores y administradores de Pilot Station tiene como finalidad crear incompatibilidades para que estos no puedan trabajar o brindar sus servicios por medio de terceras empresas. El Directorio de Pilot Station tiene el inusual e increíble número de dieciséis (16) directores y todos ellos prácticos en ejercicio.
- (iv) El contrato se extiende hasta donde es útil mantener a los prácticos fuera del alcance de cualquier competidor.
- (v) Cabe destacar que dichos contratos no incluyen la retribución respectiva a favor de los firmantes, sólo se señala que "se establece como retribución (...) la cantidad que determine el Directorio de la Empresa"
- (vi) Se "amarró" a todos los participantes en un mercado en el que las barreras de acceso legales al mismo eran casi insuperables.
- (vii) En el presente caso se cumple que (a) Pilot Station tiene posición de dominio, (b) no ha mejorado su productividad (eficiencia) puesto que cada práctico realiza menos maniobras que antes y (c) la intención de los acuerdos es claramente impedir la entrada de competidores. Según Hovenkamp bajo esas circunstancias las prácticas de exclusividad pueden ser objeto de condena.
- (viii) Este tipo de prácticas ha merecido sanción por parte de diversas agencias de competencia. Por ejemplo, se cita el caso de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia Español en el caso La Nueva Unión de Seguros S.A. contra el Igualatorio Médico Colegial S.A.¹⁴⁴
- (ix) La intención de Pilot Station de excluir a sus competidores del acceso a los prácticos licenciados en el TPC fue puesta en evidencia en la declaración del Presidente del Directorio de la empresa, señor Pedro Gálvez Estremadoyro, en el escrito de postulación de una acción de amparo presentado ante el Juez Especializado en Derecho Civil del Callao, en contra del señor Chávez Gurmendi, Tramarsa y la DICAPI, en el que señaló que la modalidad de contrato de prestación de servicios profesionales a plazo indefinido "(...) se estipulo (sic) por acuerdo general de asociados con la finalidad de evitar actos de competencia desleal entre los miembros de nuestra institución".

¹⁴⁴ Resolución del 1 de abril de 1992 expedida por el Tribunal de Defensa de la Competencia Español. (Expediente 305/91)



(x) Tomando en cuenta el número de prácticos necesarios para satisfacer la demanda existente en el TPC, el aumento en la capacidad operativa de Pilot Station a través de la incorporación de la totalidad de los prácticos habilitados, resultó a todas luces excesivo.

(xi) La contratación masiva de prácticos es una práctica que sólo resulta rentable en un esquema en el cual se produce la eliminación de cualquier otra competencia.

(xii) Tomando en cuenta la ausencia de otro personal disponible así como el tiempo y dinero necesario para lograr la habilitación de nuevos prácticos, dichos contratos elevaron los costos de acceso al mercado de otras empresas administradoras de los servicios de practicaaje.

(xiii) Solicitan que se ordene a los denunciados abstenerse de cualquier acto o conducta destinada a ejecutar las cláusulas de exclusividad contenidas en los contratos suscritos por los prácticos o exigir que estos se abstengan de contratar con otras empresas en su calidad de accionistas o directores de la empresa.

275. Al respecto, Pilot Station y las personas naturales investigadas señalaron en su escrito de descargos del 22 de julio de 2002 que:

(i) Los contratos de exclusividad no son ilegales por cuanto no impiden ni dificultan la entrada de competidores en el mercado. Los convenios fueron celebrados por propia voluntad de los prácticos, quienes no sólo tienen una vinculación laboral sino también son dueños de Pilot Station, como una forma de asegurarse un puesto de trabajo hasta la edad de 65 años.

(ii) Dichos contratos no eran impedimentos para la existencia de nuevos prácticos, de nuevos operadores portuarios, ni nuevas administradoras de prácticos. En efecto, en el TPC existían de forma real y operativa, las siguientes empresas administradores de prácticos:

- (a) Pilot Station
- (b) Portuaria Taylor S.A.C.
- (c) Representaciones Navieras y Aduaneras S.A.C.
- (d) Seawell S.A.
- (e) Servicios de Prácticaje Marítimo S.A.
- (f) Servicios Técnicos Marítimos S.R.L.
- (g) Tramarsa
- (h) Trimservice

(iii) Los contratos no impedían siquiera la formación de nuevos prácticos que podían trabajar de forma independiente o a cargo de empresas administradoras de prácticos. Por ello, los contratos de exclusividad por sí mismos no son objeto de prohibición sino sólo los que afectan la libre competencia, lo cual no se daría en el presente caso.

276. Asimismo, el 17 de octubre de 2002, los denunciados señalaron que:

- (i) Los convenios celebrados entre los asociados, son actos jurídicos lícitos, por ser celebrados respetando la autonomía de voluntad de las partes contratantes, de buena fe y para un beneficio común: el de brindar seguridad y resguardo de los intereses involucrados; actos consensuales celebrados entre la empresa y sus prácticos quienes a su vez son parte del accionariado de la empresa.

- (ii) Adicionalmente, remitieron copia de la Resolución Directoral 100-2002-MTC/15.15 de mayo de 2002 que evidencia que operaban a dicha fecha las ocho empresas señaladas en su escrito del 22 de julio de 2002.

277. A efectos de iniciar el análisis del presente extremo de la denuncia corresponde conocer cuáles son las características fundamentales de los contratos de exclusividad materia de investigación.

278. Al respecto, durante la visita inspectiva realizada en las oficinas de Pilot Station el 29 de mayo de 2002, representantes de esta Secretaría Técnica requirieron al Gerente General de la empresa, señor Tirado Silva, la exhibición de los contratos que establecían el vínculo laboral entre los prácticos del TPC y la empresa. Si bien dicha persona en un primer momento negó la existencia de los mencionados documentos, de manera posterior explicó que sí existían¹⁴⁵ pero que en dicho momento no estaban disponibles

¹⁴⁵ Entrevista realizada el 29 de mayo de 2002 en las oficinas de Pilot Station por representantes de la Secretaría Técnica al señor Tirado Silva, gerente general de la mencionada empresa:

Indecopi: (...) le consultaba la relación laboral entre un práctico y Pilot, si hay un contrato de por medio, (...)

Pilot Station: Mire los 36 prácticos que entramos a Pilot, los 36 a través de nuestras 410 acciones, somos propietarios todos juntos y todos nosotros hemos establecido un código de honor, al que todos debemos ceñirnos en forma obligada a nuestra empresa y como manda la Ley de Sociedades, donde dice que todos los asociados y miembros de una empresa deben trabajar para su empresa y no pueden ir por la competencia, ni el mismo rubro que es practicaje, quien salga de la empresa a trabajar en practicaje está yendo contra la Ley de Sociedades entonces esa era nuestra relación de honor.

(...)

Indecopi: Ahora en la relación que existe entre estas empresas ¿hay un contrato de por medio entre cada uno de estos 31 prácticos y Pilot Station?

Pilot Station: No hay contrato, somos dueños de nuestra empresa.

Indecopi: ¿No hay un contrato laboral que les implique a (...)?

Pilot Station: No hay ningún contrato que firme Pilot Station con el práctico (...)

(...)

Indecopi: Entonces no hay un documento que vincule a cada uno de esos prácticos con Pilot Station donde se establezca a partir de la fecha yo práctico tal, voy a prestar servicio a Pilot Station y no a otra empresa.

Pilot Station: No, contrato no hay pero si hay un compromiso que hemos firmado todos voluntariamente donde decimos que nosotros nos vemos que propietarios de Pilot Station, nos debemos a Pilot Station y juramos no trabajar para nadie y asunto olvidado.

Indecopi: ¿Lo firmo cada uno, los 36?

puesto que permanecían en poder del anterior gerente general, señor Rodríguez Fernández.

279. Con objeto de proporcionar *a posteriori* los documentos solicitados, el señor Tirado Silva firmó un compromiso de entrega de documentos. Dicho compromiso fue honrado¹⁴⁶ únicamente después de solicitársele a Pilot Station mediante correspondencia de esta Secretaría Técnica la remisión de los documentos en mención. De esta manera, obran en el expediente copia de treinta y cinco (35)¹⁴⁷ contratos de exclusividad celebrados entre Pilot Station y los señores que se listan en el Cuadro N° 13:

Pilot Station: Los 36 lo firmamos, sí claro.

(el subrayado es nuestro)

¹⁴⁶ Mediante Carta PS No. 410-02/GG del 13 de junio de 2002.

¹⁴⁷ Si bien en la entrevista realizada al señor Tirado Silva el 29 de mayo de 2002 se habla de un total de 36 prácticos, los contratos de exclusividad celebrados por Pilot Station corresponden a un total de 35. Dichos 35 profesionales representaban la totalidad de oferta de servicios de practicaje en el TPC a enero de 2001. El trigésimo sexto práctico mencionado por el señor Tirado Silva sería el señor Carlos de la Flor Calle quién hacía finales del 2000 ya habría dejado de prestar servicios de practicaje por razones de salud, asumiendo funciones de gerente general.

Cuadro Nº 13
Contratos de exclusividad



Nº	Nombre del práctico
1	Alejandro Chávez Gurmendi
2	Jorge Petrozzi Molino
3	Werner Boggiano Morales
4	Manuel Lavado Carrillo
5	Manuel Esteban Gerkes Miranda
6	José Perata Quintanilla
7	Raúl Julio Zambrano Gonzáles
8	José Fernando Zagazeta Martínez
9	Victor Manuel Tirado Silva
10	Percy Abel Salcedo Zúñiga
11	Elisban Rodríguez Fernández
12	Manuel Rivadeneyra Cockburn
13	Luis Raggio Calle
14	Carlos Manuel Negrini Arellano
15	Luis Mella Montoya
16	Juan Luis Maguiña Bustos
17	Luis Adolfo Loyola Soto
18	Jaime Loyola Alvarez
19	Teófilo Japura Gómez
20	Carlos Guzmán Lanfranco
21	Arnulfo Gómez Ríos
22	Luis Miguel Gómez Núñez Melgar
23	Eduardo Gómez Moncada
24	Jorge Manuel Godier del Aguila
25	Percy Mario Gfell García
26	Carlos José Gerkes Miranda
27	Pedro Nicolás Tadeo Gálvez Gaveglio
28	Pedro Gálvez Estremadoyro
29	Marco Augusto del Castillo Gálvez
30	Sergio Cruzate La Torre
31	Walter Corvacho Artieda
32	César Guillermo Burga Tello
33	Jaime Gino Bettocchi Ibarra
34	Jose Asmat Carrillo
35	Mario Angeles Lloyd

Elaboración: ST/CLC-INDECOPÍ

280. La totalidad de los mencionados contratos guardan un único formato. Como ejemplo se presenta a continuación el contrato celebrado entre Pilot Station y el señor Pedro Gálvez Estremadoyro:



Gráfico N° 15
Contrato de exclusividad - Señor Pedro Gálvez Estremadoyro



PILOT STATION S.A.



CONTRATO DE TRABAJO A PLAZO INDEFINIDO

Conste por el presente instrumento el Contrato de Trabajo a Plazo Indefinido, que celebran de una parte **PILOT STATION S.A.** con RUC 47180066, domiciliado en Av. Almirante Miguel Grau 341 Oficina 301 Callao, al que se denominará **EMPLEADOR**; debidamente representado por su Gerente General Señor Carlos De La Flor Calle identificado con L. E. 07780117; y de otro lado el Sr. Pedro GALVEZ Estremadoyro identificado con L.E. 08209858 al que se denominará **PRÁCTICO MARÍTIMO**.

1. El Práctico Marítimo firmante se obliga ante el Empleador a prestarle sus servicios en exclusividad por un período indefinido y culminará al cumplirse el límite de edad fijado por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas.
2. Es materia del presente contrato, la prestación del Servicio de Practicaje en forma exclusiva, en los amarraderos del Terminal Portuario del Callao, el mismo que será realizado personalmente.
3. Se establece como retribución a los servicios del Práctico Marítimo la cantidad que determine el Directorio de la Empresa, la misma que será otorgada mensualmente desde el inicio de las operaciones.
4. El Empleador puede rescindir el presente contrato sólo por justo motivo contemplado en la Ley, así como por no tener vigente su licencia de Práctico Marítimo, salvo que esta sea cancelada por motivos de salud, en cuyo caso el Empleador se compromete a reubicarlo en oficina.
5. El Práctico Marítimo firmante está comprometido a cumplir el Reglamento Interno de la Empresa, el cual deberá firmar a su conocimiento.
6. Las partes contratantes acuerdan someter cualquier litigio resultante de la ejecución o interpretación de este contrato o relacionado con el directa o indirectamente, así como cualquier caso de incumplimiento del mismo a la Jurisdicción de los jueces del Distrito Judicial del Callao, de acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil (D. Leg N° 295 del 24.07.84) en sus artículos 1764 a 1770.

Callao, 15 de Diciembre de 2000

PRÁCTICO MARÍTIMO

1608209848

EL EMPLEADOR

Gerente General

Avenida Almirante Miguel Grau 341 Of. 301 Callao - Perú Tel.: 429-8784 Fax: 429-8784



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance

281. Tal como se aprecia del contrato mostrado en el punto anterior, las principales características de los contratos bajo análisis son las siguientes:

Cuadro N° 14
Características de los contratos de exclusividad

Título	Contrato de trabajo a plazo indefinido.
Fecha	15 de diciembre de 2000
Exclusividad	El práctico se obliga ante la empresa a prestarle sus servicios en forma exclusiva en el TPC.
Plazo	Período "indefinido" que culmina al cumplirse el límite de edad fijado por DICAPI.
Retribución	Cantidad que determine el Directorio de la empresa.
Cláusula de rescisión	El empleador puede rescindir el contrato por motivo contemplado en la Ley o por pérdida de vigencia de licencia del práctico.
Adicional	El práctico se compromete a cumplir el Reglamento Interno de la Empresa.
Resolución de conflictos	Ante jurisdicción de los jueces del Distrito Judicial del Callao.

Fuente: Pilot Station S.A.
Elaboración: ST-CLC/INDECOP

282. De otro lado, en el presente caso, si bien los contratos de exclusividad citados y descritos en los párrafos anteriores, no incluyen una cláusula que establezca una penalidad por el incumplimiento o resolución unilateral del contrato, esta Secretaría Técnica encontró en la visita inspectiva realizada en las oficinas de Pilot Station, archivos electrónicos contenidos en el disco duro de la computadora del Gerente de Operaciones, señor Gómez Nuñez Melgar. Dichos archivos se trataban de treinta y un (31) documentos idénticos denominados¹⁴⁸ "Addendum al Contrato de Locación de Servicios en exclusividad" que habrían sido suscritos por todos los prácticos de la empresa denunciada, lo mismos que señalaban lo siguiente:

PRIMERO.- Con fecha 15 de Diciembre de 2000 se celebró un Contrato de Locación de Servicios Profesionales en Exclusividad entre ambas partes, las que mediante el presente documento se ratifica en todos sus extremos.

SEGUNDO.- Que, a efecto de asegurar el cumplimiento a cabalidad de lo convenido en el mencionado Contrato de Exclusividad, de mutuo acuerdo las partes establecen que en caso de que alguna de ellas de forma unilateral decida resolver el contrato o incumplir ya sea en forma parcial, tardía o defectuosa se hará acreedor al pago de una penalidad de US\$ 300,000.00 (Trescientos Mil y 00/100 Dólares Americanos) por concepto

¹⁴⁸ Correspondientes a la totalidad de prácticos listados en el Cuadro N° 12 exceptuando a los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino, Lavado Carrillo y Boggiano Morales.

total de indemnización por los daños y perjuicios que irroque dicha inejecución de su obligación importe que estará representado en una letra de cambio aceptada y avalada, que se suscribe en el presente acto.

Leída que fue por las partes firman el presente documento privado en señal de plena conformidad firman en duplicado de idéntico tenor a los 17 días del mes de Agosto del año dos mil uno.

(el subrayado es nuestro)

283. La celebración del mencionado *addendum* que impone una penalidad a aquel práctico que quisiese dejar sin efecto el contrato celebrado con Pilot Station, significa una barrera adicional de salida de la empresa para los prácticos firmantes de los contratos de exclusividad.¹⁴⁹

¹⁴⁹ La imposición de penalidades también consta en los siguientes documentos encontrados en la computadora del Gerente de Operaciones, señor Gómez Nuñez Melgar, durante la visita inspectiva realizada a las oficinas de Pilot Station el 29 de mayo de 2002:

- (i) Modelo de "Contrato de Locación de Servicios en Exclusividad" que incluye la siguiente cláusula:

SEXTO.- Que, a efecto de asegurar el cumplimiento a cabalidad de lo convenido en este contrato, el PRÁCTICO MARÍTIMO se compromete a resarcir a EL EMPLEADOR por daños y perjuicios en una suma de US\$ 300,000.00 (Trescientos Mil y 00/100 Dólares Americanos), que como penalidad se establece en el caso de que decida unilateralmente resolver este contrato o incumplirlo en forma parcial, tardía o defectuosa, firmando en este acto una letra de cambio aceptada y avalada por dicho monto.

- (ii) Acta de sesión de directorio de Pilot Station del 16 de agosto de 2001 que señala:

Emitir Letras de Cambio a favor de Pilot Station S.A. que deberán ser aceptadas por cada práctico como compromiso de exclusividad de prestación de Servicios a la Empresa, el valor total deberá ser por US \$ 300,000 dólares americanos.

Asimismo, en la computadora del Gerente de Administración, señor Negrini Arellano, se encontró lo siguiente:

- (i) Contrato de Locación de Servicios en Exclusividad entre Pilot Station y el señor Luis Murguía Ruiz que incluye la siguiente cláusula:

SEXTO.- Que, a efecto de asegurar el cumplimiento a cabalidad de lo convenido en este contrato, el PRÁCTICO MARÍTIMO se compromete a resarcir a EL EMPLEADOR por daños y perjuicios en una suma de US \$ 300,000.00 (Trescientos Mil y 00/100 Dólares Americanos), que como penalidad se establece en el caso de que decida unilateralmente resolver este contrato o incumplirlo en forma parcial, tardía o defectuosa, firmando en este acto la letra de cambio N° S-01 aceptada y avalada por dicho monto.

- (ii) Modelo de "Contrato de Locación de Servicios Profesionales" que incluye la siguiente cláusula:

CUARTO.- Cláusula Penal, en el eventual caso de que alguna de las partes en forma unilateral decidiera resolver o faltar al cumplimiento del presente contrato, se establece como indemnización total por los daños y perjuicios ocasionados en el importe de US\$ 300,000 y 00/100 (Trescientos Mil Dólares Americanos).

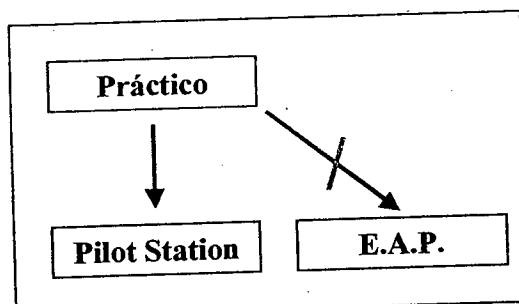
- (iii) Modelo de "Contrato de Locación de Servicios en Exclusividad" que incluye la siguiente cláusula:

SEXTO.- Que, a efecto de asegurar el cumplimiento a cabalidad de lo convenido en este contrato, el PRÁCTICO MARÍTIMO se compromete a resarcir a EL EMPLEADOR por daños y perjuicios en una suma de US \$ 300,000.00 (Trescientos Mil y 00/100 Dólares Americanos), que como penalidad se establece en el caso de que decida unilateralmente resolver este contrato o incumplirlo en forma parcial, tardía o defectuosa, firmando en este acto una letra de cambio aceptada y avalada por dicho monto.

284. De lo expuesto, resulta evidente que todo práctico marítimo licenciado que firmó el contrato de exclusividad bajo análisis, estableció una vinculación contractual con Pilot Station de manera tal que se encuentre impedido de prestar servicios a otras empresas administradoras de prácticos.

285. Dado lo anterior, los contratos de exclusividad de Pilot Station tomarían la forma de contratos de distribución exclusiva analizados en el marco teórico de la presente sección, en los cuales los prácticos (nivel *upstream*) prestarían sus servicios de practicaaje a través de una única empresa administradora de prácticos (nivel *downstream*), Pilot Station, y no prestaría sus servicios a otras empresas administradoras de prácticos que pudieran requerir contratarlo (Ver Gráfico N° 16).

Gráfico N° 16
Contratos de exclusividad de Pilot Station



Elaboración: ST-CLC/INDECOP

IV.2.3.1.7. Análisis de los efectos de la conducta

286. La ilegalidad de una conducta empresarial sospechosa de constituir un abuso de posición de dominio dependerá, tal como lo señala el artículo 3 del Decreto Legislativo 701, de su afectación al interés económico general.¹⁵⁰

- (iv) Proyecto de Contrato de Locación de Servicios en Exclusividad entre Pilot Station y el señor Luis Murguía Ruiz que incluye la siguiente cláusula:

SEXTO.- Que, a efecto de asegurar el cumplimiento a cabalidad de lo convenido en este contrato, el PRÁCTICO MARÍTIMO se compromete a resarcir a EL EMPLEADOR por daños y perjuicios en una suma de US \$_300,000.00 (Trescientos Mil y 00/100 Dólares Americanos), que como penalidad se establece en el caso de que decida unilateralmente resolver este contrato o incumplirlo en forma parcial, tardía o defectuosa, firmando en este acto la letra de cambio N° S-01 aceptada y avalada por dicho monto.

- (v) Proyecto de Addendum "Al Contrato de Locación de Servicios de Exclusividad" que señala:

SEGUNDO.- Que, a efecto de asegurar el cumplimiento a cabalidad de lo convenido en el mencionado Contrato de Exclusividad, de mutuo acuerdo las partes establecen que en caso de que alguna de ellas de forma unilateral decida resolver el contrato o incumplir ya sea en forma parcial, tardía o defectuosa se hará acreedor al pago de una penalidad de US\$ (dólares americanos) por concepto total de indemnización por los daños y perjuicios que irroque dicha inefecución de su obligación importe que estará representado en una letra de cambio aceptada y avalada, que se suscribe en el presente acto.

¹⁵⁰ Decreto Legislativo 701.-

Artículo 3.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una

287. Como se señaló, las restricciones verticales como los contratos de exclusividad son susceptibles de generar tanto efectos procompetitivos como anticompetitivos. De generar sólo efectos anticompetitivos la conducta analizada deberá ser declarada ilegal, de generar además de efectos anticompetitivos efectos procompetitivos se deberá sopesar ambos determinándose cuál es el que prima. Resultarán legales aquellas conductas que tengan un efecto neto positivo o nulo.

288. Con el objeto de evaluar los posibles efectos de los contratos bajo análisis sobre la competencia y, por ende, sobre los consumidores, a continuación, se analizarán dos aspectos fundamentales: (i) la duración del vínculo contractual que establecen; (ii) la cantidad de contratos que fueron celebrados; y (iii) la racionalidad de la celebración de contratos de exclusividad de plazo indefinido.

(i) Duración del vínculo contractual

289. Los contratos de exclusividad celebrados por Pilot Station el 15 de diciembre de 2000 con los prácticos licenciados para el TPC fueron establecidos, según la calificación prevista en su cláusula primera, por un "plazo indefinido". En tal sentido, se estipuló que la relación contractual culminaría al cumplirse el límite de edad fijado por la DICAPI para la realización de actividades de practicaje.

290. De acuerdo a la normativa vigente, al momento de la celebración de los contratos de exclusividad analizados, el límite de edad para el ejercicio del practicaje era de 65 años.¹⁵¹

posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

¹⁵¹ **Decreto Supremo 002-87-MA.- (derogado)**
Reglamento de Capitanías y de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres.-
A-060505 La licencia de práctico se cancelaría por los siguientes motivos:

- (...)
e) Por exceder de la edad límite de 65 años. En este caso la cancelación se efectuará a fin de año en el cual el práctico haya cumplido dicha edad.
(...)

Resolución Directoral 0472-2000/DCG.-
"NORMAS PARA LOS PRÁCTICOS MARÍTIMOS"
10. DE LAS FALTAS Y SANCIONES.-

- (...)
e) Es motivo de cese de sus funciones como práctico, previa Resolución Directoral, las siguientes causales:
(...)
• Cumplir los 65 años de edad, para buques mayores de 2500 unidades de arqueo bruto (Gross Tonnage)
• Cumplir los 70 años.
(...)

Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres.- (vigente)
I-010114 La licencia de práctico marítimo se cancelará por los siguientes motivos:

- (...)
e) Por exceder el límite de 65 años de edad.

291. En tal sentido, e independientemente de la edad del práctico firmante, la totalidad de prácticos que celebraron los contratos de exclusividad con Pilot Station se comprometieron a prestar servicios a través de dicha empresa administradora de prácticos hasta cumplir los sesenta y cinco (65) años, es decir, hasta que los límites establecidos por la normativa vigente dispusieran su salida del mercado. La característica descrita se desprende desde el propio título del contrato, esto es, "Contrato de Trabajo a Plazo Indefinido".
292. El carácter de "indefinido" del periodo de vigencia de los contratos no traducen una misma duración para todos los prácticos firmantes, sino que dicha duración está dada en función de la edad de aquéllos.
293. En efecto, la "indefinición" del periodo de vigencia de los contratos está referida a que los prácticos se comprometieron a prestar servicios para Pilot Station por un plazo que no se circunscribía a un periodo de tiempo específico, sino que variaba en función de cuántos años le faltaba a cada uno de ellos para que expire su licencia de práctico marítimo en el TPC.
294. En función de lo anterior, el Cuadro N° 15 contiene el número de años que los contratos de exclusividad se mantendrían en vigencia respecto de cada práctico, en función de la edad de éstos al momento de celebrarse el contrato (diciembre del 2000).

[Modificado mediante Decreto Supremo 021-2003-DE/MGP publicado el 30 de diciembre de 2003, estableciéndose un límite de edad 70 años]

(...)

I- **010116** Los Prácticos a partir de los 65 años de edad, para mantener la vigencia de su Licencia, deberán aprobar cada SEIS (6) meses un examen médico y una prueba de aptitud física y psicológica, de conformidad a las disposiciones emitidas.

[Incorporado mediante Decreto Supremo 021-2003-DE/MGP]

Cuadro N° 15
Período de vigencia de los contratos según práctico firmante

N°	Nombre del práctico	Fecha de nacimiento	Período de vigencia del contrato (años)
1	Luis Miguel Núñez Melgar	N.D.	N.D.
2	Jorge Manuel Godier del Aguila	N.D.	N.D.
3	Pedro Gálvez Estremadoyro	N.D.	N.D.
4	Jose Asmat Carrillo	N.D.	N.D.
5	Alejandro Chávez Gurmendi	13/09/1963	28
6	Pedro Nicolás Tadeo Gálvez Gaveglío	18/01/1961	26
7	Percy Abel Salcedo Zúñiga	10/11/1959	24
8	Teófilo Japura Gómez	05/03/1959	24
9	Jaime Gino Bettocchi Ibarra	17/01/1956	21
10	Jaime Loyola Álvarez	30/10/1953	18
11	Arnulfo Gómez Ríos	29/08/1953	18
12	Luis Adolfo Loyola Soto	27/11/1952	17
13	Juan Luis Maguiña Bustos	27/08/1951	16
14	Carlos Manuel Negrini Arellano	19/10/1950	15
15	Luis Mella Montoya	20/10/1949	14
16	Manuel Lavado Carrillo	26/09/1947	12
17	Percy Mario Gfell García	24/05/1947	12
18	José Fernando Zagazeta Martínez	11/01/1945	10
19	Luis Raggio Calle	07/03/1945	10
20	Sergio Cruzate La Torre	10/09/1945	10
21	Raúl Julio Zambrano Gonzáles	12/04/1944	9
22	Jorge Petrozzi Molino	10/10/1942	7
23	José Perata Quintanilla	09/02/1942	7
24	Victor Manuel Tirado Silva	01/09/1942	7
25	Elisban Rodríguez Fernández	25/01/1940	5
26	Manuel Rivadeneyra Cockburn	23/07/1940	5
27	Mario Angeles Lloyd	23/10/1940	5
28	Werner Boggiano Morales	25/10/1939	4
29	Eduardo Gómez Moncada	31/07/1939	4
30	César Guillermo Burga Tello	28/09/1939	4
31	Carlos Guzmán Lanfranco	22/02/1938	3
32	Marco Augusto del Castillo Gálvez	25/04/1938	3
33	Manuel Esteban Gerkes Miranda	02/01/1934	0
34	Carlos José Gerkes Miranda	02/11/1931	0
35	Walter Julio Corvacho Artieda	27/04/1935	0

Fuente: DICAPI

Elaboración: ST-CLC/INDECOP

Nota: ND= No disponible

295. Como se puede apreciar, los periodos de vigencia de los contratos de exclusividad varían entre cero (0) y veintiocho (28) años, siendo el promedio aproximadamente once (11) años. El 74% de los contratos analizados estarían vigentes por cinco (5) años o más, mientras que el 51% de ellos mantendrían vigencia por más de nueve (9) años. Por lo tanto, las vinculaciones establecidas de forma exclusiva entre Pilot Station y los prácticos que suscribieron los contratos de exclusividad representan periodos de mediano y largo plazo, que incluso pueden llegar a superar las dos décadas.

296. Cabe señalar además que, independientemente de la edad de los prácticos firmantes, cualquier nuevo práctico que ingresara a prestar servicios a través de Pilot Station se comprometía también a celebrar con dicha empresa un



contrato de exclusividad de tiempo indefinido. Esto en función de lo contenido en el Reglamento Interno de Trabajo de Pilot Station, que establece en su numeral 8102 que:

Para ser Práctico de Pilot Station S.A., los interesados deben suscribir un contrato de exclusividad y un compromiso de honor, lealtad y fidelidad por un periodo de tiempo indeterminado

(el subrayado es nuestro)

297. A manera de ejemplo, si un profesional práctico de treinta (30) años de edad se hubiera incorporado a prestar sus servicios a Pilot Station, éste se hubiera comprometido con esta empresa por un periodo de treinta y cinco (35) años.
298. Considerando el plazo de vigencia indefinido de los contratos materia de análisis, se desprende que todo práctico que lo hubiera suscrito quedaría automáticamente excluido de la posibilidad de prestar a futuro sus servicios a través de una empresa administradora de prácticos diferente a Pilot Station, debido a que al termino de la relación contractual ya no se encontraría apto para la prestación del servicio de practicaaje.
299. Tal como se vio en el marco teórico de la presente sección, los contratos de exclusividad con plazos de duración relativamente cortos permiten la competencia en aquellos periodos en donde se extinguen las relaciones contractuales. Así por ejemplo, si un contrato de exclusividad celebrado entre la empresa administradora de prácticos "P" y el práctico "x" tuviese una duración de un (1) año, una vez cumplido dicho periodo de exclusividad se produciría un nuevo término de competencia en el que "x" podría elegir entre renovar su contrato con "P" (probablemente por un año más) o cambiar de empresa administradora de práctico. Este escenario brindaría a las otras empresas administradoras de prácticos la posibilidad de contar con los servicios de "x" y participar del mercado de servicios de practicaaje con dicho práctico.
300. En el presente caso, dado el plazo "indefinido" de los contratos de exclusividad, cada práctico firmante se comprometió a no prestar sus servicios para otra empresa administradora de prácticos hasta el fin de su vida profesional. Dicho de otro modo, una vez celebrado el contrato de exclusividad con Pilot Station, el práctico quedaba automáticamente impedido de por vida a prestar servicios a otra empresa administradora de prácticos. Es decir, las empresas administradoras de prácticos competidoras de Pilot Station se vieron privadas de poder contar con dichos profesionales tanto en un corto, mediano y largo plazo. Para estas empresas competidoras dicha fuente de aprovisionamiento quedó eliminada.
301. Respecto al plazo de vigencia de los contratos de exclusividad, tanto internacional como nacionalmente, se ha considerado que los contratos de corto plazo y la presencia de cláusulas de rescisión de corto plazo no representarían obstáculos para la libre competencia y probablemente encontrarían justificaciones en eficiencia. En tal sentido, Hovenkamp afirmó en referencia al caso Standard Oil Company of California v. United States, 337 U.S. 293 (1949) (en adelante el caso, Standard Stations) que:

Los contratos de venta exclusiva en el caso Standard Stations fueron de diversos plazos. Muchos, sin embargo, fueron anuales, requiriendo un aviso de 30 días de anticipación por cualquiera de las partes para su terminación (...) en tales casos la oferta competitiva para tales contratos podría ser importante, aun cuando una estación llevara la gasolina de sólo un proveedor en cualquier momento dado.¹⁵²



302. Por su parte, en la Resolución N° 062-CCO-2000 el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL encargado de conocer la controversia entre Tele Cable S.A., Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante, el caso Telecable), por supuestas prácticas contrarias a la libre competencia derivadas de la celebración de convenios de exclusividad en mercados de servicios de televisión por cable, señaló que:

Otro aspecto a tomar en cuenta (...) es la magnitud de las exclusividades. En la presente controversia, las exclusividades otorgadas a TELEFÓNICA MULTIMEDIA son por periodos de tiempo considerables – mayores a los tres años en ambos casos–.

303. Por otro lado, aun ante la presencia de contratos de exclusividad de largo plazo, si dichos contratos incluyen cláusulas de rescisión que permitan la desvinculación de las partes en un corto plazo, tales contratos no representarían restricciones para la competencia toda vez que permitirían la existencia de una permanente competencia potencial.
304. Sobre el particular, cabe señalar que el contrato de exclusividad de Pilot Station sí contiene una cláusula de rescisión, pero que favorece únicamente al empleador, es decir, que sólo Pilot Station puede resolver el contrato "(...) por justo motivo contemplado en la Ley, así como por no tener vigente su licencia de Práctico Marítimo [la del práctico firmante], salvo que esta (sic) sea cancelada por motivos de salud, en cuyo caso el Empleador [Pilot Station] se compromete a reubicarlo en oficina". El contrato de exclusividad de Pilot Station no contempla la posibilidad de que sea el propio práctico firmante el que resuelva el contrato previa notificación a la empresa de dicha decisión.
305. Por último, cabe tener en cuenta que además de la ausencia de una cláusula de rescisión, existía un addendum a cada contrato de exclusividad que estableció una penalidad de US\$ 300 000,00 (Trescientos mil y 00/100 dólares americanos) para aquella parte de la relación contractual que incumpliera de manera unilateral las obligaciones establecidas en tales contratos. Es decir, el práctico se vería constreñido a cumplir sus prestaciones, pues de lo contrario operaría la penalidad y se procedería a ejecutar la letra de cambio que había firmado en garantía de dicha penalidad. En otras palabras, la penalidad operaba como una barrera de salida de los prácticos marítimos cuya finalidad no era otra sino asegurar la duración de los contratos de exclusividad.

¹⁵² Traducción libre del siguiente texto: *The exclusive dealing contracts in the Standard Stations case were of varying terms. Many, however, were from year-to-year, requiring a 30 day notice by either party for termination. (...) In such cases competitive bidding for the contracts could be substantial, even though a station carried the gasoline of only one supplier at any given time.* En HOVENKAMP, Herbert. Op. Cit. Pág. 431.

306. En consecuencia, la celebración de contratos de exclusividad con los prácticos, y el establecimiento de una penalidad pecuniaria tan alta, evidencia que la real intención de Pilot Station era impedir que nuevas empresas administradoras de prácticos pudiesen contratar con los prácticos que laboraban para su empresa. En efecto, si una nueva empresa administradora de prácticos quisiera contratar con un práctico se encontraría con la dificultad de tener que cancelar la penalidad para, posteriormente, recién contar con la labor de los prácticos. Ciertamente, el pago de una penalidad tan elevada desincentivaría la contratación de nuevos prácticos por cualquier empresa administradora de prácticos.

307. De acuerdo a lo anterior, es conclusión preliminar de esta Secretaría Técnica que la duración extraordinaria, la ausencia de una cláusula de rescisión y el establecimiento de una penalidad tan alta; podría representar un problema para el desarrollo de una competencia efectiva en el mercado de practicaaje en el TPC, al privar a terceras empresas administradoras de prácticos del acceso a los servicios de prácticos (insumos) contratados por Pilot Station.

308. Sin embargo, el posible efecto nocivo sobre la competencia de la vigencia de los contratos de exclusividad de Pilot Station, dependerá además de la cantidad de contratos que hayan sido celebrados y del porcentaje de mercado que se encontraría cubierto por estas relaciones. En este sentido, a continuación se analizan dichos aspectos.

(ii) La cantidad de contratos y su efecto exclusorio

309. Como ha quedado acreditado mediante la documentación obtenida por la Secretaría Técnica, en diciembre de 2000 Pilot Station celebró contratos de exclusividad con treinta y cinco (35) prácticos. Dicha cantidad de prácticos representaba en ese momento la totalidad de la oferta de servicios de practicaaje disponible en el TPC. Al contratar de forma exclusiva a la totalidad de la oferta de prácticos licenciados para el TPC, Pilot Station se convirtió en un monopolio, lo que quedó evidenciado por las cuotas de mercado de la empresa en los meses de febrero y marzo de 2001, donde ostentó el 100% del mercado¹⁵³.

310. Como se ha señalado en el marco teórico de la presente sección, un factor importante a evaluar cuando se analiza la vigencia de contratos de exclusividad como una posible práctica anticompetitiva es el porcentaje de mercado del cual se estaría privando a los competidores. En este sentido, cortes internacionales han declarado como ilegales contratos que hubieren restringido más del 30% del mercado, incluso casos como el *Standard Station*, en donde los contratos de exclusividad analizados representaban el 7% del mercado fueron declarados ilegales por ser perjudiciales.

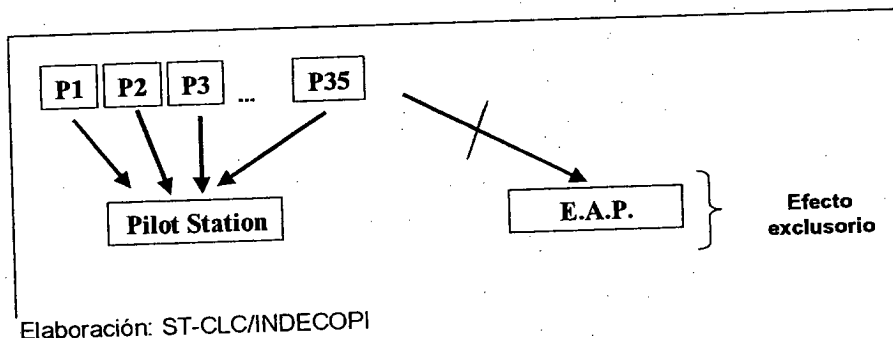
311. La jurisprudencia internacional también contiene casos en los que contratos de exclusividad implementados por empresas con un grupo significativo de profesionales de determinado mercado resultan siendo ilegales a la luz de la

¹⁵³ De manera posterior la cuota de mercado de Pilot Station se vio disminuida por la salida de la empresa de los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino, Lavado Carrillo y Boggiano Morales.

legislación de libre competencia. Al respecto, un caso ampliamente citado es el de la jurisprudencia norteamericana *Standard Fashion Company v. Magrane-Houston Company* 258 U.S. 346 (1922) en donde la corte encontró ilegal un contrato de exclusividad de una empresa fabricante de vestimenta con el 40% de los diseñadores de modelos de vestidos¹⁵⁴. Como ejemplo de este tipo de casos, también resulta válido el señalado por los denunciantes y que fuera conocido por el Tribunal de Defensa de la Competencia español por denuncia de La Nueva Unión de Seguros, S.A. –NUSSA– contra el Igualatorio Médico Colegial S.A. –IMECOSA–, en donde se declaró ilegal el hecho de haber privado del acceso a profesionales médicos a los competidores de la empresa dominante.

312. En el presente caso, la restricción de acceso a los prácticos marítimos licenciados para el TPC se dio en un porcentaje de 100%, esto es, la totalidad de prácticos licenciados para el TPC contrataron de forma exclusiva con Pilot Station, lo que implicó el objetivo de que ninguna otra empresa administradora de prácticos pudiera contratar sus servicios (Ver Gráfico N° 17)

Gráfico N° 17
Efecto exclusorio de los contratos de exclusividad de Pilot Station



313. Tal como se muestra en el Gráfico anterior, la generalización de la celebración de contratos de exclusividad entre Pilot Station y los treinta y cinco (35) prácticos licenciados para el TPC tuvo un efecto exclusorio en perjuicio de las empresas administradoras de prácticos competidoras de la denunciada, en tanto se vieron impedidas de contratar el insumo fundamental para su participación en el mercado, esto es, los servicios profesionales de los prácticos con licencia para el TPC.

314. Por otro lado, conjuntamente al análisis del porcentaje de mercado que se restringió a través de los contratos de exclusividad, debe evaluarse la posibilidad de las empresas administradoras de prácticos competidoras de Pilot Station de abastecerse de otras fuentes de aprovisionamiento. Como se vio en el marco teórico la presente sección, de ser factible la provisión desde otras fuentes, la conducta analizada no representaría efectos nocivos para la competencia. En el presente caso, dadas las altas barreras a la entrada existentes para el ingreso de nuevos prácticos al TPC, no resultaba factible que las empresas administradoras de prácticos competidoras de Pilot Station se aprovisionasen de prácticos de otras fuentes, toda vez que, en el corto

¹⁵⁴ Citado en Tirole, Op. Cit, Pág. 297 y Viscusi, Harrington y Vernon Op. Cit. Pág. 246.

plazo, la única fuente de aprovisionamiento resultaba siendo la totalidad de prácticos con licencia para prestar servicios en el TPC, es decir, aquellos que Pilot Station había contratado exclusivamente.

315. De acuerdo a lo anterior, es opinión de esta Secretaría Técnica que la cantidad de contratos de exclusividad celebrados por Pilot Station con los prácticos del TPC conjuntamente a la duración de éstos (plazo indefinido) generó un efecto excluyente en perjuicio del resto de empresas administradoras de prácticos, al privarlas del acceso a dichos profesionales.¹⁵⁵
316. Dicha conducta traduce también la elevación de barreras estratégicas a la entrada de nuevas empresas administradoras de prácticos al mercado relevante, puesto que dichos competidores potenciales también se vieron impedidos de contratar con cualquiera de los prácticos que tenían licencia para la prestación de servicios en el TPC.
317. En efecto, en base a la duración y cantidad de los contratos de exclusividad celebrados por Pilot Station que son materia del presente análisis, se concluye que el sostenimiento de dichas relaciones contractuales a lo largo del tiempo evitó la existencia de competencia efectiva (real y potencial) en el mercado de servicios de practicaje marítimo en el TPC. Por ende, se verifica la existencia de un efecto anticompetitivo producto de la política de Pilot Station de mantener vigentes contratos de exclusividad con las características señaladas.

(iii) Racionalidad de la celebración de contratos de exclusividad de plazo indefinido

¹⁵⁵ Respecto a la afectación de la competencia producto de la celebración de un significativo número de contratos de exclusividad, en el caso Telecable el Cuerpo Colegiado Ordinario (CCO) de Osiptel encargado de conocerlo señaló:

"(...) otro aspecto relacionado con la magnitud de los convenios se refiere a si las barreras a la entrada que se generan producto de ellos realmente implica un incremento considerable en los costos de los competidores o potenciales entrantes. Es claro que la celebración de un convenio que implique la transmisión en exclusiva de una única señal no genere significativos niveles de barrera a la entrada o incremento en los costos de los competidores, salvo que dicha señal sea imprescindible para la provisión final del servicio. En el presente caso, este CCO considera que ninguno de los canales motivo de la controversia, por sí solos pueden implicar la generación de efectos anticompetitivos. No obstante, no puede dejarse de lado que los convenios implican la transmisión de ocho canales, muchos de los cuales son de alta preferencia por parte de los usuarios. Pero las exclusividades no culminan con dichas ocho señales, sino que anteriormente ya se habrían celebrado otros convenios (...)"

"En efecto, ninguna de las señales contratadas en exclusividad, por sí sola implica la presencia de una práctica anticompetitiva, pero cuando cada vez más y más señales se encuentran en exclusividad en una sola empresa, ello sí implica una elevación considerable de costos a los competidores o potenciales empresas entrantes. Ello es de especial importancia cuando las exclusividades implican el retiro de las señales de empresas competidoras en lugar de utilizarse para introducir nuevas señales al mercado. Estos factores generan que los convenios de exclusividad celebrados puedan tener un considerable efecto negativo sobre los consumidores."

Resolución N° 062-CCO-2000 del 21 de diciembre de 2000 (Expediente N° 006-99), pág. 40.

318. Habiéndose verificado la existencia de efectos anticompetitivos de la conducta bajo análisis corresponde analizar a continuación la existencia de efectos procompetitivos. Como se señaló, sólo podrá ser declararse como ilegal una conducta cuyos efectos contrarios a la libre competencia sean superiores a sus efectos procompetitivos.

319. Con dicha finalidad, a continuación se evaluará si la celebración de contratos de exclusividad de plazo indefinido con la totalidad de la oferta de prácticos disponible, estuvo relacionada a la generación de ganancias de eficiencia que permitiese un ahorro de costos y redundase en beneficio de los consumidores.

320. Para dilucidar la existencia de efectos positivos sobre la competencia y los consumidores producto de la vigencia de contratos de exclusividad de plazo indefinido con la totalidad de prácticos licenciados para el TPC, resulta necesario averiguar, en primer lugar, cuál sería la racionalidad de la implementación de dicha política por parte de Pilot Station.

321. Al respecto, de acuerdo a la información contenida en el Cuadro N° 12, entre el 9 de enero y el 31 de diciembre de 2001 se realizaron un total de cinco mil seiscientos cuatro (5 604) movimientos. El práctico de mayor actividad en dicho periodo de tiempo realizó el 6.6% de dichos movimientos (un total de 370). De acuerdo a lo anterior, una empresa que deseara tener la capacidad de prestar servicios a todo el mercado de practica en el TPC, con prácticos que trabajasen como el de máxima actividad, habría necesitado contratar únicamente quince (15) prácticos.

322. Del Cuadro N° 12 se tiene que en el año 2001 Pilot Station contó con prácticos que hicieron menos de cien (100) movimientos mientras que otros realizaron más de doscientos (200). De acuerdo a ello, no se evidencia que la contratación de treinta y cinco (35) prácticos licenciados hubiese redundado en ganancias en productividad sino que, por el contrario, habría significado un mantenimiento de capacidad instalada ociosa al interior de Pilot Station.

323. Por otro lado, esta Secretaría Técnica ha tenido acceso a documentación que acredita que era opinión del propio gremio de prácticos del TPC que en este mercado existía un exceso de oferta de profesionales prácticos, como por ejemplo¹⁵⁶.

- (i) En la presentación de la ASPEPRAMA titulada "Análisis Situacional del Puerto del Callao 1999" se proyecta un incremento del número de prácticos (de 1997 a 1999 se pasó de 29 a 36 profesionales y para el 2004 se proyectó un total de 50 profesionales operando en el TPC) y una disminución de la demanda (debido al menor número de naves que llegan al TPC).¹⁵⁷

¹⁵⁶ La documentación reseñada en los numerales (ii) al (vi) fue recabada durante la visita inspectiva realizada por representantes de esta Secretaría Técnica a las oficinas de la ASPEPRAMA el 29 de mayo de 2002.

¹⁵⁷ El mencionado documento fue recabado durante una visita inspectiva realizada a las oficinas de la ASPEPRAMA como parte de la investigación correspondiente a los Expedientes números 003-2001-CLC y 004-2001-CLC (acumulados). Asimismo, dicho documento fue analizado en los Informes

(ii) Mediante carta del 21 de noviembre de 2000, dirigida al Director General de Capitanías y Guardacostas, señor Humberto León Rabines Gironda, la ASPEPRAMA, representada por su presidente, el señor Zagazeta Martínez y su vicepresidente, el señor Asmat Carrillo, remitió propuestas para la mejora de la Resolución Directoral N° 0472-2000/DCG (por medio de la cual se aprueban las "Normas de Practicaje Marítimo" y las "Normas para los Prácticos Marítimos"), entre ellas que: "La Autoridad Marítima fija como cantidad mínima de Prácticos Marítimos para la jurisdicción de la Capitanía de Puerto del Callao 13 (...)"

(iii) En una Ayuda Memoria encontrada en las oficinas de la ASPEPRAMA se señaló:

Desde el año 1993, se privatizó el Practicaje, formándose a partir de ese momento varias Empresas Administradoras de Prácticos.

El número de Prácticos en el Callao, en ese momento eran diez (10), quienes repartidos en las tres o cuatro empresas daban el Servicio de Practicaje adecuado y eficiente por la experiencia de ellos.

Luego, estas Agencias de Practicaje, con el fin de obtener mayor cantidad de naves, optaron por formar nuevos Prácticos en forma desmedida...

...algunos Agentes Marítimos, con el fin de explotar el Servicio de Practicaje comercializándolo, pretenden transgredir las normas establecidas, tratando de tramitar licencias a oficiales inexpertos, poniendo en grave riesgo la seguridad de la nave, las instalaciones portuarias, de otras naves y (...) la integridad física del personal que interviene en las maniobras.

(...)

El resultado de haberse entregado Licencias sin exigir mayores requisitos, fue una sobrepoblación de Prácticos, sin la capacidad necesaria, lo que originó una serie de accidentes algunos de ellos de gravedad en los Puertos del Litoral y principalmente en el Callao.

(el subrayado es nuestro)

(iv) Mediante carta del 26 de octubre de 2001 dirigida al Director General de Capitanías y Guardacostas, señor Alfredo Anaya Cole, la ASPEPRAMA representada por su presidente, el señor Loyola Soto, señaló:

...por el exceso de Prácticos activos para el puerto del Callao - Terminal Portuario (36) y teniendo en cuenta que el Callao cuenta con una estadística anual de 2,350 naves promedio, de lo que resultan 11 maniobras mensuales para cada Práctico.

(...)

Creemos que no se está logrando o asegurando futura pericia en la actividad de Practicaje, razón por la que solicitamos a usted señor Director General, si lo estima conveniente disponer se evalúe la posibilidad de no

números 002-2001-INDECOPI/CLC, 004-2002-INDECOPI/CLC y 005-2002-INDECOPI/CLC. Ver dichos informes para mayor información al respecto.

otorgar Licencias de Prácticos para el Puerto del Callao por un periodo de cinco (05) años; por razones de seguridad.
(...)

PROPUESTA

Cuadro Necesario para Callao

- 12 prácticos Marítimos Expertos.
- 4 Prácticos Marítimos de Primera.
- 4 Prácticos Marítimos de Segunda.
- 2 Prácticos marítimos de Tercera.

(el subrayado es nuestro)

Anexa a dicha comunicación se encontró el documento titulado "Análisis Situacional Puerto Callao Año 2001". En éste se señala:

Creemos Señor Almirante que ante las actuales estadísticas de disminución de naves por aumento del porte de las mismas en Perú versus la exagerada obtención de licencias para algunos puertos, se hace necesario tomar acciones que permitan la racionalización de la actividad con la finalidad de asegurar prácticos idóneos y en constante desenvolvimiento, garantizando su adecuada pericia.

Creemos que la licencia de práctico que otorga su digna Dirección debe estar regulada por una racionalización profunda, a mérito de no continuar en la vorágine que se viene acentuando por el hecho de que este año el indicador de maniobras mensuales por Práctico será de 9.1 maniobras mensuales por profesional, debiendo ser lo adecuado entre 18 a 25 maniobras mensuales¹⁵⁸. En caso que se continúe otorgando licencias como se viene haciendo, la proyección al año 2005 será sólo de 4 maniobras mensuales por práctico, proyectándose para ese año en el Puerto de Callao un estimado de 54 prácticos.

(...) esta Asociación se permite sugerir una racionalización de las licencias de practicaje de la cantidad máxima de prácticos que deben operar en cada puerto (...)

- (v) Mediante carta del 5 de abril de 2002 dirigida al Director General de Capitanías y Guardacostas, señor Juan Sierralta Fait, la ASPEPRAMA, representada por su presidente, el señor Loyola Soto, remitió a dicha autoridad el documento denominado "Racionalización de Prácticos" fechado el 30 de marzo de 2002, mediante en el cual se propone la racionalización del número de prácticos para el TPC, como sigue:

Prácticos de primera	13
Prácticos de segunda	2
Prácticos de tercera	2
Total	17

¹⁵⁸ Considerando un número de 21 maniobras al mes por práctico, de acuerdo al total de maniobras realizadas en el 2001 (5 723) la propuesta de la ASPEPRAMA conllevaría a mantener un total de 22 prácticos en el TPC.

324. Como se puede apreciar de los documentos reseñados anteriormente, era opinión de la ASPEPRAMA, gremio que agrupaba a la totalidad de prácticos licenciados en el TPC en diciembre de 2000 (los mismos que luego se vincularían a Pilot Station), que existía un exceso de oferta de prácticos en el mencionado puerto. De acuerdo a ello, la ASPEPRAMA se permitió realizar recomendaciones a las autoridades correspondientes a efecto de que se limite o racionalice el número de prácticos que prestan servicios en el TPC, proponiendo que operasen como mínimo trece (13) prácticos y como máximo veintidós (22), aun cuando la última propuesta registrada señaló un total de diecisiete (17) prácticos.

325. De acuerdo a lo anterior, los propios prácticos directivos, gerentes y accionistas de Pilot Station, y a su vez miembros de la ASPEPRAMA, tenían conocimiento al momento de celebrar los contratos de exclusividad y asegurar su cumplimiento futuro, que el número de prácticos necesarios para operar eficientemente en el TPC, incluso cubriendo el 100% de la demanda de este servicio en dicho puerto, era significativamente menor a treinta y cinco (35).

326. En similar sentido se han manifestado los prácticos denunciantes como se detalla a continuación:

El señor Boggiano Morales señaló¹⁵⁹:

Señor Boggiano Morales: ...Cuando estaba en Enapu pues, en el Callao, nos manejábamos...de todo el Callao, que es el volumen más o menos actual que tenemos ahora, lo manejábamos entre ocho a diez prácticos, en cambio ahora creo que hay más de cuarenta.
(...)

Indecopi: Usted mismo nos comentó hace unos minutos que tal vez en el propio Callao bastaría con operar con ocho, diez prácticos.

Señor Boggiano Morales: Así pues nos manejábamos cuando era Enapu y se puede verificar en los cuadros de Enapu. Cuando yo ingreso a la empresa que fue por concurso en el año ochenta; el cuadro, porque ese tiempo la Dirección de Capitanías que manejaba esto, asignaba las plazas para prácticos a nivel nacional, y para el Callao había una asignación, un cuadro de diez que muy raras veces llegó a los diez y siempre se manejó entre diez y ocho. Cuando comienza la etapa de la privatización, algunos prácticos tuvieron la oportunidad de irse antes para colocarse en las empresas, hubo un momento que el puerto lo hemos manejado entre cinco, si revisan las estadísticas, lo pueden ver en Enapu, hay una guardia de veinticuatro horas en que yo realice veinticinco maniobras (...)

(el subrayado es nuestro)

El señor Petrozzi Molfino señaló¹⁶⁰:

¹⁵⁹ Entrevista realizada por miembros de la Secretaría Técnica en las oficinas del INDECOP el 24 de noviembre de 2004.

Indecopi: Usted me comenta que en ese momento ¿habían más prácticos de los necesarios para prestar el servicio de practicafe en el Callao?

Señor Petrozzi Molfino: Sí, sí, sí es lo que le manifiesto.

Indecopi: ¿cuánto en exceso considera usted en su experiencia (...)?

Señor Petrozzi Molfino: Había en exceso 22 prácticos.

Indecopi: 22 prácticos.

Señor Petrozzi Molfino: Sí, sí, sí. Yo le digo que, 14 eran los que normalmente trabajaban, sobraban 22 prácticos. O sea, eso se trataba de ganarle un sueldo a 22 señores. Que finalmente, o sea, se ha demostrado que lo que yo les digo es totalmente cierto, si ustedes averiguan en este momento qué prácticos son los que trabajan de Pilot Station en forma efectiva, van a ver que son muy pocos.

(el subrayado es nuestro)

El señor Chávez Gurmendi afirmó¹⁶¹:

Indecopi: En todos estos años de experiencia que Ud. tiene (...) nos podría decir ¿cuántos prácticos podrían cubrir toda la demanda del Callao?

Señor Chávez Gurmendi: ¿del Callao? ...bueno, mira, este... siempre se manejó con 12 prácticos, 12 prácticos en todo el Callao, y hasta inclusive hubo una oportunidad en que bajaron a 6...6 prácticos, no pero...yo pienso que ahora con el movimiento que hay, que está un poquito que se ha incrementado, no más de...que sé yo pues de...de 15, según lo que estoy viendo ¿no?

(el subrayado es nuestro)

El señor Lavado Carrillo afirmó¹⁶²:

Indecopi: (...) ¿cuántos prácticos son necesarios para brindar el servicio en el Puerto del Callao?

Señor Lavado Carrillo: Yo pienso que de 12 a 14 prácticos sería perfecto para no tener excedente, de 12 a 14 prácticos.

Indecopi: ¿Actualmente cuántos prácticos son?

Señor Lavado Carrillo: Treinta y tantos.

¹⁶⁰ Entrevista realizada por miembros de la Secretaría Técnica en las oficinas del INDECOPI el 24 de noviembre de 2004.

¹⁶¹ Entrevista realizada por miembros de la Secretaría Técnica en las oficinas del INDECOPI el 25 de noviembre de 2004.

¹⁶² Entrevista realizada por miembros de la Secretaría Técnica en las oficinas del INDECOPI el 25 de noviembre de 2004.

Indecopi: Treinta y tantos, (...)

Señor Lavado Carrillo: Pero hay muchos que no trabajan pues, (...)

(el subrayado es nuestro)



327. Como se aprecia de las citas anteriores, la experiencia de los prácticos denunciados señala que el número de prácticos necesario para satisfacer la demanda de servicios de practica en el TPC sería entre cinco (5) y quince (15) prácticos.

328. Finalmente, cabe hacer referencia que las empresas administradoras de prácticos competidoras de Pilot Station una vez que tuvieron acceso a determinados profesionales prácticos que les permitieron participar en el mercado de prestación de servicios de practica en el TPC, pudieron captar niveles superiores al 40% del mercado con un promedio de 6,5 prácticos en su *staff*¹⁶³, lo que ratifica la conclusión de esta Secretaría Técnica de que no era necesario contratar a la totalidad de la oferta de prácticos para participar eficientemente del mercado de practica en el TPC.

329. Considerando la información estadística del número de movimientos realizados en el TPC; la capacidad de un profesional práctico para realizar determinado número de movimientos; el conocimiento de la ASPEPRAMA respecto a que en el TPC podrían prestar servicios de practica sin inconvenientes un número entre trece y veintidós (13 y 22) prácticos; las declaraciones de los denunciados basadas en su experiencia en el mercado; y la evidencia de que los competidores de Pilot Station captaron importantes cuotas de mercado con un número reducido de prácticos; esta Secretaría Técnica concluye que la intención de Pilot Station al celebrar y mantener vigentes contratos de exclusividad con la totalidad de la oferta disponible era únicamente la de monopolizar el mercado, con el fin de excluir a terceras empresas administradoras de prácticos el acceso a los prácticos licenciados para el TPC, y no la de conformar una empresa administradora de prácticos que opere eficientemente.

330. En efecto, a pesar del conocimiento de que los prácticos necesarios para operar en el TPC eran entre trece y veintidós (13 y 22), sólo se puede entender que la empresa investigada haya celebrado y mantenido vigentes contratos con treinta y cinco (35) prácticos, bajo la lógica de que mediante dicha conducta se privaría al resto de empresas administradoras de prácticos del acceso a estos profesionales, en un mercado con altas barreras a la entrada, lo que permitiría a Pilot Station la obtención de beneficios extraordinarios, que a su vez permitirían el mantenimiento de la capacidad instalada ociosa que generaría su conducta.

331. Al respecto, cabe señalar que en la visita inspectiva realizada a las oficinas de la ASPEPRAMA se encontró un documento de difusión que establecía lo siguiente:

¹⁶³ Información correspondiente al periodo junio - diciembre de 2002. Fuente: Enapu.

PRESIENTO QUE OTRA OPORTUNIDAD COMO ESTA NO SE VOLVERÁ A REPETIR Y POR LO TANTO NO DEBO DESPERDICIARLA, ESTOY SEGURO QUE LA COHESIÓN NOS BRINDARÁ UNA CONVENIENTE SEGURIDAD LABORAL Y BIENESTAR ECONÓMICO QUE NECESITO COMO PADRE DE FAMILIA, OBTENDRÉ UN MEJOR REPOSO FÍSICO PARA DESEMPEÑARME CONVENIENTEMENTE, DEL MISMO MODO DEJARE (sic) DE COMPETIR CON OTROS COLEGAS EN DETRIMENTO DE LAS TARIFAS QUE NOS RIGEN.

ES MI DECISIÓN..... DEBO SUSCRIBIRME COMO SOCIO Y COMPROMETERME SIN CONDICIONES A SER FIEL Y LEAL A ESTA NUEVA INSTITUCIÓN.

POSIBILIDADES ECONÓMICAS

PRIMERA
TENEMOS EN CALLAO UN PROMEDIO DE 2850 NAVES ANUALES (...) LO ANTERIOR PERMITIRÍA INGRESOS DE APROXIMADAMENTE 14 SUELDOS ANUALES DE 5.000 USA DÓLARES PARA 35 PRÁCTICOS SIN EXCLUIR A NADIE (SON DOS GRATIFICACIONES).

(el subrayado es nuestro)

332. El documento de referencia al parecer fue elaborado al momento de gestionarse la incorporación de la totalidad de prácticos a Pilot Station. Dicho documento señala que la "cohesión" entre los prácticos permitiría determinado bienestar económico. Dicha "cohesión" es entendida por esta Secretaría Técnica como la conducta de la empresa de contratar exclusivamente a la totalidad de prácticos del TPC por un plazo indefinido. Así las cosas, dicho comportamiento, señala el documento, aseguraría ingresos de catorce (14) sueldos de US\$ 5 000,00 (Cinco mil y 00/100 Dólares Americanos) para un total de treinta y cinco (35) prácticos. La intención de obtener ganancias extraordinarias mediante la eliminación de la competencia queda acreditada a través de la afirmación: "dejaré de competir con otros colegas en detrimento de las tarifas que nos rigen".¹⁶⁴
333. En función de lo anterior, también se entendería el hecho de que el contrato de exclusividad no contuviera una cláusula respecto del monto a pagar al práctico firmante. Si todos aquellos que celebraron los contratos tuvieron la expectativa de obtener parte de los beneficios extraordinarios que les permitiría el hecho de ostentar un monopolio, no habría resultado necesario

¹⁶⁴ En el mismo sentido, como evidencia de la intención anticompetitiva en la celebración de contratos de exclusividad por parte de Pilot Station, los denunciantes han mencionado la declaración del Presidente del Directorio de la empresa, señor Gálvez Estremadoyro, contenida en el escrito de postulación de una acción de amparo presentada ante el Juez Especializado en Derecho Público del Callao, en contra del señor Chávez Gurmendi, Tramarsa y la DICAPI, en el que señaló que la modalidad de contrato de prestación de servicios profesionales a plazo indefinido "(...) se estipuló (sic) por acuerdo general de asociados con la finalidad de evitar actos de competencia desleal entre los miembros de nuestra institución [Pilot Station]".

Asimismo, en los Informes números 002-2001-INDECOPI/CLC, 004-2002-INDECOPI/CLC y 005-2002-INDECOPI/CLC se estableció que la concentración de los prácticos en Pilot Station tenía una motivación de eliminar la competencia entre ellos ya que dicha competencia había determinado una reducción de sus ingresos.

estipular determinado monto como retribución por la prestación de servicios de los prácticos que firmaron los contratos de exclusividad.

334. De otro lado, tal como lo han afirmado los denunciantes, la política de Pilot Station de vincular a la totalidad de prácticos como accionistas de la empresa y a un número importante de ellos como directores y/o gerentes de ésta, a la luz de la evidencia de la intención anticompetitiva de la celebración de contratos de exclusividad, podría ser también considerada como un elemento adicional que permitiría la consolidación de un monopolio y la elevación de barreras de salida de la empresa para los prácticos que suscribieron los contratos de exclusividad con los fines anticompetitivos ya descritos.

335. Si bien desde el punto de vista de la cantidad de los contratos de exclusividad celebrados por Pilot Station, lejos de desprenderse una ganancia en eficiencia se desprende una intención anticompetitiva, corresponde analizar a continuación: (i) las posibles justificaciones de la celebración de contratos de exclusividad con las características analizadas y (ii) los argumentos de defensa esgrimidos por los denunciados respecto de este extremo de la denuncia.

(iii.a) Justificaciones de la celebración de contratos de exclusividad

336. A lo largo del presente procedimiento los denunciados no han presentado justificaciones respecto de:

- (i) El carácter exclusivo de los contratos,
- (ii) El plazo indefinido de éstos y
- (iii) La cantidad de contratos celebrados

337. Sin embargo, esta Secretaría Técnica cree conveniente desechar en este estado de su análisis, algunas justificaciones que podrían ser esgrimidas por los denunciados una vez notificado el presente informe.

338. Respecto del carácter exclusivo de los contratos, el principal argumento que se podría sostener, desde el punto de vista de la teoría económica, es que la política de celebrar contratos de exclusividad de Pilot Station tenía como intención evitar que otras empresas administradoras de prácticos aprovecharan la inversión de ésta en promoción y capacitación de los prácticos que prestaban servicios a través suyo. Bajo dicho supuesto las empresas administradoras de prácticos competidoras de Pilot Station serían las *free riders* que se beneficiarían de la externalidad positiva generada por aquellas inversiones en promoción y capacitación realizadas por la denunciada.

339. En opinión de esta Secretaría Técnica, no resultaría necesario realizar una significativa inversión de promoción y capacitación de los prácticos del TPC toda vez que estos eran profesionales de amplia trayectoria, con muchos años de experiencia en la prestación de servicios de practica en dicho puerto y ya conocidos por los clientes del servicio relevante. En tal sentido, las agencias marítimas encargadas de contratar los servicios de practica podrían fácilmente distinguir la calidad de los prácticos que les prestarías



servicios y éstos, en su mayoría, se encontraban ya capacitados para la prestación eficiente del servicio de practicaje marítimo.

340. Respecto al plazo indefinido de los contratos, si bien contratos de largo plazo pueden ser justificables como medio de reducir los costos de transacción, evitando constantes negociaciones, los contratos de exclusividad celebrados por Pilot Station no contenían un plazo específico (por ejemplo: 6 meses, 1 año ó 3 años), sino que vinculaba a los prácticos firmantes por el resto de su actividad profesional. Como se ha evidenciado, dichos periodos se podían extender, en algunos casos, más allá de dos décadas. Por ende, en opinión de esta Secretaría Técnica, una justificación de reducción de costos de transacción resultaría válida si fuera el caso que los contratos de exclusividad de Pilot Station fueran por periodos restringidos tales que resulten razonables para permitir ahorros de costos y no denoten una intención exclusoria respecto a sus competidores.



341. Respecto de la cantidad de contratos celebrados, una directa justificación resultaría ser que dicho número responde al número de profesionales que resultan adecuados para satisfacer un porcentaje determinado o la totalidad de la demanda de determinado servicio. En el presente caso, como se ha analizado, de acuerdo a la información estadística relacionada al número de movimientos que se realizan en el TPC y al número de movimientos que puede realizar un práctico, se tiene que el número de prácticos necesarios para cubrir el 100% del mercado de practicaje en el TPC resultaba mucho menor a treinta y cinco (35). Por ende, la justificación de la búsqueda del número eficiente de profesionales para satisfacer la demanda de servicios de practicaje en el TPC quedaría descartada como defensa probable de los denunciados en el presente caso.

342. En conclusión, si bien el carácter exclusivo de los contratos, su duración y la cantidad de éstos podrían, en algún grado, haber permitido evitar problemas de *free riding*, ahorros de costos de transacción y/o permitir cubrir la demanda del TPC, respectivamente, las características extraordinarias de los contratos bajo análisis, principalmente su duración y cantidad, determinarían que sus efectos negativos sobre la competencia son significativamente superiores que sus efectos procompetitivos.

(iii.b) Argumentos de defensa de los denunciados

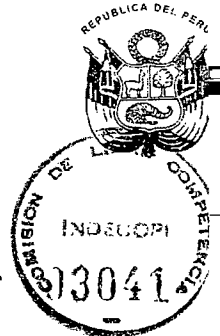
343. En particular, los denunciados han señalado como argumentos de defensa que los contratos de exclusividad analizados que:

- (i) No impiden ni dificultan la entrada de competidores al mercado.
- (ii) Fueron celebrados por propia voluntad de los prácticos.
- (iii) No impiden la formación de nuevos prácticos.

344. Al respecto, como se ha concluido anteriormente, los contratos de exclusividad de Pilot Station sí representaron, por su periodo de vigencia y cantidad, la elevación de una barrera a la entrada para los competidores potenciales del mercado practicaje, así como la exclusión de los competidores que Pilot Station tenía en los primeros días de enero de 2001 en el mercado de practicaje en el TPC. Las empresas administradoras de



prácticos competidoras —actuales y potenciales— de Pilot Station se vieron privadas del acceso a los profesionales prácticos licenciados para el TPC como consecuencia de que la totalidad de ellos habían celebrado contratos de exclusividad con la denunciada.



345. Respecto a la celebración de dichos contratos por la propia voluntad de los prácticos, cabe señalar que la autonomía de la voluntad de éstos para decidir establecer o no una relación jurídica concreta no puede ser opuesta por Pilot Station como un argumento de licitud de los contratos de exclusividad con relación a las normas de libre competencia. Es decir, que la denunciada no puede sustentar la legalidad de los contratos de exclusividad en términos de la normativa de defensa de la libre competencia sosteniendo que los prácticos acordaron suscribirlos libremente con conocimiento de sus cláusulas, contenido y obligaciones a las cuales se estaban comprometiendo.
346. El hecho de que los prácticos y Pilot Station hayan celebrado dichos contratos de exclusividad en ejercicio de su libertad de contratación no hace que dichos actos jurídicos sean indefectiblemente lícitos a la luz de la legislación *antitrust*. En efecto, como se ha señalado, en determinados supuestos los contratos celebrados entre particulares, en ejercicio de sus libertades de contratación, pueden vulnerar la normativa de libre competencia. En dichos casos la Comisión se encuentra facultada para declarar la inoponibilidad de dichas conductas relacionadas al ejercicio de la libertad de contratación y disponer medidas correctivas. Por ello, independientemente del ejercicio de la libertad de contratación involucrado en el presente caso, la Comisión debe evaluar si los fines y efectos de dichos contratos son contrarios a las normas de defensa de la libre competencia.
347. En conclusión, pese a que los contratos de exclusividad habrían sido suscritos por ambas partes en ejercicio de su libertad de contratación, a efectos del presente informe importa analizar sólo si dichos contratos persiguen o generan efectos anticompetitivos (contra el interés público).
348. Respecto a que los contratos de exclusividad no impidieron la formación de nuevos prácticos, esta Secretaría Técnica coincide con los denunciantes en que la política de celebración de contratos de exclusividad de Pilot Station no impidió la formación de nuevos prácticos, por el contrario alentó el ingreso de nuevos agentes al mercado, producto de la no disponibilidad de estos profesionales para las empresas administradoras de prácticos competidoras de la denunciada.
349. Sin embargo, dicho hecho no puede ser usado como argumento que justifique la celebración de contratos de exclusividad con las características analizadas puesto que, por un lado, la celebración de contratos de exclusividad y, por el otro, el impedir la formación de nuevos prácticos, son hechos que no guardan vinculación lógica, salvo que se entiendan como una estrategia conjunta que tiene por objeto monopolizar el mercado.
350. Al respecto, cabe señalar que el mercado de practicaje en el TPC es uno con altas barreras legales que retrasan el ingreso de nuevos prácticos al mercado; dicha situación es una característica estructural del mercado. Adicionalmente, en el presente procedimiento una de las modalidades



investigadas es la supuesta negativa de Pilot Station de prestar entrenamiento a aspirantes a prácticos, lo que sí constituiría un impedimento a la formación de nuevos prácticos, y por ende una posible estrategia conjunta de monopolizar el mercado. Esta modalidad será analizada de manera posterior en el presente informe.

IV.2.3.1.8. Confluencia de los requisitos establecidos en el artículo 5 del Decreto Legislativo 701

351. Como se señaló anteriormente, el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 establece los requisitos necesarios para que la Comisión declare como ilegal determinada conducta que se analiza como un supuesto de abuso de posición de dominio. Al respecto, del análisis realizado en la presente sección se tiene lo siguiente:

- (i) La tenencia de posición de dominio se encuentra acreditada en la Sección IV.2.2 del presente informe;
- (ii) La actuación indebida se acredita como consecuencia de la irracionalidad de sostener contratos de exclusividad con la totalidad de la oferta disponible y por plazo indefinido;
- (iii) El fin de obtener beneficios se acredita en el hecho de que la consolidación de un monopolio permitiría a la empresa la obtención de beneficios extraordinarios;
- (iv) El fin de causar perjuicios a otros se acredita como consecuencia de que la monopolización del mercado privaría a los competidores de Pilot Station acceder a los prácticos licenciados para el TPC, excluyéndolos del mercado, disminuyendo la competencia en perjuicio de los consumidores; y,
- (v) La imposibilidad del resultado de no existir posición de dominio se acredita desde que no hubiese sido posible la obtención de beneficios extraordinarios y la exclusión de los competidores sino fuera el caso que Pilot Station se constituyó como monopolio en los primeros meses del año 2001, en un mercado con altas barreras a la entrada.

IV.2.3.1.9 Cuestión Final: La ilegalidad de los contratos laborales de exclusividad

352. La celebración y mantenimiento de los contratos de exclusividad objeto de análisis podrían ser contrarios a la normativa constitucional y/o legal vigentes en materia laboral; sin embargo, esto último no compete ser determinado ni por esta Secretaría Técnica ni por la Comisión, sino que éstas únicamente deben evaluar tales contratos de exclusividad a la luz de la normativa de libre competencia cuyo cumplimiento es su deber tutelar.
353. En ese sentido, en el presente procedimiento se ha analizado la legalidad de los contratos de exclusividad desde el punto de vista de la ley de libre competencia vigente en el Perú y se ha concluido que la conducta de Pilot Station consistente en sostener en el tiempo contratos de trabajo a plazo indeterminado con la totalidad de prácticos marítimos con licencia para operar en el TPC ha constituido una conducta de abuso de posición de dominio.

354. Con relación al extremo analizado respecto de los referidos contratos laborales, cabe señalar de manera general que el ordenamiento jurídico hace una clasificación de los distintos tipos de estos contratos. Así pues, según su plazo de duración, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo 728¹⁶⁵ reconoce las siguientes clases de contratos laborales:

- (i) Sujeto a modalidad:
 - a) De naturaleza temporal (el contrato por inicio o incremento de actividad, por necesidades del mercado y por reconversión empresarial)
 - b) De naturaleza accidental (contrato accidental ocasional, de suplencia y de emergencia)
 - c) De obra o servicio (el contrato para obra determinada o servicio específico, para servicio intermitente y de temporada)¹⁶⁶
- (ii) A plazo indefinido

355. Los contratos laborales sujetos a modalidad se caracterizan porque en ellos las partes acuerdan previamente el plazo de duración de la relación contractual, el cual no podrá ser superior al plazo máximo fijado por la ley (así por ejemplo, en el contrato por inicio de actividad las partes pueden fijar libremente el plazo de duración hasta por el límite máximo de tres años fijado por la ley); o porque el trabajo a ser prestado tiene un duración determinada, de acuerdo a su naturaleza (así por ejemplo, el contrato de suplencia durará tanto como sea necesario para cubrir el puesto del trabajador reemplazado hasta su retorno, o el contrato de emergencia durará mientras dure la calamidad o emergencia que hizo necesario la contratación del personal temporal).

356. Por su parte, los contratos laborales a plazo indefinido no están sujetos a un plazo de duración máxima establecido previamente por las partes o fijado por la ley, sino que éstos durarán hasta que se extinga la relación contractual, sea por causal imputable a las partes como el despido (derecho del empleador) o la renuncia (derecho del trabajador), o por causal no imputable a las partes como el fallecimiento del trabajador o empleador, la jubilación, la invalidez, etc.

¹⁶⁵ Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR.

¹⁶⁶ **Ley de Productividad y Competitividad Laboral.-**

Artículo 54.- Son contratos de naturaleza temporal:

- a) El contrato por inicio o lanzamiento de una nueva actividad;
- b) El contrato por necesidades del mercado;
- c) El contrato por reconversión empresarial.

Artículo 55.- Son contratos de naturaleza accidental:

- a) El contrato ocasional;
- b) El contrato de suplencia;
- c) El contrato de emergencia.

Artículo 56.- Son contratos de obra o servicio:

- a) El contrato específico;
- b) El contrato intermitente;
- c) El contrato de temporada.

357. Ciertamente, la denominación de “contrato laboral a plazo indefinido” otorgada por la normativa laboral no hace referencia a que a través de este tipo de contratos sea posible el establecimiento de una relación de por vida entre el empleado y el empleador.
358. En efecto, conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 26 de la Constitución Política del Perú, las relaciones laborales se rigen, entre otros, por el principio de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico¹⁶⁷.
359. Así por ejemplo, un trabajador no puede pactar con su empleador la renuncia previa a su derecho a gozar de un descanso vacacional remunerado luego de un año continuo de labor, debido a que este derecho contenido en el Decreto Legislativo 713 es de naturaleza irrenunciable¹⁶⁸. De la misma manera, un trabajador tampoco puede renunciar a su derecho al descanso semanal, a la jornada de trabajo de ocho horas diarias, a la compensación por tiempos de servicios, a la indemnización por despido arbitrario, etc.
360. De igual modo, el derecho de renuncia o retiro voluntario del trabajador contemplado en los artículos 16 y 18 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral¹⁶⁹, es un derecho irrenunciable e inherente a toda relación laboral por medio del cual el trabajador da por concluida dicha relación contractual con su empleador, de manera que ésta no continúe surtiendo sus efectos en el tiempo.
361. Así, si un trabajador considera que en su centro de labores no se presentan las condiciones laborales adecuadas o las relaciones con su empleador no

¹⁶⁷ **Constitución Política.-**

Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

(...)

2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

¹⁶⁸ **Decreto Legislativo 713.-**

Artículo 10.- El trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios. Dicho derecho está condicionado, además, al cumplimiento del récord que se señala a continuación:

- Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria es de seis días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos sesenta días en dicho periodo.
- Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria sea de cinco días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos diez días en dicho periodo.
- En los casos en que el plan de trabajo se desarrolle en sólo cuatro o tres días a la semana o sufre paralizaciones temporales autorizadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, los trabajadores tendrán derecho al goce vacacional, siempre que sus faltas injustificadas no excedan en diez en dicho periodo. Se consideran faltas injustificadas las ausencias no computables para el récord conforme al artículo 13 de esta ley.

¹⁶⁹ **Ley de Productividad y Competitividad Laboral.-**

Artículo 16.- Son causas de extinción del contrato de trabajo:

(...)

b) La renuncia o retiro voluntario del trabajador

(...)

Artículo 18.- En caso de renuncia o retiro voluntario, el trabajador debe dar aviso escrito con 30 días de anticipación. El empleador puede exonerar este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador, en este último caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día.

son las mejores, tendrá el derecho a renunciar dando por concluido su relación laboral.



362. Sin embargo, de los actuados en el presente caso respecto de los contratos de exclusividad se desprende que: (i) la ausencia de una cláusula de rescisión disponible para los prácticos en los contratos de exclusividad analizados; (ii) las cartas notariales del 30 de abril y 5 de junio de 2001 dirigidas por Pilot Station a los señores Chávez Gurmendi y Lavado Carrillo, que señalaban la negativa de la empresa denunciada a rescindir el vínculo laboral debido a la existencia de contratos vigentes¹⁷⁰; (iii) la elevación de penalidades para aquellos prácticos que intentaran dejar sin efecto el contrato; entre otros, denotan claramente la intención de Pilot Station de mantener vinculados laboralmente a sus prácticos marítimos hasta el momento en que éstos se encontraran impedidos de concurrir en el mercado por alcanzar la edad límite fijada por la ley.
363. A entender de esta Secretaría Técnica, la calificación de "contrato de trabajo a plazo indefinido" es entendida por Pilot Station de una manera distinta a la definición prevista en la normativa laboral vigente. En efecto, la denunciada entiende dicha relación contractual como una vinculación de por vida con los prácticos firmantes, sin la posibilidad de renuncia por parte de éstos, cuando ello podría resultar antijurídico a la luz de las normas laborales.
364. En otras palabras, se observa que Pilot Station ha querido otorgar a sus "Contratos de trabajo a plazo indefinido" un efecto no acorde con la definición que la ley otorga a esta clase de actos jurídicos, toda vez que considera que éstos no están sujetos al ejercicio del derecho de renuncia por parte de los prácticos marítimos en virtud de su carácter indefinido (esto es, hasta que el práctico alcance el límite legal de edad para realizar actividades de maniobra). No obstante, como se ha señalado, los contratos de trabajo a plazo indefinido recogidos en la ley sí pueden extinguirse por la decisión voluntaria del trabajador de dar por concluida la relación laboral.
365. Asumiendo que los contratos de exclusividad a tiempo indefinido celebrados entre Pilot Station y los prácticos marítimos del TPC son contratos que establecen relaciones laborales, se podría concluir que éstos no guardan correspondencia con lo prescrito en las normas laborales y el texto constitucional, toda vez que se estaría disponiendo de un derecho irrenunciable, esto es, el derecho de renuncia de los prácticos marítimos del TPC.
366. Independientemente de que el establecimiento de una relación contractual de por vida resultaría ilegal bajo las normas constitucionales y/o laborales, la Comisión debe determinar si la conducta es ilegal a la luz de las normas de defensa de la libre competencia. No deberá ser preocupación de la Comisión la ilegalidad de la celebración y mantenimiento de contratos de exclusividad a la luz de la normatividad laboral, sino únicamente deberá preocuparse por cumplir su mandato de vigilancia del cumplimiento del Decreto Legislativo 701.

¹⁷⁰ Anexos 1-N y 1-BF del escrito de denuncia.



367. En el mismo sentido, en el caso de La Nueva Unión de Seguros S.A. contra Igualatorio Médico Colegial S.A., el Tribunal de Defensa de la Competencia español señaló:

(...) el Pleno del Tribunal entiende que no ha de entrar a valorar la validez de los citados preceptos [los preceptos estatutarios que determinaban la exclusividad de los médicos accionistas] ni desde la óptica de la legislación sanitaria (en la que las entidades de seguros que poseen un cuadro médico propio, que no está vinculado con ellas por un contrato de trabajo, no pueden exigir a dichos facultativos la exclusividad en la prestación de sus servicios) ni desde la óptica de la legislación de sociedades mercantiles (en la que la autonomía de la voluntad o la libertad de pactos entre los socios tiene como límite la desvirtuación del propio tipo social elegido) sino (...) solamente desde la perspectiva de la aplicación de la legislación sobre prácticas restrictivas de la competencia que le ha sido confiada.¹⁷¹

- 361 Por lo tanto, al margen de la validez de las cláusulas de exclusividad de los contratos en cuestión o de la posibilidad legal de restringir el derecho de renuncia de los prácticos marítimos, se observa de lo actuado en el presente procedimiento que los prácticos licenciados que laboran para Pilot Station se han conducido económicamente como si, en virtud de los referidos contratos, estuvieran constreñidos a suministrar sus servicios de forma exclusiva a dicha empresa, no pudiendo ejercer su derecho de renuncia ni otro mecanismo legal que unilateralmente extinga la relación contractual.¹⁷²

- 362 En ese sentido, en virtud del principio de primacia de la realidad, el derecho de la competencia sancionará las conductas que tengan efectos evidentemente anticompetitivos, independientemente de la forma jurídica que éstos tomen. Al respecto, esta Secretaría Técnica se ha pronunciado anteriormente sobre el particular en el Informe N° 034-2004-INDECOPI/ST-CLC del 20 de octubre de 2004, señalando que "al aplicar la normativa de libre competencia, la agencia de competencia debe atender a las situaciones o relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o

¹⁷¹ Resolución del 28 de julio de 1992, recaída en la Resolución N° 305/91.

De similar forma en la Resolución 497 del 25 de junio de 2001, el mismo Tribunal señaló que:

En diversas Resoluciones anteriores (ver, por todas, la Resolución 473/99, Igualatorio Médico Quirúrgico Cantabria) el Tribunal ha establecido que las empresas aseguradoras en posición de dominio al imponer la exclusividad a los integrantes de sus cuadros médicos, no sólo limitan el libre ejercicio de la profesión médica, (...) sino que también restringen la libre competencia, abusando de su posición dominante con vulneración del artículo 6 LDC, al obstaculizar la entrada de competidores que ven limitadas sus posibilidades de formar sus propios cuadros médicos e impedir la libre elección de los asegurados que pudieran desear cambiar de compañía aseguradora sin tener que renunciar a la asistencia de sus médicos preferidos.

¹⁷² Esto quiere decir que la finalidad económica de los contratos de exclusividad traduce en realidad una intención de establecer barreras tanto de salida para los prácticos que hubieran suscrito tales contratos como de entrada para las empresas competidoras de Pilot Station que requerían de los servicios de los prácticos. Ello pese al ropaje formal de "contrato laboral" o de "locación de servicios" que se le había dado a tales contratos.

establezcan, antes que a las situaciones que se hubieran podido producir o a las que deberían haberse producido"¹⁷³

362. Atendiendo al principio de primacía de la realidad, lo que importa para las normas de defensa de la libre competencia no es cómo debieron haber actuado los agentes económicos sino cómo en realidad actuaron. En el presente caso, posiblemente a la luz de las normas laborales se podría decir que los prácticos siempre conservaron su derecho de renuncia; sin embargo, a la luz de la legislación de competencia lo que importa es que en la realidad Pilot se comportó como si para ella la exclusividad con los prácticos era vinculante.

En efecto, Pilot no puede argumentar la inexistencia de exclusividad sobre la base de considerar que los prácticos siempre conservaron su derecho constitucional de renunciar a la relación laboral, pues la evidencia que obra en el expediente señala que Pilot se comportó en la realidad como si tal exclusividad existiera, al punto que estableció severas penalidades para quienes decidieran salirse de la relación contractual.

363. En síntesis, dado que del análisis realizado se ha concluido que la conducta de Pilot Station consistente en celebrar contratos de exclusividad de plazo indefinido con la totalidad de la oferta de prácticos disponibles en el TPC tuvo una intención y un efecto anticompetitivos, esta Secretaría Técnica es de la opinión que, independientemente de la legalidad de dicha conducta a la luz de las normas constitucionales y/o laborales, ésta constituye una infracción a lo establecido en el artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

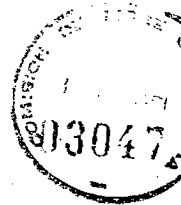
IV.2.3.1.10. Conclusión

364. Considerando la inexistencia de justificaciones para el mantenimiento de contratos de exclusividad con la totalidad de oferta disponible, por un plazo de duración indeterminado; así como los claros efectos nocivos para la competencia producto de la celebración de tales contratos con las características señaladas; y la intención anticompetitiva manifiesta de ésta conducta; esta Secretaría Técnica es de la opinión que Pilot Station ha cometido una conducta de abuso de su posición de dominio cuyo supuesto típico se encuentra descrito en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701.

¹⁷³ Al respecto, en el documento denominado "Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property" (Lineamientos de competencia para las licencias de Derechos de Propiedad Intelectual) elaborado por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América se señala lo siguiente:

Las agencias de competencia se enfocarán en la práctica actual y sus efectos, no sobre los términos formales del arreglo [se refiere a las licencias de patentes]. Una licencia denominada de "no – exclusividad" podría producir la misma problemática que de un contrato formalmente suscrito como de exclusividad. Una licencia no exclusiva podría tener el efecto de una licencia con exclusividad si es estructurada de tal manera que el titular de la patente es incapaz de otorgar otras licencias o de utilizar su propia patente de tecnología. De otro lado, una licencia que no requiere explícitamente una exclusividad podría tener el efecto de una si es estructurada para incrementar significativamente los costos del licenciado [por el titular] cuando usa tecnologías competidoras.

(Disponible en: www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/ipguide.htm)



365. Por lo tanto, esta Secretaría Técnica recomienda declarar fundada la denuncia de la APOP y los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino, Lavado Carrillo y Boggiano Morales contra Pilot Station y las personas naturales investigadas en el presente extremo.

366. En particular, las personas naturales investigadas resultan responsables de la comisión de un abuso de posición de dominio bajo la modalidad de celebración de contratos de exclusividad, debido a su participación, desde su ubicación privilegiada dentro de la empresa (cargos directivos y gerenciales) en el sostenimiento de los contratos ilegales a lo largo del tiempo.

367. Asimismo, esta Secretaría Técnica recomienda a la Comisión que ordene a Pilot Station dejar sin efecto las cláusulas de exclusividad y las penalidades de los contratos celebrados con los prácticos marítimos del TPC en un plazo no mayor a veinte (20) días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación de la resolución de la Comisión y que se abstenga de celebrar contratos con similares características a los analizados.

IV.2.3.2. Negativa injustificada del entrenamiento de nuevos prácticos

IV.2.3.2.1. Libre iniciativa privada

368. Conforme a lo establecido en el artículo 58 de la Constitución Política, el régimen económico peruano es el de una economía social de mercado¹⁷⁴. Bajo este régimen, toda persona tiene derecho a desarrollar la actividad económica de su preferencia (libre iniciativa privada), a elegir la forma empresarial que más le convenga así como la manera de conducir y explotar su negocio (libertad de empresa, comercio e industria), y a contratar y ser contratado bajo una relación laboral de dependencia (libertad de trabajo). En atención de este régimen económico, el Estado garantiza el principio de libre competencia, en virtud del cual el precio y la cantidad producida de los bienes y servicios en el mercado son establecidos por la libre interacción de la oferta y la demanda¹⁷⁵.

369. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha establecido que la libre iniciativa privada es un derecho fundamental de toda persona que la faculta a participar en la vida económica del país, sea en forma individual o asociada. De ello se colige que toda persona tiene derecho a emprender y desarrollar, con plena autonomía, aunque con respeto al ordenamiento jurídico, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando capital a la

¹⁷⁴ Constitución Política.-

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

¹⁷⁵ Constitución Política.-

Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. 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.

producción de bienes y servicios y al intercambio económico, con la finalidad de lucrar a través de la obtención de un beneficio o ganancia.¹⁷⁶



370. Las libertades, los derechos y los principios rectores del régimen económico reconocidos en la Constitución Política tienen como finalidad la eficiente asignación de los recursos existentes en la sociedad. Esta finalidad se logra si se permite que los agentes económicos sean libres de producir e intercambiar los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de sus necesidades. Sólo corresponderá al Estado proveer a la población determinados bienes y servicios, en ejercicio de su rol subsidiario, mediante ley autoritativa y cuando no exista oferta privada capaz de satisfacer la demanda o cuando la oferta existente resulte insuficiente para satisfacer las necesidades de determinados segmentos de la población.
371. Los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, comercio e industria sólo pueden ser concebidos en un ambiente de libre competencia que posibilite su normal desenvolvimiento, permitiendo con ello la generación de riqueza mediante la asignación eficiente de los recursos.
372. Tales libertades, sin embargo, no pueden ser ejercidas irrestrictamente, existiendo límites que se sustentan en la finalidad de evitar que la conducta de los individuos pueda ocasionar daños a terceros. En una economía social de mercado, la libre iniciativa privada, la libertad de empresa, comercio e industria y la libertad de trabajo no deben ser lesivos a la moral, la salud o la seguridad pública¹⁷⁷. En este sentido, los límites a la libre iniciativa privada deben interpretarse de manera restrictiva centrándose únicamente en hacer cumplir los fines de interés público contenidos en las normas jurídicas. En este caso, tales fines deben estar orientados a proteger los derechos de terceros que se puedan ver afectados por las actividades que puedan realizar otros agentes económicos.
373. Los límites a la libre iniciativa privada se manifiestan en la función de policía administrativa (otorgada por Ley) que es ejercida por la Administración Pública, la cual es entendida como "la actividad de ordenación de la vida social que lleva a cabo la Administración con el fin de garantizar el orden público y el normal funcionamiento de la economía y de la sociedad"¹⁷⁸. Tal como se ha señalado, la interpretación de las normas de policía administrativa debe restringirse únicamente a los casos incluidos dentro de la finalidad que sirvió de sustento para la emisión de las referidas normas, sin que se puedan crear nuevos deberes u obligaciones que no estuvieran

¹⁷⁶ Al respecto, ver la Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, fundamentos jurídicos 17 y 18, publicada el 14 de noviembre de 2004 en el Diario Oficial, El Peruano.

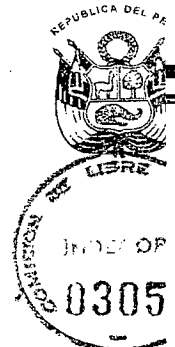
¹⁷⁷ **Constitución Política.-**

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

¹⁷⁸ ARIÑO, Gaspar. *Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa*. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 37.



previstos en el ordenamiento o que no sirvan para proteger el interés público contenido en la norma.



374. Así por ejemplo, en la mayoría de países, el ordenamiento jurídico dispone que se cumplan requisitos previos para el ejercicio de determinados oficios o profesiones, tales como que se demuestre los conocimientos necesarios para desempeñar la actividad que corresponda. La exigencia de estos requisitos constituye una restricción al derecho de libertad de empresa; no obstante, se justifica en la medida en que la protección de los usuarios hace necesario que dichos servicios sean prestados por quien tenga los conocimientos especializados para ello. En cambio, tal justificación se debilita cuando por la naturaleza de la actividad no resulta imprescindible tener conocimientos especializados para ejercerla o cuando los requisitos exigidos no están en relación directa con dicha actividad¹⁷⁹.

IV.2.3.2.2. Las prácticas de maniobras y la obligatoriedad de permitir las

375. La actividad de practicaaje es un servicio prestado a la nave por capitanes de travesía de la Marina Mercante o de la Marina de Guerra del Perú (en situación de disponibilidad o retiro) quienes se encuentran licenciados como prácticos por la DICAPI. El servicio prestado por éstos consiste en prestar asesoraría, respecto de un conjunto de maniobras, al capitán de la nave y a los remocadores de ésta, a efectos de permitir el desplazamiento de entrada y de salida de las naves que utilicen las facilidades de determinado terminal portuario (boyas de amarre o muelle del puerto).
376. Dicha actividad de practicaaje requiere de un elevado nivel de conocimientos portuarios, pues de lo contrario se correría el riesgo de causar daños o averías a la nave, sea colisionando con otras embarcaciones o con la infraestructura portuaria, lo cual irrogaría elevados costos privados y sociales. El práctico debe tener algún grado de especialización en el puerto en el cual desarrolla sus actividades (conocer sus características de profundidad, distribución de los muelles, mareas, vientos, etc.) para prestar el servicio con la eficiencia y seguridad requeridas.
377. En consecuencia, el servicio de practicaaje es uno altamente especializado y complejo que involucra embarcaciones que sin una buena conducción podrían ocasionar graves perjuicios a otras naves, a la infraestructura del terminal portuario o al medio ambiente. En razón de ello, el ordenamiento jurídico ha establecido que para ejercer la actividad de practicaaje es necesario que los aspirantes de práctico cumplan con determinados requisitos que permitan evidenciar que el aspirante se encuentra apto para ejercer dicha actividad.
378. Con la finalidad de asegurar una adecuada preparación del aspirante a práctico, se ha establecido en el numeral 7) de las "Normas para los Prácticos Marítimos" que los aspirantes a prácticos marítimos deben desarrollar un plan de estudios y demostrar su capacidad mediante exámenes de suficiencia. Entre los requisitos que deben cumplir los

¹⁷⁹ Tribunal de Defensa de la Competencia de España. *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones*. Junio 1992, pág. 22.



postulantes a prácticos marítimos se ha establecido en el literal g) del referido numeral que:

g) Las prácticas de maniobra que debe de realizar un postulante a Práctico Marítimo, será un mínimo de 30 maniobras en caso de muelles y 20 tratándose de boyas de amarre. Las maniobras deberán ser como mínimo un 30% nocturnas, y tanto éstas, como las diurnas deberán contabilizarse en forma completa, es decir, una entrada y una salida hacen una maniobra.



379. La práctica de maniobra es la preparación que recibe un aspirante a práctico a bordo de una nave mediante las observaciones y prácticas de maniobras de practicaje necesarias para obtener su licencia como práctico o para su cambio de categoría¹⁸⁰.

Por su parte, la Capitanía de Puertos es la entidad que coordina y autoriza las prácticas de maniobra de los aspirantes a prácticos, por lo que será dicha entidad la encargada de determinar qué condiciones debe cumplir un aspirante a práctico, sin que ninguna otra persona o autoridad pueda impedir o exigir un requisito adicional a los aspirantes en una práctica de maniobra dada.

380. Sobre esto último, el Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres, establece que:

I-010111 La Autoridad Marítima dispondrá las prácticas de maniobras del postulante a práctico marítimo, en el muelle o amarradero solicitado, quien será instruido obligatoriamente por el práctico autorizado a bordo de las naves y durante la prestación del practicaje.

Asimismo, el literal i) del numeral 6 de las "Normas para los Prácticos Marítimos" establece claramente que:

6. FUNCIONES, LIMITACIONES Y OBLIGACIONES DE LOS PRÁCTICOS MARÍTIMOS

(...)

- i) No obstaculizará ni impedirá las prácticas de maniobra de los aspirantes a prácticos coordinadas y autorizadas por la Capitanía de Puerto.

(...)

381. A efectos de que los administrados obtengan alguna autorización o licencia de la autoridad administrativa, éstos deben iniciar un procedimiento administrativo, entendiéndose por esto el conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produce efectos jurídicos individuales sobre su situación jurídica concreta¹⁸¹. Los actos y diligencias que deben realizar los

¹⁸⁰ Ver pie de página 103.

¹⁸¹ Ley del Procedimiento Administrativo General.-

Artículo 29.- Definición de procedimiento administrativo.-

Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.

administrados deben constar en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA de la entidad respectiva.¹⁸²

382. En ese sentido, a efectos de obtener la autorización respectiva para realizar prácticas de maniobra, los aspirantes a prácticos sólo se encuentran obligados a cumplir los requisitos establecidos en el TUPA de la Marina de Guerra del Perú (en adelante, el TUPA)^{183, 184}, motivo por el cual aquellos requerimientos adicionales que no consten en dicho TUPA no podrán ser exigibles.

383. Atendiendo a lo anterior y a las normas citadas en el punto 380 del presente informe, una vez que los aspirantes a prácticos han cumplido con todos los requisitos establecidos en el TUPA a efectos de obtener la autorización respectiva para efectuar prácticas de maniobras (requisito para el otorgamiento de la licencia de practica), los prácticos marítimos licenciados se encontrarán obligados a permitir la realización de dichas prácticas coordinadas y autorizadas previamente por la Capitanía de Puerto, facilitando la presencia del aspirante en la cabina de mando (u otro ambiente análogo) donde se realizará la operación de practica, no pudiendo obstaculizar ni impedir la práctica ni pudiendo además exigir cualquier otro requisito adicional que no haya estado previsto en el referido TUPA.

IV.2.3.2.3. La negativa de permitir prácticas de maniobra como política de Pilot Station

384. Pilot Station no ha negado el hecho de que algunos de los prácticos marítimos que laboran para dicha empresa se hayan negado a prestar entrenamiento a ciertos aspirantes de prácticos; sin embargo, la empresa denunciada sí ha negado que ello se haya debido a causas o razones de política de la empresa. En efecto, en su escrito de contestación de denuncia Pilot Station no niega que hayan existido las mencionadas negativas de instruir a los aspirantes a prácticos marítimos, sino que por el contrario lo afirma argumentando que la negativa de sus prácticos marítimos se justificó en base a razones éticas y económicas, propias de los prácticos, según los términos siguientes:

¹⁸² Ley del Procedimiento Administrativo General.-

Artículo 30.- Calificación de procedimientos administrativos.-

Los procedimientos administrativos que, por exigencia legal, deben iniciar los administrados ante las entidades para satisfacer o ejercer sus intereses o derechos, se clasifican conforme a las disposiciones del presente capítulo, en: procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa por la entidad, y este último a su vez sujeto, en caso de falta de pronunciamiento oportuno, a silencio positivo o silencio negativo. Cada entidad señala estos procedimientos en su Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA, siguiendo los criterios establecidos en el presente ordenamiento.

¹⁸³ El TUPA de la Marina de Guerra del Perú se aprobó mediante Decreto Supremo 011-DE/MGP publicado el 23 de noviembre de 2002 en el diario oficial El Peruano, anexándose la parte pertinente al presente informe.

¹⁸⁴ Para realizar actividades de practica, además del TUPA de la Marina de Guerra del Perú, los prácticos deberán cumplir con los procedimientos establecidos en el TUPA del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo 008-2002-MTC, publicado el 4 de marzo de 2002.



Veámoslo del modo siguiente: Si uno es empleado de una empresa X y es contactado por una empresa B de la competencia, para que "prepare e instruya" a uno de sus empleados, precisamente en la misma actividad de la empresa para la cual labora, ¿no resultaría lógico que, por una cuestión de ética, el empleado se niegue a entrenar al empleado de su competidor directo? Por supuesto que sí, dado que ello afectaría directamente a la empresa que le da trabajo e indirectamente al mismo empleado.

(...)

Entre las razones justificadas de los prácticos involucrados para negarse a entrenar a los dos prácticos (...) fueron entre otras: la falta de un convenio sobre (...) el costo por la capacitación o entrenamiento; la lealtad moral a la empresa que les brinda el empleo frente al pedido de entrenamiento por parte de una empresa competidora directa.

(el subrayado es nuestro)

385. Según Pilot Station, la negativa denunciada fue una decisión "propia y personal" de cada uno de los prácticos involucrados y no motivada por alguna directiva u orden de la empresa. Si bien la empresa denunciada reconoce que el señor Rodríguez Fernández (Directivo de Pilot Station) emitió una carta de respuesta a la empresa Cosmos Agencia Marítima, negando la posibilidad de que prácticos de Pilot Station entrenasen a los aspirantes de la empresa solicitante; la empresa denunciada ha señalado también que el referido hecho no debe ser interpretado como una orden o disposición de Pilot Station, toda vez que en principio las coordinaciones para las prácticas de maniobras deben solicitarlas los aspirantes. El tenor de la mencionada comunicación a continuación:

(...)

Es así que venimos desarrollando un Plan de Adecuación, el mismo que pretende nivelar la capacidad técnica de los prácticos y el cual se alcanzará cuando los mismos lleguen a un nivel mínimo de 3 000 maniobras, y en otros casos 5 000 maniobras.

Tenemos Prácticos Marítimos en [el] Callao que vienen siendo re-entrenados en las técnicas requeridas por Prácticos de la mejor experiencia, capacidad y antigüedad. Este programa de adecuación iniciado formalmente desde el 8 de febrero, nos está brindando excelentes resultados, el cual redunda en beneficio de la Seguridad Marítima y de las Empresas que participan en la actividad.

Por tal razón a las maniobras de atraques o desatraques en las naves que así permiten, vienen asistiendo dos Prácticos, de los cuales uno ejecuta la maniobra y otro en reentrenamiento. Esperamos lograr nuestro Objetivo Técnico de Reentrenamiento de nuestros Prácticos en un plazo de 27 meses, motivo por el cual por el momento no podemos entrenar Prácticos que laboran para otras empresas.

(...)

Por las razones anteriormente expuestas informamos a ustedes que no podremos atender su requerimiento de entrenamiento del candidato a Práctico de Tercera Eduardo Lozada Frías. En fecha adecuada comunicaremos el poder brindarles esta posibilidad.

(el subrayado y la negrita son nuestros)

386. Sin embargo, del Reglamento de Trabajo de Pilot Station, citado a continuación, se desprende claramente que lo afirmado por la empresa denunciada, descrito en el párrafo anterior, es falso, toda vez que sí existía una disposición de la empresa que evidencia la intención de negar el entrenamiento de aspirantes a prácticos o, por lo menos, monopolizar los servicios de los nuevos prácticos entrenados por sus empleados (y con ello acaparar la oferta de servicios de practicaje marítimo), a través de la celebración de contratos de exclusividad por tiempo indeterminado¹⁸⁵.

03054

8128. *Un capitán de Travesía, autorizado a postular a Práctico Marítimo por la Autoridad Marítima, para poder asistir a las maniobras de los Prácticos Marítimos de Pilot Station S.A. como observador [sic] deberán firmar un Contrato de Exclusividad por tiempo indeterminado.*

(...)

8130. *Ningún Práctico Marítimo de Pilot Station S.A. bajo su responsabilidad podrá llevar como Observador a un Capitán de Travesía postulante a Práctico Marítimo.*

(el subrayado y la negrita son nuestros)

387. Como puede apreciarse de la documentación y hechos descritos, Pilot Station tenía como política que sus prácticos no entrenen a aspirantes a prácticos, pese a que aquellos se encontraban obligados a no impedir que los prácticos observen las maniobras de practicaje, lo cual convertía la política de Pilot Station en una clara conducta destinada a impedir que otras personas puedan dedicarse a la actividad de practicaje.

IV.2.3.2.4. La exigencia de remuneración para permitir las prácticas de maniobras

388. Pilot Station ha argumentado que la negativa de los prácticos marítimos de su empresa a entrenar a aspirantes a prácticos se habría justificado en la exigencia de un pago previo por el servicio de instrucción, señalando que si bien las normas sobre entrenamiento de nuevos prácticos no prescribe que las prácticas de maniobra deben ser remuneradas, éstas tampoco lo prohíben motivo por el cual no existiría ningún impedimento legal para que así fuera.

389. Asimismo, Pilot Station ha argumentado que es razonable que cualquier persona que posee un conocimiento sobre un oficio o profesión exija una retribución por transmitir a terceros tales conocimientos.

¹⁸⁵ Entre la documentación que se obtuvo de la inspección a Pilot Station se encuentra un documento denominado convenio que, en su tercera cláusula, señala que la única causal para que un práctico pierda su vacante es entrenar a un práctico, mientras dure la legislación vigente, sin autorización de la institución o actuar deslealmente con la institución, lo cual demuestra que Pilot Station estaba evaluando la posibilidad de negarse a permitir el entrenamiento de aspirantes a prácticos, hecho que, posteriormente, Pilot Station implementó y que está siendo analizado en los párrafos de arriba.

390. Al respecto, este órgano instructor considera, que conforme a la normativa vigente¹⁸⁶, una práctica de maniobra consiste en la observación que realiza el aspirante a práctico del asesoramiento que ejecuta el práctico licenciado a bordo de una nave al capitán de ésta. Es decir, mientras que el práctico licenciado va asesorando verbalmente respecto de las maniobras que le corresponde ejecutar directamente al capitán del buque, el aspirante a práctico asume un rol de observador de las instrucciones y consejos que aquél imparte. Por lo tanto, no se justificaría el pago de una retribución económica toda vez que las prácticas de maniobra consisten únicamente en la observación de los consejos del práctico licenciado, sin que ello implique la instrucción directa del aspirante a práctico¹⁸⁷.

391. Del contenido del Reglamento de Trabajo de Pilot Station se evidencia que fue la empresa denunciada quien dispuso unilateralmente una directiva interna para la realización de un pago previo, a cargo de los aspirantes de práctico, por el "derecho" de asistir como observador en las maniobras ejecutadas por los prácticos marítimos de la empresa denunciada, y que sería el Directorio de la mencionada empresa el que establecería la tarifa correspondiente. A continuación se transcribe la parte pertinente del referido reglamento:

*8129. Los Capitanes de Travesía, autorizados a postular a Práctico Marítimo por la Autoridad Marítima, para poder asistir a las maniobras de los Prácticos Marítimos de Pilot Station S.A. como observador, **deberán ejecutar un pago**, por cada maniobra, de acuerdo a la tarifa que el Directorio de la empresa determine.*

(el subrayado y la negrita son nuestros)

392. Como puede verse, la posibilidad de los aspirantes a prácticos de realizar prácticas de maniobras se vio afectada por la voluntad de Pilot Station, pues esta empresa dispuso un pago previo por observar cada maniobra, estableciendo que su Directorio determinaría el monto de dicho pago, lo cual obviamente vulneró el derecho a la libre iniciativa privada de todas aquellas personas que pretendían dedicarse a la actividad de practicaje.

393. En efecto, en principio, todas las personas tienen el derecho a dedicarse a aquellas actividades que consideren más adecuadas para su realización personal. Excepcionalmente, el Estado podría establecer ciertas limitaciones al ejercicio del derecho a la libre iniciativa privada. Estas limitaciones a los derechos deben estar plasmadas en normas generales y abstractas, y fundarse en razones de interés público, motivo por el cual no son válidas aquellas limitaciones que no cumplan con dichas condiciones. Menos aun, si es que las limitaciones al ejercicio de un derecho se encuentran sujetas arbitrariamente a la voluntad de un particular.

¹⁸⁶ Ver nota al pie de página 103.

¹⁸⁷ Salvo que el aspirante a práctico solicite del práctico licenciado una instrucción (enseñanza) en particular, supuesto en el cual los servicios de éste podrían ser remunerados según la libre negociación de ambos en un régimen de libre competencia.

394. Asimismo, cabe señalar que la decisión por la cual la Capitanía de Puerto autoriza a un aspirante a realizar maniobras de práctica es un acto administrativo obligatorio para los prácticos marítimos licenciados. En tal sentido, lo señalado por el Director General Acc. de Capitanías y Guardacostas, Capitán de Navío SGC Carlos Lema Osore, resulta esclarecedor¹⁸⁸.

En relación a lo expuesto en el párrafo (3) de su oficio de la referencia, esta Autoridad Marítima señala que de acuerdo a lo dispuesto en el numeral (6), Inciso (i) de las "FUNCIONES, LIMITACIONES Y OBLIGACIONES DE LOS PRÁCTICOS MARÍTIMOS", aprobado mediante Resolución Directoral N° 0472-2000/DCG de fecha 18 de octubre 2000, se establece que el práctico marítimo; "no obstaculizará ni impedirá las prácticas de maniobras de los aspirantes a prácticos coordinadas y autorizadas por la Capitanía de Puerto", no existiendo una norma dispuesta por esta Dirección General que establezca que el aspirante a práctico marítimo efectúe pago alguno al práctico marítimo titular y/o empresa administradora de prácticos encargada de prestar los servicios de practicae.

(el subrayado y la negrita son nuestros)

395. Un práctico o una empresa administradora de prácticos no puede supeditar el cumplimiento de la autorización emitida por la Autoridad Marítima —la autorización para que pueda asistir a una maniobra de practicae— a otras exigencias, tales como la realización previa de un determinado pago o a que termine el período de entrenamiento de los prácticos de la empresa. Así por ejemplo, la Capitanía de Puerto del Callao sancionó a los prácticos Manuel Rivadeneyra Cockburn y Luis Mella Montoya por impedir que un aspirante a práctico participe en una maniobra de practicae. En la Resolución de Capitanía N° 041-2001 se señaló expresamente lo siguiente:

(...)

Que la Agencia Marítima COSMOS S.A.C., Agente Marítimo de la Motonave "ASUKA" de bandera japonesa, mediante la Carta Protesta de fecha 05 Abril 2001 (Registro Nro. 11429) da cuenta que el día 04 abril 2001 a las 23 horas, Práctico de la Agencia Capitán de Travesía Eduardo LOZADA Frías se presentó en el Muelle 5-A del Terminal Portuario del Callao, para abordar a la Motonave "ASUKA" a fin de efectuar su práctica de maniobra como Aspirante, negándose el Práctico de la Empresa Administradora de Prácticos Pilot Station S.A. señor Manuel RIVADENEIRA Cockburn, manifestando que no tenía autorización de su Empresa para permitir acompañarlo en la maniobra;

Que el señor Eduardo LOZADA Frías, Capitán de Travesía de la Marina Mercante Nacional Aspirante a Práctico Marítimo, manifestó que al acercarse para abordar la Motonave "ASUKA" a fin de efectuar sus prácticas de maniobra, el Práctico Manuel RIVADENEIRA Cockburn le comunicó que no podía abordar sin la autorización de su representada Empresa Administradora de Prácticos Pilot Station S.A.

(...)

¹⁸⁸ Ver respuesta al Oficio N° 064-2004/CLC-INDECOPI, que obra a fojas 2407 y siguientes del expediente.

(el subrayado y la negrita son nuestros)

396. Tal como se puede apreciar, el señor Manuel Rivadeneira Cockburn se negó a permitir que el señor Eduardo Lozada Frías, aspirante a práctico, lo acompañe en la maniobra de practicaaje, pues no había coordinado con Pilot Station, pese a que dicho aspirante contaba con la autorización respectiva.

397. Los requisitos que debían ser cumplidos por los aspirantes a prácticos (limitaciones al ejercicio irrestricto del derecho a la libre iniciativa privada) se encuentran previstos en las normas antes reseñadas y en el TUPA, por lo que la condición prevista en el Reglamento Interno de Trabajo de Pilot Station no sólo vulnera los derechos de los aspirantes a prácticos, sino que constituyen un plan destinado a impedir la competencia en el mercado de practicaaje marítimo en el TPC.

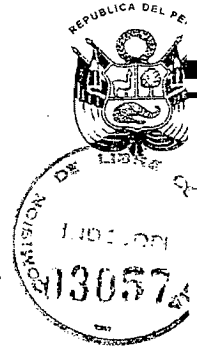
IV.2.3.2.5. La intención anticompetitiva

398. De los actuados en el presente caso se puede colegir que Pilot Station no tenía la intención de permitir que sus prácticos marítimos entrenen a aspirantes a prácticos sin su autorización, pese a encontrarse obligados por las normas jurídicas citadas en los párrafos precedentes. Ello con la intención de mantener el control sobre la oferta de servicios de practicaaje.

399. En particular, los casos de negativas de prácticas de maniobra denunciados se encuentran listados en el Cuadro N° 1 del presente informe.

400. Igualmente, el hecho de que Pilot Station haya señalado que recién después de veintisiete (27) meses podía autorizar el entrenamiento al práctico de la empresa Cosmos Agencia Marítima, refleja la estrategia de la empresa denunciada de impedir o negar que los aspirantes de prácticos de otras empresas competidoras sean entrenados por los prácticos vinculados a su empresa, pese a que, como lo señaló la propia empresa denunciada, supuestamente el entrenamiento dependía directamente de la decisión personal del práctico marítimo y no de las empresas operadoras de prácticos para las cuales laboraban.

401. Asimismo, de la relación de prácticos sancionados por la autoridad marítima, se puede apreciar que en su totalidad pertenecen a Pilot Station, lo cual denota claramente la intención de dicha empresa de obstaculizar las prácticas que debían realizar los aspirantes a prácticos para obtener su licencia respectiva. (Ver Cuadro N° 16)



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance

Cuadro N° 16
Relación de Prácticos Marítimos Sancionados

Resolución de Capitanía	Fecha	Capitanía Guardacosta Marítima	Sanción	Empresa Administradora de Practicos
040-2001	20/06/01	Callao	Amonestación	Pilot Station
041-2001	20/06/01	Callao	Amonestación	Pilot Station
003-2002	5/03/02	Supe	Suspensión 60 días	Pilot Station
005-2002	14/03/02	Supe	Suspensión 30 días	Pilot Station
007-2002	1/04/02	Supe	Suspensión 30 días	Pilot Station
009-2002	30/04/02	Supe	Suspensión 30 días	Pilot Station
010-2002	3/05/02	Supe	Suspensión 30 días	Pilot Station

Fuente: DICAPI

Elaboración: ST-CLC/INDECOPi

402. Así, el propio Director de Capitanías y Guardacostas ha señalado que:

*Los prácticos marítimos afectados por la sanción impuesta alegaron los siguientes motivos; a) Que por tratarse de prácticas de entrenamiento debería existir un trato comercial entre el práctico y el aspirante, **b) Que se impidió las prácticas debido a las instrucciones recibidas por parte de su empresa administradora de prácticos PILOT STATION S.A.**, c) Que en la instalación portuaria ya era suficiente la cantidad de prácticos, **d) que no contaban con la autorización de su empresa PILOT STATION S.A.***

(el subrayado y la negrita son nuestros)

403. En opinión de esta Secretaría, el plazo de veintisiete (27) meses establecido por Pilot Station para llevar a cabo las actividades de reentrenamiento de sus prácticos marítimos constituía un tiempo excesivo por cuanto éstos ya tenían de manera concreta la calificación de prácticos de primera (la calificación más alta en el escalafón de prácticos marítimos), lo cual implica que, en principio, son los prácticos mejor preparados en el TPC. En todo caso, si Pilot Station consideró que la autorización emitida por la Capitanía de Puertos podía ocasionarle ciertos perjuicios en el reentrenamiento de sus propios prácticos, dicha empresa pudo haber comunicado dicha situación o, en todo caso, pudo impugnar los actos que autorizaban las maniobras de práctica de los aspirantes a prácticos, pero de ningún modo podía desconocerlos o exigir requisitos adicionales que no estaban previstos para el cumplimiento de estos actos.

404. Además, asumiendo que efectivamente los prácticos de Pilot Station se encontraban en un proceso de reentrenamiento que duraba veintisiete (27) meses y, por lo tanto, no se encontraban en posibilidad de entrenar a los aspirantes de prácticos autorizados por la Capitanía de Puertos, no tenía sentido que algunos prácticos de Pilot Station (por disposición de la empresa denunciada) condicionen la observación de las prácticas de maniobra al pago de una suma determinada, pues la imposibilidad de entrenar a nuevos aspirantes a prácticos por motivos de seguridad o concentración del práctico al momento de realizar las maniobras respectivas no disminuye o desaparece por el pago de una suma determinada, si es que ello fuera cierto. En efecto, de acuerdo al Acta Notarial del 27 de marzo de 2001 se señala lo siguiente:

(...)

Acto seguido el SR. VICTOR FLORES ORREGO se dirigió al práctico capitán Pedro Galvez Estremadoiro solicitándole acceder a su cargo la labor de supervisar su participación como observador en la maniobra de desatraque, siendo la respuesta del citado práctico titular en el sentido que no podía acceder a tal pedido en razón que se encontraba capacitando a su propio personal y que dicha labor en todo caso tenía un costo, por tratarse de un servicio profesional acto seguido fue preguntado sobre dicho costo, siendo su respuesta en el sentido que ello dependía de cada práctico.

(...)

(el subrayado y la negrita son nuestros)

405. La conducta adoptada y los argumentos esbozados por Pilot Station respecto de la negativa de entrenamiento a aspirantes de práctico es parte de una estrategia que en conjunto denota una actitud destinada a monopolizar la actividad de practica en el TPC, excluyendo de ella a la competencia potencial que significaba el ingreso de los aspirantes de prácticos al mercado.

406. Ello, además, es consecuente con el informe del 31 de diciembre de 2000, redactado por el práctico marítimo señor Amulfo Gómez Ríos (en adelante, el señor Gómez Ríos), accionista y empleado de Pilot Station, dirigido al práctico marítimo señor Loyola Soto, también accionista y empleado de Pilot Station y presidente de la ASPEPRAMA, en el cual se evidencia la existencia de una decisión destinada a consolidar toda la oferta del servicio de practica en una sola empresa. El informe señala, entre otros puntos, lo siguiente:

Informo que viaje (sic) por motivos de trabajo a la ciudad de la referencia donde me entreviste (sic) con el Presidente delegado del sindicato de Prácticos de México en dicho puerto.

Se le solicitó asesoría para la formación de una unión de prácticos en el callao (sic) y lo indicado abajo fueron sus comentarios.

(...)

En Veracruz existen 8 prácticos, cuando cumplen los 65 años deben retirarse alguno de ellos, los prácticos en consenso deciden si el tráfico amerita reemplazarlo, en caso que decidan hacerlo convocan mediante concurso a capitanes con 5 años de experiencia al mando de naves mayores de 5,000 TRB, una vez elegido el práctico firma un compromiso con el sindicato de lealtad y en caso viole será demandado, en el contrato se especifican que leyes vigentes se estaría trasgrediendo(sic), una vez ello se comunica a la autoridad que el sindicato ha decidido entrenarlo, no se acepta que la autoridad decida sobre este asunto.

(...)

(el subrayado y la negrita son nuestros)

407. Como puede apreciarse, el señor Gómez Ríos recibió asesoría de los miembros del Sindicato de Prácticos de México en Veracruz, donde le manifestaron que el ingreso de nuevos prácticos a la actividad de practica dependía de ellos. Si dicho sindicato consideraban que el tráfico lo

ameritaba, convocaban a un concurso, haciendo que el aspirante a práctico firme un compromiso de lealtad con el gremio. Tal como se aprecia, el ingreso al mercado dependería de los propios competidores, que deciden quiénes y cuándo pueden ingresar nuevos prácticos al mercado, lo cual ciertamente constituye una limitación a la competencia en el mercado.

408. La conducta de Pilot Station destinada a impedir o retrasar la concurrencia de nuevos competidores resulta más clara si es evaluada conjuntamente con otras conductas, tal como la Carta dirigida el 26 de octubre de 2001, por el señor Loyola Soto, presidente de la Aspeprama y de Pilot Station, al Director General de Capitanías y Guardacostas, en la cual señala lo siguiente:

Creemos que no se está logrando o asegurando futura pericia en la actividad del Practicaje, razón por la que solicitamos a usted señor Director General, si lo estima conveniente disponer se evalúe la posibilidad de no otorgar Licencias de Prácticos para el Puerto del Callao por un periodo de cinco (5) años; por razones de seguridad.

(el subrayado y la negrita son nuestros)

409. Como se puede observar, las citadas comunicaciones respondían a la estrategia de monopolización del mercado de practicaje por parte de Pilot Station. Así, la comunicación dirigida al Director General de Capitanías y Guardacostas para que no se otorgue licencias durante cinco (5) años denota claramente una intención de crear una barrera de acceso al mercado de practicaje absoluta, pues nadie, sin infringir el ordenamiento, podría aspirar o ingresar a la actividad de practicaje.
410. A lo anterior, además, hay que agregarle la celebración por parte de Pilot Station de contratos con la totalidad de prácticos del TPC, cuyo término de duración era "indefinido", contando con cláusulas de resolución sumamente elevadas, lo cual significaba, en la práctica, que sea Pilot Station la que determine hasta cuándo durará dicha relación jurídica.
411. Ambos hechos vistos en conjunto evidencian la intención de Pilot Station de controlar la oferta de prácticos, ya sea contratando con la totalidad de los prácticos como negándose a entrenar a nuevos aspirantes. Lo anterior, no sólo vulnera el derecho de cualquier tercero a dedicarse a las actividades económicas que deseen, sin mayores limitaciones que las previstas normativamente, sino que también atenta contra la libre competencia en el mercado.

IV.2.3.2.6. Confluencia de los requisitos establecidos en el artículo 5 del Decreto Legislativo 701

412. Como se señaló anteriormente, el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 establece los requisitos necesarios para que la Comisión declare como ilegal determinada conducta que se analiza como un supuesto de abuso de posición de dominio. Al respecto, del análisis realizado en la presente sección se tiene lo siguiente:

- (i) La tenencia de posición de dominio se encuentra acreditada en la Sección IV.2.2 del presente informe;

- (ii) La actuación indebida se acredita con la negativa de los prácticos a entrenar a los aspirantes a prácticos, tal como ha sido detallado en los párrafos precedentes;
- (iii) El fin de obtener beneficios se acredita desde el hecho que la consolidación de un monopolio permitiría a la empresa la obtención de beneficios extraordinarios;
- (iv) El fin de causar perjuicios a otros se acredita desde que la monopolización del mercado privaría a los competidores de Pilot Station del acceso a los profesionales prácticos licenciados para el TPC, excluyéndolos del mercado, disminuyendo la competencia en perjuicio de los consumidores; y,
- (v) La imposibilidad del resultado de no existir posición de dominio se acredita desde que no hubiese sido posible la obtención de beneficios extraordinarios y la exclusión de los competidores sino fuera el caso que Pilot Station se constituyó como monopolio en los primeros meses del año 2001, en un mercado con altas barreras a la entrada.

IV.2.3.2.7. Conclusión

413. En resumen, de las pruebas analizadas se puede apreciar que Pilot Station dispuso que sus prácticos licenciados nieguen u obstaculicen la realización de prácticas de maniobra en perjuicio de los aspirantes a prácticos autorizados por la autoridad marítima. Esta conducta tuvo la intención de impedir el acceso al mercado de nuevos prácticos que prestasen servicios a empresas administradoras de prácticos competidoras y, de esa manera, sostener la posición de dominio de Pilot Station a lo largo del tiempo. La conducta descrita califica como un abuso de posición de dominio, tipificado en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701.
414. Cabe señalar que la política de impedir la realización de prácticas de maniobra por parte de aspirantes a prácticos aunada a la política de celebración de contratos de exclusividad de plazo indefinido con la totalidad de la oferta disponible, de manera conjunta, evidencian una intención anticompetitiva de Pilot Station y de las personas naturales investigadas, destinada a monopolizar ilegalmente el mercado de servicios de practicaje en el TPC.

IV.2.3.3. Predación a través de mecanismos administrativos y judiciales

IV.2.3.3.1. Derecho de petición y abuso de derecho

415. En principio el derecho de petición es concebido como aquel derecho que tiene todo ciudadano de formular un determinado pedido a la autoridad sin que sea necesario que ostente algún derecho o interés legítimo que sustente su solicitud¹⁸⁹. Es decir, en virtud del derecho de petición toda persona puede

¹⁸⁹ COLOM PASTOR, Bartomeu. *El derecho de petición*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 39.

recurrir ante la autoridad a efectos de solicitar la provisión de algo que esta última podría otorgar legítimamente, pero con relación a lo cual el administrado no tiene un derecho cierto o actual que respalde su solicitud¹⁹⁰.

416. Así entendido, el derecho de petición puede ser ejercido ante autoridades políticas o administrativas, con el objeto de promover cambios normativos u obtener alguna prestación concreta y específica. En este sentido, la finalidad del derecho de petición se encontraría en que la autoridad tome conocimiento del pedido y lo resuelva de acuerdo al ordenamiento jurídico.

417. El derecho de petición se encuentra consagrado en el numeral 20 del artículo 2 de la Constitución Política el cual señala que toda persona tiene derecho "a formular peticiones, individual y colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad".¹⁹¹

418. En el ámbito legislativo, el artículo 106 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, estipula que cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante cualquier entidad, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el artículo 2 numeral 20) de la Constitución Política del Estado. Este derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia.¹⁹²

419. Una de las manifestaciones del derecho de petición está dada por la figura jurídica de la gestión de intereses¹⁹³, definida como la actividad mediante la cual las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, promueven de manera transparente sus puntos de vista en el proceso de decisión

¹⁹⁰ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pág. 404.

¹⁹¹ **Constitución Política del Perú.-**

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición.

¹⁹² **Ley del Procedimiento Administrativo General.-**

Artículo 106.- Derecho de petición administrativa.-

106.1 Cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el artículo 2 inciso 20) de la Constitución Política del Estado.

106.2 El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia.

¹⁹³ DIEZ CANSECO NÚÑEZ, Luis José. *Nadie le reza a un santo sino es para pedirle favores. Reflexiones preliminares sobre el lobbying*. Ius et Veritas. Año XII, Número 25. Lima, 2002. pág. 79.

pública, a fin de orientar dicha decisión en el sentido deseado por ellas¹⁹⁴. Esta actividad puede tener como objetivo modificar en algún sentido la legislación existente o impedir que ésta sea modificada¹⁹⁵. En otras palabras, las personas acuden y solicitan a la autoridad una medida legislativa o reglamentaria que se encuentre orientada a la satisfacción de sus intereses, independientemente de que sus peticiones sean acogidas o no.

420. Dentro de la misma lógica relativa al derecho de petición, a través del derecho de acción¹⁹⁶, el ordenamiento jurídico ha previsto la posibilidad de que los sujetos de derecho acudan ante la autoridad jurisdiccional a fin de que se declare o se les reconozca una determinada pretensión jurídica. Este derecho de acción es de naturaleza constitucional y faculta a exigir del Estado tutela jurisdiccional efectiva para un caso concreto¹⁹⁷.
421. Unas de las principales características del derecho de acción es que se trata de un [poder jurídico] abstracto (esto es, una potestad) debido a que no requiere de un derecho sustantivo o material que lo sustente o impulse, es decir, es un derecho continente que se ejerce como una exigencia, como demandante de justicia, como petición de derecho, con absoluta prescindencia de si su pedido será declarado fundado o no¹⁹⁸.
422. Ambos, los derechos de acción y petición, son potestades que el ordenamiento jurídico atribuye o concede a toda persona como un cauce de realización de intereses legítimos y fines dignos de tutela jurídica.
423. Toda potestad o derecho subjetivo debe ser ejercido en armonía o en función con el interés de la sociedad¹⁹⁹, lo cual en sentido contrario significa que cuando un derecho se ejerce en contra de la función social y económica para la cual ha sido reconocido, el ordenamiento jurídico no ampara tal ejercicio y

¹⁹⁴ Artículo 3 de la Ley 28024, Ley que Regula la Gestión de Intereses en la Administración Pública, publicada el 12 de julio de 2003.

¹⁹⁵ DIEZ CANSECO NÚÑEZ, Luis José. Op. Cit., pág. 77.

¹⁹⁶ Desde la óptica de las situaciones jurídicas subjetivas, el derecho de acción no es un derecho subjetivo sino una potestad, un poder jurídico.

¹⁹⁷ MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Tomo 1. Editorial Temis, Bogotá, 1996. pág. 271.

¹⁹⁸ *Ibidem*. pág. 272.

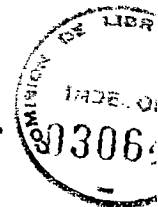
¹⁹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Editorial ESI, Nápoles, 1991. págs. 247-251. Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. cit. pág. 75

"Dentro de este orden de ideas, se sostiene que la situación jurídica denominada derecho subjetivo tiene los siguientes perfiles:

- a) *efectual (al cual preferimos llamar causal): cada situación encuentra su origen en un hecho natural o voluntario jurídicamente relevante*
- b) *estructural: concibiéndolo como un interés;*
- c) *dinámico: entendido como poder;*
- d) *funcional: la situación jurídica debe estar en armonía o en función con el interés de la sociedad o de la familia; y,*
- e) *normativo: como norma de conducta que atribuye al sujeto de poder de cumplir o no determinados actos o actividades.*

(...)"

aun puede llegar a sancionarlo. De esta manera, en el sistema jurídico peruano se reconoce la figura del abuso de derecho, la cual es considerada como una limitación intrínseca al ejercicio de un derecho subjetivo^{200, 201}.



424. Si bien los derechos de acción y petición son derechos abstractos que no requieren de la existencia de un derecho concreto a lo pedido o solicitado, su importancia radica en el interés de los solicitantes de que al menos potencialmente se tenga la posibilidad de obtener lo solicitado.

a. Jurisprudencia internacional

425. En los Estados Unidos de América se intentó aplicar la Ley Sherman²⁰² a las campañas de *lobby* político (gestión de intereses), hecho que dio lugar al nacimiento de la doctrina denominada *Noerr – Pennington*^{203, 204}, la cual hace

²⁰⁰ Código Civil Peruano.-

Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

²⁰¹ En ese sentido, mediante la Resolución N° 104-96-TDC la Sala de Defensa de la Competencia, estableció los siguientes criterios para considerar que existe un abuso de derecho: (i) el derecho esté formalmente reconocido en el ordenamiento jurídico, (ii) que su ejercicio vulnere un interés causando un perjuicio, (iii) que al causar tal perjuicio el interés que se está viendo afectado no esté protegido por una prerrogativa jurídica específica; y, (iv) que se desvirtúe manifiestamente los fines económicos y sociales por los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe.

Si bien la definición ha sido esbozada dentro del marco del sistema concursal para el caso del ejercicio abusivo de un derecho, dichos criterios también pueden ser aplicables en los procedimientos por infracción a las normas de defensa de la libre competencia.

²⁰² La "Ley Sherman" o "*Sherman Act*", denominada así por el congresista que propuso su aprobación, consagra la prohibición de cualquier acuerdo o combinación empresarial que "restringa el comercio", así como la monopolización o intento de monopolización unilateral del mercado.

Promulgada en 1889, y pese a su escaso contenido (que más bien ha sido llenado por la jurisprudencia), ha marcado el rumbo de la política de libre competencia norteamericana, la que, a su vez, ha influido en la normativa de libre competencia de muchos otros países del mundo. Para una reseña histórica de la *Sherman Act* y de la evolución de su aplicación por parte de las autoridades norteamericanas. (Ver: CASES PALLARES, Luis. Op. Cit., pág. 449 y ss)

²⁰³ Con respecto al *Noerr*, CONRATH, Craig W. Op. Cit. pág. 74, señala lo siguiente:
(...)

Eastern Railroad President Conference vs. Noerr Motor Freight, Inc.
365 U.S. 127 (1961)
Corte Suprema de Estados Unidos

El caso comenzó con una queja por parte de 41 operadores de camiones de Pennsylvania contra 24 ferrocarriles del oriente, una asociación de presidentes de esos ferrocarriles y una firma de relaciones públicas, porque supuestamente habían conspirado para restringir la industria y monopolizar el negocio de fletes de larga distancia, en violación de las secciones 1 y 2 de la Ley Sherman Antimonopolio.

La esencia de la supuesta conspiración fue que los ferrocarriles habían comprometido una firma de relaciones públicas para conducir una campaña publicitaria en contra de los camioneros, diseñada para fomentar la adopción y retención de leyes y prácticas de restricciones destructoras del negocio de acarreo, para crear una atmósfera de disgusto entre los camioneros y sus clientes. La queja después continuó con la implementación de esos alegatos más o menos generales con cargos específicos en instancias particulares, en las cuales los ferrocarriles habían intentado influir en la legislación por medio de su campaña publicitaria. Uno de estos cargos era que los demandados habían tenido éxito al persuadir al gobernador de Pennsylvania para vetar una medida conocida como



referencia a dos precedentes jurisprudenciales sobre los cuales se pronunció la Corte Suprema de los Estados Unidos de América y que señala que la gestión de intereses no es sancionable bajo el ámbito de la referida ley. Según esta doctrina las acciones unilaterales o concertadas destinadas a influir en las decisiones del gobierno no son consideradas conductas anticompetitivas aun cuando éstas tengan por finalidad restringir la competencia o perjudicar a otros competidores.²⁰⁵

426. No se puede alegar que los simples intentos de influir en la promulgación o imposición de leyes suponen una violación a la Ley Sherman, aun en el supuesto de que el gobierno restrinja la industria o favorezca una monopolización en oposición al interés público. Según algunos autores, la Ley Sherman no prohíbe que dos o más agentes se asocien con la finalidad de persuadir a los Poderes Ejecutivo y/o Legislativo a tomar una acción particular respecto a una ley que produciría una restricción o un monopolio.²⁰⁶

427. En ese mismo sentido, en los Estados Unidos de América se ventilaron los casos *United States v. Rock Royal Co-op* y *Parker v. Brown* en los cuales el magistrado Black señaló que "cuando una restricción sobre el comercio o monopolización es resultado de una acción gubernamental válida, en oposición a una acción privada, no puede argumentarse una violación a la ley (...) Estas decisiones descansan sobre el hecho de que bajo nuestra forma de gobierno la pregunta de si una ley de estas características [anticompetitivas] debe ser aprobada (o ejecutada) o no, es responsabilidad de las instancias correspondientes del poder legislativo o del poder ejecutivo, siempre y cuando la ley por sí misma no viole la Constitución"²⁰⁷. De ahí que el intento de persuadir a la legislatura a adoptar o impedir determinadas leyes o de persuadir a los funcionarios a adoptar o retener determinados cumplimientos de la ley no pueden ser sancionados dado nuestro sistema de gobierno representativo. El gobierno representativo depende de la habilidad de las personas a informar y expresar libremente sus demandas a sus representantes²⁰⁸.

"Fair Truck Bill", la cual habría permitido a los camioneros llevar cargas más pesadas por las carreteras de Pennsylvania.
(...)

²⁰⁴ COLOMA, Germán: *Prácticas horizontales exclusorias y defensa de la competencia*, pág. 12: <http://www.cema.edu.ar>, menciona lo siguiente: "(...) En el caso *Pennington c/ United Mine Workers* (1965) se aplicó el mismo criterio para absolver a un grupo de empresas mineras y sindicatos de trabajadores que petitionaron y obtuvieron medidas destinadas a evitar el empleo de licitaciones competitivas por parte de una agencia gubernamental".

²⁰⁵ COLOMA, Germán. Op. Cit. pág. 12 : <http://www.cema.edu.ar>.

²⁰⁶ CONRATH, Craig W. Op. Cit. pág. 74.

²⁰⁷ Traducción libre del siguiente texto: "where a restraint upon trade or monopolization is the result of a valid governmental action, as opposed to a private action, no violation of the Act can be made out (...) These decisions rest upon the fact that under our form of government the question whether a law of that kind should pass, or if passed be enforced, is the responsibility of the appropriate legislative or executive branches of government so long as the law itself does not violate some provisions of the Constitution" (Ver: BORK, Robert. Op. Cit. pág. 350.)

²⁰⁸ *Ibidem*.

b. Jurisprudencia nacional

428. En la experiencia nacional, se puede hacer referencia a los siguientes casos en los cuales se utilizó el razonamiento esbozado líneas arriba:

Cámara de Comercio de Lima contra la Unión Nacional de Transportistas Dueños de Camiones del Perú – UNT PERÚ y otros²⁰⁹

En este caso la Comisión señaló que del análisis de los hechos relevantes se podía observar que los gremios de las empresas que prestan el servicio de transporte de carga desarrollaron diversas acciones en ejercicio de su derecho de petición constitucional de gestionar intereses ante la autoridad (*lobbying*). En efecto, los referidos empresarios ejercieron presión y gestionaron sus intereses, a través de cartas abiertas publicadas en diversos diarios locales, solicitando la aprobación de *costos mínimos* obligatorios para el servicio de transporte de carga; asimismo celebraron reuniones con representantes del Poder Ejecutivo y de los gremios de generadores de carga con el fin de tratar el tema de los *costos mínimos*; e incluso implementaron una huelga general que obligó al Poder Ejecutivo a aprobar lo que solicitaban, lo cual se plasmó en la suscripción del Acta de Acuerdo del 10 de mayo de 2003 y la consiguiente expedición cuatro días después del Decreto Supremo 021-2003-MTC.

Si bien los gremios de las empresas que prestan el servicio de transporte de carga concluyeron con éxito sus actuaciones de gestión de intereses y presión social conducente a obtener del Estado la fijación administrativa del precio de dicho servicio, tal actuación conjunta no se encuentra sancionada por el Decreto Legislativo 701. Sostener lo contrario significaría violar el derecho de petición y la libertad de expresión de los agentes económicos, que constituyen derechos fundamentales expresamente reconocidos en la Constitución Política.

Asociación de Frigoríficos Camales de Lima – Callao contra Matadero Frigorífico Industrial Santa Genoveva S.A.²¹⁰

En dicho caso, esta Secretaría Técnica manifestó que el hecho de que la Asociación de Frigoríficos Camales de Lima – Callao haya solicitado al Servicio Nacional de Sanidad Agraria - SENASA que fiscalice y realice operativos conjuntamente con la Fiscalía de Prevención del Delito, la Autoridad de Salud y otras entidades públicas, al Matadero Frigorífico Industrial Santa Genoveva S.A. —Mafingesa— por no contar con autorización sanitaria para funcionar, así como evitar el tránsito del ganado con destino al referido camal, no vulneraría la normativa de libre competencia. En este sentido, la Secretaría Técnica consideró que la actuación de la Asociación de Frigoríficos Camales de Lima – Callao no se encontraba bajo el ámbito de la normativa de libre competencia, pues dicha

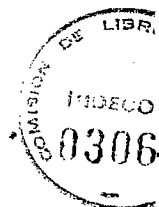
²⁰⁹ Ver Resolución N° 052-2003-INDECOPI/CLC del 14 de noviembre de 2003.

²¹⁰ Al respecto, se puede revisar el Informe N° 004-2004-INDECOPI/ST-CLC del 1 de marzo de 2004 que obra en los archivos de esta Secretaría Técnica.



conducta reflejaba el ejercicio del derecho a la gestión de intereses, en este caso dirigida a que se vigile la actuación de una determinada empresa.

De otro lado, esta Secretaría Técnica señaló que el acta del 15 de octubre de 2002 suscrita por la Asociación y SENASA reflejaba un acto político por el cual la autoridad sanitaria se comprometía ante dicha Asociación, por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, a realizar una determinada actuación pública en beneficio de la comunidad, materializado en actos de policía administrativa (control y fiscalización) sobre las actividades del camal MAFINGESA. Las actuaciones realizadas por SENASA serían susceptibles de ser cuestionadas en su oportunidad, mediante los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para la impugnación de los actos que importen el ejercicio de potestades administrativas.



429. No obstante lo anterior, existen supuestos en los que el ejercicio de los derechos de acción o petición tienen como única finalidad impedir la entrada o desplazar a los competidores potenciales o reales del mercado, sin que exista la intención de obtener un pronunciamiento oficial (favorable) por parte de la autoridad competente, con lo cual se deslegitimaría los fines económicos y sociales que sustentan el reconocimiento de tales derechos.
430. El ejercicio irregular de estos derechos con el único objetivo de dañar la competencia conlleva un resultado no querido por el ordenamiento jurídico, que perjudicaría no sólo a los competidores sino también el funcionamiento del mercado y por lo tanto a los consumidores.
431. Fue en atención a ello que durante la aplicación de la doctrina *Noerr – Pennington* surgió como excepción la denominada doctrina de la *Sham Exception*, la cual señala que el derecho de petición y el derecho de acción no pueden ser sancionados bajo la ley de libre competencia, siempre y cuando dichos derechos no sean ejercidos con el único objetivo de eliminar o restringir la competencia.

c. Doctrina de la *Sham Exception*

432. Esta doctrina se desarrolló en el caso de *California Transport v. Trucking Unlimited*²¹¹ en el cual los demandados —transportistas de carreteras— fueron acusados de haber iniciado procedimientos para impedirle a los demandantes —también transportistas de carreteras— la facultad de adquirir, transferir o registrar derechos de concesión para poder operar en el mercado. En dicho pronunciamiento, la Corte Suprema señaló lo siguiente:

La Primera Enmienda no podría ser usada como medio o pretexto para lograr “males sustantivos” (...) que el poder legislativo tiene el poder de controlar(...) Una coordinación entre empresarios con el propósito de acosar y desincentivar a sus competidores de tener libre e ilimitado acceso a las agencias gubernamentales y cortes; enervar dicho derecho a través de actividades masivas, concertadas y predeterminadas de un grupo son maneras de construir un imperio y destruir otro (...) Si estos hechos son

²¹¹ 404 U.S. 508 (1972)

probados, se comete una violación de las leyes antimonopolio. Si el fin resultante es ilegal, no importa que los medios usados sean legales²¹².

433. Bajo la doctrina de la *Sham Exception* los denunciante deben demostrar que la conducta denunciada es ilegal y que no responde a un genuino esfuerzo de los denunciados por influir en la decisión de la autoridad²¹³. El requerimiento de que la conducta sea catalogada como ilegal asegura que la ley de libre competencia no desincentive el ejercicio del derecho de petición constitucionalmente protegido.
434. Si los conspiradores utilizan los procesos gubernamentales con fines anticompetitivos y no como mecanismos para la obtención de un pronunciamiento oficial de la autoridad respecto de sus pretensiones, no será de aplicación la doctrina *Noerr Pennington* sino lo establecido en la doctrina de la *Sham Exception*.
435. Al aplicarse esta doctrina se formuló la pregunta de por qué un agente perdería tiempo y dinero en presentar demandas sin mérito alguno, concluyéndose que era porque se obtenían ventajas impidiendo o retrasando la entrada de potenciales competidores al mercado. El hecho es que la empresa dominante puede disponer de parte de sus ingresos para financiar este tipo de estrategia, mientras que el potencial entrante podría ver incrementado significativamente sus costos, toda vez que al no operar tendría que asignar parte de sus recursos a defenderse de prácticas improductivas.
436. En la jurisprudencia europea se reconoce que el abuso de demandas predatorias debe reunir dos requisitos: (i) el procedimiento sólo sirve para hostigar a la parte contraria y (ii) debe ser parte del plan de una empresa dominante para eliminar a su competidor²¹⁴. En particular, en la doctrina se establecen cinco requisitos relevantes para determinar la responsabilidad de personas acusadas por intentos impropios de emplear el poder coercitivo del gobierno para fines ilegales:

- (i) La intención de las partes: En este caso, el objetivo de las partes, más que obtener un pronunciamiento favorable, es impedir o retrasar el ingreso de sus competidores en el mercado. "El análisis y la experiencia indican, por alguna razón, que muy pocas (si algunas) prácticas

²¹² Traducción libre del siguiente texto: "First Amendment rights not be used as the means or the pretext for achieving 'substantive evils' (...) which the legislature has the power to control. A combination of entrepreneurs to harass and deter their competitors from having "free and unlimited access to the agencies and courts, to defeat that right by massive, concerted and purposeful activities of the group are ways of building up one empire and destroying another (...) If these facts are proved, a violation of the antitrust laws has been established. If the end result is unlawful, it matter not that the means used in violation may be lawfull" (En BORK, Robert. Op. Cit. pág. 354.)

²¹³ Traducción libre del siguiente texto: "To prevail under the sham exception, plaintiff must show that the challenged conduct is independently wrongful and is not a genuine effort to influence policymaker". (En ROSS, Stephen F. Op. Cit. pág. 528)

²¹⁴ Al respecto, ver ITT promedia N.V. contra Comisión de la Comunidad Europea.

predatorias son realizadas a través del precio, mientras un buen número son logradas a través de litigios”²¹⁵

- (ii) Los medios empleados: Sin necesidad de tener en consideración la intención, las partes pueden ser encontradas responsables sólo si emplean medios para influenciar en la actuación de las autoridades que son en sí mismos ilegales o reprochables. En el caso de *California Transport v. Trucking Unlimited*, se imputó a los denunciados haber acordado deliberadamente interponer oposiciones sin fundamento alguno ante cortes y tribunales administrativos contra las solicitudes para la obtención de derechos de operación (de las competidoras), siendo acusados de haber realizado todas las acciones que habían acordado (se refiere a las acciones judiciales y administrativas) para llevar acabo tales oposiciones; si los denunciados hubieran empleado otros medios (v.g. oponerse individualmente a las aplicaciones sólo donde el denunciado que se opone tuviera causas razonables para su posición), podría no haber existido responsabilidad bajo la ley de defensa de la competencia²¹⁶.



- (iii) El carácter del proceso gubernamental envuelto: Así, cuando más abierto, informal y políticamente explícito es el proceso gubernamental que el solicitante utiliza, más amplio es el ámbito de su inmunidad por supuestas tácticas ejercidas para dañar o destruir rivales. Por el contrario, en la medida que el proceso para reunir información y tomar una decisión se hace más formal (p.e. el proceso judicial, el procedimiento administrativo, etc.) la inmunidad de los solicitantes comienza a estrecharse.²¹⁷

- (iv) El carácter de la decisión gubernamental: A veces a un funcionario o autoridad pública se le otorga determinado monto de discreción “legislativa”. En tales casos ninguna forma particular de proceso podría ser especificada, y el funcionario es propiamente libre para tomar sus decisiones en la forma que él encuentre más expedita. Si dicho funcionario actúa dentro de su área legítima de discreción, ninguna corte interferirá ni impondrá responsabilidades, bajo las normas de defensa de la competencia o cualquier otra ley, sobre aquellos que intentaron por medios legítimos de persuadir a la autoridad para tomar una decisión en lugar de otra. Por el contrario cuando la autoridad, agencia o tribunal tienen poderes de decisión delimitados, las cortes podrían invalidar las

²¹⁵ Traducción libre del siguiente texto: “Analysis and experience indicate, for one thing, that very little (if any) predation is accomplished through pricing, while a good deal is achieved through litigation” (Ver: BORK, Robert. Op. Cit. pág. 357)

²¹⁶ “The Trucking Unlimited defendants were alleged deliberately to have agreed to press baseless oppositions to applications for operating rights before courts and before administrative tribunals, and they were alleged to have done what they agreed to do. Had they employed other means (e.g. individually opposing applicants only where the defendant in opposition had reasonable cause for his position), there could have been no Sherman Act liability” (Ibidem. pág. 359).

²¹⁷ “The more open, informal and explicitly political is the governmental process the conspirators use, the greater is the scope of their immunity for reprehensible tactics intended to injure or destroy rivals (...). As the governmental process of information gathering and decision making more formalized (i.e., moves more toward the model of judicial decision making), the immunity of the conspirators correspondingly begins to narrow” (Ibidem, pág. 359 - 360).



acciones que están fuera del área de decisión y podrían establecer responsabilidades sobre quienes consciente e injustamente indujeron su acción más allá del poder de la agencia involucrada.²¹⁸

- (v) La generalidad o especificidad del proceso: El grado para el cual el proceso se centra en la formulación de reglas generales o sobre derechos específicos o responsabilidades de las partes. La inmunidad es propiamente más amplia cuando el objeto de un proceso gubernamental iniciado es la emisión de una regla general que cuando la fuerza del gobierno recae sobre derechos específicos de los particulares²¹⁹.

No es necesario que todos los requisitos antes mencionados se cumplan de manera concurrente, sino que en algunos casos puede ser suficiente que sólo concurren dos o tres de ellos para que se configure una infracción a las normas de libre competencia.

437. De esta manera a continuación se analizarán los hechos denunciados a fin de establecer si Pilot Station, abusando de su posición de dominio, ejerció indebidamente sus derechos de petición y acción con la única finalidad de impedir o retrasar la concurrencia en el mercado de practicaje marítimo en el TPC.

IV.2.3.3.2. Acciones predatorias iniciadas por Pilot Station

438. En el presente caso, se ha denunciado que Pilot Station diseñó y puso en práctica una estrategia destinada a impedir el acceso al mercado de nuevos prácticos marítimos, así como a entorpecer, obstruir o limitar el desarrollo competitivo de las actividades de las empresas administradoras de los servicios de practicaje en el TPC mediante la utilización indebida de diversos procedimientos jurisdiccionales y administrativos.
439. En efecto, se ha afirmado que Pilot Station habría recurrido a la interposición de acciones judiciales (penales y constitucionales) y de denuncias administrativas en contra de los prácticos que voluntariamente decidieron renunciar de la empresa denunciada con la finalidad de prestar sus servicios profesionales en otras empresas competidoras.
440. Sobre el particular, cabe citar el informe del 31 de diciembre de 2000²²⁰, redactado por el señor Gómez Ríos, práctico y accionista de Pilot Station, el

²¹⁸ "Sometimes, for example, a executive officer is entrusted with what amounts to legislative discretion, (...) In such cases, no particular form of process may be specified, and the official is properly free to arrive at his conclusions in the manner he finds most expeditious. If he acts within the area of his lawful discretion, no court will interfere, and no court will impose liability, under the Sherman Act or any other statute, upon those attempt by lawful means to persuade him to take one decision rather than another. But when the official, agency or tribunal has circumscribed powers of decision, courts may invalidate actions that are outside the area of discretion and may impose liability upon those who knowingly and wrongfully induce action that is beyond the power of the agency involved" (Ibídem. pág. 361).

²¹⁹ "Immunity is properly broader when the framing of general rules is the object of a governmental process than when the force of government is to be brought to bear on the specific rights of particular parties" (Ibídem. pág. 363)

²²⁰ Dicho informe obra a fojas 000118-000119 del Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC (Acumulados), el cual además fue citado por la Sala de la Competencia en la Resolución N° 0131-2003/TDC-INDECOPI.

cual fue dirigido al señor Loyola Soto, presidente de la ASPEPRAMA²²¹. En dicho informe se evidencia la "decisión" tomada por los prácticos en el sentido de consolidar toda la oferta del servicio de practicaaje en una sola empresa y, en particular, las acciones a tomarse en caso de deserción del acuerdo por parte de algún práctico vinculado a Pilot Station. El informe señala, entre otras cosas, lo siguiente:

Informo que viaje (sic) por motivos de trabajo a la ciudad de la referencia donde me entreviste (sic) con el Presidente delegado del sindicato de Prácticos de México en dicho puerto.

Se le solicitó asesoría para la formación de una unión de prácticos en el callao (sic) y lo indicado abajo fueron sus comentarios.

(...)

Todos los prácticos obligatoriamente son afiliados al sindicato.

*El práctico que intente traicionar al sindicato prácticamente es eliminado, moviéndose todos los elementos legales que en prevención firmo antes de ser práctico, se inicia solicitando la cancelación definitiva de la licencia de la autoridad marítima, adjuntando un expediente respectivo, si la autoridad se resiste se acude a los tribunales...*²²²

(el subrayado es nuestro)

441. En ese sentido, corresponde analizar a continuación cada una de las denuncias interpuestas por Pilot Station contra los prácticos marítimos denunciante que se encuentren relacionadas con los hechos materia del presente procedimiento, a efectos de determinar si dichas denuncias han sido realizadas como represalias frente a la renuncia de los prácticos de la empresa denunciada y, adicionalmente, como desincentivo al posible retiro de otros prácticos.

Sobre el particular, se tomará especial atención del estado actual de los procesos judiciales y de los procedimientos administrativos a fin de determinar si éstos tienen como finalidad satisfacer algún derecho o interés legítimo por parte de los denunciados o si sólo constituyen mecanismos para obstaculizar el ingreso de competidores al mercado.

• **Acción de Amparo interpuesta ante el Tercer Juzgado Civil del Callao contra el práctico Chávez Gurmendi**

442. Pilot Station interpuso, a través de su representante, el señor Rodríguez Fernández, una demanda de acción de amparo contra el señor Chávez Gurmendi por violación del derecho a la libertad de contratar al haber renunciado a la empresa denunciada²²³.
443. Al respecto, mediante Resolución N° 1 del 30 de abril de 2001, recaída en el Expediente N° 2001-576-CST, el Juez del Tercer Juzgado Civil del Callao

²²¹ La Asociación Peruana de Prácticos Marítimos.

²²² Informe del señor Gómez Ríos al Presidente de la ASPEPRAMA sobre la visita del primero a Veracruz, México.

²²³ Ver fojas 264 y siguientes del expediente.

declaró improcedente la demanda por considerar que su despacho carecía de competencia por la materia para conocer la causa sometida a su judicatura, tal como se desprende de la siguiente cita textual:

AUTOS Y VISTOS; Y, ATENDIENDO. PRIMERO: Que, conforme se aprecia del petitorio de la demanda la pretensión del actor versa sobre acción de amparo por violación de contratar; SEGUNDO; Que, siendo ello así esta Judicatura carece de competencia para avocarse al conocimiento de acciones de garantía, referida a una acción de amparo, cuya competencia es de los Juzgados Especializados de Derecho Público del Distrito Judicial de Lima; TERCERO: Que, en consecuencia de conformidad a lo que establece el artículo 427, inciso 4, del Código Procesal Civil, se DECLARA IMPROCEDENTE la demanda y devuélvase los anexos.

- **Acción de Amparo interpuesta ante el Primer Juzgado Corporativo de Derecho Público de Lima contra los prácticos Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino y otras empresas administradoras de prácticos.**

444. El 9 de mayo de 2001 Pilot Station interpuso una acción de amparo ante el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, tramitado bajo Expediente N° 2270-2001, contra los prácticos marítimos señores Chávez Gurmendi y Petrozzi Molfino y otros por presunta violación de la libertad de contratar²²⁴.
445. En su escrito de demanda, Pilot Station señaló que el práctico Chávez Gurmendi se encontraba obligado por un contrato de exclusividad celebrado con dicha empresa y que, pese a ello, el referido señor facilitó su licencia de práctico marítimo a la empresa Tramarsa a fin de que ésta solicite su renovación como empresa administradora de prácticos y, en consecuencia, pueda seguir operando en el TPC.
446. Según Pilot Station, fue en virtud del hecho antes mencionado que la DICAPI otorgó a Tramarsa la renovación de su licencia no obstante que ello le compete únicamente a la Dirección General de Transporte Acuático del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Por lo tanto, a criterio de la empresa demandante, la conducta del señor Chávez Gurmendi era contraria a sus intereses, toda vez que no se había extinguido el vínculo contractual con Pilot Station, por lo que se habría contravenido el pacto social de la empresa, causándole daños morales y económicos.
447. En la misma acción de amparo, Pilot Station planteó hechos similares contra el práctico Petrozzi Molfino, quien habría efectuado maniobras de practicaaje a favor de Trimservice, no obstante que el referido práctico se encontraba vinculado con Pilot Station en virtud de la celebración de un contrato de exclusividad.
448. A partir del proceso principal de acción de amparo, Pilot Station inició un proceso cautelar ante el mismo Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, solicitando al Juez que ordene "la

²²⁴ Ver fojas 249 y siguientes del expediente.

suspensión del ejercicio de practicaje marítimo en el Terminal Portuario del Callao a las empresas y prácticos marítimos demandados”.



449. Al respecto, mediante Resolución N° 1 del 25 de mayo de 2001, el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público declaró improcedente la demanda de acción de amparo interpuesta por Pilot Station, señalando expresamente lo siguiente:

*Cuarto. A que, tal como se puede apreciar del segundo considerando, así como de los fundamentos de la demanda, se pretende mediante la presente acción de garantía un acto declarativo de naturaleza administrativa que desnaturaliza la finalidad eminentemente restitutiva de la acción de amparo, pues mediante la vía recurrida no se puede disponer la abstención de los actos que petitiona la Empresa accionante, por lo que no resulta idóneo el proceso de garantía para los fines pretendidos; Quinto, estando a los considerandos expuestos, es de concluirse que no hay conexión lógica entre los hechos y el petitorio, dado que la pretensión del accionante no tiene un nexo de causalidad que requiere este proceso para discurrir por el cauce pretendido; por ello no encontrándose habilitado el mecanismo de garantía para los fines de ésta, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 427, inciso quinto del Código Procesal Civil; **SE DECLARA IMPROCEDENTE** la demanda de Acción de Amparo interpuesta por PILOT STATION S.A.; ...*

450. Adicionalmente, resulta importante tener presente lo señalado por el Fiscal Supremo (P) Miguel Ángel Cáceres Chávez, de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público, mediante Informe N° 110-2002-MP-SUPR-CI del 29 de noviembre de 2002, dirigido a la Fiscal de la Nación 225:

(...)

3.1 Lo antes expuesto nos indica claramente que el fin de Pilot era en esencia lograr que los prácticos marítimos Petrozzi y Chávez no ejerzan sus oficios en razón que habían decidido renunciar a la relación contractual que los unía mediante un contrato de prestación exclusiva de servicios iniciada en fecha 15 de diciembre del 2000.

451. Como puede apreciarse, la acción de amparo interpuesta por Pilot Station fue una medida de represalia contra los señores Chávez Gurmendi y Petrozzi Molfino por haberse retirado de dicha empresa, lo cual estaría dentro de su estrategia de impedir que prácticos que no están dentro de su empresa puedan prestar servicios a agencias navieras.

- **Proceso ante el Tercer Juzgado Penal del Callao por el presunto delito de fraude en la administración de personas jurídicas contra los señores Chávez Gurmendi y Petrozzi Molfino**

225 Este informe fue emitido en razón de la investigación instaurada contra el señor Percy Arismendi Bustamante, ex Juez Suplente del Tercer Juzgado Penal del Callao, en mérito de la denuncia presentada por Jorge Petrozzi Molfino y Alejandro Fernando Chávez Gurmendi por la presunta comisión del delito contra la función jurisdiccional - prevaricato y abuso de autoridad signada con el Expediente N° 040-02-C.I. Callao. En este expediente se tramitó la denuncia penal interpuesta por Pilot Station contra los señores Petrozzi Molfino y Chávez Gurmendi, la cual se analizará más adelante.



452. El 14 de mayo de 2001 Pilot Station interpuso una denuncia penal ante el Fiscal Provincial en lo Penal de Turno del Callao contra los señores Chávez Gurmendi y Petrozzi Molfino, por la presunta comisión del delito de fraude en la administración de personas jurídicas. En virtud de dicha denuncia, se inició un proceso penal ante el Tercer Juzgado Penal del Callao, tramitado bajo Expediente N° 3440-2001.

453. En dicho proceso, Pilot Station denunció que los imputados omitieron comunicarle que estaban prestando sus servicios profesionales a otras empresas competidoras operadoras de prácticos, pese a su condición de directores – accionistas de la empresa denunciante y pese a que se encontraban obligados en virtud de un contrato de exclusividad para la prestación del servicio de practicaje marítimo. De esta manera, Pilot Station señaló que se estaba sustrayendo deslealmente sus clientes habituales, lo cual le causaba un grave perjuicio patrimonial.

454. El 20 de agosto de 2001, en el marco del referido proceso penal, Pilot Station solicitó al Juez del Tercer Juzgado Penal del Callao que dicte una medida cautelar innovativa ordenando a los prácticos Chávez Gurmendi y Petrozzi Molfino la suspensión de sus actividades de practicaje marítimo, debido a que la competencia desleal de las empresas marítimas que utilizaban los servicios de dichos señores, les estaba causando un grave daño patrimonial. En este sentido, mediante Resolución del 27 de setiembre de 2001 el Juez a cargo de la instrucción resolvió otorgar la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar la suspensión inmediata de las actividades de practicaje marítimo de los denunciados.

455. No obstante, posteriormente mediante Resolución N° 013 del 21 de diciembre de 2001, la Segunda Sala Penal Superior del Callao resolvió un recurso de apelación interpuesto contra la resolución de medida cautelar mencionada en el párrafo anterior, señalando lo siguiente:

DECLARARON NULA la resolución de fojas trescientos cuatro a trescientos cinco, su fecha veintisiete de setiembre del año dos mil uno, que **ADMITE LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA** solicitada por la agraviada **EMPRESA PILOT SOCIEDAD ANÓNIMA** y **ORDENO** la suspensión inmediata de las actividades de practicaje marítimo que vienen realizando los inculpados Alejandro Fernando Chávez Gurmendi y Jorge Petrozzi Molfino en el terminal portuario del Callao; ...

456. Sobre el particular, mediante el Informe N° 110-2002-MP-SUPR-CI el Fiscal Supremo (P) de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público, manifestó que la medida cautelar dictada por el Tercer Juzgado Penal del Callao fue declarada nula por la Sala Penal respectiva, en atención a que Pilot Station no se había constituido en parte civil. Con relación a la motivación de la medida cautelar, el mencionado Fiscal Supremo señaló que:

4. De acuerdo a lo antes indicado, no resultaba racional, proporcional ni legal la adopción de una medida cautelar de suspensión inmediata de las actividades de practicaje marítimo de los recurrentes; en primer lugar porque no está dirigida a los fines de las medidas cautelares en materia penal ya indicados. En segundo lugar, no existía con esa medida la posibilidad de "evitar un perjuicio irreparable" ni cesar el

peligro en la demora como es el ejercicio de un empleo, es decir el derecho a la libertad de trabajo y contratación de los procesados, ni menos "cesar la competencia desleal", porque los prácticos solo ejercían su trabajo; en tercer lugar no se había determinado en la investigación preliminar ni judicial el perjuicio que alegaba la empresa Pilot generaba la lícita actividad de los procesados. Por el contrario, esta medida es sintomática en su contexto jurídico penal, es abusiva y lesiva a los derechos de los procesados (que tenía como fin de la empresa solicitante mantener un estado de monopolio y atentando a la libre competencia que ya INDECOPI había detectado en su investigación preliminar) y a la recta administración de justicia, por que con ello se afecta su derecho al trabajo libre con sujeción a la ley, al derecho a la libre contratación con fines ilícitos tal como lo prescribe el Inc. 14° y 15° del Art. 2° de la Constitución Política del Perú, por lo que se configuran indicios de la comisión del delito de abuso de autoridad porque este mandato judicial abusa de sus atribuciones al imponer una pena fuera de sentencia lo que constituye un acto arbitrario al no permitir que ejerza su oficio.

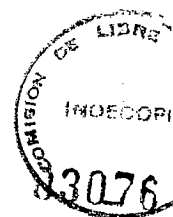
(el subrayado es nuestro)

457. En lo que concierne al proceso principal, el 3 de febrero de 2004 el Juez del Décimo Juzgado Penal del Callao ordenó la acumulación del proceso tramitado bajo Expediente N° 03440-2001 al proceso que se estaba tramitando bajo Expediente N° 0243-2002 seguido contra los señores Manuel Esteban Gerkes Miranda y Sergio Cruzate La Torre por la presunta comisión de los delitos contra el patrimonio — apropiación fraudulenta— y contra la fe pública —falsificación de documentos y falsedad genérica— en agravio de los prácticos Petrozzi Molfino y Chávez Gurmendi.
458. Luego de la acumulación de los referidos procesos, el 14 de junio de 2004 la Octava Fiscalía Penal del Callao emitió el Dictamen N° 545-04 por medio del cual formuló acusación penal contra los señores Chávez Gurmendi y Petrozzi Molfino por el delito de fraude en la administración de personas jurídicas por omitir comunicar la existencia de intereses propios incompatibles con los de la empresa Pilot Station²²⁶.
459. En consecuencia, al encontrarse pendiente de resolver el proceso penal seguido contra los señores Chávez Gurmendi y Petrozzi Molfino, la Comisión no podría pronunciarse respecto de si dicho proceso fue utilizado indebidamente con la finalidad de impedir la competencia en el mercado de practicaje marítimo, toda vez que todavía no se conoce cuál será el resultado del proceso.
460. No obstante lo anterior, la pretensión cautelar ante el Tercer Juzgado Penal del Callao, lo resuelto por la Segunda Sala Penal Superior del Callao y el contenido del Informe N° 110-2002-MP-SUPR-CI de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público, evidenciarían de manera general que es bastante probable que la finalidad de Pilot Station al interponer su

²²⁶ En este dictamen, el representante del Ministerio Público opinó que no había mérito para formular acusación penal contra los señores Manuel Esteban Gerkes Miranda y Sergio Cruzate La Torre por los delitos contra el patrimonio (administración fraudulenta) y contra la fe pública (falsificación de documentos y falsedad genérica), encontrándose el expediente expedito para ser resuelto.

denuncia penal fue impedir que los prácticos denunciados continuaran prestando sus servicios de practicaje marítimo en el TPC a las empresas competidoras operadoras de prácticos.

- **Proceso ante el Noveno Juzgado Penal del Callao por el presunto delito de fraude en la administración de personas jurídicas contra el señor Lavado Carrillo**



461. Pilot Station denunció penalmente al señor Lavado Carrillo por el presunto delito de fraude en la administración de personas jurídicas imputándole la omisión de comunicar la existencia de intereses propios incompatibles con los intereses de la empresa. Ello debido, según la empresa demandante, a que el práctico imputado había prestado sus servicios de practicaje marítimo a favor de la empresa competidora Trimservice, pese a la existencia de un contrato de exclusividad vigente con la denunciante y pese a que el denunciado era accionista y ejercía un cargo directivo en la empresa Pilot Station.

462. Con relación a los cargos señalados en el párrafo anterior, mediante Resolución del 26 de diciembre de 2001, emitida en el Expediente N° 05428-2001, el Juez del Noveno Juzgado Penal del Callao declaró que no había lugar para la apertura de instrucción contra el señor Lavado Carrillo por el delito de fraude en la administración de personas jurídicas, por cuanto consideró que no se había tipificado el presunto delito al desprenderse de las cartas de renuncia emitidas por el denunciado que, éste ya "no tenía la calidad de socio o accionista fundador de Pilot Station". Esta decisión fue objeto de un recurso de impugnación por parte de la denunciante.

463. Así, mediante resolución del 24 de mayo de 2002 la Tercera Sala Penal Superior del Callao confirmó la resolución recurrida, considerando que no se había acreditado que el encausado hubiese trabajado para otra empresa distinta a Pilot Station durante la vigencia del vínculo laboral con esta última y, menos aun, que le hubiese sustraído clientes, por lo que no se habría acreditado daño alguno contra la denunciante.

464. Al respecto, la Tercera Sala Penal Superior señaló expresamente lo siguiente:

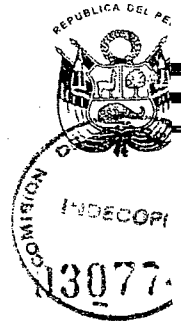
TERCERO.- Que de las Cartas Notariales corrientes a fojas ciento sesentisiete y ciento sesentiocho, se aprecia, que el inculpado con fecha cuatro de junio del año dos mil uno, renunció de manera irrevocable, a su cargo de Director de Empresa, así como de su puesto como Práctico Marítimo, lo que significa que a partir de esa fecha, quedó totalmente desligado de la empresa denunciante, en aplicación del artículo ciento cincuentisiete de la Ley General de Sociedades; en consecuencia habilitado para desempeñarse como trabajador en cualquier centro laboral,

CUARTO.- Que, no se ha acreditado de modo alguno, que el encausado hubiese estado trabajando para otra empresa, durante la vigencia de su vínculo laboral con la empresa denunciante, menos aun se ha demostrado que hubiese sustraído los clientes, por lo tanto no se ha acreditado daño alguno a la empresa PILOT STATION Sociedad Anónima;

CONFIRMARON la resolución apelada de fojas ciento noventicinco a ciento noventiséis, su fecha veintiséis de diciembre del dos mil uno; que



RESUELVE DECLARAR NO HA [sic] LUGAR a la apertura de Instrucción contra MANUEL ANTONIO LAVADO CARRILLO, por delito contra el Patrimonio, en la modalidad de Fraude en la administración de Personas Jurídicas - Sub tipo de Omisión de Comunicar la existencia de intereses propios incompatibles con la persona jurídica en agravio de Pilot Station Sociedad Anónima;



(el subrayado es nuestro)

465. Como se puede apreciar, la Tercera Sala Penal Superior ha manifestado que no existen pruebas de que el señor Lavado Carrillo haya actuado deslealmente contra Pilot Station mientras laboraba para esta empresa y que, por el contrario, el referido señor había renunciado a su cargo de Director de la empresa denunciante, con lo cual se encontraba habilitado para establecer una relación laboral con cualquier otra empresa. En consecuencia, de este hecho se puede colegir que la denuncia formulada por Pilot Station (apreciada en conjunto con los procesos iniciados contra los otros prácticos marítimos) podría haber tenido como finalidad amedrentar al señor Lavado Carrillo por el hecho de haber renunciado a dicha empresa y, posteriormente, haber prestado sus servicios en otra empresa de practicaaje, con lo cual se habría pretendido impedir la concurrencia en el mercado de esta última.

- **Denuncia administrativa ante la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra por el presunto incumplimiento de obligaciones en la prestación del servicio de practicaaje contra el señor Lavado Carrillo**

466. Mediante Resolución N° 077-2001 del 17 de agosto de 2001 la Capitanía de Puerto del Callao sancionó al práctico marítimo Lavado Carrillo con cinco (5) días de suspensión en el ejercicio de actividades de practicaaje marítimo por infracción a las disposiciones del Reglamento de Capitanías y de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres, relacionadas con (i) el incumplimiento de coordinar oportunamente con los representantes de una agencia marítima y una empresa administradora de prácticos su renuncia a la maniobra de practicaaje y (ii) con un supuesto estado de ebriedad del denunciado durante la prestación de sus servicios.

467. El 22 de octubre de 2001 el señor Lavado Carrillo interpuso un recurso de apelación contra la resolución antes citada. El recurso de apelación fue resuelto mediante Resolución Directoral N° 0237-2002/DCG del 18 de abril de 2002 por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas. Esta instancia administrativa declaró fundado el recurso y, consiguientemente, dejó sin efecto las sanciones impuestas al práctico sancionado, agotando con ello la vía administrativa.

468. En este procedimiento administrativo, la segunda instancia concluyó que de lo actuado en el expediente se podía evidenciar que el señor Lavado Carrillo cumplió con informar oportunamente su renuncia a los representantes de la agencia marítima y de la empresa administradora de prácticos, motivo por el cual el proceder del recurrente no habría causado perjuicio alguno. Asimismo, se determinó que no se había podido demostrar el presunto



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance

estado ético del recurrente debido a la falta del examen médico correspondiente.

469. Por lo tanto, lo resuelto en sede administrativa evidenciaría una vez más que la estrategia (vista en conjunto) iniciada por Pilot Station se encontraba avocada a amedrentar a los prácticos que habían renunciado a prestar sus servicios en dicha empresa, pretendiendo impedir que presten sus servicios de practicaje marítimo en otras empresas competidoras operadoras de prácticos.



- **Proceso ante el Noveno Juzgado Penal del Callao por el presunto delito contra la fe pública en la modalidad de falsificación de documentos contra el señor Boggiano Morales**

470. En este proceso, Pilot Station denunció que el señor Boggiano Morales había acompañado información adulterada a su solicitud de renovación de licencia de práctico marítimo en el TPC (entre los cuales se encontraban los reportes de otros prácticos). Ello en agravio de la Marina de Guerra del Perú.

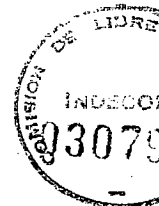
471. El 28 de abril de 2004 el Noveno Juzgado Penal del Callao declaró fundada la excepción de naturaleza de acción presentada por el denunciado, señalando que:

SEGUNDO.- Que, el excepcionante basa su petitorio en el hecho de que el procesado es un práctico marítimo de Primera Categoría desde hace más de veintiún años, habiendo trabajado originalmente en ENAPU S.A. hasta mil novecientos noventa y ocho, luego desde el ocho de enero del dos mil uno en PILOT STATION hasta junio del mismo año y a partir del veintiuno de junio del dos mil uno trabaja para la Empresa Triton Maritime Service S.A. y su licencia otorgada en mil novecientos noventa y seis con una vigencia de dos años quedó sin efecto mediante la resolución directoral número cero treinta guión dos mil uno DGC del diecinueve de enero del dos mil uno y para su Rehabilitación realizó los trámites correspondientes indicados en el TUPA de Marina, a esto la Dirección General de Capitanías mediante Resolución Directoral número cero ciento setentitres guión dos mil uno DGC, del diez de abril del dos mil uno se le extiende la licencia número DI ciento setentidós para desempeñarse como Práctico Marítimo de Primera Categoría en los Muelles del Terminal Pesquero del Callao, por lo que para obtener dicho derecho la documentación que acompaña a su solicitud en la tramitación de la aludida licencia no fue falsa y mucho menos que haya adulterado los reportes Prácticos, ya que estos, los titulares son los que recaban la firma de los Capitanes de Buque, y los reportes del Practico cuestionados contienen hechos ciertos, esto se corrobora además porque la Marina de Guerra reconoce por resolución Directoral número cero ciento setentitres dos mil uno DGC con el otorgamiento licencia de Práctico Marítimo de Primera al excepcionante, siendo declarada nula por Resolución siete ocho dos mil uno DCG la misma que fue declarada sin efecto por resolución de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior del Callao y ordena restituir la Plena Vigencia de la Resolución Directoral número ciento setentitres dos mil uno;
(...)

CUARTO.- Que, en el caso de autos, los cargos que sustentan la denuncia penal que es materia de investigación tienen contenido penal, también es



cierto que para que se configure el delito contra la fe pública se requiere además del documento falsificado o adulterado que este ocasione un perjuicio o en todo caso que se haya hecho uso del documento materia de falsificación **POR LO QUE NO SE HA CONFIGURADO LA CONDICION Objetiva de punibilidad que sostiene el espíritu del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Penal; por estas consideraciones y de conformidad con el artículo cinco del Código de Procedimientos Penales modificado por el Decreto Legislativo ciento veintiséis, SE DECLARA: FUNDADA la excepción de naturaleza de acción deducida por el inculpado **WERNER BOGGIANO MORALES**; en la instrucción que se le sigue por delito de falsificación de documentos, en agravio de la Marina de Guerra, (...)**



(el subrayado es nuestro)

472. Como puede apreciarse de la citada resolución judicial, la denuncia penal interpuesta por Pilot Station no prosperó dado que el Juez del Noveno Juzgado Penal del Callao consideró que la conducta atribuida al denunciado no constituía un supuesto típico de injusto penal, toda vez que el señor Boggiano Morales acompañó documentación veraz a su solicitud de licencia de práctico, por lo que no se había configurado la condición objetiva de punibilidad.

- **Denuncia administrativa ante la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra por presunta falsificación de documentos contra el señor Boggiano Morales.**

473. Este procedimiento administrativo fue iniciado en mérito a la denuncia interpuesta por la ASPEPRAMA contra el señor Boggiano Morales. Al respecto, mediante Resolución N° 088-2001 del 17 de setiembre de 2001 la Capitanía del Puerto del Callao resolvió, entre otros puntos, que no se había podido determinar que el señor Boggiano Morales haya adulterado los reportes de prácticos respecto de las maniobras correspondientes a diversas naves.

474. Contra lo resuelto por la Capitanía del Puerto del Callao, el 5 de octubre de 2001 la ASPEPRAMA interpuso un recurso de apelación, argumentando que la autoridad marítima no puede negar ni afirmar un hecho que no le compete como es la adulteración de documentos, por lo cual se habría incurrido en una causal de nulidad de acto administrativo.

475. Con relación al recurso de apelación, la Dirección General de Capitanías y Guardacostas²²⁷ lo declaró fundado en parte y, consecuentemente, dispuso la modificación de la Resolución N° 088-2001 en el sentido de que la Capitanía de Puerto del Callao no es competente para pronunciarse sobre la presunta falsificación de documentos, dado que existía una investigación en trámite ante el Ministerio Público en la cual se pretendía establecer la responsabilidad penal a la que hubiera lugar con relación a los hechos denunciados. Cabe recordar que la investigación fiscal devino en un proceso judicial ante el Noveno Juzgado Penal del Callao que concluyó mediante la declaración fundada de una excepción de naturaleza de acción presentada por el señor Boggiano Morales (ver el ítem anterior).

²²⁷ La Resolución Directoral obra a fojas 2456 y siguientes del expediente.

IV.2.3.3.3. Evaluación conjunta de los procesos administrativos y judiciales seguidos contra los prácticos denunciantes

476. En los ítems anteriores se puede apreciar que Pilot Station inició los procesos administrativos y judiciales contra los prácticos mencionados como represalia por el hecho de haber renunciado a la mencionada empresa denunciada. Ello sería producto de la ejecución de las recomendaciones realizadas por el Sindicato de Prácticos de Veracruz, las cuales se encuentran reflejadas en el informe elaborado por el práctico señor Gómez Ríos. Tales recomendaciones señalaban que los prácticos disidentes o "traidores" debían ser eliminados mediante el empleo de todos los mecanismos legales que fueran posibles, motivo por el cual la conducta posterior de Pilot Station debe ser analizadas teniendo en consideración lo expresado en dicho informe. Los procesos administrativos y judiciales son listados a continuación:

- Un proceso de acción de amparo ante el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, tramitado bajo Expediente N° 2270-2001 contra los señores Chávez Gurmendi y Petrozzi Molfino que fue declarado improcedente.
- Un proceso penal ante el Décimo Juzgado Penal del Callao acumulado al Expediente N° 0243-2002 por el delito de fraude en la administración de personas jurídicas contra los señores Chávez Gurmendi y Petrozzi Molfino, pendiente de ser resuelto.
- Un proceso penal ante el Noveno Juzgado Penal del Callao tramitado bajo Expediente N° 05428-2001 por el delito de fraude en la administración de personas jurídicas contra el señor Lavado Carrillo. La denuncia ha sido declarada improcedente por la Tercera Sala Penal Superior del Callao.
- Un procedimiento administrativo contra el señor Lavado Carrillo por presunta infracción consistente en el incumplimiento de obligaciones en la prestación del servicio de practicaaje. La Dirección General de Capitanías y Guardacostas dejó sin efecto las sanciones impuestas inicialmente por la primera instancia, con lo cual se agotó la vía administrativa.
- Un proceso penal tramitado ante el Noveno Juzgado Penal del Callao bajo el Expediente N° 02092-2003 por el delito contra la Fe Pública contra el señor Boggiano Morales. La denuncia fue declarada improcedente por el Juez del Noveno Juzgado Penal del Callao quien consideró que los hechos denunciados no constituían delito.
- Un procedimiento administrativo contra el señor Boggiano Morales por presunta falsificación de documentos. La Dirección General de Capitanías y Guardacostas declaró improcedente la denuncia por cuanto la instancia administrativa no era competente para conocer la materia sujeta a discusión.

477. De la revisión de los actuados se puede apreciar que la mayoría de procedimientos administrativos y judiciales iniciados por Pilot Station fueron declarados improcedentes o desestimados, lo cual constituye un indicio de que en realidad fueron utilizados no con el propósito de proteger un interés legítimo sino con la finalidad de obstaculizar la labor de los prácticos marítimos.



478. En efecto, de los petitorios y materias controvertidas discutidas en dichos procedimientos se desprende que la intención real de Pilot Station fue impedir o retrasar la concurrencia de los demandados o denunciados en el mercado de prestación de servicios de practicaje marítimo en el TPC. Así por ejemplo, puede observarse que a propósito de la denuncia penal interpuesta contra los señores Chávez Gurmendi y Petrozzi Molfino, Pilot Station solicitó una medida cautelar a efectos de que se ordene a los denunciados del proceso penal, que suspendan inmediatamente sus actividades de practicaje, sin que realmente dicho pedido cumpla con los fines de las medidas cautelares penales, ni existiera un peligro en la demora. Igualmente, no existían indicios suficientes, según el Fiscal Supremo (P) de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público, de que los denunciados hayan estado actuando ilícitamente y que amerite una suspensión de sus actividades.

479. El objetivo de una persona que plantea una demanda o denuncia es, según sea el caso, la obtención de un pronunciamiento favorable o que su pedido sea acogido por la autoridad para que se realicen las investigaciones del caso. Sin embargo, el hecho de que tales pedidos hayan sido declarados sistemáticamente improcedentes permite inferir que éstos no tenían asidero fáctico ni jurídico (y que la accionante lo sabía), lo cual denotaría la intención de Pilot Station de utilizar los referidos procedimientos como un mecanismo predatorio.

480. En ese sentido, cabe preguntarse ¿por qué una empresa iniciaría procedimientos administrativos y judiciales si es consciente que no va obtener un pronunciamiento favorable? La razón sería retrasar o eliminar del mercado a sus competidores, lo cual, además, se ve reforzado por el hecho de que, al ser una empresa dominante, tiene mayor capacidad para resistir la duración y los costos que implica cualquier procedimiento legal.

481. Considerando la intención anticompetitiva de Pilot, los medios empleados y el carácter específico de las decisiones administrativas y judiciales, que da claro que en el presente caso estamos ante un supuesto previsto por la doctrina de la *Sham Exception* y no por la *Noerr Pennington*.

482. Por lo tanto, en opinión de esta Secretaría Técnica, de los hechos descritos en el presente acápite se desprende que Pilot Station habría iniciado procesos judiciales y administrativos con el único objetivo de impedir u obstaculizar a los prácticos que renunciaron a su empresa a que presten sus servicios a través de otras empresas de practicaje marítimo y así reforzar o mantener su poder en el mercado relevante.



IV.2.3.3.4. Confluencia de los requisitos establecidos en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701

483. Como se señaló anteriormente, el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 establece los requisitos necesarios para que la Comisión declare como ilegal determinada conducta que se analiza como un supuesto de abuso de posición de dominio. Al respecto, del análisis realizado en la presente sección se tiene lo siguiente:

- (i) La tenencia de posición de dominio se encuentra acreditada en la Sección IV.2.2 del presente informe;
- (ii) La actuación indebida se acredita con las demandas y procedimientos administrativos iniciados por Pilot Station contra los prácticos que se retiraron de la empresa;
- (iii) El fin de obtener beneficios se acredita por el hecho que la consolidación de un monopolio permitiría a la empresa la obtención de beneficios extraordinarios;
- (iv) El fin de causar perjuicios a otros se acredita desde que la conducta de Pilot Station de iniciar procesos judiciales y administrativos contra los prácticos que tratasen de retirarse de su empresa, tiene la finalidad de obstaculizar y, en el peor de los casos impedir, que dichos prácticos puedan trabajar en otras empresas administradora de prácticos o de manera independiente, con el consiguiente perjuicio para aquéllos.
- (v) La imposibilidad del resultado de no existir posición de dominio se acredita en el sentido de que no hubiese sido posible la obtención de beneficios extraordinarios y la exclusión de los competidores sino fuera el caso que Pilot Station se constituyó como monopolio en los primeros meses del año 2001, en un mercado con altas barreras a la entrada. De hecho, su posición de dominio reforzó la interposición de acciones judiciales y denuncias administrativas predatorias.

IV.2.3.3.5. Conclusiones

484. Pilot Station interpuso una serie de procesos judiciales y administrativos con la finalidad de obstaculizar o impedir la permanencia en el mercado relevante de los prácticos marítimos que habían renunciado a dicha empresa, restringiendo con ello, a su vez, la permanencia y acceso al mercado de otras empresas administradoras de prácticos que requerían de los servicios profesionales de éstos. La conducta descrita califica como un abuso de posición de dominio, tipificado en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701.

485. Por lo tanto, esta Secretaría Técnica recomienda declarar fundada la denuncia de la APOP y los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino, Lavado Carrillo y Boggiano Morales contra Pilot Station y las personas naturales investigadas por el presente extremo.



IV.2.3.4. Negativa injustificada a la prestación de servicios de practica

IV.2.3.4.1. La negativa de trato en la legislación antitrust

486. Una limitación a la libertad de contratación que contiene la normativa de libre competencia es la prohibición de las negativas injustificadas de trato²²⁸. Así, el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 señala lo siguiente:

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

Son casos de abuso de posición de dominio:

a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios.
(...)

487. Las negativas de trato consisten en el rechazo de un agente económico de establecer relaciones contractuales con otro u otros agentes. Por lo general en estos supuestos se evidencia la existencia de una relación de competencia entre el agente que realiza la práctica y aquel que resulta afectado con la negativa. A continuación se centra el análisis en las negativas injustificadas de venta, siendo análogo el caso de las negativas injustificadas de compra.

488. En la jurisprudencia estadounidense, la Corte Suprema consagró lo que se conoce como la "Doctrina Colgate"²²⁹, la que señala que:

*...ante la ausencia de un propósito de crear o mantener un monopolio, la ley [refiriéndose a la Sherman Act] no restringe el largamente reconocido derecho de un comerciante o productor de decidir libremente con quien contrata en sus transacciones privadas.*²³⁰

489. En efecto, es ampliamente reconocida la libertad de las empresas para decidir a quienes realiza sus ventas; sin embargo, dicha libertad queda restringida cuando quien se niega a vender un producto o proveer un servicio es una empresa con posición de dominio. Sobre el particular, la doctrina estadounidense ha señalado que la ley permite a las empresas negarse a

²²⁸ En el presente informe se hará referencia únicamente a las negativas injustificadas de trato llevadas a cabo de manera unilateral, es decir, a aquellos casos en los que la negativa es llevada a cabo por una empresa (o un grupo económico) con posición de dominio. Cuando la negativa se da mediante un acuerdo entre un conjunto de empresas independientes se trata de una *negativa concertada e injustificada*, práctica contenida en el literal g) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701.

²²⁹ *United States v. Colgate & Co.* 250 U.S. 300 (1919).

²³⁰ Traducción libre del siguiente texto: "In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the act does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal".

contratar con otras "a menos que la negativa esté destinada a apoyar otra restricción ilegal o constituya un intento de monopolización"^{231 232}

490. A manera de ejemplo, se puede citar la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América que declaró ilegal la negativa del diario *Lorain Journal* a publicar avisos de aquellos clientes que también hubiesen contratado avisos con una empresa radioemisora local.²³³

Al analizar el caso, la referida Corte Suprema consideró que el *Lorain Journal* (publicado en la ciudad de Lorain, Estado de Ohio) gozaba de posición de dominio en el mercado de publicidad al cubrir el 99% de familias de la localidad. En 1948, la instalación de una estación de radio, WEOL, incrementó la competencia en el mercado de avisos publicitarios, en respuesta de lo cual el referido diario condicionó la colocación de avisos en sus publicaciones siempre y cuando los anunciantes no contrataran los espacios publicitarios ofrecidos por WEOL. La Corte Suprema concluyó que dicha conducta resultaba contraria a la normativa de libre competencia, pues interpretó que la negativa era un medio para mantener su monopolio en el mercado de medios publicitarios en la ciudad de Lorain.

491. En otro caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América encontró responsable de violar la *Sherman Act* a la empresa *Aspen Skiing Company* por negarse a permanecer en un *joint venture*, conformado conjuntamente con la empresa *Aspen Highlands Skiing Corporation*, en virtud del cual se compartían los ingresos derivados de la venta de un pase múltiple denominado *All-Aspen Ticket* que podía ser utilizado por los turistas en cualquiera de los cuatro complejos para esquiar que eran explotadas por ambas empresas²³⁴. Al resolver la controversia la referida Corte consideró que:

*La evidencia apoya la inferencia de que Ski Co. [en referencia a Aspen Skiing Company, la empresa denunciada] no estuvo motivada por razones de eficiencia y que estuvo dispuesta a sacrificar ingresos en el corto plazo y goodwill en beneficio del consumidor a cambio del impacto de largo plazo esperado en su competidor más pequeño*²³⁵.

(El subrayado es nuestro)

²³¹ BORK, Robert Op. Cit., pág. 344.

²³² HOVENKAMP, Herbert. Op Cit., pág. 565.

²³³ *Lorain Journal Co. vs. U.S.* 342 U.S., 143 (1951).

²³⁴ *Aspen Skiing Company vs. Aspen Highlands Skiing Corporation.* 472 U.S. 585 (1985). Cabe precisar que esta decisión ha sido criticada debido a que la Corte no consideró, al evaluar la legalidad de la conducta de la empresa denunciada, las mayores eficiencias que se hubieran podido generar en una situación de mayor competencia entre ambas empresas (es decir, si no colaboraban en el *All-Aspen Ticket*). Ello, sin embargo, no invalida el criterio de interpretación defendido por la Corte.

²³⁵ Traducción libre del siguiente texto: "Thus the evidence supports an inference that Ski Co. was not motivated by efficiency concerns and that it was willing to sacrifice short-run benefits and consumer goodwill in exchange for a perceived long-run impact on its smaller rival".



492. De otro lado, en la Unión Europea, las autoridades de competencia se han limitado a establecer que las empresas con posición de dominio deben tener una "justificación objetiva" para poder negarse a proveer un bien o servicio válidamente. Así, en la decisión Polaroid/SSI Europa, la Comisión Europea señaló como principio general es una infracción del artículo 86 que una empresa que tenga una posición dominante en un mercado se niegue sin causa objetivamente justificada a servir un pedido.

493. En general, a efectos de una negativa de trato, se consideran "justificaciones objetivas" o "justificaciones comerciales válidas" razones técnicas o económicas, entre las que se cuentan: calidad de los productos, plazos, limitación técnica de producción, incumplimientos en el pago, violación a derechos de propiedad intelectual, entre otras. Las negativas de trato que tengan una justificación en la generación de mayor eficiencia económica serán susceptibles de ser declaradas justificadas y, por lo tanto, lícitas.

494. Así por ejemplo, si la empresa "A" se niega a vender el producto "x" a la empresa "B" debido a que, por ejemplo, la atención de dicha demanda requiere que incurra en mayores costos (supongamos, costos de transporte), entonces la negativa será lícita. Del mismo modo, la negativa no será injustificada, si la empresa "A" se niega a vender el mismo producto a la empresa "B" debido a que su producción la ha comprometido con la empresa "C".

495. Comúnmente se consideran tres tipos diferenciados de negativas de venta o prestación de servicios²³⁶ (Ver Gráfico N° 18), a saber:

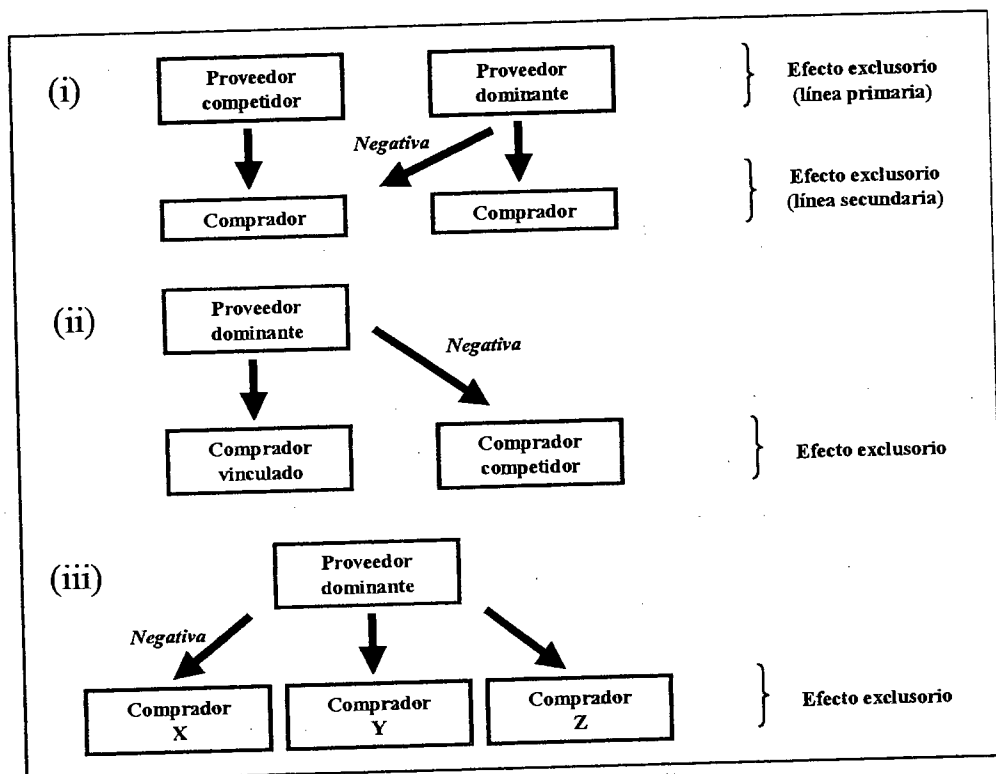
- (i) La empresa con posición de dominio podría negarse injustificadamente de proveer a determinado comprador si éste paralelamente realiza compras al competidor de la dominante. La negativa podría mantenerse hasta el momento en que el comprador desista de abastecerse del referido competidor de la empresa dominante, es decir, hasta que se abastezca de manera exclusiva de esta última. Este tipo de práctica es considerada inherentemente anticompetitiva.
- (ii) La empresa con posición de dominio podría tener una empresa vinculada operando en una etapa inferior de la cadena. Dicha empresa dominante podría negarse injustificadamente a proveer a determinado comprador que es competidor de su empresa vinculada.
- (iii) La empresa con posición de dominio podría negarse injustificadamente a proveer a determinado comprador, sin que éste adquiera bienes o servicios de un competidor de aquél, o sin que dicha empresa dominante posea empresas vinculadas ("río abajo") a las cuales desee favorecer. Este caso podría calificarse como una *negativa de venta arbitraria*.²³⁷

²³⁶ GLAZER, Kenneth y Abbot LIPSKY. *Unilateral Refusal to Deal under Section 2 of the Sherman Act*. Antitrust Law Journal, Vol. 63, 1995, Págs. 749 – 800.

²³⁷ Aun cuando este tipo de negativas de trato podrían derivar en perjuicios para la competencia, algunos autores son de la opinión que este tipo de conductas resultan irracionales y deberían ser corregidas por el propio mercado.



Gráfico N° 18
Casos de negativa de trato



Elaboración: ST-CLC/INDECOPÍ

496. Como se aprecia de lo expuesto, las modalidades de negativas injustificadas de trato tienen por efecto desplazar a competidores del mercado, ya sea respecto a competidores en el mismo nivel de la empresa que implementa la negativa ("línea primaria") o respecto de empresas que están en un nivel inferior de la cadena ("línea secundaria").
497. En ese sentido, el literal a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 está referido a un conjunto de negativas de trato que tienen por efecto excluir del mercado a aquellas empresas que son víctimas de dichas conductas, así como impedir el acceso al mercado de nuevos competidores.
498. En la totalidad de casos se requerirá que la empresa que realiza la negativa tenga posición de dominio y que dichas negativas no tengan una justificación comercial válida. En particular, con relación a las negativas arbitrarias, este órgano instructor considera que tales conductas podrían ser analizadas por la Comisión dado sus efectos restrictivos a la competencia. Tal como se ha señalado:

*... si bien las negativas arbitrarias no generan un beneficio para quien se niega a contratar, en algunos casos pueden ocasionar efectos restrictivos de la competencia sin necesidad de que esa haya sido la intención de la empresa dominante.*²³⁸

²³⁸ QUINTANA, Eduardo. *Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia?*. Ius et Veritas, Año XII, N° 25. Lima, 2002, pág. 387.

IV.2.3.4.2. Argumentos de las partes

499. La APOP y los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino, Lavado Carrillo y Boggiano Morales han argumentado que Pilot Station se habría negado injustificadamente a prestar servicios de practicaje marítimo respecto de las operaciones listadas en el Cuadro N° 1 del presente informe.

500. En el presente acápite se analizarán cada una de las supuestas negativas de trato denunciadas, evaluando los hechos materia de denuncia y los medios probatorios presentados por las partes para cada uno de los casos.

Cabe señalar que tanto los denunciantes como los denunciados han presentado argumentos relativos a la totalidad de las presuntas negativas de trato, los que se detallan a continuación:

En su escrito de denuncia del 29 de abril de 2002 los denunciantes señalaron que:

- (i) Las negativas están debidamente demostradas y documentadas, y no presentan justificación.
- (ii) Las negativas buscaban simplemente sancionar a aquellas empresas que contrataban prácticos licenciados distintos a los que laboraban para Pilot, a fin de consolidar la posición de esta empresa en el mercado.
- (iii) La práctica se asemeja al caso *Lorain Journal v. United States*.
- (iv) Mediante las negativas Pilot Station intentó forzar a las empresas que requerían sus servicios, a asumir determinados compromisos comerciales no deseados —tales como el asegurar a dicha empresa una demanda diaria por dichos servicios— o simplemente atraer a los consumidores descontentos por los servicios prestados por su competencia, descontento que se generaba no por la ineficiencia del competidor, sino por el efecto de las prácticas de Pilot Station.
- (v) La negativa a prestar servicios no sólo ocasionaron serias demoras en los itinerarios de las naves y en el de las operaciones portuarias, sino que, incluso, en determinadas circunstancias ha puesto en peligro la seguridad de las actividades en el TPC.
- (vi) Pilot Station y sus dirigentes se negaron reiteradamente a brindar los servicios de practicaje en el TPC, con el objeto de forzar la salida de sus competidores y de esta forma monopolizar el mercado.

501. En su escrito de descargos del 22 de julio de 2002 los denunciados señalaron:

- (i) Los denunciantes han adjuntado varios documentos de protesta que, en una primera impresión, harían suponer que se negó el servicio a las naves señaladas en dichos documentos. Sin embargo, las citadas naves sí fueron atendidas finalmente por prácticos de Pilot Station.

- (ii) Los requerimientos de servicios efectuados por parte de Tramarsa y Cosmos se realizaron sin cumplir el procedimiento establecido, pues en algunas oportunidades ni siquiera se había identificado claramente a la empresa que solicitaba el servicio, y en otras el requerimiento del servicio se había efectuado sin la anticipación debida (la normativa establece que las solicitudes deben hacerse con 24 horas de antelación). Ello se habría realizado con el único fin de desprestigiar sistemáticamente la eficiencia de los servicios de Pilot Station.
- (iii) En una oportunidad mediante una comunicación cursada vía fax a las 5:01 horas se solicitó que se haga un servicio de practicaje a las 5:00 horas, sin que dicha comunicación contara con los datos de identificación de la agencia solicitante, consignándose en su lugar los nombres de Daniel Salas, empleado de Tramarsa, y de Eduardo Mauny, empleado de Cosmos.
- (iv) Adicionalmente, existían problemas de índole económica entre Pilot Station, de un lado, y Tramarsa y Cosmos, del otro, referidos a la falta de pago oportuno.

502. En su escrito del 9 de agosto de 2002 los denunciante refutaron los argumentos de los denunciados, en los siguientes términos:

- (i) Respecto a que las negativas de prestar el servicio de practicaje tendrían justificación al no haberse cumplido con los procedimientos establecidos, el único procedimiento establecido en la normativa consiste en la solicitud que debe realizar el interesado en el servicio a la empresa administradora de prácticos. Si bien la normativa anterior exigía un formato especial, la Resolución Directoral 0347-2001/DCG dejó sin efecto dicho requisito.
- (ii) No existe ningún requisito en cuanto a la necesidad de solicitar dichos servicios en formatos determinados dentro de plazos específicos.

503. Mediante escrito del 5 de setiembre de 2002 los denunciante refutaron los argumentos de los denunciados, señalando lo siguiente:

- (i) Respecto al argumento de que las negativas de trato se justifican porque los solicitantes no cumplieron con los procedimientos establecidos (realización del requerimiento de servicios con 24 horas de antelación):
 - (a) En todo momento las solicitudes de los servicios de practicaje se han adecuado no sólo a las prácticas comerciales y operativas regularmente aplicadas por otros proveedores de dichos servicios en el TPC, sino incluso a los estándares regularmente aplicados por Pilot Station en la prestación de sus servicios.
 - (b) Pilot Station ha prestado y presta regularmente servicios de practicaje que son solicitados verbalmente y/o con pocas horas de anticipación a la realización de la maniobra.

- (c) Por ejemplo, en los movimientos de la nave M/N Nedlloyd Aconcagua del 24 de julio de 2001 y del 5 de agosto de 2001, Tramarsa requirió a Pilot Station la prestación de los servicios de practicaje sin la antelación contenida en la regulación y, sin embargo, los servicios fueron prestados normalmente.
- (d) Independientemente de lo establecido en la regulación sobre la materia, existe una conducta propia de Pilot Station que habría llevado a Tramarsa y Cosmos a formular por escrito la solicitud de los servicios con una anticipación menor a 8 horas respecto de la hora programada para la maniobra.
- (e) En tal sentido, dicho hecho no deberá ser tomado como una justificación válida a las negativas de Pilot Station.
- (ii) Respecto a la justificación basada en la existencia de facturas pendientes de pago.
- (a) En la fecha en que fueron solicitados los servicios de practicaje materia de la denuncia, o no existían facturas emitidas por Pilot Station por servicios de practicaje pendientes de pago o, existiendo dichas facturas, la supuesta demora en el pago de éstas no era tal, en tanto se encontraban dentro de márgenes admitidos tanto dentro de las prácticas comerciales regularmente aplicadas en el TPC, como dentro de las prácticas establecidas en la relación sostenida entre Tramarsa y/o Cosmos y Pilot Station.
- (b) Pilot Station ha prestado y presta regularmente servicios de practicaje a empresas que mantienen facturas pendientes de pago en condiciones similares a las de Tramarsa.

504. Mediante escrito del 17 de octubre de 2002 los denunciados reiteraron sus argumentos respecto a que (i) finalmente las maniobras motivo del conflicto fueron atendidas por prácticos de Pilot Station y (ii) que los requerimientos de servicios en esos casos no fueron hechos con la antelación debida. Adicionalmente, señalaron, primero, que en los casos que supuestamente Pilot Station no atendió los requerimientos del servicio de practicaje, dichos servicios fueron realizados por otras empresas administradoras de prácticos, y segundo, que como no se respetaron los procedimientos, entonces cualquier negativa es justificada.

IV.2.3.4.3. Marco legal aplicable a la solicitud de servicios de practicaje

505. Uno de los principales argumentos utilizado por los denunciados para justificar las supuestas negativas de trato es el relativo a que las empresas Tramarsa y Cosmos no cumplieron con los procedimientos legales establecidos para la solicitud del servicio.
506. Al respecto, de manera previa al análisis de cada una de las presuntas negativas de trato denunciadas, resulta conveniente evaluar cuáles eran los procedimientos en materia de solicitud de los servicios de practicaje vigentes al momento de producirse las supuestas negativas de trato investigadas.

507. Considerando que las presuntas negativas injustificadas de trato se habrían producido entre julio de 2001 y febrero de 2002, corresponde analizar la normativa vigente en dicho periodo de tiempo.

508. Al respecto, como se ha señalado en el presente informe, mediante Resolución 0472-2000/DCG se aprobaron las "Normas de Practicaje Marítimo" y las "Normas para los Prácticos Marítimos", las cuales entraron en vigencia desde el 3 de diciembre de 2000 (esto es, treinta días posteriores a su publicación realizada el 3 de noviembre).

509. El literal a) del numeral 7 de las "Normas de Practicaje Marítimo" estableció que la solicitud del servicio de practicaje debía ser necesariamente efectuada por los representantes de la nave a una empresa administradora de prácticos.

Asimismo, el literal c) del numeral 8 de las normas mencionadas dispuso que las empresas administradoras de prácticos debían notificar por escrito a la Capitanía de Puerto con veinticuatro (24) horas de anticipación respecto de las maniobras de practicaje a realizarse en el Terminal Poturario respectivo. De lo contrario, serían pasibles de la sanción correspondiente de acuerdo a la Tabla de Multas de la Capitanía. En ese sentido, considerando el plazo para realizar la referida notificación, resultaba evidente que la solicitud de prestación de servicios de practicaje marítimo por parte de los representantes de las naves debía realizarse con una antelación mayor a veinticuatro (24) horas respecto de la hora programada para la maniobra.²³⁹

510. De otro lado, conforme al literal k) del numeral 6 de las "Normas para los Prácticos Marítimos" el práctico marítimo designado por la empresa administradora de prácticos para la prestación del servicio, debía presentarse y permanecer en el puerto con ocho horas (8) de anticipación a la llegada de la nave (lo cual constituye una maniobra independiente).

Asimismo, luego del zarpe de la embarcación (lo cual constituye otra maniobra independiente), el práctico marítimo debía permanecer en el puerto hasta dos (2) horas adicionales, debiendo registrar su ubicación a la Capitanía de Puerto. En este último caso, se entiende que la empresa

²³⁹ **Resolución Directoral 0472-2000/DCG.-
"NORMAS DE PRACTICAJE MARÍTIMO"**

7. PEDIDO DE PRÁCTICOS.-

a) Los pedidos de prácticos serán efectuados directamente por los representantes de las naves a una Empresa Administradora de Prácticos según sea el caso, utilizando el formato del Anexo "A" con copia a la Capitanía de Puerto.

8. DE LAS EMPRESAS ADMINISTRADORAS DE PRÁCTICOS.-

(...)

c) Son funciones de las empresas administradoras de prácticos:

(...)

- Notificar por escrito con 24 horas de anticipación a la Capitanía de Puerto donde se efectuará las labores de practicaje, anexando la parte de maniobra a realizarse del anexo "C", caso contrario serán sancionados de acuerdo a la Tabla de Multas de Capitanías.

(...)

[citas sin la modificación operada mediante la Resolución Directoral 347-2001/DCG]

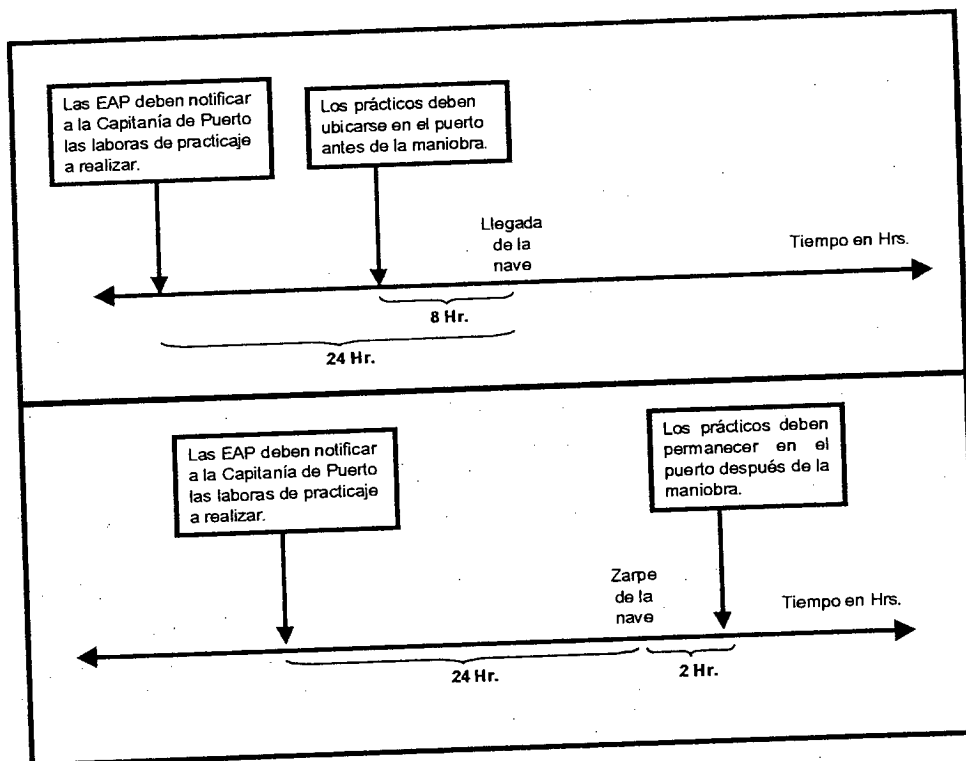


administradora de prácticos también debía notificar a la autoridad portuaria veinticuatro (24) horas antes de la maniobra de zarpe^{240 241}.

511. A continuación, el Gráfico N° 19 muestra los plazos que estaban involucrados en la prestación del servicio de practicaje marítimo el procedimiento, según las normas citadas precedentemente.

03091

Gráfico N° 19
Plazos involucrados en la prestación de servicios de practicaje
Resolución Directoral N° 0472-2000/DCG (3 de diciembre de 2000)



Fuente: Resolución Directoral 0472-2000/DCG
Elaboración: ST-CLC/INDECOPi

512. No obstante, las citadas disposiciones de las "Normas de Practicaje Marítimo" y las "Normas para los Prácticos Marítimos" fueron modificadas

²⁴⁰ Según la Real Academia de la Lengua Española el significado de la palabra "zapar" es el siguiente:

Zarpar: 1. tr. Mar. Desprender el ancla del fondeadero. U. t. c. intr. 2. intr. Dicho de un barco o de un conjunto de ellos: Salir del lugar en que estaban fondeados o atracados.

(Disponible en: <http://www.rae.es/>)

²⁴¹ Resolución Directoral 0472-2000/DCG.-

"NORMAS PARA LOS PRÁCTICOS MARÍTIMOS"

6. FUNCIONES, LIMITACIONES Y OBLIGACIONES DE LOS PRÁCTICOS MARÍTIMOS.-

(...)

k) Los prácticos marítimos deberán encontrarse en el puerto donde van a desarrollar sus actividades con OCHO (08) horas antes de la llegada de las naves a puerto permaneciendo en el área hasta DOS (02) horas después del zarpe de las mismas, registrando su ubicación en la Capitanía de Puerto de la jurisdicción conforme a las indicaciones establecidas en el anexo (1).

[cita sin la modificación operada mediante la Resolución Directoral 347-2001/DCG]

mediante la Resolución Directoral 347-2001/DCG publicada el 5 de junio de 2001.

513. Se ha mantenido la disposición en virtud de la cual los pedidos de prácticos marítimos son realizados directamente por los representantes de las naves a las empresas administradoras de prácticos. Sin embargo, con la modificación del literal c) del numeral 8 de las "Normas de Practicaje Marítimo" se ha establecido que las empresas administradoras de prácticos deben notificar a la Capitanía de Puerto (sin exigirse el uso de algún medio escrito o de alguna otra índole) con ocho (8) horas de anticipación respecto de la maniobra de practica que va a ser realizada. En ese sentido, bajo el nuevo marco normativo, la solicitud de prestación de servicios de practica por parte de los representantes de las naves deberá realizarse con una antelación mayor a ocho (8) horas respecto de la hora programada para el movimiento.²⁴²

514. Finalmente, con la modificación del literal k) del numeral 6 de las "Normas para los Prácticos Marítimos", se ha dispuesto que los prácticos marítimos deben encontrarse en el puerto cuatro (4) horas antes de la llegada de la nave, y permanecer dos (2) horas después del zarpe de ésta. En este último caso, la empresa administradora de prácticos notificará a la autoridad portuaria con ocho (8) horas de anticipación a la maniobra de zarpe.²⁴³

515. A continuación, el Gráfico N° 20 muestra la modificación en los plazos involucrados en las prestación del servicio de practica marítimo, operada mediante la referida Resolución Directoral 0347-2001/DCG.

²⁴² **Resolución Directoral 0472-2000/DCG.-**
"NORMAS DE PRACTICAJE MARÍTIMO"

7. PEDIDO DE PRÁCTICOS.-

a) Los pedidos de prácticos serán efectuados directamente por los representantes de las naves a una Empresa Administradora de Prácticos.

(...)

8. DE LAS EMPRESAS ADMINISTRADORAS DE PRÁCTICOS.-

(...)

c) Son funciones de las empresas administradoras de prácticos:

(...)

- Notificar con ocho (8) horas de anticipación a la Capitanía de Puerto donde se efectuará las labores de practica, anexando el formato de nombramiento de práctico para la maniobra del anexo "A", caso contrario serán sancionados de acuerdo a la Tabla de Multa de Capitanías.

(...)

[Citas según modificación operada mediante Resolución Directoral 0347-2001/DCG]

²⁴³ **Resolución Directoral 0472-2000/DCG.-**
"NORMAS PARA LOS PRÁCTICOS MARÍTIMOS"

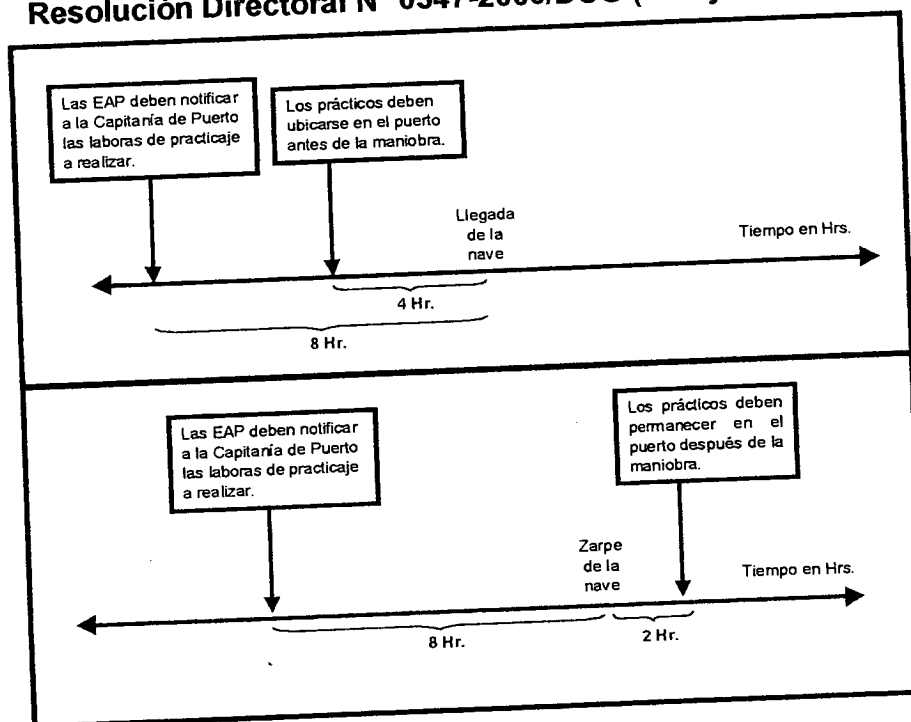
6. FUNCIONES, LIMITACIONES Y OBLIGACIONES DE LOS PRÁCTICOS MARÍTIMOS.-

(...)

k) Los Prácticos Marítimos deberán encontrarse en el puerto donde van a desarrollar sus actividades, cuatro (4) horas antes de la llegada de las naves a puerto, permaneciendo en área hasta dos (2) horas después del zarpe de las mismas, registrando su ubicación en la Capitanía de Puerto de la jurisdicción conforme a las indicaciones establecidas del anexo "A".

[Cita según modificación operada mediante Resolución Directoral 0347-2001/DCG]

Gráfico N° 20
Plazos involucrados en la prestación de servicios de practicaaje
Resolución Directoral N° 0347-2000/DCG (6 de junio de 2001)



Fuente: Resolución Directoral 0347-2000/DCG
 Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

516. Considerando que las supuestas negativas injustificadas de Pilot Station se habría producido durante el segundo semestre de 2001 y el primer trimestre de 2002, se colige que para la totalidad de dichas operaciones la normativa aplicable respecto de los plazos involucrados en la prestación de servicios de practicaaje es la establecida luego de la modificación de las "Normas de Practicaaje Marítimo" y las "Normas para los Prácticos Marítimos".

517. En atención a ello, el incumplimiento de realizar la solicitud de servicios de practicaaje con una antelación superior a las ocho (8) horas respecto de la hora programada para realizar la maniobra, podría constituir una justificación a la negativa de prestar el servicio de practicaaje. En el caso que un representante de una naviera haya solicitado el servicio de practicaaje con menos de ocho (8) horas de antelación a la empresa administradora de prácticos, ello significaría el incumplimiento a la normativa vigente y, por ende, la posibilidad de que la empresa administradora de prácticos sea susceptible de ser sancionada. Ante dicha situación resultaría razonable la negativa de trato por parte de la empresa administradora de prácticos.

IV.2.3.4.4. Análisis de las negativas denunciadas

518. Considerando el marco normativo vigente al momento de sucederse los hechos materia de la denuncia y los argumentos expuestos por ambas partes, a continuación se analiza cada una de las supuestas negativas de trato investigadas. El análisis deberá contemplar la existencia de evidencia de la solicitud del servicio, de la negativa de trato por parte de Pilot Station y, de ser el caso, las posibles justificaciones a dicha negativa de trato.

a. Naves pesqueras: Nepomuseno, Playa Dovilar y E Illa de Rua

519. Con relación a las naves pesqueras, la solicitud del servicio se encuentra acreditada mediante el documento denominado "Petición Servicio Practicaje" del 10 de julio de 2001, mediante el cual Tramarsa solicitó servicios de atraque y desatraque para las embarcaciones: Nepomuseno, Playa Dovilar y E Illa de Rua, cuyo arribo al TPC estaba programado para el 11 de julio del 2001 a las 14:00 hrs²⁴⁴.

520. Ante dicho pedido, los denunciantes presentaron copia de la Carta PS N° 282-01-GG del 10 de julio de 2001, mediante la cual Pilot Station se negó a prestar los servicios de practicaje solicitados por Tramarsa. La carta en mención señala lo siguiente:

(...)

En relación a su carta de referencia solicitándonos servicio de practicaje para naves pesqueras le informamos que PILOT STATION S.A. no tiene un acuerdo comercial con su representada para brindarle este servicio por lo que no podríamos atender su requerimiento.

(...)

(el subrayado es nuestro)

521. Al respecto, en su escrito de denuncia los denunciantes argumentaron que:

Resulta evidente que dicho argumento carece de cualquier sustento. De lo que se trataba precisamente era el de establecer un acuerdo comercial; de haber existido éste, resulta obvio que no habría sido necesario solicitar la prestación de los servicios de practicaje a PILOT.

Por otro lado, admitir el argumento (...) implicaría aceptar que la prohibición contenida en el inciso a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, no resulta aplicable a aquellos casos en los que no pre-exista una relación comercial entre las partes.

522. Por su parte, en su escrito del 17 de octubre de 2002 los denunciados señalaron que:

...para efectos de la atención de las referidas naves [las "naves pesqueras"], no existió acuerdo comercial, estando más bien pendiente la posibilidad de llegar a un acuerdo al respecto (...)

Tener un acuerdo comercial previo es de suma importancia ya que, de lo contrario no se establecerá la persona o la empresa que finalmente se hará cargo del pago del servicio.

523. De lo descrito en los párrafos anteriores queda acreditada tanto la solicitud de la prestación del servicio por parte de Tramarsa como la negativa por parte de Pilot Station, correspondiendo analizar, a continuación, si existió una justificación a dicha negativa o si, por el contrario, existe una negativa injustificada de trato.

²⁴⁴ Ver copia del mencionado documento adjunta al escrito de Pilot Station del 27 de enero de 2005.

524. Como se ha podido observar, la justificación de la negativa de trato de la empresa denunciada está referida a la inexistencia de un acuerdo comercial previo entre Tramarsa y Pilot Station para la prestación de servicios de practicaje marítimo. Según los denunciados, la exigencia de un acuerdo comercial previo tenía como objeto identificar a la persona o empresa que se haría cargo del pago por el servicio prestado.

525. En opinión de esta Secretaría Técnica, Pilot Station entendía la existencia previa del referido acuerdo comercial como la necesidad de celebrar un contrato en el cual se acordara previamente la prestación del servicio de practicaje marítimo en un tiempo determinado, esto es, seis (6) meses, un (1), dos (2) o tres (3) años. Es decir, una suerte de "contrato de suministro", en el cual cada maniobra de practicaje prestada a la solicitante constituiría sólo la ejecución del contrato previamente celebrado. El objetivo del referido acuerdo sería, entre otros, reducir los costos de transacción asociados a la necesidad de tener que establecer una relación contractual por cada maniobra a realizarse.

526. No obstante ello, este órgano instructor ha comprobado que Pilot Station prestó servicios de practicaje a Tramarsa a lo largo del tiempo, sin necesidad de celebrar un acuerdo comercial previo en los términos descritos en el párrafo anterior. En efecto, durante el año 2001 Pilot Station prestó ciento cincuenta y ocho (158) servicios de practicaje a Tramarsa²⁴⁵. Dichos servicios fueron prestados sin la necesidad de existir previamente un acuerdo comercial entre ambas empresas. Esta Secretaría Técnica consultó a los denunciados con relación a si durante el año 2001 las agencias marítimas Tramarsa y Cosmos, presuntas afectadas por las supuestas negativas de trato analizadas en esta sección, mantuvieron acuerdos comerciales con Pilot Station. Al respecto, los denunciados afirmaron que nunca celebraron contratos con las agencias marítimas mencionadas.²⁴⁶

527. De lo anterior se desprende que no resultaba necesario para Pilot Station el celebrar previamente un acuerdo comercial con Tramarsa para la prestación de servicios de practicaje en un determinado plazo.

528. El marco legal vigente a la fecha de la probable infracción tampoco establecía la necesidad de que exista un acuerdo comercial previo en los términos demandados por Pilot Station para la prestación del servicio de practicaje marítimo. Por lo tanto, en opinión de esta Secretaría Técnica, la ausencia de un acuerdo comercial previo no resultaba una justificación válida para la negativa de prestación de servicios de practicaje a las "naves pesqueras".

529. De otro lado, los denunciados han argumentado como una supuesta justificación de las presuntas negativas de trato, el hecho de que los solicitantes del servicio hayan incumplido los procedimientos establecidos. En particular, los denunciados han alegado la realización de requerimientos de servicios sin considerar las horas de antelación que resultan necesarias

²⁴⁵ Fuente: Enapu S.A.

²⁴⁶ Escrito de Pilot Station del 27 de enero de 2005.

para cumplir con la normativa relativa al deber de notificar a la Capitanía de Puerto respecto de la prestación de servicios de practicaaje.



530. Al respecto, se verifica que la solicitud de servicios fue realizada el 10 de julio de 2001 para maniobras que se producirían el 11 de julio a las 14 hrs. Asimismo, se verifica que la negativa de Pilot Station se produce el mismo 10 de julio, lo que confirma que la solicitud de servicio fue recibida por la denunciada dicho día. En tal sentido, si la solicitud de servicios fue realizada el 10 de julio, podría haberse respetado la normativa vigente respecto a la notificación con ocho (8) horas de antelación a la realización de la maniobra, toda vez que ésta se produciría recién el 11 de julio a las 14 hrs.

531. Por lo tanto, tampoco resulta válido como justificación para la negativa a la prestación de servicios a las "naves pesqueras" el argumento del incumplimiento de los procedimientos establecidos en la normativa de practicaaje vigente.

532. Finalmente, otro argumento de justificación esbozado para la totalidad de las supuestas negativas de trato denunciadas, es el referido al mantenimiento de facturas por pagar por parte de las agencias marítimas supuestamente afectadas.

533. Sobre el particular, mediante escrito del 2 de febrero de 2005 los denunciantes señalaron que al momento de la solicitud del servicio (10 de julio de 2001), Tramarsa no mantenía ninguna deuda pendiente de pago frente a Pilot Station por concepto de servicios de practicaaje. Los denunciados no han cuestionado esta afirmación.

534. Por lo tanto, dicho argumento tampoco resulta válido como justificación para la negativa a la prestación de servicios practicaaje a las "naves pesqueras".

535. En síntesis, en el presente caso se ha acreditado la existencia de una solicitud de servicios de practicaaje, la negativa de trato por parte de Pilot Station y la inexistencia de una justificación comercial válida de dicha negativa de trato. En consecuencia, la conducta analizada constituye un abuso de posición de dominio, tipificado en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701.

b. M/N Nedlloyd Acapulco

536. Respecto a la supuesta negativa de prestación de servicios a la M/n Nedlloyd Acapulco, los denunciantes presentaron copia del Protesto Informativo FE 001/01 del 4 de setiembre de 2001 interpuesto por Tramarsa ante la Capitanía de Puerto, en el que se señaló lo siguiente:

Que el día Lunes 03 de Setiembre se ha solicitado a la Agencia de Practicaaje Pilot Station la ejecución de la maniobra de Atrake de la M/N Nedlloyd Acapulco, que de acuerdo a Junta de Puerto estaba programada para realizar su atraque en el TPC a las 23 horas del día Lunes 03, para lo cual se requerían 02 prácticos por ser una nave mayor a 200 metros de eslora.



Que los señores de Pilot Station vía telefónica nos informan la negativa a realizar dicha maniobra (...)

Que como consecuencia de la negativa de la Agencia de Practicaje Pilot Station la mencionada nave se vio obligada a retrasar su ingreso al TPC, hasta las 01 horas del día Martes 04 en que nuestros prácticos ya estaban habilitados para realizar la maniobra de ingreso (...)

537. Al respecto, los denunciados en su escrito de descargos del 22 de julio de 2002 señalaron que efectivamente Tramarsa solicitó el servicio el día 3 de setiembre a las 11.30 horas (según sello de recepción); sin embargo, poco antes de la hora fijada para la prestación del servicio remitió un fax informando de la cancelación de éste. De acuerdo a los denunciantes, después de haber cancelado el servicio, maliciosamente Tramarsa efectuó el protesto informativo.

538. Mediante escrito del 17 de octubre de 2002 los denunciantes remitieron copias de los escritos de solicitud de servicio y de cancelación del mismo, mencionados en el párrafo anterior. En efecto, la solicitud de servicio por parte de Tramarsa se encuentra acreditada mediante "Petición del Servicio de Practicaje" del 3 de setiembre de 2001, que señala lo siguiente:

Que arribará al Puerto del Callao la MN NEDLLOYD ACAPULCO con bandera LIBERIANA, el día 03 de Setiembre del 2001 a las 23:00 hrs., (...) de acuerdo a las coordinaciones efectuadas, solicitamos a Ud. tenga a bien disponer la atención del Servicio de Practicaje para el atraque de la mencionada nave (...)

539. Asimismo, la cancelación del servicio de practicaje se encuentra acreditada mediante el fax de la misma fecha titulado "cancelación del servicio de practicaje", que señala lo siguiente:

Por intermedio de la presente les comunicamos se sirvan cancelar la petición del Servicio de practicaje para la m/n Nedlloyd Acapulco.

540. En virtud a los medios probatorios presentados se encuentra acreditado que Tramarsa solicitó a las 11:30 horas del 3 de setiembre de 2001 servicios de practicaje para el atraque de la M/n Nedlloyd Acapulco a realizarse el mismo día a las 23:00 horas.

541. Sin embargo, a lo largo del procedimiento los denunciantes no han acreditado la negativa de trato supuestamente realizada por Pilot Station²⁴⁷. Por el contrario, el único documento que a entender de éstos acreditaría tal negativa es el Protesto Informativo FE 001/01. En dicho documento se menciona que la negativa de Pilot Station se habría dado por vía telefónica.

542. Resultaría verosímil la existencia de una negativa de trato si se considera la confluencia de (i) la solicitud del servicio por parte de Tramarsa, (ii) el Protesto Informativo FE 001/01 y (iii) el hecho de que finalmente Pilot Station

²⁴⁷ Incluso a pesar de que esta Secretaría Técnica requirió información específica con tal objeto a través de la Carta N° 018-2005/CLC-INDECOPI del 25 de enero de 2005, que fuese contestada mediante carta de los denunciantes del 2 de febrero de 2005.

no prestó el servicio²⁴⁸. Sin embargo, los denunciados han incorporado al análisis un elemento adicional, la comunicación remitida por fax por parte de Tramarsa que habría cancelado la solicitud de servicios. Los denunciantes no han cuestionado la legitimidad de dicho documento.

543. Por ende, considerando la existencia de un documento que acredita que la propia Tramarsa canceló la solicitud de servicio, en el presente caso, no se puede afirmar la existencia de una negativa injustificada de trato (abuso posición de dominio).

c. M/N Manzanillo

544. Respecto a la supuesta negativa de prestación de servicios a la M/N Manzanillo, los denunciantes presentaron copia del Protesto Informativo FyE./103.001 del 19 de noviembre de 2001 interpuesto por Tramarsa ante la Capitanía de Puerto, en el que aparece literalmente lo siguiente:

Que, nuestra empresa nominó a la empresa Pilot Station para realizar la maniobra de atraque de la M/N CSAV MANZANILLO al muelle 3B el día Domingo 18 de noviembre de 2001 a las 19:00 hrs. en el Terminal Portuario del Callao

(...)

Que, la mencionada empresa manifestó no apoyaría con dicha maniobra sin motivo alguno.

545. Por su parte, en su escrito de descargos del 22 de julio de 2002 los denunciados señalaron que el servicio fue requerido el mismo 18 de noviembre, sin respetarse las horas de anticipación correspondientes. Por lo tanto, la negativa de trato fue justificada.

546. Mediante escrito del 17 de octubre de 2002 los denunciados señalaron que mediante escrito GO/772.01 del 15 de noviembre de 2001 Tramarsa comunicó a Enapu que prestaría directamente los servicios de remolcaje y practicaje a la embarcación M/N Manzanillo. Un extracto de la carta de Tramarsa se cita a continuación:

(...)

Por medio de la presente, les informamos que la M/N CSAV MANZANILLO, estará arribando al puerto del Callao el día 18.11.2001 a las 18:00 horas, (...)

Por lo que agradeceremos se sirvan otorgarnos el muelle respectivo para el inicio de las operaciones en la fecha arriba indicada. El servicio de Remolcaje y Practicaje, será efectuado por nuestra empresa.

547. De acuerdo con los denunciados, si bien del documento citado se aprecia que el atraque de la nave sería el 18 de noviembre de 2001 a las 18.00 horas la prestación del servicio fue requerida por Tramarsa el mismo 18 de noviembre a las 19.00 horas, es decir, sin la anticipación respectiva.

²⁴⁸ Según información de Enapu S.A. el servicio de practicaje fue prestado por Tramarsa el 4 de setiembre a las 00.40 horas (Anexo 3 del escrito de los denunciantes del 2 de febrero de 2005).

548. Mediante escrito del 27 de enero de 2005 los denunciados remitieron copia de una comunicación del 18 de noviembre de 2001 enviada por Tramarsa a Pilot Station, en donde se señala lo siguiente:

*(...) le hemos informado con anticipación a Uds. Mediante (sic) un fax que arribará al Puerto del Callao la **MN CSAV MANZANILLO**, el día **18 de Noviembre del 2001 a las 19.00 hrs** (...) por lo que de acuerdo a las coordinaciones efectuadas, solicitamos a Ud. tenga a bien disponer la atención del Servicio de Practicaje para el **ATRAQUE** de la mencionada nave, con la atención de **1 Práctico**.*

El mismo documento fue recabado por esta Secretaría Técnica, como parte de la visita inspectiva realizada a las oficinas de Pilot Station el 29 de mayo de 2002. Posteriormente, fue remitido por los denunciantes en su escrito del 2 de febrero de 2005.

549. En atención a este documento, se encuentra acreditada la solicitud que Tramarsa dirigió a Pilot Station a efectos de que esta empresa preste los servicios de practicaje marítimo a la embarcación M/N CSAV Manzanillo.
550. Mediante escrito del 2 de febrero de 2005 los denunciantes señalaron que no contaban con un documento que acreditase la negativa de trato de Pilot Station, debido a que ésta se efectuó de manera verbal. Sin embargo, a pesar de que a lo largo del procedimiento los denunciantes no han logrado acreditar la presente negativa de trato, han sido los propios denunciados los que han establecido que la negativa sí se produjo, puesto que lejos de negar su existencia han presentado argumentos justificando dicha conducta. Por lo tanto, por el propio reconocimiento de los denunciados se encuentra acreditada la existencia de una negativa de trato.
551. En sus escritos del 22 de julio de 2002 y 27 de enero de 2005, los denunciados señalaron que su negativa de trato tenía justificación por el incumplimiento de Tramarsa de los plazos necesarios para notificar a la Capitanía de Puertos respecto de la maniobra a ser realizada.
552. En el presente caso, ni los denunciantes ni los denunciados han acreditado en qué momento se solicitó el servicio de atraque de la M/N Manzanillo. En efecto, la comunicación de Tramarsa del 18 de noviembre de 2001, remitida por ambas partes a la Secretaría Técnica, carece de algún sello o cualquier otro cargo de recepción que permita identificar la hora en que fue recibida la misiva. Por lo tanto, resulta imposible conocer si dicha solicitud fue realizada con una antelación superior a las ocho (8) horas respecto de la hora requerida para la prestación del servicio y, por ende, si la negativa de trato resultaba justificada o no.
553. Por lo tanto, esta Secretaría Técnica es de la opinión que en el presente caso no se puede afirmar que haya existido una negativa injustificada de trato por parte de Pilot station en perjuicio de Tramarsa que calce como una modalidad de abuso posición de dominio tipificado en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701.



d. M/N Tamarugal

554. Respecto a la supuesta negativa de prestación de servicios a la embarcación M/N Tamarugal, los denunciantes presentaron copia del Protesto FE 128/01 del 10 de diciembre de 2001 presentado por Tramarsa ante la Capitanía de Puerto, en el que se señaló lo siguiente:

Que, nuestra empresa nomino (sic) a la empresa Pilot Station para realizar la maniobra de desatraque de la M/N TAMARUGAL del muelle 5C el día Domingo 09 de Diciembre del 2001 a las 16:00 hrs en el Terminal Portuario del Callao.

(...)

Que, la mencionada empresa manifestó que no apoyaría con dicha maniobra sin motivo alguno.

555. Sobre el particular, en su escrito de descargos del 22 de julio de 2002 los denunciados señalaron que el servicio fue requerido el mismo 9 de diciembre de 2001, sin respetarse las horas de anticipación correspondientes. Por lo tanto, que la negativa de trato fue justificada.

556. Mediante escrito del 17 de octubre de 2002 los denunciados señalaron que mediante Escrito OF.168/01 del 5 de diciembre de 2001 Tramarsa comunicó a Enapu que prestaría directamente los servicios de remolcaje y practicaje a la embarcación M/N Tamarugal. A continuación se cita parte de la comunicación de Tramarsa:

Por medio de la presente, les informamos que la M/N TAMARUGAL, estará arribando al puerto del Callao el día 08.12.01 a las 20:00 horas,

(...)

Por lo que agradeceremos se sirvan otorgarnos el muelle respectivo para el inicio de las operaciones en la fecha arriba indicada. El servicio de Remolcaje y Practicaje, será efectuado por nuestra empresa.

557. Mediante escrito del 27 de enero de 2005 los denunciados remitieron copia del documento denominado "Petición Servicio de Practicaje" del 9 de diciembre de 2001. En dicho documento, Tramarsa comunicó a Pilot Station, lo siguiente:

Que arribará al Puerto del Callao la MN TAMARUGAL (...) el día 08 de Diciembre del 2001 a las 18.00 hrs. (...) por lo que de acuerdo a las coordinaciones efectuadas, solicitamos a Ud. tenga a bien disponer la atención del Servicio de Practicaje para el DESATRAQUE de la mencionada nave el día 09/12/01 a hrs. 16.00, con la atención de 1 Práctico.

558. De acuerdo a este documento, se encuentra acreditada la solicitud que Tramarsa dirigió a Pilot Station a efectos de que esta empresa preste los servicios de practicaje marítimo a la embarcación M/N Tamarugal.



559. De otro lado, pese a que los denunciantes no han acreditado la negativa de trato a lo largo del procedimiento²⁴⁹, han sido los propios denunciados los que han establecido que la negativa de trato sí se produjo, toda vez que han presentado argumentos justificando dicha conducta. Por lo tanto, por el propio reconocimiento de los denunciados se encuentra acreditada la existencia de la negativa de trato.

560. En sus escritos del 22 de julio y 17 de octubre de 2002 y del 27 de enero de 2005, los denunciados señalaron que su negativa de trato se justificaba debido a que Tramarsa no observó los plazos necesarios y razonables para cumplir con el deber de notificar a la Capitanía de Puerto respecto de la maniobra a ser realizada.

561. En el presente caso, ni los denunciantes ni los denunciados han acreditado en qué momento se solicitó el servicio de desatraque de la M/N Tamarugal. En efecto, la comunicación de Tramarsa del 9 de diciembre de 2001 remitida por los denunciados carece de cualquier señal que permita identificar la hora de recepción de la referida misiva. Por lo tanto, resulta imposible conocer si dicha solicitud fue realizada con una antelación superior a las ocho (8) horas respecto de la hora programada para la realización de la maniobra y, por ende, si la negativa de trato resultaba justificada o no.

562. En consecuencia, esta Secretaría Técnica es de la opinión que en el presente caso no se puede afirmar que haya existido una negativa injustificada de trato por parte de Pilot Station en perjuicio de Tramarsa que calce como una modalidad de abuso posición de dominio tipificado en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701.

e. M/N CSAV Barcelona

563. Respecto a la supuesta negativa de prestación de servicios a la embarcación M/N CSAV Barcelona, los denunciantes únicamente han alegado que el referido hecho se habría producido el 26 de diciembre de 2001, siendo Tramarsa la agencia marítima afectada.

564. Por su parte, los denunciados en su escrito de descargos del 22 de julio de 2002 señalaron que el servicio fue debidamente atendido por prácticos de Pilot Station conforme figuran en las actas de atraque y desatraque que obran en la Capitanía de Puerto. Adicionalmente, manifestaron que originalmente Tramarsa fue la empresa designada para prestar el referido servicio.

565. Mediante escrito del 17 de octubre de 2002 los denunciados señalaron que ante la imposibilidad de que Tramarsa preste el servicio a la nave M/N CSAV BARCELONA, fue el propio gerente de operaciones de Cía. Sudamericana de Vapores (CSAV²⁵⁰), señor Héctor Araya, quien solicitó a Pilot Station la

²⁴⁹ Esto pese a que este órgano instructivo requirió información específica con tal objeto a través de la Carta N° 018-2005/CLC-INDECOPÍ del 25 de enero de 2005, que fue objeto de respuesta mediante carta del 2 de febrero de 2005.

²⁵⁰ La Compañía Sudamericana de Vapores - CSAV es una empresa naviera chilena que ofrece servicios de cargo en general (productos frescos y congelados, vehículos, entre otros). Sus actividades se

prestación del mencionado servicio de practicaje marítimo, el cual fue adecuadamente atendido. Al respecto, remitieron como medios probatorios los siguientes documentos:

- Copia de la Carta GO/869-01 del 20 de diciembre de 2001 mediante la cual Tramarsa solicitó a la Capitanía de Puerto se realicen las coordinaciones necesarias para el atraque de la nave M/N CSAV BARCELONA el 24 de diciembre de 2001 a las 14:00 horas, señalando que sería ella —Tramarsa— quien prestaría el servicio de remolcaje y practicaje.
- Copia del correo electrónico del 26 de diciembre de 2001 mediante el cual el señor Héctor Araya (CSAV-Operation) solicitó a Pilot Station la prestación del servicio de practicaje para el desatraque de la nave M/N CSAV BARCELONA ante la imposibilidad de Tramarsa de prestar el mencionado servicio.
- Copia del "Acta de Desatraque" de la nave M/N CSAV BARCELONA realizada por Pilot Station el 26 de diciembre de 2001 a las 17:45 horas.
- Copia de la Carta PS N° 562-01/GG del 27 de diciembre de 2001 mediante la cual Pilot Station comunicó al señor Héctor Araya, la realización de la maniobra de desatraque de la nave M/N CSAV BARCELONA.

566. Mediante escrito del 27 de enero de 2005 los denunciados remitieron copia del fax mediante el cual Tramarsa les solicitó la prestación de servicios de practicaje para la nave M/N CSAV Barcelona. En dicho documento remitido se señala:

*Que arribará al Puerto del Callao la **MN CSAV BARCELONA** con bandera LIBERIANA, el día 24 de Diciembre del 2001 a las 22.00 hrs. (...) por lo que de acuerdo a las coordinaciones efectuadas, solicitamos a Ud. tenga a bien disponer la atención del Servicio de Practicaje para el **DESATRAQUE** de la mencionada nave hoy **26/12/01 a las 15:00 hrs.** (...)*

567. En atención a este documento, se encuentra acreditada la solicitud de servicios de practicaje por parte de Tramarsa a Pilot Station para el desatraque de la M/n CSAV Barcelona.

568. Sin embargo, a lo largo del procedimiento los denunciados no han acreditado la negativa de trato por parte de Pilot Station²⁵¹ sino que, por el contrario, han sido los denunciados quienes han acreditado la existencia de una solicitud expresa por parte del principal de la nave (CSAV) para la

extienden a los Estados Unidos de América, Europa, Japón, islas surorientales de Asia/Pacífico y costa de Sudamérica.

(Ver: <http://www.csav.cl/pages/compania.htm>)

²⁵¹ Pese a que esta Secretaría Técnica requirió información específica con tal objeto a través de la Carta N° 018-2005/CLC-INDECOPI del 25 de enero de 2005, que fue contestada mediante carta de los denunciados del 2 de febrero de 2005.

realización del servicio en cuestión, el cual fue atendido por la empresa denunciada.

569. Al respecto, podría pensarse en la hipótesis de que ante una negativa de Pilot Station a prestar el servicio a Tramarsa, el principal de la nave habría iniciado negociaciones directamente con Pilot Station para realizar el desatraque de la nave CSAV Barcelona. En este escenario, resultaría verosímil la existencia de una negativa de trato en perjuicio de Tramarsa. Sin embargo, esta hipótesis no ha sido sostenida por los denunciantes.

570. Adicionalmente, si se asume que existió una negativa de trato en contra de Tramarsa, se debería pasar a analizar las posibles justificaciones a dicha conducta. Como se ha señalado, una probable justificación a la totalidad de casos investigados, según los denunciantes, sería el incumplimiento de la normativa vigente en materia de la oportunidad en que se requiere los servicios de practicaje marítimo.

571. Sobre esto último, del fax remitido por Tramarsa a Pilot Station se observa que dicha comunicación habría sido remitida el día 26 de diciembre a las 11.31 horas (según encabezado del fax). Asimismo, del contenido de dicho documento se aprecia que el servicio requerido debía ser realizado ese mismo día a las 15.00 horas. Por lo tanto, la solicitud de servicio fue realizada por Tramarsa con una antelación de tres (3) horas y veintinueve (29) minutos, tiempo menor a las ocho (8) horas de anticipación que hubieran permitido a Pilot Station notificar la prestación de servicios de acuerdo a la normativa vigente.

572. En conclusión, la denunciante no ha acreditado la existencia de una negativa de trato para la prestación del servicio de practicaje marítimo a la nave CSAV Barcelona. No obstante, aun en el supuesto de que dicha negativa se haya producido, ésta resultaría justificada toda vez que Tramarsa solicitó la prestación de servicios con una anticipación insuficiente para permitirle a Pilot Station la notificación de la maniobra a la Capitanía del Puerto. Por lo tanto, en opinión de este órgano instructor, la conducta analizada no constituye un abuso de posición de dominio tipificado en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701.

f. M/N Wilson

573. Respecto a la supuesta negativa de prestación de servicios a la nave M/N Wilson, los denunciantes presentaron una copia del "Protesto Informativo" del 26 de diciembre de 2001 presentado por Cosmos ante la Capitanía de Puerto, en el que se señaló lo siguiente:

(...) en nuestra calidad de Agentes Marítimos de la nave MN WILSON y MN OCEAN HOPE II, nos presentamos a su despacho para informales lo siguiente:

(...) solicitamos los servicios de Practicaje a la Agencia prestadora de Servicios de Practicaje "PILOT STATION".

(...) nos contactamos con su representante Cap. Luis Gómez para coordinar la maniobra, el mismo que nos manifestó que no harían el

servicio solicitado y que nos estarían haciendo llegar la respuesta por escrito con la negativa.

Que, siendo las 16:30 Hrs. no hemos recibido ninguna respuesta de los Señores PILOT STATION lo que evidentemente perjudica a nuestros principales al no poder proceder al amarre de las Naves Agenciadas por nosotros (...)



574. Asimismo, los denunciante manifestaron que el mismo 26 de diciembre de 2001 Pilot Station comunicó que no podía prestar el servicio de practicaje requerido, sin expresar alguna justificación.
575. Por su parte, los denunciados en su escrito de descargos del 22 de julio de 2002 señalaron que el servicio fue debidamente atendido por prácticos de Pilot Station, conforme figuran en las actas de atraque y desatraque que obran en la Capitanía de Puerto.
576. Mediante escrito del 17 de octubre de 2002 Pilot Station remitió copia de las actas de atraque y desatraque de la nave en cuestión, con el objeto de probar que el servicio de practicaje había sido debidamente prestado por dicha empresa.
577. El 27 de enero de 2005 los denunciados remitieron copia del "Formato de Petición de Prácticos" del 26 de diciembre de 2001 mediante el cual la empresa Cosmos solicitó el servicio de practicaje marítimo para el atraque de la nave M/N Wilson, la cual se realizaría el mismo 26 de diciembre de 2001 a las 13:00 horas. El mismo documento fue remitido por los denunciante mediante escrito del 2 de febrero de 2005.

En virtud a ese documento, se encuentra acreditada el requerimiento para la prestación servicios de practicaje marítimo por parte de la empresa Cosmos a Pilot Station a efectos de que se realice la maniobra de atraque de la nave en cuestión.

578. Mediante escrito del 2 de febrero de 2005 los denunciante remitieron copia de la Carta Notarial del 27 de diciembre de 2001 remitida por Pilot Station a Cosmos, en la cual la empresa denunciada le comunicaba su negativa en los términos siguientes:

(...) doy respuesta a sus cartas de fecha 26 de diciembre último, en los términos siguientes:

1.-Que, en cuanto a la prestación del servicio de Practicaje, para el día de hoy, a las naves Wilson y Ocean Hope II, lamentamos no poderles brindar el aludido servicio.

579. De acuerdo a este último documento se encuentra acreditada la negativa de trato por parte de Pilot Station para la prestación del servicio de practicaje marítimo a la nave M/N Wilson.
580. Habiéndose acreditado tanto la solicitud del servicio de practicaje como la negativa de trato, corresponde analizar si dicha conducta encuentra una



justificación o si, por el contrario, constituye una negativa de trato injustificada.

581. Al respecto, a continuación se analiza la justificación respecto a si la empresa denunciada hubiera podido notificar la maniobra a la Capitanía de Puerto, teniendo en cuenta oportunidad en que se requirió el servicio de practicaaje.

582. De la copia del "Formato de Petición de Prácticos" mediante el cual Cosmos requirió los servicios de Pilot Station, se observa que la mencionada solicitud se efectuó el 26 de diciembre de 2001 a las 11.46 horas (según sello de recepción), para una maniobra a realizarse ese mismo día a las 13.00 horas.

En otras palabras, la solicitud del servicio se realizó con una antelación de tan sólo una (1) hora y catorce (14) minutos, tiempo por debajo de las ocho (8) horas de anticipación con las que hubiera contado Pilot Station para notificar la prestación del servicio a la Capitanía del Puerto.

583. Por lo tanto, esta Secretaría Técnica es de la opinión que en el presente caso la negativa ha sido justificada, toda vez que Cosmos solicitó la prestación del servicio con una anticipación insuficiente que no le hubiera permitido a Pilot Station cumplir con la notificación respectiva. Por lo tanto, la conducta analizada no constituye un supuesto de abuso de posición de dominio tipificada en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701.

g. M/N Ocean Hope II

584. Respecto a la supuesta negativa de prestación de servicios a la embarcación M/N Ocean Hope II, los denunciantes presentaron copia del "Protesto Informativo" del 26 de diciembre de 2001 presentado por Cosmos ante la Capitanía de Puerto, en el que se señaló lo siguiente:

(...) en nuestra calidad de Agentes Marítimos de la nave MN WILSON y MN OCEAN HOPE II, nos presentamos a su despacho para informales lo siguiente:

(...) solicitamos los servicios de Practicaaje a la Agencia prestadora de Servicios de Practicaaje "PILOT STATION".

(...) nos contactamos con su representante Cap. Luis Gómez para coordinar la maniobra, el mismo que nos manifestó que no harían el servicio solicitado y que nos estarían haciendo llegar la respuesta por escrito con la negativa.

Que, siendo las 16:30 Hrs. no hemos recibido ninguna respuesta de los Señores PILOT STATION lo que evidentemente perjudica a nuestros principales al no poder proceder al amarre de las Naves Agenciadas por nosotros (...)

585. Asimismo, los denunciantes manifestaron que el mismo 26 de diciembre de 2001 Pilot Station comunicó que no podía prestar el servicio de practicaaje requerido, sin expresión de justificación alguna.



586. Por su parte, en su escrito de descargos del 22 de julio de 2002 los denunciados han señalado que el servicio fue debidamente atendido por prácticos de Pilot Station, conforme figura en las actas de atraque y desatraque que obran en la Capitanía de Puerto.

587. Mediante escrito del 17 de octubre de 2002 Pilot Station remitió copia de las actas de atraque y desatraque de la nave en cuestión, con el objeto de probar que el servicio habría sido brindado por dicha empresa.

588. Adicionalmente, remitieron copia de un correo electrónico dirigido por el gerente de operaciones de La Hanseatica S.A. (principal de la nave M/N Ocean Hope II) por medio del cual solicitó la prestación del servicio directamente a la empresa denunciada.

589. Mediante escrito del 27 de enero de 2005 los denunciados remitieron copia del "Formato de Petición de Prácticos" del 26 de diciembre de 2001 mediante el cual Cosmos solicitó el servicio de practicaaje para realizar la maniobra de atraque de la M/N Ocean Hope II a realizarse el mismo 26 de diciembre de 2001 a las 18:00 hrs. El mismo documento fue remitido por los denunciantes mediante escrito del 2 de febrero de 2005.

590. De acuerdo a este último documento, se encuentra acreditada la solicitud de servicios de practicaaje para la maniobra de atraque de la M/N Ocean Hope II por parte de Cosmos a Pilot Station.

591. Mediante escrito del 2 de febrero de 2005 los denunciantes remitieron copia de la Carta Notarial de fecha 27 de diciembre de 2001 remitida por Pilot Station a Cosmos, en el que se señaló lo siguiente:

(...) doy respuesta a sus cartas de fecha 26 de diciembre último, en los términos siguientes:

1.-Que, en cuanto a la prestación del servicio de Practicaaje, para el día de hoy, a las naves Wilson y Ocean Hope II, lamentamos no poderles brindar el aludido servicio.

592. En virtud del documento antes mencionado se encuentra acreditada la negativa de trato por parte de Pilot Station para la prestación del servicio de practicaaje en la maniobra de atraque de la M/N Wilson.

593. Habiéndose acreditado tanto la solicitud de servicio como la negativa de trato, corresponde analizar si la conducta analizada encuentra una justificación o por el contrario constituye una negativa de trato injustificada.

594. Al respecto, a continuación se analiza la justificación respecto a si la empresa denunciada hubiera podido notificar la maniobra a la Capitanía de Puerto, teniendo en cuenta oportunidad en que se requirió el servicio de practicaaje en cuestión.

595. De la copia del "Formato de Petición de Prácticos" mediante el cual Cosmos requirió los servicios de Pilot Station, se observa que la mencionada solicitud

se realizó el 26 de diciembre de 2001 a las 11:46 horas (según cargo de recepción) para una maniobra a realizarse ese mismo día a las 18.00 horas.

596. En otras palabras, la solicitud de servicio fue realizada por Cosmos con una antelación de seis (6) horas y catorce (14) minutos, tiempo menor a las ocho (8) horas de anticipación que hubieran permitido a Pilot Station notificar la prestación de servicios a la Capitanía de Puerto.

597. Por lo tanto, la Secretaría Técnica es de la opinión que en el presente caso la negativa de trato efectuada por Pilot Station no resultó injustificada, toda vez que Cosmos solicitó la prestación de servicios con una anticipación insuficiente que no le hubiera permitido a Pilot Station cumplir con la notificación de la maniobra a realizarse. Por lo tanto, la conducta analizada no constituye un supuesto de abuso de posición de dominio tipificado en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701.

h. M/N Laja

598. Respecto a la supuesta negativa de prestación de servicios a la embarcación M/N Laja, los denunciantes presentaron copia del Protesto del 10 de enero de 2002 presentado por Tramarsa ante la Capitanía de Puerto, en el que se señala lo siguiente:

(...)
Que, nuestra empresa nominó a la empresa Pilot Station para realizar la maniobra de Atraque de la M/N Laja al muelle 2B del Terminal Portuario del Callao. Dicha maniobra estaba programada para ingresar a las 20:00 horas de día miércoles 09 del presente.

(...)
Que, los señores de Pilot Station no comunicaron su negativa a realizar la maniobra motivo por el cual nos vimos obligados a retrasar el ingreso de la mencionada nave hasta las 01:00 horas del día de hoy Jueves 10.

599. Adicionalmente, los denunciantes adjuntaron copia de la "Petición Servicio de Practicaje" FE 08/02 del 9 de enero de 2002 mediante el cual Tramarsa requirió a Pilot Station la prestación del servicio de practicaje en los siguientes términos:

(...) *informamos a Uds. Que (sic) arribará al Puerto del Callao la MN LAJA con bandera LIBERIANA, el día 09 de Enero del 2002 a las 20:00 hrs., y acoderará al muelle (2B) del Terminal Portuario del Callao, por lo que de acuerdo a las coordinaciones efectuadas, solicitamos a Ud. tenga a bien disponer la atención del Servicio de Practicaje para el **ATRAQUE** de la mencionada con la atención de **1 Práctico**.*

600. En virtud al documento antes glosado se acredita la solicitud de servicios de practicaje por parte de Tramarsa a Pilot Station para el atraque de la M/n Laja.

601. Por su parte, los denunciados en su escrito de descargos del 22 de julio de 2002 señalaron que el servicio fue requerido el mismo día en que se debía realizar la maniobra, es decir, sin las horas de anticipación que le permitiera





notificar a la Capitanía de Puerto respecto de la maniobra. Por lo tanto, la negativa de trato fue justificada.

602. Mediante escrito del 17 de octubre de 2002 los denunciados señalaron que mediante Escrito GO/013.02 del 5 de enero de 2002 Tramarsa informó a Enapu que prestaría directamente los servicios de remolcaje y practicaje a la referida embarcación. Tal como se señala a continuación:

Por medio de la presente, les informamos que la M/N LAJA, estará arribando al puerto del Callao el día 09.01.02 a las 06:00 horas, (...)

Por lo que agradeceremos se sirvan otorgarnos el muelle respectivo para el inicio de las operaciones en la fecha arriba indicada. El servicio de Remolcaje y Practicaje será efectuado por nuestra empresa.

603. Pese que a lo largo del procedimiento los denunciantes no han acreditado la existencia de una negativa de trato por parte de Pilot Station²⁵², ha sido esta empresa la que ha establecido que dicha negativa de trato sí se habría producido, toda vez que lejos de negar su existencia ha presentado argumentos justificando dicha conducta. Por lo tanto, por el propio reconocimiento de los denunciados se encuentra acreditada la existencia de una negativa de trato.
604. Habiéndose acreditado tanto la solicitud del servicio como la negativa de trato, corresponde analizar si dicha conducta estaba justificada o si por el contrario constituye una negativa de trato injustificada.
605. Tal como se ha mencionado, los denunciados justifican su negativa en el hecho de que la solicitud del servicio de practicaje para el atraque de la M/N Laja había sido realizada sin tener en cuenta las horas necesarias para que la empresa denunciada notificará la maniobra a la Capitanía de Puerto.
606. Al respecto, de la copia de la confirmación de envío de la "Petición Servicio de Practicaje" FE 08/02, enviada por fax a Pilot Station, se observa que la solicitud del servicio fue realizada el 9 de enero de 2002 a las 16:29 horas, para una maniobra a realizarse ese mismo día a las 20.00 horas.
607. En otras palabras, la solicitud de servicio de Tramarsa fue realizada con una antelación de sólo tres (3) horas y treinta y un (31) minutos, tiempo menor a las ocho (8) horas que hubiera requerido Pilot Station a efectos de notificar la prestación de servicios a la Capitanía del Puerto.
608. En consecuencia, en opinión de esta Secretaría Técnica, la negativa de trato de Pilot Station no habría resultado injustificada, toda vez que Tramarsa solicitó la prestación de servicios con una anticipación insuficiente que le hubiera permitido a la empresa Pilot Station notificar la operación respectiva. Por lo tanto, la conducta analizada no constituye un supuesto de abuso de posición de dominio tipificado en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701.

²⁵² Incluso a pesar de que esta Secretaría Técnica requirió información específica con tal objeto a través de la Carta N° 018-2005/CLC-INDECOPI del 25 de enero de 2005, que fuese contestada mediante carta de los denunciantes del 2 de febrero de 2005.

i. M/N APL Chile

609. Respecto a la supuesta negativa de prestación de servicios a la nave M/N APL Chile, los denunciantes presentaron copia de la "Protesta Informativa" del 14 de febrero de 2002 presentada por Cosmos ante la Capitanía de Puerto, en la que se señaló lo siguiente:

Ref.: Desatraque Mn APL CHILE V.026S

(...) solicitamos los servicios de la Empresa de Practicaje Pilot Station para realizar el desatraque de la nave de la referencia negándose éstos vía telefónica aduciendo no prestar servicios por no mantener vínculos comerciales con nosotros, la MC. APL CHILE solicita desatraque para las 21 horas (...)

610. Adicionalmente, los denunciantes remitieron copia del cargo de recepción del "Formato de Petición de Prácticos" mediante el cual Cosmos solicitó a Pilot Station la prestación del servicio de practicaje marítimo para el desatraque de la nave en cuestión. Dicho documento se cita a continuación²⁵³:

(...) informamos a Uds. Lo (sic) siguiente:

MOTONAVE : APL CHILE
AMARRADERO : 5-B

por (sic) lo que solicitamos a Ud. Tenga (sic) a bien disponer la atención del servicio de practicaje para el **DESAMARRE** de la mencionada nave.

(...)

FECHA : 14 DE FEBRERO 2002
HORA : 21:00 HRS

611. Mediante escrito del 17 de octubre de 2002 Pilot Station alegó que la negativa de prestación de servicios para la nave en cuestión se debió a que la solicitud de servicio no fue realizada con la oportunidad debida ya que se solicitó con menos de veinticuatro (24) horas de anticipación. Por lo tanto, habiéndose distribuidos los turnos respectivos, la empresa denunciada no contaba con prácticos disponibles. Sobre el particular, los denunciados remitieron copia de una carta cursada por Pilot Station a Cosmos en la que se señala lo siguiente:

CALLAO, 14 de Febrero del 2002

(...)

La presente es para informarles el recibo de su solicitud de prácticos para la maniobra de desatraque de la m/n "APL CHILE" del muelle 5-B a 21:00 hrs. y a la vez comunicarle, la imposibilidad de poder brindarle nuestro servicio, debido a que nosotros programamos las maniobras de acuerdo a las solicitudes efectuadas en las juntas de operaciones que se llevan a cabo todas las mañanas en ENAPU.

²⁵³ Anexo 1-CL del escrito de denuncia.

*Su solicitud la hemos recibido a las 16:58 hrs., cuando ya no contamos con disponibilidad de personal de guardia.
Asimismo le recuerdo que no tenemos ningún vínculo comercial con su empresa.
(...)*



031

612. De acuerdo a los medios probatorios presentados por las partes, se tiene que el 14 de febrero de 2002 a las 16:58 horas²⁵⁴ Cosmos solicitó a Pilot Station la prestación de servicios de practica para el desatraque de la nave M/N APL Chile programado para el mismo día a las 21:00 horas.
613. La negativa de prestación de servicios por parte de Pilot Station se encuentra acreditada mediante la comunicación remitida a Cosmos en la que se justifica dicha conducta debido a que la solicitud del servicio no fue realizada con la anticipación debida.
614. Habiéndose acreditado tanto la solicitud del servicio como la negativa de trato, corresponde analizar si dicha conducta se encontraba justificada o por el contrario constituye una negativa de trato injustificada.
615. La justificación sostenida por los denunciados está referida a que la solicitud de servicios de practica fue realizada sin una anticipación razonable que hubieran permitido a Pilot Station notificar la operación respectiva a la Capitanía de Puerto.
616. Al respecto, corresponde señalar que al momento de la solicitud del servicio en cuestión ya había operado la modificación de las "Normas de Practica Marítimo" y las "Normas para los Prácticos Marítimos". Por lo tanto, las empresas administradoras de prácticos debían notificar la operación con ocho (8) horas de anticipación.
617. Pese a lo expuesto, de acuerdo a los documentos analizados, la solicitud del servicio de practica fue realizada a las 16:58 horas del 14 de febrero de 2002 mientras que el movimiento estaba programado para las 21:00 horas del mismo día. Por lo tanto, Cosmos requirió el servicio con una antelación de cuatro (4) horas y dos (2) minutos, tiempo menor a las ocho (8) horas de anticipación que hubieran permitido a Pilot Station notificar la prestación de servicios a la autoridad portuaria.
618. En consecuencia, en opinión de esta Secretaría Técnica, la negativa de trato de Pilot Station ha sido justificada, pues Cosmos solicitó la prestación de servicios con una anticipación insuficiente a efectos permitirle a la empresa denunciada cumplir con la mencionada notificación. Por lo tanto, la conducta analizada no constituye un abuso de posición de dominio tipificado en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701.
619. Habiéndose analizado individualmente cada una de las nueve ocurrencias denunciadas como supuestas negativas de prestación de servicios de practica marítimo por parte de Pilot Station, se puede llegar a la conclusión mostrada en el siguiente cuadro:

²⁵⁴ Según el sello de recepción de la comunicación.

Cuadro N° 17
Negativas de trato investigadas

Nave	Solicitud del servicio	Negativa de trato	Justificación
"Naves pesqueras"	Acreditada	Acreditada	Injustificada
Nedlloyd Acapulco	Acreditada	No Acreditada	-
Manzanillo	Acreditada	Acreditada	Indeterminado
Tamarugal	Acreditada	Acreditada	Indeterminado
Barcelona	Acreditada	No Acreditada	-
Wilson	Acreditada	Acreditada	Justificada
Ocean Hope II	Acreditada	Acreditada	Justificada
Laja	Acreditada	Acreditada	Justificada
Chile	Acreditada	Acreditada	Justificada

Fuente: Denunciantes y denunciados
Elaboración: ST-CLC/INDECOPÍ

COMISIÓN DE LIBRE
INDICE OP
031

620. De acuerdo al análisis realizado de las conductas denunciadas como negativas injustificadas de trato, se tiene que en dos casos (M/N Nedlloyd Acapulco y M/N CSAV Barcelona) no se ha acreditado la existencia de una negativa de trato; en dos casos (M/N Manzanillo y M/N Tamarugal) no se ha podido determinar en qué momento se solicitó el servicio de practica a efectos establecer si fue con la anticipación necesaria para cumplir con la notificación respectiva a la Capitanía de Puerto; en cuatro casos (M/N Wilson, M/N Ocean Hope II, M/N Laja y M/N APL Chile) la negativa de trato se encuentra justificada; y únicamente en un caso ("Naves pesqueras" - Nepomuseno, Playa Dovilar y E Illa de Rua) se ha encontrado la existencia de una negativa injustificada de trato.

IV.2.3.4.5. Confluencia de los requisitos establecidos en el artículo 5 del Decreto Legislativo 701

621. Como se señaló anteriormente, el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 establece los requisitos necesarios para que la Comisión declare como ilegal determinada conducta que se analiza como un supuesto de abuso de posición de dominio. Al respecto, del análisis realizado para la negativa injustificada de prestación de servicios a las "Naves pesqueras" se tiene lo siguiente:

- (i) La tenencia de posición de dominio se encuentra acreditada en la Sección IV.2.2 del presente informe;
- (ii) La actuación indebida se acredita con la negativa de prestar servicios de practica a la agencia marítima Tramarsa;



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance

- (iii) El fin de obtener beneficios se acredita por el hecho que la consolidación de un monopolio permitiría a la empresa la obtención de beneficios extraordinarios;
- (iv) El fin de causar perjuicios a otros se acredita en virtud a que la negativa de trato impediría una adecuada prestación de servicios de agenciamiento marítimo por parte de Tramarsa, empresa que competía con Pilot Station en la prestación de servicios de practica; y,
- (v) La imposibilidad del resultado de no existir posición de dominio se acredita como consecuencia de que no hubiese sido posible la afectación a la agencia marítima Tramarsa, si es que ésta no hubiese tenido que recurrir necesariamente a Pilot Station, dado que esta última era la empresa dominante.

IV.2.3.4.6. Conclusión

622. De acuerdo al análisis realizado de las conductas denunciadas como negativas injustificadas de trato, se tiene que sólo uno de los nueve casos denunciados constituye un abuso de posición de dominio bajo la modalidad de negativa injustificada a prestar servicios de practica marítimo en el TPC.

623. En efecto, se encuentra acreditado que el 10 de julio de 2001 Tramarsa solicitó servicios de practica a Pilot Station para las naves Nepomuseno, Playa Dovilar y E Illa de Rua. Como respuesta a dicha solicitud Pilot Station se negó a prestar los servicios requeridos. La negativa de trato no se encuentra justificada bajo ninguno de los argumentos presentados por los denunciados, esto es, la ausencia de un acuerdo comercial entre las empresas involucradas, el incumplimiento de las normativas vigentes y la existencia de facturas por pagar.

624. Por lo tanto, esta Secretaría Técnica recomienda a la Comisión declarar infundada la denuncia de la APOP y los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino, Lavado Carrillo y Boggiano Morales contra Pilot Station y las personas naturales investigadas bajo el presente extremo, en relación a las supuestas negativas a prestar servicios de practica a las naves:

- M/N Nedlloyd Acapulco
- M/N Manzanillo
- M/N Tamarugal
- M/N CSAV Barcelona
- M/N Wilson
- M/N Ocean Hope II
- M/N Laja
- M/N APL Chile

625. Asimismo, esta Secretaría Técnica recomienda a la Comisión declarar fundada la denuncia de la APOP y los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino, Lavado Carrillo y Boggiano Morales contra Pilot Station y las personas naturales investigadas bajo el presente extremo, en relación a la negativa a prestar servicios de practica a las naves:

- Nepomuseno, Playa Dovilar y E Illa de Rua

626. En particular, las personas naturales investigadas resultan responsables de la comisión de un abuso de posición de dominio bajo la modalidad de negativa injustificada de trato, debido a su participación, desde su ubicación privilegiada dentro de la empresa (cargos directivos y gerenciales), en la implementación de la negativa injustificada de prestación de servicios a las naves Nepomuseno, Playa Dovilar y E Illa de Rua.



IV.2.3.5. Análisis de las conductas en conjunto: la monopolización del mercado

627. Esta Secretaría Técnica ha determinado que el mercado relevante en el cual Pilot Station ostentó posición de dominio en el periodo materia de investigación fue el de practicaje marítimo en el TPC. Ello en atención a que no existían servicios sustitutos cercanos al servicio de practicaje marítimo que satisfagan la demanda de los usuarios en condiciones suficientes y adecuadas, así como por la imposibilidad de proveerse el servicio en cuestión de otras latitudes geográficas.

628. Se ha establecido, además, que la empresa y las personas naturales investigadas han cometido las infracciones listadas a continuación, las cuales configuran cada una de ellas una práctica anticompetitiva de abuso de una posición dominante, tipificadas en el Decreto Legislativo 701:

- a) El mantenimiento injustificado de contratos de exclusividad con la totalidad de prácticos marítimos en el TPC (diciembre de 2000) con la finalidad anticompetitiva de acaparar toda la oferta disponible, en perjuicio de otras empresas competidoras administradoras de prácticos marítimos.
- b) La negativa de permitir la realización de prácticas de maniobra en perjuicio de los aspirantes a prácticos marítimos autorizados por la autoridad portuaria. Ello como una política de Pilot Station ejecutada por los prácticos licenciados que laboraban para esta empresa (a menos que los aspirantes a prácticos firmaran contratos de exclusividad con la empresa denunciada), cuya finalidad anticompetitiva fue restringir la oferta del servicio de practicaje marítimo en el TPC.
- c) El inicio de acciones judiciales y denuncias administrativas con fines predatorios como represalias contra aquellos prácticos marítimos que decidieron renunciar a prestar sus servicios a través de Pilot Station y que, por el contrario, se incorporaron a otras empresas administradoras de prácticos. Ello evidenció la intención de Pilot Station y las personas naturales investigadas de impedir u obstaculizar la permanencia en el mercado relevante de los referidos prácticos marítimos y por ende de las empresas competidoras administradoras de prácticos marítimos que requirieron y contrataron los servicios de estos últimos.
- d) La negativa injustificada de prestar servicios de practicaje marítimo a las embarcaciones Nepomuseno, Playa Dovilar y E Illa de Rua solicitados por el operador marítimo Tramarsa.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance

629. Cada una de las prácticas anticompetitivas mencionadas en el párrafo anterior, cuya realización ha sido acreditada en las secciones precedentes del presente informe, guardan correspondencia con cada uno de los cargos del presente informe, guardan correspondencia con cada uno de los cargos formulados por la Comisión mediante Resolución N° 009-2002-CLC/INDECOPI del 28 de junio de 2002²⁵⁵. En efecto, en la referida resolución la Comisión resolvió admitir a trámite la denuncia por la presunta realización de prácticas de abuso de posición de dominio en las siguientes modalidades:

- a. celebración de contratos de exclusividad, según lo establecido en el literal f) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701;
- b. prácticas predatorias a través de mecanismos administrativos y judiciales, según lo establecido en el literal f) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.
- c. negativa injustificada de entrenar a nuevos prácticos, según lo establecido en el literal a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.
- d. negativa injustificada de prestar servicios de practicaje marítimo, según lo establecido en el literal a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

630. Como se ha afirmado en el presente acápite, cada una de las conductas atribuidas a la empresa denunciada constituyen de manera individual la comisión de un abuso de posición de dominio. Sin embargo, tales conductas vistas en conjunto evidencian también la comisión de una conducta abusiva de posición de dominio consistente en la monopolización anticompetitiva del mercado de practicaje marítimo en el TPC.

631. La suscripción de contratos de exclusividad con la totalidad de la oferta de prácticos marítimos disponible en el TPC (y penalidades altas por incumplimiento) así como la decisión de convertir en accionistas a todos los prácticos que habían suscrito los referidos contratos evidencia que la intención y el efecto buscado por Pilot Station, a través de la voluntad de sus gerentes y directivos, era el de obtener, y luego consolidar, una posición de dominio en la prestación del servicio de practicaje marítimo en el TPC. Esto resulta más evidente si a la práctica descrita se adiciona la realización de

²⁵⁵ En el supuesto que la Comisión haga suyas las consideraciones y conclusiones del presente informe, su decisión guardará correspondencia con el principio de congruencia procesal por el cual la autoridad no puede ir más allá de los cargos formulados ni puede fundar su decisión en hechos diversos a los que han sido determinados durante el trámite del procedimiento. Este principio se encuentra contemplado en los artículos 187 y 237 de la Ley 27444.

Ley del Procedimiento Administrativo General.- **Artículo 187.- Contenido de la resolución.-**

(...)

187.2 En los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

Artículo 237.- Resolución.-

237.1 En la resolución que ponga fin al procedimiento no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica.

conductas conexas tales como interponer acciones judiciales y administrativas contra los prácticos que renunciaron voluntariamente a prestar sus servicios a través de la empresa denunciada, la negativa injustificada de entrenar aspirantes de prácticos autorizados por la autoridad marítima y la negativa injustificada de proveer el servicio de practicaje marítimo a otro operador marítimo en el TPC.

Como se puede apreciar, la monopolización del mercado relevante por parte de la empresa denunciada no se debió a la implementación de eficiencias productivas o innovativas sino por su actuación indebida y anticompetitiva de acaparar la oferta de prácticos marítimos licenciados en el TPC, desplazando la competencia del mercado.

En nuestro ordenamiento jurídico no están prohibidos los monopolios. Esto significa que si las empresas llegan a monopolizar el mercado (desplazar a sus competidores) fruto de sus eficiencias productivas (reducción de costos y por ende menores precios) o innovativas (investigación y desarrollo, mejorando la calidad y variedad de los productos), ello en lugar de ser sancionado por la autoridad de competencia constituye un premio del mercado expresado en las preferencias de los consumidores.

Lo que está prohibido y sancionado por las normas de defensa de la libre competencia son los actos de monopolización del mercado que son consecuencia distinta de la implementación de eficiencias productivas o innovativas, y que no son otra cosa que los abusos de posición de dominio con efectos exclusorios²⁵⁶, tales como ventas atadas, discriminaciones de precios, negativas injustificadas de trato, prácticas predatorias, entre otros. En el presente caso, Pilot no intentó monopolizar el mercado a través de una disminución de precios o mejorando la calidad o diversidad de sus servicios sino mediante la implementación de una conducta reprochable: el acaparar —así como defender el acaparamiento de— toda la oferta disponible de servicios de practicaje a efectos de imponer precios de monopolio en el mercado.

632. Se podría afirmar que las conductas vistas en conjunto no se encuentran tipificadas como una infracción al Decreto Legislativo 701 en la modalidad de abuso de posición de dominio, por cuanto no se le ha relacionado con alguno de los literales del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

Al respecto, pese a que la resolución de formulación de cargos hace mención específica a los literales a) y f) del artículo 5, a efectos de identificar las presuntas modalidades de abuso imputadas a las denunciadas, debe tenerse presente que mediante Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI²⁵⁷ del 4 de junio de 2004 el Tribunal ha establecido que las conductas anticompetitivas prohibidas (conductas de abuso de posición de dominio y prácticas colusorias) se encuentran tipificadas en el artículo 3 y en los párrafos

²⁵⁶ En la Resolución N° 005-2005-INDECOPI/CLC recaída en el Expediente N° 014-2004/CLC, la Comisión señaló que era competente para conocer casos de abuso de posición de dominio explotativos, siempre y cuando se diera la concurrencia de los siguientes factores: (i) altas barreras de entrada al mercado, (ii) que exista un monopolio y (iii) que no exista regulación económica.

²⁵⁷ Resolución recaída en el Expediente N° 001-2003/CLC.

introdutorios de los artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo 701, señalando que los supuestos detallados en los literales de los referidos artículos²⁵⁸ son una mera enunciación a título de ejemplo, y de ninguna manera una tipificación distinta de aquella establecida expresamente en el referido artículo 3 de la mencionada ley.



633. A mayor abundamiento, el Tribunal ha señalado que en las leyes peruana y española²⁵⁹ y en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea²⁶⁰ se -

²⁵⁸ **Decreto Legislativo 701. -**

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

Son casos de abuso de posición de dominio:

- a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.
- b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones.
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- d) (Derogado por el artículo 12 del Decreto Legislativo 807).
- e) (Derogado por el artículo 12 del Decreto Legislativo 807).
- f) Otros casos de efecto equivalente.

Artículo 6.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

- a. La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- b. El reparto de mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;
- c. El reparto de las cuotas de producción;
- d. La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
- e. La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras o que se otorguen con carácter general en todos los casos en que existan iguales condiciones;
- f. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación o prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- g. La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;
- h. La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; y,
- i. Otros casos de efecto equivalente.

²⁵⁹ **Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (España).-**

Artículo 1. Conductas prohibidas.-

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir,

puede observar la utilización de la misma técnica legislativa, incluyendo en primer lugar la tipificación de los supuestos de abuso de posición de dominio o de prácticas colusorias como conductas sancionables y, acto seguido, listando un determinado número de supuestos a título de ejemplo de las modalidades más comunes de las referidas conductas prohibidas.



634. De otro lado, el Tribunal ha manifestado que, aun cuando no es un método de interpretación privilegiado, debe observarse la Exposición de Motivos del

restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el número 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

3. Los órganos de defensa de la competencia podrán decidir no iniciar o sobreseer los procedimientos previstos en esta Ley respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.

260 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.-

Artículo 81.-

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a. fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b. limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c. repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e. subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Decreto Legislativo 807²⁶¹, respecto de la modificación de los artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo 701, que ha continuación se cita:

La experiencia de los últimos tres años en la aplicación de la Ley de Libre Competencia demuestra que existían algunos supuestos que no habían sido contemplados de manera expresa como infracciones, pero que sin embargo suscitaron problemas en el mercado. Por otra parte, en algunos casos estaban tipificados supuestos que ya estaban contemplados en otros incisos o que no constituían técnicamente casos de prácticas monopólicas controlistas o restrictivas, generando una duplicidad innecesaria. De otro lado, el Indecopi interpretó —en base a la normatividad existente antes de la reforma— que las infracciones tipificadas no constituían una relación taxativa, sino simplemente enunciativa, pudiendo contemplarse otros casos no previstos expresamente, siempre que se enmarcaran dentro de la cláusula general del artículo 3 o de las definiciones generales de abuso de posición de dominio (artículo 5) y prácticas restrictivas (artículo 6) en el Decreto Legislativo N° 701, y que tuvieran efectos equivalentes a las prácticas expresamente contempladas. En tal sentido, aclarar legislativamente el ámbito de las prácticas prohibidas permite que los agentes económicos sean conscientes de los supuestos por los que pueden ser sancionados y que no se inhiban únicamente de aquellos actos enumerados expresamente en la Ley.

(el resaltado es nuestro)

635. Como puede observarse, el extracto citado de la Exposición de Motivos evidencia que, en un procedimiento sancionador por la presunta comisión de una práctica anticompetitiva, la autoridad de competencia debe determinar si la conducta investigada constituye un supuesto típico previsto en el artículo 3 concordado con las definiciones incluidas en los párrafos introductorios de los artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo 701, no debiendo limitarse a los literales de los referidos artículos, toda vez que estos constituyen una relación meramente enunciativa (a manera de ejemplo) de las manifestaciones más comunes de conductas anticompetitivas.
636. En otras palabras, los supuestos de hecho tipificados en el artículo 3 del Decreto Legislativo 701, que constituyen conductas o actos prohibidos y sancionables, son: (i) el abuso de posición de dominio en el mercado y (ii) las prácticas colusorias (prácticas restrictivas de la libre competencia). Si bien es cierto que las referidas conductas constituyen el supuesto típico de la infracción administrativa, no es menos cierto que es necesario recurrir a los párrafos introductorios de los artículos 5 y 6 para precisar qué se entiende por abuso de posición de dominio y por prácticas colusorias.
637. De manera análoga, en materia penal económica, la doctrina ha aceptado la existencia de leyes penales en blanco que utilizan leyes complementarias extrapenales a efectos de precisar la conducta típica punible. Así por ejemplo, el artículo 232 del Código Penal peruano²⁶² tipifica el delito de abuso

²⁶¹ Publicada el 18 de abril de 1996.

²⁶² Código Penal.-

Artículo 232.- El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva,

de posición "monopólica", señalando que será reprimido con pena privativa de libertad, quien, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia. En este caso, el juez penal deberá remitirse a ley de la materia, esto es, el Decreto Legislativo 701, a efectos de conocer los supuestos que la infringen.

638. El principio de tipicidad tiene características especiales distintas cuando se aplica bien al Derecho Administrativo o bien al Derecho Penal. En efecto, en el Derecho Administrativo "la descripción rigurosa y perfecta de la infracción es, salvo excepciones, prácticamente imposible. El detallismo del tipo tiene su límite. Las exigencias maximalistas sólo conducen, por tanto, a la parálisis normativa o a las nulidades de buena parte de las disposiciones sancionadoras existentes o por dictar"²⁶³. En otras palabras, en materia administrativa no es posible establecer un catálogo taxativo de conductas infractoras, como ocurre en materia penal, siendo la tipificación suficiente "cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra"²⁶⁴.
639. Las conductas realizadas por la empresa denunciada vistas en conjunto (la monopolización del mercado) se encuentran perfectamente tipificadas como una conducta anticompetitiva contenida en el artículo 3 y el párrafo introductorio del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, disposiciones que prohíben y sancionan el abuso de posición de dominio que genere perjuicios para el interés económico general, entendiéndose por abuso cuando una empresa con poder de mercado actúa de manera indebida (acaparar la oferta de prácticos), con el fin de obtener beneficios (mayores precios por el servicios de practicaje) y causar perjuicios a otros (desplazar competidores para monopolizar el mercado de practicaje en el TPC), que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.
640. Un indicio adicional de que las conductas anticompetitivas atribuidas a la empresa denunciada constituyen en conjunto un supuesto típico de monopolización, es el hecho de que los directos beneficiarios de toda la estrategia montada (es decir, cada una de las conductas) a efectos de consolidar y mantener la posición de dominio de Pilot Station, fueron las personas naturales que actuaron como sus directivos y gerentes, es decir, quienes constituían la verdadera voluntad social de la empresa.
641. En efecto, fueron tales personas quienes promovieron la constitución de Pilot Station como un mecanismo societario que aglutinara a todos los prácticos marítimos licenciados en el TPC²⁶⁵. Asimismo, fueron ellos quienes citaron y

mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta y trescientos sesenticinco días - multa e inhabilitación conforme al Artículo 36, incisos 2 y 4.

²⁶³ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 2000. p. 293.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 293.

²⁶⁵ En la entrevista realizada el 25 de noviembre de 2004 al práctico marítimo Chávez Gurmendi, éste señaló lo siguiente:

reunieron a cada práctico marítimo del TPC a efectos de formar parte de la empresa denunciada, primero como trabajadores a través de la suscripción de contratos de exclusividad y luego como accionistas de Pilot Station. Finalmente, fueron ellos quienes promovieron la realización de las prácticas anticompetitivas conexas descritas en el punto 631 del presente acápite, como una forma de garantizar la continuidad del poder de mercado de Pilot Station y, por ende, continuar, percibiendo beneficios monopólicos generados por su conducta anticompetitiva y no como producto de su propia eficiencia.

Indecopi: (...) Al respecto, quisiera iniciar preguntándole, ¿cómo se origina esta aglutinación, llamémoslo así, de todos los prácticos del Callao en Pilot Station? ¿Cómo es que lo convocan a usted para formar Pilot Station?

Chávez Gurmendi: Bueno, en su oportunidad, las personas que empezaron a reunirse fueron el Capitán Loyola, el Capitán Angeles, Mario Angeles, el Capitán Gálvez, bueno, nos convocaron a todos los prácticos a raíz de que habían muchos problemas (...) habían bastantes que no estaban de acuerdo, bastantes en que no les daban trabajo, habían diversidad de problemas. Entonces, primeramente, decidimos reunirnos como una asociación, como cualquier profesional, como una asociación para ver nuestros problemas, tratar de protegernos sobre los posibles abusos que podrían haber para los prácticos, pero, este, esto no estaba muy claro, era una cosa que no estaba muy clara la forma cómo es que se iba a proceder, pero como asociación, bueno, yo acepté, no hay ningún problema, como asociación soy libre de asociarme como cualquier profesional.

Indecopi: Como asociación está hablando de la asociación que existe en el Callao, esta ASPEPRAMA o de una asociación, digamos...

Chávez Gurmendi: Como ASPEPRAMA, o sea, ahí más que nada esa asociación ASPEPRAMA fue el centro de reunión de esto, o sea ASPEPRAMA como ASPEPRAMA empezamos a reunirnos, pero, surgió la idea de que también se haga como empresa, se forme como empresa, entonces, yo tenía mi propia empresa así como otros prácticos tenían sus propias empresas, teníamos nuestros propios clientes, mayormente yo no tenía problemas con las agencias navieras o agencias portuarias, no tenía mayor problema yo, porque tenía clientes, era bien considerado, me pagaban de acuerdo al mercado, o sea yo no presentaba mayor problema. El problema era de que habían muchos prácticos, compañeros, que sí, o sea, no los querían contratar, o cosas por el estilo, por solidaridad más que nada, como ayuda dijimos, ok, vamos a unirnos pues a ver qué pasa, a ver, tratar de que, de que no, o sea, porque las tarifas estaban, pues, estaban que se iban hasta el suelo y a un práctico pues por un maniobra de US\$ 1 000,00 dólares, le pagaban hasta 30 dólares, 20 dólares, o sea, ya eran abusos grandes que había que pararlos. Conmigo no sucedía ese problema, pero sí con otros, ¿por qué? no sé, cada cual le aceptaba el precio que creía conveniente ¿no?.

Indecopi: Esto cómo se hace, ¿se producen varias reuniones?, ¿los llaman a ustedes?

Chávez Gurmendi: No, muy pocas reuniones, específicamente, pues unas dos, tres reuniones.

Indecopi: Coordinando la formación de la empresa o....

Chávez Gurmendi: Sí, los encargados de esto eran otros, yo no estaba en eso, no, simplemente a mí cuando estaba prácticamente organizado me llamaron, inclusive me sorprendió cuando, este, dijeron de que ya todos estaban unidos y que a partir de tal fecha, creo que era a partir del 5 de enero algo así...

Indecopi: 8 de enero del 2000.

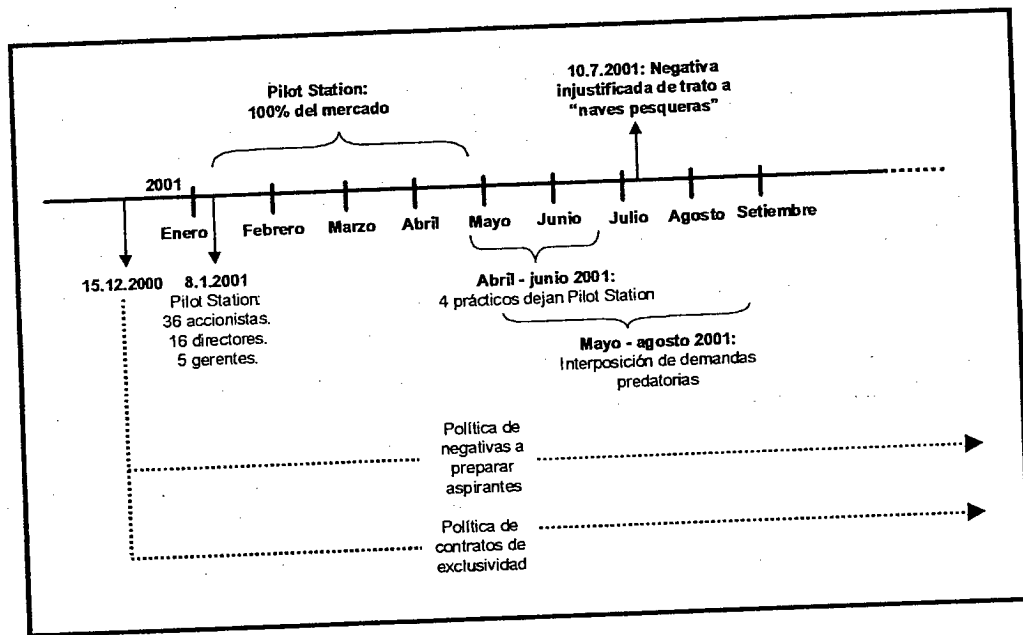
Chávez Gurmendi: 8 de enero, a mí me llamaron el día anterior, el día 7, en la noche, para decirme que a partir del día siguiente a las ocho de la mañana, ya todos íbamos a estar juntos, unidos, y que sé yo, entonces yo medio que me sorprendí, quedé sorprendido, ¿qué pasa?, ¿qué pasó? medio que no entendí muy bien (...)

642. De modo que, si bien vistas individualmente las conductas cometidas por Pilot Station constituyen un supuesto de abuso de posición de dominio, el fin y efecto anticompetitivo de estas prácticas cobra mayor evidencia cuando son vistas como un todo, es decir, como parte de una sola estrategia cuya finalidad fue consolidar y mantener la posición de dominio de Pilot Station, que redundara en beneficio directo, principalmente, de las personas naturales investigadas que ejercieron cargos gerenciales y directivos de la empresa y que a su vez eran accionistas de ésta.

643. En ese sentido, la prácticas anticompetitivas descritas a lo largo del presente informe constituyen en conjunto un supuesto de abuso de posición de dominio tipificado en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701. Esta unidad o conjunto de prácticas traduce una estrategia cuya finalidad y efecto fue la monopolización del mercado de practicaje marítimo en el TPC, la misma que no se relaciona con un crecimiento económico de la empresa denunciada logrado en base a eficiencias productivas o innovativas, sino por la comisión de prácticas dañinas al mercado (en perjuicio de otros competidores y de los usuarios del servicio).

644. A continuación, el Gráfico N° 21 muestra el conjunto de conductas investigadas considerando el tiempo de su realización.

Gráfico N° 21
Las conductas investigadas analizadas en el tiempo



IV.2.4. Determinación de la sanción

645. Para que los administrados adecuen sus conductas al ordenamiento jurídico, el beneficio esperado de no cumplir la ley debe ser menor o igual al beneficio esperado de cumplir la ley.

646. Bajo dicha premisa, las sanciones administrativas cumplirán su propósito de desincentivar la realización de infracciones administrativas sólo si la cuantía

o magnitud de ellas supera o iguala el beneficio extraordinario²⁶⁶ percibido por los administrados por la realización de tales infracciones. De lo contrario, los administrados recibirán el mensaje (no deseado) de que el beneficio extraordinario obtenido con la infracción será superior a la sanción administrativa, razón por la que podrían optar por cometer la infracción. Por ello, el artículo 203 de la Ley 27444, al desarrollar el principio de razonabilidad, señala que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

647. Sin embargo, no en todos los casos será suficiente con fijar una sanción que sea mayor o igual al beneficio extraordinario obtenido por el infractor a partir de la transgresión de la norma. Deberá tenerse en cuenta también la posibilidad de detección de la infracción.
648. En efecto, en caso de que la infracción sea difícil de detectar, al momento de decidir si lleva a cabo la conducta prohibida el administrado puede considerar que, pese a que el beneficio extraordinario no supera a la sanción esperada, le conviene infringir la norma si no existe mayor probabilidad de que sea detectado. Por lo tanto, para desincentivar una infracción que difícilmente será detectada es necesario imponer una multa más elevada a los infractores, a efectos de que reciban el mensaje de que si bien puede ser difícil que sean encontrados responsables, en caso de que ello ocurra, recibirán una sanción significativa. Ello, con el objeto de que los agentes consideren los costos de la conducta y sean incentivados a desistir de llevarla a cabo.
649. En ese sentido, la multa deberá ser mayor o por lo menos igual al beneficio extraordinario dividido entre la probabilidad de detección. Ello garantiza que las sanciones administrativas tengan realmente un efecto disuasivo (Gráfico N° 22).²⁶⁷

²⁶⁶ Diferencia entre el beneficio de no cumplir la ley y el beneficio de cumplir la ley.

²⁶⁷ Formalmente se llega a ese resultado de la siguiente manera:

$$BE^{NL} = (B^{NL} - Multa)(P_{det}) + (B^{NL})(1 - P_{det})$$

$$BE^{NL} = B^{NL} \cdot P_{det} - Multa \cdot P_{det} + B^{NL} - B^{NL} \cdot P_{det}$$

$$BE^{NL} = B^{NL} - Multa \cdot P_{det} \leq B^L$$

$$(B^{NL} - B^L) - Multa \cdot P_{det} \leq 0$$

$$B_{Ext} \leq Multa \cdot P_{det}$$

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} \leq Multa$$

Donde:

BE^{NL} = Beneficio esperado de no cumplir la ley

B^{NL} = Beneficio de no cumplir la ley

B^L = Beneficio de cumplir la ley

P_{det} = Probabilidad de detección

B_{Ext} = Beneficio extraordinario

Gráfico N° 22
Determinación de la multa

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} \leq Multa$$



a) La capacidad sancionadora de la Comisión

650. En particular, el artículo 23 del Decreto Legislativo 701 delimita la cuantía de las multas que pueden ser impuestas por la Comisión bajo los siguientes parámetros:

(i) en los casos en que la infracción fuese calificada como leve o grave, la Comisión puede imponer una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor en el ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión;

y

(ii) en caso que la infracción fuera calificada como muy grave, la Comisión puede imponer una multa superior a las mil (1 000) UIT, siempre que la misma no supere el 10% de dichas ventas o ingresos brutos²⁶⁸.

651. Asimismo, el mencionado artículo señala los criterios que la autoridad debe considerar para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, los cuales son:

- La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.
- La dimensión del mercado afectado.
- La cuota de mercado afectado de la empresa correspondiente.
- El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.
- La duración de la restricción de la competencia.
- La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.²⁶⁹

²⁶⁸ **Decreto Legislativo 701.-**

Artículo 23°.- La Comisión de Libre Competencia podrá imponer a los infractores de los artículos 3, 5 y 6 las siguientes multas:

- Si la infracción fuese calificada como leve o grave, una multa de hasta mil (1,000) UITs, siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.
- Si la infracción fuera calificada como muy grave, podrá imponer una multa superior a las mil (1,000) UITs siempre que la misma no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

²⁶⁹ **Decreto Legislativo 701.-**

Artículo 23.-

(...)

Los criterios que la Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes son los siguientes:

652. Adicionalmente, el propio artículo 23 del Decreto Legislativo 701 establece que la Comisión podrá imponer sanciones a cada uno de los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos de la empresa o entidad infractora. Dichas sanciones, de acuerdo al mencionado artículo, no podrán ser superiores a 100 UITs.²⁷⁰

b) Cálculo de la sanción para el presente caso

653. A fin de establecer la sanción pecuniaria correspondiente a Pilot Station y a los Directores y Gerentes Investigados corresponde analizar el efecto restrictivo sobre la libre competencia y el daño causado por éstos al interés económico general al haber abusado de su posición de dominio al implementar diversas conductas con el objeto de sostener ilegalmente un monopolio, en el caso de Pilot Station, o dirigir y permitir dicha monopolización ilegal, en el caso de los Directores y Gerentes Investigados.

654. La monopolización ilegal implementada por Pilot Station a través del abuso de su posición de dominio ocasionó un efecto restrictivo directo a la libre competencia, restringiendo o eliminando la puja competitiva entre agentes por hacerse de una mayor participación de mercado de manera legítima a través de ofrecer mejores servicios, a los menores precios posibles.

655. En el presente caso, la monopolización ilegal privó a la sociedad (afectando el interés económico general) de los beneficios producidos por la libre interacción de los agentes del mercado de practica por hacerse de una mayor participación de mercado, limitando con ello la asignación eficiente de los recursos. Una reducción en el número de competidores²⁷¹ resulta en una disminución de la oferta de bienes o servicios y en un mayor precio asociado a ellos²⁷². Dicho resultado reduce el excedente del consumidor y genera pérdidas de eficiencia social, afectando el interés económico general.

- a) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.
- b) La dimensión del mercado afectado.
- c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.
- d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.
- e) La duración de la restricción de la competencia.
- f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

²⁷⁰ **Artículo 23.-**

(...)

Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una empresa o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

²⁷¹ *Ceteris Paribus.*

²⁷² Ejercicios teóricos han demostrado que mercados con estructura monopólica presentan un mayor precio y una menor cantidad de bienes o servicios que mercados con estructura oligopólica, y que éstos, a su vez, presentan mayores precios y menores cantidades producidas que mercados con estructura de competencia. Al respecto, Viscusi, Vernon y Harrington han señalado:

La teoría del oligopolio no ha dado predicciones definitivas análogas a la predicción precio = costo marginal de la competencia perfecta, o a la predicción de precio superior al costo marginal del monopolio. La mayoría de teorías de oligopolio implican que el precio excede el costo marginal, pero por menos que bajo monopolio.

656. Como se ha señalado, la multa a imponer a los infractores de las normas de defensa de la libre competencia debe ser igual o superior a los beneficios extraordinarios que éstos esperaban obtener por la comisión de dicha infracción. Con relación a los beneficios extraordinarios que Pilot Station esperaba obtener de las conductas de abuso de posición de dominio que implementó, se puede establecer que éstos eran aquellos producidos por la imposición de precios monopólicos en la prestación de servicios de practicaaje en el TPC. Por lo tanto, el beneficio extraordinario que Pilot Station esperaba obtener de la implementación de conductas anticompetitivas se puede calcular a través de la multiplicación de la diferencia entre el precio impuesto en enero de 2001 ("precio resultante") y el precio vigente en el mercado con anterioridad a dicho incremento de precios ("precio inicial") por el número de servicios que esperaba prestar en el periodo de tiempo de sostenimiento artificial del monopolio.

03125

657. Toda vez que la forma usual de facturar el servicio de practicaaje distingue distintos precios según el TRB de la nave y el horario de realización del movimiento, para una correcta estimación de los beneficios extraordinarios esperados por Pilot Station corresponde considerar dichos factores en el cálculo. En este sentido, los diferenciales de precios obtenidos de la resta entre el "precio resultante" y el "precio inicial" se observan en el cuadro que aparece a continuación:

Cuadro N° 18
Diferenciales de precios

Capacidad	Precio base inicial *	Precio base resultante**	Recargo		Precio inicial	Precio resultante	Diferencial de precios
			Horas	%	US\$	US\$	US\$
T.R.B.	US\$	US\$					
De 0 a 15 000	0,022734855	0,04	De 00:00 a 07:00	50,0	0,0341023	0,06000	0,0258977
			De 07:01 a 15:59	0,0	0,0227349	0,04000	0,0172651
			De 18:00 a 11:59	25,0	0,0284186	0,05000	0,0215814
			Domgs. y Feriados	50,0	0,0341023	0,06000	0,0258977
De 15 001 a 25 000	0,018364545	0,03	De 00:00 a 07:00	50,0	0,0275468	0,04500	0,0174532
			De 07:01 a 15:59	0,0	0,0183645	0,03000	0,0116355
			De 18:00 a 11:59	25,0	0,0229557	0,03750	0,0145443
			Domgs. y Feriados	50,0	0,0275468	0,04500	0,0174532
De 25 001 a más	0,00884488	0,015	De 00:00 a 07:00	50,0	0,0132673	0,02250	0,0092327
			De 07:01 a 15:59	0,0	0,0088449	0,01500	0,0061551
			De 18:00 a 11:59	25,0	0,0110561	0,01875	0,0076939
			Domgs. y Feriados	50,0	0,0132673	0,02250	0,0092327

Fuente: Informe N° 004-2002-INDECOPI/CLC

Elaboración ST-CLC/INDECOPI

* Precios promedio ponderado por total de TRB movilizado de una muestra representativa de empresas administradoras de prácticos. (Ver el cálculo de dichos precios en los Anexos 1 y 2)

Traducción libre del siguiente texto:

Oligopoly theory does not yield any definite predictions analogous to the price = marginal cost prediction of perfect competition, or the price greater than marginal cost prediction of monopoly. Most theories of oligopoly imply that price will exceed marginal cost, buy by less than under monopoly.

(VISCUSI. W. Kip, HARRINGTON, Joseph y VERNON, John. Op. Cit., pág. 81.)

658. Como ha quedado demostrado en el procedimiento, a través de los contratos de exclusividad celebrados con la totalidad de prácticos disponibles en el TPC en enero de 2001; la elevación de barreras a la entrada de nuevos prácticos, a través de la negativa de permitir su entrenamiento; la pretendida exclusión del mercado de los prácticos denunciados, a través de la imposición de demandas predatorias; y la negativa de trato dirigida a una empresa administradora de prácticos competidora; Pilot Station pretendió instalar un monopolio en la prestación de servicios de practicaje en el TPC. Sin embargo, considerando la posibilidad: (i) de que en el mediano plazo podía producirse el ingreso de nuevos prácticos al TPC, (ii) de que prácticos de Pilot Station podían salirse de esta empresa y significar competencia para ella (como fue el caso de los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino, Lavado Carrillo y Boggiano Morales), (iii) del traslado de prácticos de otros puertos al TPC de modo que significasen competencia para Pilot Station, de la intervención de la Comisión y la imposición de medidas correctivas por parte de ésta, entre otros, esta Secretaría Técnica considera que la expectativa de Pilot Station era sostener un monopolio en el TPC por lo menos por un lapso de 2 años: los años 2001 y 2002.

659. En particular, se asumirá para la realización de los cálculos siguientes que el volumen de movimientos que Pilot Station esperaba realizar durante los años 2001 y 2002 es exactamente el mismo que se produjo en dichos años en el TPC, ello toda vez que el número de naves que arribaron al TPC y sus respectivos tonelajes no han sufrido variaciones significativas en los últimos años y, por ende, resultaba relativamente fácil estimar el volumen de operaciones a realizar en dichos años.

660. Por lo tanto, para obtener el beneficio extraordinario que Pilot Station esperaba obtener producto de sus conductas anticompetitivas se debe multiplicar el diferencial de precios antes hallado por el TRB movido durante los años 2001 y 2002, años en los que Pilot Station esperaba sostener su monopolio, según las tarifas que correspondan de acuerdo al TRB de las naves a las que se prestó el servicio y al horario de los movimientos. En el Cuadro N° 19 se presenta el TRB movido durante los años 2001 y 2002 según TRB de la nave y horario del movimiento.

Cuadro N° 19
TRB movido según TRB de la nave y horario del movimiento
2001-2002

Capacidad	Horario	2001	2002	Total de servicios
T.R.B.	Horas	T.R.B.	T.R.B.	T.R.B.
De 0 a 15 000	De 00:00 a 07:00	3 284 558	2 468 684	5 753 242
	De 07:01 a 15:59	10 450 658	6 314 736	16 765 394
	De 18:00 a 11:59	4 003 226	3 334 279	7 337 504
	Domgs. y Feriados	2 556 708	2 371 983	4 928 691
De 15 001 a 25 000	De 00:00 a 07:00	9 618 558	7 154 279	16 772 837
	De 07:01 a 15:59	20 271 210	13 207 257	33 478 467
	De 18:00 a 11:59	9 506 382	7 476 133	16 982 515
	Domgs. y Feriados	5 765 464	5 667 089	11 432 553
De 25 001 a más	De 00:00 a 07:00	6 429 934	7 933 311	14 363 245
	De 07:01 a 15:59	12 225 578	12 833 484	25 059 062
	De 18:00 a 11:59	6 374 238	7 744 769	14 119 007
	Domgs. y Feriados	4 576 992	6 248 518	10 825 510

Fuente: Informe N° 004-2002-INDECOPI/CLC, Enapu S.A.
 Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

661. En el Cuadro N° 20 se detallan los beneficios extraordinarios que Pilot Station esperaba obtener gracias a sus prácticas anticompetitivas según TRB de la nave y horario del movimiento, el total de estos beneficios extraordinarios asciende a US\$ 2 348 690,00.

Cuadro N° 20
Beneficios extraordinarios esperados por Pilot Station
2001-2002

Capacidad	Horario	Diferencial de precios	Total de servicios	Beneficio extraordinario esperado
T.R.B.	Horas	US\$	T.R.B.	US\$
De 0 a 15 000	De 00:00 a 07:00	0,0258977	5 753 242	148 996
	De 07:01 a 15:59	0,0172651	16 765 394	289 457
	De 18:00 a 11:59	0,0215814	7 337 504	158 354
	Domgs. y Feriados	0,0258977	4 928 691	127 642
De 15 001 a 25 000	De 00:00 a 07:00	0,0174532	16 772 837	292 739
	De 07:01 a 15:59	0,0116355	33 478 467	389 537
	De 18:00 a 11:59	0,0145443	16 982 515	246 999
	Domgs. y Feriados	0,0174532	11 432 553	199 534
De 25 001 a más	De 00:00 a 07:00	0,0092327	14 363 245	132 611
	De 07:01 a 15:59	0,0061551	25 059 062	154 242
	De 18:00 a 11:59	0,0076939	14 119 007	108 630
	Domgs. y Feriados	0,0092327	10 825 510	99 948
Total				2 348 690

Fuente: Informe N° 004-2002-INDECOPI/CLC, Enapu S.A.
 Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

662. Como se señaló previamente, para obtener la multa que se ha de aplicar a los infractores también se debe considerar la probabilidad de detección de la infracción. En el presente caso, toda vez que: (i) el mercado de servicios de practicaje marítimo en el TPC había sido ya materia de análisis por parte de la Comisión por supuestas prácticas colusorias en el año 2001²⁷³; (ii)

²⁷³ Resoluciones números 010-2002-INDECOPI/CLC y 012-2002-INDECOPI/CLC.

mediante Resolución N° 0131-2003/TDC-INDECOPI del 11 de abril de 2003 el Tribunal encomendó a la Comisión la supervisión cercana del funcionamiento del mercado de servicios de practicaaje marítimo en el TPC, a fin de prevenir el empleo de mecanismos antijurídicos para el mantenimiento de la concentración económica en una sola empresa en dicho mercado; y, (iii) el presente caso incluye una diversidad de modalidades de abuso de posición de dominio que en conjunto constituyeron una monopolización ilegal del mercado de servicios de practicaaje en el TPC; era inevitable la intervención de la Comisión y, por lo tanto, se considerará una probabilidad de detección de 100%.

663. En consecuencia, el nivel de las sanciones a imponer quedaría establecido según lo contenido en el Cuadro N° 21:

Cuadro N° 21
Sanciones a imponer

Beneficio extraordinario esperado	Tipo de cambio *	Beneficio extraordinario esperado	Probabilidad de detección	Sanciones a imponer
US\$	S/. x US\$	S/.	%	UIT
2 348 690	3,259	7 654 380,9	100	2 319,5

*Tipo de cambio impuestos (www.bn.com.pe, 9:38 a.m. del 31 de enero de 2005)
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

664. Cabe resaltar que la utilización del beneficio extraordinario que la empresa esperaba obtener –producto de la realización de su conducta anticompetitiva– para efecto del cálculo de la multa a imponer, determina que se cumpla con la utilización de los criterios para la graduación de sanciones contenidos en el artículo 23 del Decreto Legislativo 701. En efecto, el concepto de beneficio extraordinario utilizado incorpora, a efectos de determinar la sanción a imponer, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto de la conducta y la duración de la misma.

Como se ha señalado, el Decreto Legislativo 701 establece hasta tres niveles de infracciones, leves, graves y muy graves. La calificación de la infracción tendrá efectos sobre el nivel de las sanciones a imponer a los infractores.

665. En el presente caso, considerando que se ha evidenciado la elaboración e implementación de una estrategia destinada a establecer ilegalmente un monopolio en el mercado de servicios de practicaaje en el TPC, a través de diversas conductas que califican como abusos de posición de dominio, es decir, el sostenimiento de contratos de exclusividad, la negativa a preparar a los aspirantes a prácticos que deseaban ingresar al mercado, la imposición de demandas predatorias y la negativa de prestación de servicios de practicaaje, y en función al perjuicio generado, a criterio de esta Secretaría Técnica la infracción debe ser calificada como muy grave.

666. Ahora bien, el artículo 23 del Decreto Legislativo 701 establece que para las infracciones que sean calificadas como muy graves corresponderá una multa incluso superior a las 1000 UIT, pero considerando un límite máximo de 10%

de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

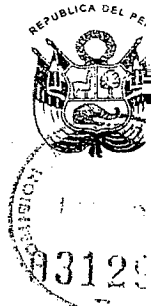
667. Por lo tanto, considerando que los ingresos brutos de Pilot Station en el 2004 fueron US\$ 941 788,00²⁷⁴, la multa a imponer a la empresa infractora no podrá ser superior a US\$ 94 178,80. De esta manera, considerando la gravedad de la infracción ya descrita, es opinión de esta Secretaría Técnica que se debe imponer la máxima sanción posible a Pilot Station que permite la ley, esto es noventa y tres (93) UITs.

668. Por otro lado, además de Pilot Station, han sido partes investigadas en el presente procedimiento diversas personas naturales que ocuparon cargos directivos y gerenciales en dicha empresa. Dichas personas naturales han sido encontradas también responsables de la monopolización ilegal del mercado de servicios de practicaje marítimo en el TPC, debido a su participación en el diseño, dirección, coordinación y sostenimiento de las infracciones identificadas; a saber, el sostenimiento de los contratos de exclusividad celebrados con la totalidad de prácticos disponibles en el TPC en enero de 2001; la elevación de barreras a la entrada de nuevos prácticos, a través de la negativa de permitir su entrenamiento; la pretendida exclusión del mercado de los prácticos denunciantes, a través de la imposición de demandas predatorias; y la negativa de trato dirigida a una empresa administradora de prácticos competidora.

669. En efecto, las personas naturales investigadas ocuparon cargos de directores y gerentes en Pilot Station durante el periodo de tiempo en el que ocurrieron las infracciones identificadas por esta Secretaría Técnica. Desde dicha posición privilegiada dentro de la empresa implementaron las diversas políticas que se constituyeron en un abuso de la posición de dominio que ostentaba Pilot Station en el mercado relevante.

670. Las personas naturales investigadas son pacibles de sanción en el presente procedimiento debido a dos aspectos diferenciados. En primer lugar, por su directa participación en el diseño, dirección, coordinación y sostenimiento de las infracciones identificadas. En segundo lugar, porque ellas resultan las directas beneficiarias de las conductas anticompetitivas implementadas, puesto que fueron partícipes, a lo largo del tiempo, de los beneficios extraordinarios obtenidos gracias a las mencionadas infracciones, a través de dietas de directorio, remuneraciones por cargos gerenciales, remuneraciones por prestación de servicios de practicaje, repartición de utilidades como accionistas, entre otros. La conjunción de ambos aspectos permite el establecimiento de sanciones pecuniarias para las personas naturales investigadas.

²⁷⁴ Información proporcionada por Pilot Station mediante Carta PS N° 024-05/GG del 27 de enero de 2005. Si bien la empresa mediante Carta PS N° 040-05/GG solicitó la confidencialidad de sus niveles de ventas (en dólares americanos) y publicó que su ingreso estimado para el año 2004 fue de US\$ 900 000,00, mediante Resolución N° 007-2005-INDECOPI/CLC la Comisión autorizó a esta Secretaría Técnica a publicar el nivel de ventas anual de Pilot Station correspondiente al año 2004, de ser estrictamente necesario para la elaboración del presente informe técnico. Siendo que para el cálculo de las sanciones a imponer resulta estrictamente necesario utilizar y publicar dicha cifra, en la presente sección se utiliza el nivel de ventas anual correspondiente al año 2004 proporcionado por Pilot Station ascendente a US\$ 941 788,00.



671. Cabe señalar que, de lo anterior, se deduce que no resultarían responsables aquellos prácticos que no tuvieron cargos directivos o gerenciales dentro de la empresa sino que simplemente fueron trabajadores y/o accionistas de ésta durante el periodo de comisión de las infracciones identificadas. Es por ello además que el presente procedimiento tampoco fue iniciado contra aquéllos.

672. Ciertamente, a la empresa denunciada le corresponde ser sancionada por su calidad de agente económico con personalidad jurídica propia, que compete en el mercado relevante y que, por ser destinataria de las normas jurídicas, tiene por ello un especial deber de organizarse con medidas de control y vigilancia oportunas para evitar la comisión de infracciones. Sin embargo, no debe perderse de vista que las empresas o personas jurídicas, pese a contar con dicha personalidad jurídica, son sólo entes colectivos que actúan a través de sus órganos de dirección y gerencias que en última instancia constituyen su verdadera fuente de voluntad social y que, por ende, pueden actuar en beneficio propio en procura de mayores beneficios (más aun si tienen titularidad sobre ente social), con el agravante que ello significa. Por lo tanto, queda plenamente justificada la imposición de multas a los directores y gerentes investigados.

673. Ahora bien, la sanción a imponer a los directores y gerentes investigados deberá guardar directa relación con la responsabilidad de éstos en las infracciones cometidas. En virtud a ello aquellas personas naturales investigadas que ostentaron cargos de mayor jerarquía al interior de Pilot Station deberán ser sujetas de mayores sanciones pecuniarias.

674. En particular, de acuerdo al Reglamento Interno de Trabajo de Pilot Station para el año 2001, el presidente de directorio de la empresa:

4101. Es la Autoridad Ejecutiva de mayor nivel en la Empresa, es responsable de la conducción del Planeamiento Estratégico para el Desarrollo de las actividades, y del Programa Comercial Anual.

(...)

4103. Será un Práctico Marítimo en actividad, accionista de PILOT STATION S.A., nombrado por la mayoría de la Junta General de Accionistas, (sic) por dos años (...)

675. Como se aprecia el presidente del directorio es el responsable de la política estratégico-comercial de la empresa, es decir quien conduce las principales políticas de ésta. Asimismo, se verifica que esta persona es un práctico y accionista de Pilot Station que obtendrá beneficios económicos producto de sus decisiones como máxima autoridad ejecutiva, sean éstas legales o ilegales, a través de dietas de directorio, remuneraciones por servicios de practiceaje y participación en las utilidades de la empresa como accionista.

676. De similar manera, el mencionado reglamento interno establece, respecto de los directores de Pilot Station, principalmente que:

Del Directorio

(...)

4211. El cargo de Director es retribuido. Si el Estatuto no prevé el monto de la retribución, lo determinará la Junta General.

(...)

Funciones del Directorio

4301. Participar en la formulación del Plan de Objetivos de Pilot Station S.A.

4302. Establecer los objetivos de la Gerencia General (...) buscando la mayor contribución a los objetivos generales de la empresa.

4303. Formular las disposiciones necesarias para la eficiente marcha de la empresa, en el área de su competencia, (...)

(...)
4307 Supervisará las labores de la Gerencia General y diferentes gerencias.

(...)

4310. Aprobará anualmente la remuneración de los Prácticos, (...)

4311. Aprobará el Presupuesto Anual elaborado y presentado por la Gerencia General.

(...)

677. Como se aprecia, los directores son los encargados de formular el plan de objetivos de la empresa, los objetivos de la gerencia general y, en suma, de establecer las políticas de desempeño de la empresa en el mercado en el cual participa. Asimismo, el directorio tiene la facultad de aprobar las remuneraciones que recibirán los prácticos de la empresa y el presupuesto anual. En tal sentido, fue el directorio el encargado de fijar los niveles de remuneraciones de los prácticos de Pilot Station, entre los cuales se cuentan la totalidad de directores. Es decir, el conjunto de directores tuvo la potestad de decidir cuál debía ser la participación de cada uno de los prácticos de la empresa, incluyéndose ellos, en los beneficios extraordinarios obtenidos a través de las conductas anticompetitivas identificadas. Tal y como ocurre con el caso del presidente del directorio, el resto de directores participó de dichos beneficios extraordinarios a través de dietas de directorio, remuneraciones por servicios de practicaje y participación en las utilidades de la empresa como accionista.

678. Por su parte, la plana gerencial de Pilot Station también estuvo conformada por prácticos marítimos de la empresa que a su vez eran accionistas de ésta, es decir, al igual que en el caso de los directores, estas personas naturales con capacidad decisoria dentro de la empresa también fueron partícipes de los beneficios extraordinarios obtenidos a través de las conductas ilegales implementadas; ello en base a sus remuneraciones por cargos gerenciales, remuneraciones por prestación de servicios de practicaje y la repartición de utilidades para accionistas.

679. Asimismo, los gerentes investigados eran las personas encargadas de la aplicación de las políticas de la empresa y de las relaciones mantenidas por Pilot Station con diversos agentes (agencias marítimas, prácticos aspirantes, prácticos licenciados, empresas administradoras de prácticos competidoras, DICAPI, Enapu S.A., trabajadores de la empresa, etc.).²⁷⁵

²⁷⁵ De acuerdo al Reglamento Interno de Trabajo de Pilot Station para el año 2001, son atribuciones y funciones de dichos gerentes, principalmente:

Del Gerente General

7101. El Gerente General será un Práctico Marítimo nombrado por el Directorio (...)

7102. Verificará el buen desenvolvimiento de la empresa, por la cual diariamente ordenará la aplicación de las medidas mas (sic) convenientes para una eficaz labor gerencial, que permita atender los requerimientos de servicios.

(...)

7104. Propondrá al Directorio, (...) el Presupuesto Anual de la Empresa (...)

7108. Controlar que los Prácticos cumplan con las normas y disposiciones establecidas.

7109. El Gerente General tendrá las siguientes atribuciones:

- Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes a la Empresa.
- Representar a la empresa (...)

7111. El Gerente General responde ante la Empresa, los Accionistas y terceros, por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave.

7112. El Gerente General es particularmente responsable por:

(...)

8. El cumplimiento de la ley, el estatuto, los acuerdos de la Junta General, el Directorio; así como las normas que se dicte internamente para la buena conducción administrativa de la empresa.

7113. El Gerente General es responsable, solidariamente con los miembros del Directorio, cuando participe en actos que den lugar a responsabilidad de estos o cuando, conociendo la existencia de estos actos no informe sobre ellos al Directorio o a la Junta General.

Facultades del Gerente General

(...)

7116. El Gerente General goza de las siguientes facultades:

(...)

3. Dirigir las operaciones de la sociedad, no siendo necesario un acuerdo previo de la Junta General, pero si (sic) del Directorio; para celebrar los contratos o actos comerciales propios de la empresa.

(...)

5. Reemplazar y separar al personal subalterno y contratar a los empleados necesarios para la buena marcha de la empresa (...)

(...)

Del Gerente Administrativo Comercial y Agencias

7201. El Gerente Administrativo Comercial y Agencias será un Práctico Marítimo en actividad y nombrado por el Directorio (...)

Funciones del cargo

(...)

7204. Apoyará en la Gerencia a su cargo para lograr los objetivos de la Gerencia General y de la empresa en general.

7205. Será responsable de las comunicaciones con los Agentes Marítimos, así como de toda relación con cualquier entidad pública o privada siempre y cuando sean benéficas para la empresa.

7206. Tramitará el cobro de las facturas retrasadas.

7207. Recibirá las quejas o sugerencias de los Agentes Marítimos referente al cobro de las facturas emitidas por el Servicio de Practicaje brindado.

7208. Verificará los contratos con los Agentes Marítimos.

Del Gerente de Operaciones y Puertos

7301. El Gerente de Operaciones y Puertos será un Práctico Marítimo en actividad y nombrado por el Directorio (...)

680. Considerando que:

- (i) El imponer a Pilot Station la máxima multa posible (10% de sus ingresos brutos en el ejercicio anterior) no permite alcanzar el principal objetivo de las sanciones administrativas al no disuadir o desincentivar la realización de infracciones similares a las analizadas en el presente informe. En efecto, en el presente caso, al limitar la multa imponible al 10% de los ingresos brutos percibidos por Pilot Station en el año 2004 deja una "diferencia pendiente" ampliamente favorable para los infractores, con lo cual el beneficio esperado por el administrado por no cumplir la ley resulta ampliamente superior al beneficio de cumplirla, contraviniendo lo dispuesto respecto del principio de razonabilidad establecido en el artículo 203 de la Ley 27444. En tal caso se convierte al acto sancionable en un acto favorable al infractor y con ello susceptible de reincidencia.
- (ii) Luego de establecer el monto de la sanción que corresponde imponer a Pilot Station, ascendente a 93 UITs, la "diferencia pendiente" señalada en el acápite anterior es de 2 226,5 UITs. (Ver Cuadro N° 22)

Función del Cargo

(...)

7303. Supervisará y apoyará a los Grupos de Prácticos que se encuentren de guardia.

(...)

7305. Para (sic) cumplimiento a las disposiciones vigentes emitidas por la Autoridad Marítima y por la Administración de ENAPU.

(...)

7310. Mantendrá permanente contacto con las autoridades y entes involucrados en el Servicio de Practicaje.

7311. Asumirá el control de las gestiones a realizar ante la Capitanía de Puerto, Enapu y la nave en casos de averías o incidentes que puedan ocurrir durante las maniobras de practicaaje, debiendo en todo momento coordinar las acciones con la Gerencia General.

(...)

Del Gerente Financiero y Contable

7401. El Gerente Financiero y Contable será un Práctico Marítimo en actividad y nombrado por el Directorio, (...)

Funciones del Cargo

7402. Prepara los Estados Financieros Contables.

7403. Prepara y controlará los Estados de Cuenta de las Naves atendidas.

7404. Prepara los formularios y liquidación de los impuestos de la empresa, en coordinación con el contador (a) (es).

7405. Mantendrá la documentación y Libros oficiales de acuerdo con la Legislación vigente.

7406. Superisará y controlará el trabajo realizado por el personal de contabilidad.

7407. Hará el seguimiento de las cobranzas a los Agentes Marítimos.

7408. Preparará el Análisis de Costos de Operaciones y reportes mensuales.

7409. Preparará el Reporte mensual de Ingresos y Egresos.

7410. Preparará las Planillas de Pago de Personal de la Empresa.

Cuadro N° 22 "Diferencia Pendiente"

Multa calculada	Ingreso brutos del año anterior	Ingreso brutos del año anterior	Máxima multa permitida	"Diferencia pendiente"
UIT	S/.	UIT	UIT	UIT
2 319,5	3 069 287,1	930,1	93,0	2 226,5

Fuente: Pilot Station
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

- (iii) Los directores y gerentes investigados deben ser sancionados pecuniariamente de acuerdo a lo establecido en el artículo 23 del Decreto Legislativo 701 y en función de sus responsabilidades en las infracciones identificadas.

Se concluye que se debe asignar la "diferencia pendiente" entre los directores y gerentes investigados, según su responsabilidad en las infracciones cometidas y con el fin de desincentivar la futura realización de infracciones similares.

681. De acuerdo a lo anterior, en el Cuadro N° 23 se presenta las multas que, a criterio de esta Secretaría Técnica, corresponderían a cada uno de los directores y gerentes investigados.²⁷⁶

Cuadro N° 23 Multas correspondientes a los Directores y Gerentes Investigados

Personas	Cargo	Multa (UIT)
Pedro Gálvez Estremadoyro	Presidente de Directorio	159,0
Juan Maguñá Bustos	Director	139,2
Carlos Gerkes Miranda	Director	139,2
Jorge Godier del Aguila	Director	139,2
Teófilo Japura Gómez	Director	139,2
Manuel Rivadeneyra Cockburn	Director	139,2
Jaime Loyola Alvarez	Director	139,2
José Zagazeta Martínez	Director	139,2
Víctor Tirado Silva	Director/Gerente General	159,0
Luis Loyola Soto	Director	139,2
Manuel Esteban Gerkes Miranda	Director	139,2
Mario Ángeles Lloyd	Director	119,3
Elisbán Rodríguez Fernández	Gerente General	99,4
Carlos Manuel Negrini Arellano	Gerente Administrativo	99,4
Luis Miguel Gómez Núñez Melgar	Gerente de Operaciones	99,4
Percy Abel Salcedo Zúñiga	Gerente Financiero	99,4
Jaime Gino Bettocchi Ibarra	Gerente Comercial	99,4
Total		2 226,5

Fuente: Pilot Station
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

682. Sin embargo, toda vez que el Decreto Legislativo 701 también establece un límite a las multas imponibles a las personas naturales, no pudiendo ser

²⁷⁶ Los ponderadores utilizados son: 2 para el Presidente del Directorio y para el Director - Gerente General, 1,75 para los Directores, 1,5 para el Gerente General y 1,25 para los Gerentes.

éstas superiores a las 100 UITs²⁷⁷; en opinión de esta Secretaría, corresponde imponer a las personas naturales las multas detalladas en el Cuadro N° 24, restando aún una diferencia de 530,1 UITs de beneficios extraordinarios esperados, las cuales por las restricciones contenidas en la Ley no se pueden imponer como sanción.



1313

Cuadro N° 24
Multas definitivas correspondientes a los Directores y Gerentes Investigados

Personas	Cargo	Multa (UIT)
Pedro Gálvez Estremadoyro	Presidente de Directorio	100,0
Juan Maguiña Bustos	Director	100,0
Carlos Gerkes Miranda	Director	100,0
Jorge Godier del Aguila	Director	100,0
Teófilo Japura Gómez	Director	100,0
Manuel Rivadeneyra Cockburn	Director	100,0
Jaime Loyola Alvarez	Director	100,0
José Zagazeta Martínez	Director	100,0
Víctor Tirado Silva	Director/Gerente General	100,0
Luis Loyola Soto	Director	100,0
Manuel Esteban Gerkes Miranda	Director	100,0
Mario Ángeles Lloyd	Director	100,0
Elisbán Rodríguez Fernández	Gerente General	100,0
Carlos Manuel Negrini Arellano	Gerente Administrativo	99,1
Luis Miguel Gómez Núñez Melgar	Gerente de Operaciones	99,1
Percy Abel Salcedo Zúñiga	Gerente Financiero	99,1
Jaime Gino Bettocchi Ibarra	Gerente Comercial	99,1
Total		1 696,4

Fuente: Pilot Station
Elaboración: ST-CLC/INDECOPÍ

683. En conclusión, en materia de sanciones pecuniarias, esta Secretaría Técnica recomienda a la Comisión imponer las sanciones que se detallan a continuación:

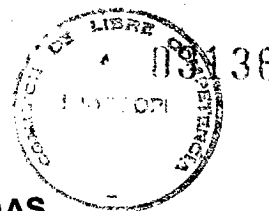
- Pilot Station S.A. 93,0 UIT
- Pedro Gálvez Estremadoyro 100,0 UIT
- Juan Maguiña Bustos 100,0 UIT
- Carlos Gerkes Miranda 100,0 UIT
- Jorge Godier del Aguila 100,0 UIT
- Teófilo Japura Gómez 100,0 UIT
- Manuel Rivadeneyra Cockburn 100,0 UIT
- Jaime Loyola Alvarez 100,0 UIT
- José Zagazeta Martínez 100,0 UIT
- Víctor Tirado Silva 100,0 UIT
- Luis Loyola Soto 100,0 UIT
- Manuel Esteban Gerkes Miranda 100,0 UIT
- Mario Ángeles Lloyd 100,0 UIT

²⁷⁷ El presente límite no está sujeto a una restricción tal como la correspondiente al 10% de las ventas considerada por el Decreto Legislativo 701 para las sanciones a empresas. Ello, toda vez que mientras que las empresas tienen que descontar sus costos totales de sus ingresos brutos para obtener sus beneficios en determinado ejercicio y sobre dichos beneficios es que podrían ser sancionadas; en el caso de las personas naturales sus ingresos (equivalentes a los ingresos brutos de las empresas) son muy similares a sus ingresos netos (equivalentes a los beneficios de las empresas), puesto que sólo bastaría restar de los primeros un conjunto de impuestos que reducen en un porcentaje mínimo los ingresos de las personas naturales.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance

- Elisbán Rodríguez Fernández	100,0 UIT
- Carlos Manuel Negrini Arellano	99,1 UIT
- Luis Miguel Gómez Núñez Melgar	99,1 UIT
- Percy Abel Salcedo Zúñiga	99,1 UIT
- Jaime Gino Bettocchi Ibarra	99,1 UIT



V. DENUNCIA PENAL CONTRA LAS PERSONAS NATURALES IMPUTADAS

684. En su escrito de denuncia, la APOP y los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino, Lavado Carrillo y Boggiano Morales solicitaron a la Comisión que, en virtud de lo establecido en el artículo 19 del Decreto Legislativo 701²⁷⁸ y dada la evidente conducta dolosa de los denunciados, proceda a formular la correspondiente denuncia penal ante el Ministerio Público, por infracción al artículo 232 del Código Penal²⁷⁹.

En particular, los denunciantes señalaron que:

La premeditación, cuidadoso planeamiento, y precisa ejecución de las prácticas por parte de los denunciados no deja duda alguna sobre el dolo en su actuación. (...) ¿Cómo se puede planear cuidadosamente algo ilegal, decir que debe ejecutarse de tal o cual manera para que no sea detectada, ejecutarlo, y pretender que no hubo dolo?

685. Al respecto, corresponde señalar que la concepción actual del dolo es principalmente normativa y de tipo cognitivo, prescindiendo del elemento volitivo bajo la consideración que, si el ordenamiento jurídico debe conseguir algún tipo de efecto, no puede estar condicionado a la averiguación de realidades psicológicas del agente imputado con la conducta infractora, es decir, si el agente tuvo intencionalidad o no de realizar la conducta y de producir sus efectos. Según esta concepción no importa si el individuo realmente conoció y quiso (tuvo la voluntad o intención) realizar el hecho perturbador sino si, desde un punto de vista valorativo, dicho conocimiento se ha dado en un sujeto que se ajusta al patrón del "hombre normal" y por lo tanto que tuvo la posibilidad de conocerlo²⁸⁰. De ser afirmativa la respuesta,

²⁷⁸ **Decreto Legislativo 701.-**

Artículo 19.- Si la Comisión estimara que en las infracciones tipificadas en los incisos a), b) y c) del Artículo 5 e incisos a), b), c), d), e), f), g), h) e i) del Artículo 6, el responsable actuó dolosamente y que el perjuicio fuera de naturaleza tal que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general, procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Provincial competente. La iniciativa de la acción penal ante el Poder Judicial, por infracción del Artículo 232 del Código Penal, compete exclusivamente al Fiscal Provincial, quien la inicia sólo luego de recibida la denuncia de la Comisión.

²⁷⁹ **Código Penal.-**

Artículo 232.- El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición de monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa e inhabilitación conforme al Artículo 36, incisos 2 y 4.

²⁸⁰ En todo caso cabría preguntarse qué habría conocido dicho "hombre normal" en la misma situación y circunstancias objetivas que el agente del delito.

basta ello para entender que existe un hecho objetiva y subjetivamente perturbador que se hace merecedor a la pena de los delitos dolosos.²⁸¹

En otras palabras, bajo la concepción descrita, el actuar de manera dolosa implica que el agente infractor tuvo la posibilidad de conocer que estaba realizando todos los elementos del tipo y aun así continuó con su conducta, sin que importe averiguar si dicho agente ha querido o no realizar los actos constitutivos de la infracción administrativa o penal.



686. Así por ejemplo, una "persona normal" sabe por regla general qué es una escopeta, cómo debe manejarse y cómo disparar a un blanco. Sabe, igualmente, que un disparo contra otra persona es peligroso para ésta y, según las circunstancias, incluso peligroso para su vida. Por todo ello, debe concluirse que si esta persona manipula un arma y mata a otro hombre, cumple todos y cada uno de estos requisitos, debiendo ser sancionado a título de dolo, toda vez que fue consciente de la peligrosidad de su comportamiento para la vida de la víctima. Ello sin necesidad de analizar si el agente tuvo o no la intención de dañar a su víctima.^{282, 283}

687. En opinión de esta Secretaría, las personas naturales que ejercían cargos gerenciales y directivos en Pilot Station pudieron conocer (y de hecho conocían, dada su intención²⁸⁴) que las conductas anticompetitivas acreditadas en la presente investigación —esto es: (i) la suscripción de contratos de exclusividad de plazo indefinido con todos los prácticos licenciados en el TPC, (ii) la negativa injustificada de entrenar a los prácticos aspirantes autorizados por la autoridad portuaria, (iii) la interposición de demandas judiciales y denuncias administrativas con el fin de obstaculizar e impedir la permanencia en el mercado de los prácticos marítimos que renunciaron voluntariamente a Pilot Station y (iv) la negativa injustificada de prestar servicios de practica—, consideradas de manera individual o todas ellas en conjunto, tenían el efecto de monopolizar el mercado o de impedir que competidores entren en él. Por lo tanto, se puede afirmar que las personas naturales investigadas infringieron dolosamente los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701.

688. Ahora bien, el artículo 19 del Decreto Legislativo 701 no sólo exige que el agente infractor -que para efectos del sistema penal, sólo puede ser una persona natural- haya actuado con dolo para que proceda la denuncia penal correspondiente, sino además requiere que, a criterio de la Comisión, el

²⁸¹ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1999, págs. 287-300.

²⁸² *Ibidem*, pág. 299.

²⁸³ El ejemplo planteado, no se refiere a que el agente haya conocido o no, que el matar a otro se encuentra prohibido por las normas jurídicas. El desconocimiento de la antijuridicidad de un acto u omisión se analiza a nivel de la culpabilidad y se conoce como "error de prohibición", figura por la cual un agente pese a haber cometido una conducta tipificada como infracción, está exento de sanción por cuanto desconocía de la ilegalidad de la conducta. Así por ejemplo, un miembro de una comunidad nativa podría estar exento de una sanción penal por bigamia si dada las circunstancias socio - culturales infranqueables no hubiera tenido la posibilidad de conocer la ilicitud de su conducta.

²⁸⁴ Tales personas tenían la intención de monopolizar el mercado. En consecuencia, es obvio que tenían la capacidad para darse cuenta de dicha monopolización.

perjuicio fuera de naturaleza tal que hubiese generado graves consecuencias para el interés económico general.

689. Sobre el particular, en opinión de esta Secretaría Técnica, el perjuicio causado al interés económico general por parte de las conductas anticompetitivas realizadas por Pilot Station, si bien es significativo dentro del mercado de practicaaje, no lo es respecto del conjunto de servicios portuarios que son necesarios para las operaciones de comercio marítimo al interior del TPC. En efecto, el servicio de practicaaje representa aproximadamente el 3,6% del total de gastos en servicios portuarios para una operación tipo en el TPC²⁸⁵. Debido a la baja incidencia del practicaaje en los gastos relacionados a los servicios portuarios, el perjuicio al interés económico general causado por las conductas de abuso de posición de dominio de Pilot Station no amerita la presentación de una denuncia penal en los términos del artículo 19 Decreto Legislativo 701.

690. En conclusión, si bien las personas naturales investigadas infringieron dolosamente los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, el perjuicio al interés económico general causado por dichas conductas no es de tal magnitud que justifique que la Comisión interponga una denuncia penal ante el Ministerio Público por la comisión del delito tipificado en el artículo 232 del Código Penal en contra de dichas personas.

VI. PAGO DE COSTAS Y COSTOS

691. En su escrito de denuncia, la APOP y los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino, Lavado Carrillo y Boggiano Morales solicitaron a la Comisión que condene a los denunciados al pago de las costas y costos del presente procedimiento.

692. Los denunciantes han señalado que procede el pago de costas y costos de conformidad con lo establecido por el artículo 7 del Decreto Legislativo 807, que a continuación se transcribe:

Artículo 7.- *En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi la Comisión u oficina competente además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi (...)*

²⁸⁵ Estimado obtenido de la aplicación de las tarifas de Pilot Station para una operación tipo recogida en el estudio denominado "Análisis de las Condiciones de Competencia Sector Puertos" (1999). El estimado está referido únicamente a los servicios de practicaaje (el servicio relevante en el presente procedimiento) sin considerar servicios de remolcaje, lancha o gaveros. (Equipo de Trabajo: TAMAYO, Gonzalo y otros. *Análisis de las Condiciones de Competencia Sector Puertos*. Convenio Indecopi, Banco Interamericano de Desarrollo y Corporación Andina de Fomento, Lima, 1999. pág. 102)

Si bien los datos que han sido utilizados relativo al costo del servicio de practicaaje obran en un informe de 1999, éstos resultan aplicables toda vez que la conducta denunciada comenzó a ejecutarse en diciembre de 2000.

693. Al respecto, mediante Resolución N° 0901-2004/TDC-INDECOP²⁸⁶ del 7 de diciembre de 2004 el Tribunal ha establecido que en virtud de la norma citada en el párrafo anterior, las Comisiones del Indecopi tienen la facultad de ordenar al infractor que asuma el pago de costas y costos en el que haya incurrido el denunciante o el denunciado. En ese sentido, corresponderá al Tribunal "ordenar el pago de las costas y costos en los casos en los que se verifique la existencia de responsabilidad administrativa por la infracción de las normas cuyo cumplimiento debe ser fiscalizado por el Indecopi. Ello, salvo que se presenten circunstancias en el caso, que justifiquen una exoneración de la condena de pago de costas y costos".

694. Por lo tanto, en opinión de esta Secretaría Técnica, corresponde que la Comisión imponga a Pilot Station y a las personas naturales investigadas la obligación solidaria de sufragar las costas y costos en que hubieran incurrido los denunciantes durante el procedimiento, si, haciendo suyo el contenido y las conclusiones del presente informe, considera la existencia de responsabilidad administrativa por parte de los referidos imputados.

695. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que el Tribunal estableció un primer criterio a efectos de ordenar el pago de costas y costos, el cual ha sido plasmado en la Resolución N° 0177-2002/TDC-INDECOP²⁸⁷ del 8 de marzo de 2002. En efecto, en el referido pronunciamiento el Tribunal estableció que procede ordenar el pago de las costas y costos procesales cuando la infracción cometida por la parte denunciada haya sido evidente, aun en el supuesto de que esta parte hubiera tenido un comportamiento procesal adecuado. La referida resolución a la letra dice:

...la facultad de ordenar el pago de las costas y costos debe estar relacionada no con los costos que irroga a las empresas perjudicadas la comisión de un acto de competencia desleal, sino que más bien deberá estar relacionada con la razonabilidad o no de que la materia controvertida sea discutida y resuelta dentro de un procedimiento administrativo. En ese sentido, deberá evaluarse, principalmente, entre otros elementos, la gravedad de la infracción y la conducta procesal demostrada por el infractor a lo largo del procedimiento.

(...)

A criterio de la Sala era evidente que esta conducta, constituía una infracción, razón por la cual, aún teniendo en cuenta las facilidades que brindó la denunciada en las investigaciones realizadas, justifica que se imponga a Punto de Distribución el pago de costas y costos del procedimiento.

(El subrayado es nuestro)

²⁸⁶ Emitida en el Expediente N° 107-2003/CCD, seguido por el señor Robert Aguilar Rivas contra Telmex Perú S.A. y TGC Publicidad S.A.C., la misma que, revocando la resolución emitida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, ordenó a la denunciada el pago de las costas y costos incurridos por la denunciante.

²⁸⁷ Emitida en el Expediente N° 042-2001/CCD, seguido por la Asociación de Empresas Envasadoras de Gas - ASEEG contra Punto de Distribución S.A., la misma que, confirmando la resolución emitida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, ordenó a la denunciada el pago de las costas y costos incurridos por la denunciante.

696. Como puede verse, bajo el criterio anterior utilizado por el Tribunal, no hubiera procedido la condena al pago de costas y costos si hubiese existido un nivel de incertidumbre sobre la comisión de una conducta sancionable que hubiese ameritado razonablemente el inicio de un procedimiento administrativo a efectos de esclarecer los hechos. En ese sentido, en un procedimiento administrativo de infracción a las normas de libre competencia hubiera procedido el pago de costas y costos sólo si a criterio de la autoridad la ilegalidad de la conducta imputada hubiera sido tan evidente que los denunciados no habrían necesitado de un procedimiento administrativo para darse cuenta de ello.

697. Lo anterior es particularmente relevante debido a que en los casos de conductas anticompetitivas, bajo la regla de la razón la ilegalidad de la conducta es descubierta luego de un análisis costo – beneficio: la conducta será ilegal sólo si sus potenciales o reales efectos anticompetitivos (medidos en restricción de competencia y perjuicio al bienestar de los consumidores) son superiores a los potenciales o reales efectos procompetitivos (medidos en eficiencias productivas, innovativas y/o asignativas).

698. En consecuencia, procederá el pago de costas y costos sólo si, a juicio de la autoridad, la ilegalidad de la conducta (abuso de posición de dominio o práctica colusoria), es decir, que sus efectos anticompetitivos son mayores a los procompetitivos, resultara tan evidente que incluso no hubiera sido necesario que se realice el análisis costo – beneficio correspondiente.

Así, se puede presentar el caso de una empresa denunciada que recomienda precios de reventa a sus distribuidores (*dealers*). Esto a primera vista no aparece como evidentemente ilegal. Es necesario evaluar no sólo si la empresa tiene posición de dominio sino también los posibles efectos anticompetitivos y procompetitivos de la conducta (regla de la razón). En este sentido, bajo el criterio anterior del Tribunal, no procedería la condena al pago de costas y costos, aun en la eventualidad de que la autoridad llegase a determinar la responsabilidad del denunciado, por cuanto habría sido necesario realizar el correspondiente análisis costo - beneficio a efectos de descubrir la ilegalidad de la conducta.

Por el contrario, si se tratara de un acuerdo horizontal de precios de venta inter-marca, bajo el criterio descrito, sí procedería el pago de costas y costos, pues si bien se tramitaría el correspondiente procedimiento administrativo para sancionar a las empresas partícipes del cártel y se aplicaría la regla de la razón (conforme a jurisprudencia establecida por el Tribunal del Indecopi²⁸⁸), es evidente que un acuerdo de ese tipo sería declarado ilegal, pues es manifiestamente evidente que sus efectos anticompetitivos son mayores a sus efectos procompetitivos.

699. Por lo tanto, bajo el anterior criterio esbozado por el Tribunal, hubiera correspondido ordenar el pago de costas y costos únicamente si la infracción resulta evidente, aun en el supuesto de que la parte denunciada hubiera observado una adecuada conducta procesal.

²⁸⁸ Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI publicada el 12 de julio de 2003.

700. En el caso que nos ocupa, si Pilot Station hubiera celebrado contratos de exclusividad con diez (10) o quince (15) prácticos, esta conducta no sería evidentemente ilegal. Habría que analizar si con diez (10) o quince (15) prácticos dicha empresa hubiera tenido posición de dominio y si el resto de prácticos hubiera significado una competencia efectiva capaz de disciplinar a la empresa denunciada. En un escenario como el descrito y bajo el anterior criterio del Tribunal, no procedería el pago de costas y costos.

701. Sin embargo, la celebración de contratos de exclusividad con la totalidad de prácticos marítimos en el TPC (y penalidades por incumplimiento bastante altas) y la implementación de conductas tales como interponer acciones judiciales y administrativas contra los prácticos que voluntariamente renunciaron a prestarle sus servicios, la negativa injustificada de entrenar aspirantes de prácticos y la negativa injustificada de proveer el servicio de practicaje marítimo a las naves Nepomuseno, Playa Dovilar y E Illa de Rua, a juicio de este órgano instructor, hubiera sido imposible que Pilot, a través de sus representantes, no se hubiera percatado de que dichas acciones vistas en conjunto tenían más perjuicios a la competencia que eficiencias productivas, innovativas o asignativas, por lo que, bajo el criterio anterior utilizado por el Tribunal, hubiera correspondido que la Comisión impusiera a Pilot Station y a las personas naturales investigadas la obligación solidaria de sufragar las costas y costos en que hubieren incurrido los denunciantes.

702. En consecuencia, como se puede colegir, tanto si se aplica el nuevo criterio esbozado (Resolución N° 0901-2004/TDC-INDECOPI) como si se aplicase el anterior criterio utilizado por el Tribunal (Resolución N° 0177-2002/TDC-INDECOPI), corresponde ordenar el pago de costas y costos en el presente caso. En ese sentido, este órgano instructor recomienda a la Comisión que, en virtud del artículo 7 del Decreto Legislativo 807, imponga a la empresa Pilot Station y a las personas naturales responsables la obligación solidaria de sufragar las costas y costos en que hubieran incurrido la APOP y los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino, Lavado Carrillo y Boggiano Morales durante la tramitación del presente procedimiento.

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En virtud del análisis realizado en el presente informe, esta Secretaría Técnica arriba a las siguientes conclusiones:

- (i) Pilot Station ostentó posición de dominio en el mercado de servicios de practicaje marítimo en el TPC durante el periodo de investigación de los hechos denunciados (diciembre de 2000- junio 2002).
- (ii) Pilot Station abusó de su posición de dominio de acuerdo a lo establecido en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, mediante la implementación de una serie de conductas conducentes a establecer un monopolio de manera ilegal y elevar barreras de entrada al mercado relevante.
- (iii) En particular, las conductas que constituyeron un abuso de posición de dominio fueron las siguientes:



- (a) El sostenimiento a lo largo del tiempo de contratos de exclusividad de plazo indefinido con la totalidad de los prácticos que mantenían licencia para el TPC a inicios del año 2001.
- (b) La política empresarial consistente en que los prácticos de la empresa se nieguen a permitir a aspirantes a prácticos, autorizados por la autoridad marítima, la realización de las prácticas de maniobra necesarias para la obtención de las licencias de práctico marítimo en el TPC.
- (c) La interposición de una serie de procedimientos judiciales y administrativos con la finalidad de impedir, en beneficio propio, que los prácticos marítimos que no laboraban en Pilot Station ejerzan libremente su actividad profesional, excluyéndolos del mercado y/o elevando sus costos de concurrencia en éste.
- (d) La negativa injustificada de prestación de servicios de practicaaje a una agencia marítima miembro de la APOP.
- (iv) Por lo tanto, se recomienda a la Comisión declarar fundada la denuncia e imponer las sanciones pecuniarias que se listan a continuación:

- Pilot Station S.A.	93,0 UIT
- Pedro Gálvez Estremadoyro	100,0 UIT
- Juan Maguiña Bustos	100,0 UIT
- Carlos Gerkes Miranda	100,0 UIT
- Jorge Godier del Aguila	100,0 UIT
- Teófilo Japura Gómez	100,0 UIT
- Manuel Rivadeneyra Cockburn	100,0 UIT
- Jaime Loyola Alvarez	100,0 UIT
- José Zagazeta Martínez	100,0 UIT
- Víctor Tirado Silva	100,0 UIT
- Luis Loyola Soto	100,0 UIT
- Manuel Esteban Gerkes Miranda	100,0 UIT
- Mario Ángeles Lloyd	100,0 UIT
- Elisbán Rodríguez Fernández	100,0 UIT
- Carlos Manuel Negrini Arellano	99,1 UIT
- Luis Miguel Gómez Núñez Melgar	99,1 UIT
- Percy Abel Salcedo Zúñiga	99,1 UIT
- Jaime Gino Bettocchi Ibarra	99,1 UIT

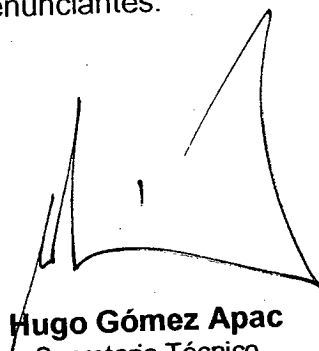
- (v) Se recomienda a la Comisión dictar las siguientes medidas correctivas:

- (a) Ordenar a Pilot Station y a sus directores y gerentes que dejen sin efecto las cláusulas de exclusividad y las penalidades de los contratos celebrados con los prácticos marítimos del TPC en un plazo no mayor a veinte (20) días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación de la resolución de la Comisión, y que dicha empresa se abstenga de celebrar contratos con similares características a los analizados.
- (b) Ordenar a Pilot Station y a sus directores y gerentes que dejen sin efecto las directivas de la empresa que impiden que los prácticos de

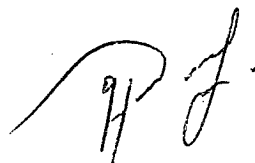
Pilot Station permitan la realización de prácticas de maniobras por parte de los aspirantes a prácticos, que se encuentran autorizados por la autoridad marítima.

- (c) Ordenar a Pilot Station se abstenga de realizar acciones administrativas y judiciales cuyo propósito sea causar un perjuicio a sus competidores y no la tutela legítima de sus derechos e intereses.
- (d) Ordenar a Pilot Station se abstenga de realizar negativas de prestación de servicios de practicaje marítimo de forma injustificada.
- (e) Ordenar a Pilot Station se abstenga de implementar cualquier conducta que constituya un abuso de posición de dominio en el mercado de practicaje marítimo en el TPC, según lo establecido en el Decreto Legislativo 701.
- (vi) Se recomienda a la Comisión desestimar la solicitud de realización de una denuncia penal en contra de las personas naturales investigadas.
- (vii) Se recomienda a la Comisión ordenar a los denunciados el pago de costas y costos a favor de los denunciantes.

Atentamente,



Hugo Gómez Apac
Secretario Técnico
Comisión de Libre Competencia

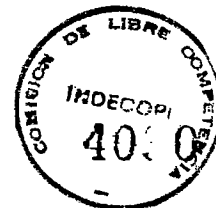


Hugo Figari Kahn
Analista Económico



Tommy Deza Sandova
Asistente Legal

Expediente N° 005-2002/CLC



Resolución

N° 037-2005-INDECOPI/CLC

Lima,

4 de julio de 2005

SUMILLA: *en el procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. y otros por abuso de posición de dominio en el mercado de practicaje marítimo en el Terminal Portuario del Callao, la Comisión de Libre Competencia ha resuelto declarar fundada la denuncia debido a que los denunciados implementaron una serie de conductas conducentes a establecer un monopolio por razones distintas a la eficiencia económica, imponer precios monopólicos y elevar las barreras de entrada al referido mercado, infringiendo con ello lo establecido en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701. El monto total de las sanciones impuestas por la Comisión asciende a 81,2 UIT.*

VISTOS:

El Informe N° 010-2005-INDECOPI/ST-CLC del 18 de febrero de 2005 (en adelante, el Informe) que contiene la opinión de la Secretaría Técnica respecto de la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (en adelante, la APOP) y otros contra Pilot Station S.A. (en lo sucesivo, Pilot Station) y otros; los medios probatorios que obran en el expediente; los escritos de los denunciantes del 01 de marzo de 2005 y de los denunciados del 18 de marzo, 20 de abril y 14 de junio de 2005 formulando observaciones al Informe; los alegatos esgrimidos durante la audiencia de informa oral del 6 de junio de 2005; y,

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1. Que, mediante el Informe la Secretaría Técnica concluyó y recomendó a la Comisión lo siguiente:
 - (i) *Pilot Station ostentó posición de dominio en el mercado de servicios de practicaje marítimo en el TPC durante el periodo de investigación de los hechos denunciados (diciembre de 2000- junio 2002).*
 - (ii) *Pilot Station abusó de su posición de dominio de acuerdo a lo establecido en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, mediante la implementación de una serie de conductas conducentes a establecer*





4031

un monopolio de manera ilegal y elevar barreras de entrada al mercado relevante.

(iii) En particular, las conductas que constituyeron un abuso de posición de dominio fueron las siguientes:

- (a) El sostenimiento a lo largo del tiempo de contratos de exclusividad de plazo indefinido con la totalidad de los prácticos que mantenían licencia para el TPC a inicios del año 2001.
- (b) La política empresarial consistente en que los prácticos de la empresa se nieguen a permitir a aspirantes a prácticos, autorizados por la autoridad marítima, la realización de las prácticas de maniobra necesarias para la obtención de las licencias de práctico marítimo en el TPC.
- (c) La interposición de una serie de procedimientos judiciales y administrativos con la finalidad de impedir, en beneficio propio, que los prácticos marítimos que no laboraban en Pilot Station ejerzan libremente su actividad profesional, excluyéndolos del mercado y/o elevando sus costos de concurrencia en éste.
- (d) La negativa injustificada de prestación de servicios de practicaje a una agencia marítima miembro de la APOP.

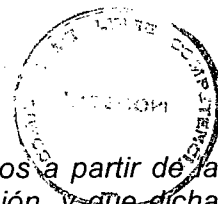
(iv) Por lo tanto, se recomienda a la Comisión declarar fundada la denuncia e imponer las sanciones pecuniarias que se listan a continuación:

- Pilot Station S.A.	93,0 UIT
- Pedro Gálvez Estremadoyro	100,0 UIT
- Juan Maguiña Bustos	100,0 UIT
- Carlos Gerkes Miranda	100,0 UIT
- Jorge Godier del Aguila	100,0 UIT
- Teófilo Japura Gómez	100,0 UIT
- Manuel Rivadeneyra Cockburn	100,0 UIT
- Jaime Loyola Alvarez	100,0 UIT
- José Zagazeta Martínez	100,0 UIT
- Víctor Tirado Silva	100,0 UIT
- Luis Loyola Soto	100,0 UIT
- Manuel Esteban Gerkes Miranda	100,0 UIT
- Mario Ángeles Lloyd	100,0 UIT
- Elisbán Rodríguez Fernández	100,0 UIT
- Carlos Manuel Negrini Arellano	99,1 UIT
- Luis Miguel Gómez Núñez Melgar	99,1 UIT
- Percy Abel Salcedo Zúñiga	99,1 UIT
- Jaime Gino Bettocchi Ibarra	99,1 UIT

(v) Se recomienda a la Comisión dictar las siguientes medidas correctivas:

- (a) Ordenar a Pilot Station y a sus directores y gerentes que dejen sin efecto las cláusulas de exclusividad y las penalidades de los contratos celebrados con los prácticos marítimos del TPC en un





4032

plazo no mayor a veinte (20) días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación de la resolución de la Comisión, y que dicha empresa se abstenga de celebrar contratos con similares características a los analizados.

- (b) Ordenar a Pilot Station y a sus directores y gerentes que dejen sin efecto las directivas de la empresa que impiden que los prácticos de Pilot Station permitan la realización de prácticas de maniobras por parte de los aspirantes a prácticos, que se encuentran autorizados por la autoridad marítima.
- (c) Ordenar a Pilot Station se abstenga de realizar acciones administrativas y judiciales cuyo propósito sea causar un perjuicio a sus competidores y no la tutela legítima de sus derechos e intereses.
- (d) Ordenar a Pilot Station se abstenga de realizar negativas de prestación de servicios de practicaje marítimo de forma injustificada.
- (e) Ordenar a Pilot Station se abstenga de implementar cualquier conducta que constituya un abuso de posición de dominio en el mercado de practicaje marítimo en el TPC, según lo establecido en el Decreto Legislativo 701.
- (vi) Se recomienda a la Comisión desestimar la solicitud de realización de una denuncia penal en contra de las personas naturales investigadas.
- (vii) Se recomienda a la Comisión ordenar a los denunciados el pago de costas y costos a favor de los denunciantes.

II. Cuestión previa

- 2. Mediante la Resolución N° 009-2002-CLC/INDECOPi la Comisión resolvió admitir a trámite la denuncia presentada por la APOP y otros contra la empresa Pilot Station y las personas naturales que ejercieron cargos directivos y gerenciales, por los siguientes cargos:
 - a) celebración de contratos de exclusividad, según lo establecido en el literal f) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.
 - b) prácticas predatorias a través de mecanismos administrativos y judiciales, según lo establecido en el literal f) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.
 - c) negativa injustificada de entrenar a nuevos prácticos, según lo establecido en el literal a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.
 - d) negativa injustificada de prestar servicios de practicaje marítimo, según lo establecido en el literal a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.



3. Sobre el particular, mediante Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI¹ del 4 de junio de 2004 la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (en adelante, el Tribunal) ha señalado que las conductas prohibidas que constituyen infracción administrativa se encuentran tipificadas en el artículo 3 del Decreto Legislativo 701. Dichas conductas típicas son: el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias.
4. El Tribunal ha establecido que los artículos 5 y 6 cumplen una función meramente descriptiva de las distintas manifestaciones del tipo². Así, a criterio de la segunda instancia, los artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo 701 contienen definiciones legales respecto de lo que se debe entender o considerar por abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas de la libre competencia (colusorias)³. Asimismo, a criterio del Tribunal, los

¹ Resolución recaída en el Expediente N° 001-2003/CLC.

² Aunque en la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI el Tribunal se ha referido sólo al artículo 5 del Decreto Legislativo 701, se entiende que dicho razonamiento es de aplicación también al artículo 6 de dicho cuerpo legal.

³ **Decreto Legislativo 701.-**

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

Son casos de abuso de posición de dominio:

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

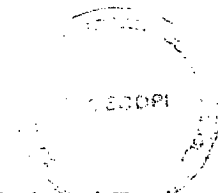
Artículo 6.- Prácticas restrictivas de la libre competencia. Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

- a. La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- b. El reparto de mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;
- c. El reparto de las cuotas de producción;
- d. La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
- e. La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago







4034

mencionados artículos contienen unos listados a título de ejemplo (ordenados en literales) de aquellas posibles manifestaciones de las conductas tipificadas como infracción administrativa.

5. A mayor abundamiento, el Tribunal ha señalado que tanto en las leyes peruana y española⁴ como en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁵ (hoy Unión Europea), se puede observar la utilización de la misma

anticipado, monto, volumen u otras o que se otorguen con carácter general en todos los casos en que existan iguales condiciones;

- f. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación o prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- g. La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.
- h. La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- i. Otros casos de efecto equivalente.

⁴ **Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (España).-**

Artículo 6. Abuso de posición dominante.

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

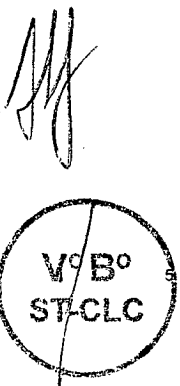
- a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.
- b) De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

- a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
- b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las Empresas o de los consumidores.
- c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- f) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 6 meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor.(9)
- g) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas.(10)

3. Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecido por disposición legal (11).

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.-



técnica legislativa, incluyendo en primer lugar la tipificación de los supuestos de abuso de posición de dominio o de prácticas colusorias como conductas reprochables y, por ende, sancionables y, acto seguido, listando un determinado número de supuestos que a título de ejemplo describen las modalidades más comunes de las referidas conductas prohibidas.

6. Ahora bien, aun cuando no es un método de interpretación privilegiado, el Tribunal ha manifestado que debe observarse lo señalado en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 807⁶ respecto de la modificación de los referidos artículos 5 y 6:

La experiencia de los últimos tres años en la aplicación de la Ley de Libre Competencia demuestra que existían algunos supuestos que no habían sido contemplados de manera expresa como infracciones, pero que sin embargo suscitaron problemas en el mercado. Por otra parte, en algunos casos estaban tipificados supuestos que ya estaban contemplados en otros incisos o que no constituían técnicamente casos de prácticas monopólicas controlistas o restrictivas, generando una duplicidad innecesaria. De otro lado, el Indecopi interpretó —en base a la normatividad existente antes de la reforma— que las infracciones tipificadas no constituían una relación taxativa, sino simplemente enunciativa, pudiendo contemplarse otros casos no previstos expresamente, siempre que se enmarcaran dentro de la cláusula general del artículo 3 o de las definiciones generales de abuso de posición de dominio (artículo 5) y prácticas restrictivas (artículo 6) en el Decreto Legislativo N° 701, y que tuvieran efectos equivalentes a las prácticas expresamente contempladas. En tal sentido, aclarar legislativamente el ámbito de las prácticas prohibidas permite que los agentes económicos sean conscientes de los supuestos por los que pueden ser sancionados y que no se inhiban únicamente de aquellos actos enumerados expresamente en la Ley.

(el subrayado es nuestro)

7. Del extracto citado de la Exposición de Motivos se observa que en un procedimiento sancionador por la presunta comisión de una práctica anticompetitiva, la autoridad de competencia debe determinar si la conducta

Artículo 82.-

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

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

⁶ Publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de abril de 1996.

investigada constituye o no un supuesto típico previsto en el artículo 3 concordado con las definiciones incluidas en los párrafos introductorios de los artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo 701. Ello implica que no se debe limitar el análisis de tipicidad a los literales incluidos en los referidos artículos, toda vez que éstos constituyen una relación meramente enunciativa de las manifestaciones más comunes de conductas anticompetitivas.

8. En conclusión, según lo considera el Tribunal, los supuestos de hecho objetos de sanción se encuentran tipificados en el artículo 3 del Decreto Legislativo 701, que prohíbe: (i) el abuso de posición de dominio en el mercado y (ii) las conductas que limiten restrinjan o distorsionen la libre competencia. En este sentido, pese a que las referidas conductas constituyen el supuesto típico de infracción, debe recurrirse a los párrafos introductorios de los artículos 5 y 6 para precisar qué se entiende por abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas (prácticas colusorias) y, de ser el caso, establecer con cuál de las manifestaciones que a título de ejemplo ahí se describen, concuerda más con la conducta investigada.
9. Ahora bien, y respetando tanto el parámetro de acción que nos da el estar sometidos al principio de legalidad como lo señalado por el Tribunal sobre el particular, esta Comisión no puede dejar de expresar su preocupación por lo prescrito en el literal f) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, el cual podría dar la sensación de consagrar un tipo abierto, el que, por lo mismo, podría dar la idea de que es posible imponer sanciones administrativas a conductas a las cuales no se les ha considerado como posibles de ser sancionadas. No olvidemos, como bien señala buena parte de la doctrina más calificada al respecto, que: "La suficiencia de la tipificación es, en definitiva, una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta. A la vista de la norma debe saber el ciudadano que su conducta constituye una infracción y, además, debe conocer también cuál es la respuesta punitiva que a tal infracción depara el Ordenamiento. O dicho con otras palabras: la tipificación es suficiente cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra"⁷.
10. En síntesis, en el presente caso se puede concluir válidamente que las conductas imputadas a la empresa denunciada y sus directores y gerentes, se encuentran plenamente tipificadas en el artículo 3 concordado con el artículo 5 del Decreto Legislativo 701, que prohíben y sancionan las conductas de abuso de posición de dominio que generen perjuicios para el interés económico general. No debe entenderse, por lo tanto, siguiendo el criterio establecido por el Tribunal, que los supuestos de hecho imputados a Pilot Station se encuentran tipificados en los literales a) y f) del artículo 5.

⁷ Es en este sentido que opina, entre otros: NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos, Madrid, 2000, pág. 293.



III. Marco legal: empresas administradoras de prácticos

11. En el Perú el servicio de practicaaje es prestado por capitanes de travesía de la Marina Mercante Nacional o de la Marina de Guerra del Perú (en situación de disponibilidad o retiro), que son licenciados como prácticos marítimos por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú, prestando sus servicios a las naves a través de empresas especialmente constituidas para la prestación de servicios de practicaaje denominadas empresas administradoras de prácticos.
12. Sobre el particular, conviene precisar que los prácticos marítimos no pueden prestar sus servicios directamente sino a través de empresas administradoras de prácticos, ello como consecuencia de lo establecido en la Resolución Directoral 0472-2000/DCG - "Normas para los Prácticos Marítimos", que a la letra dice:

2. DEFINICIONES.-

Para efectos de la aplicación de la presente norma se entenderá por:

(...)

h) Empresa administradora de prácticos.- Es la que se constituye conforme a las leyes nacionales, cuyo objeto social es la prestación del servicio público del practicaaje marítimo, la cual deberá estar debidamente equipada e integrada por uno o varios prácticos, así como contar para su funcionamiento con la licencia y registro expedido por las autoridades competentes.

(...)

7. PEDIDOS DE PRÁCTICOS.-

Los pedidos de prácticos serán efectuados directamente por los representantes de las naves a una Empresa Administradora de Prácticos.⁸

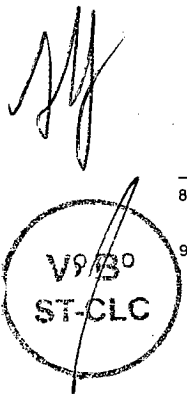
13. Dado que la normativa vigente establece que el servicio de practicaaje debe ser necesariamente prestado a través de empresas administradoras de prácticos, en el presente caso la formación de la empresa administradora de prácticos Pilot Station por parte de los prácticos que tenían licencia para el Terminal Portuario del Callao (en lo sucesivo, el TPC) en diciembre de 2000 no resulta una conducta por sí misma sancionable.

IV. El periodo de investigación

14. En el Informe se ha definido que el periodo de investigación se encuentra comprendido entre el 15 de diciembre de 2000 (fecha de celebración de los contratos de exclusividad materia de la denuncia) y el 28 de junio de 2002 (fecha de la resolución de admisión a trámite). Sin embargo, en su escrito de alegatos⁹ los denunciados han señalado que el periodo de investigación debería comprender entre el 8 de enero de 2001 (fecha en la cual Pilot

⁸ Modificado mediante Resolución Directoral 0347-2001/DCG.

⁹ Escrito de alegatos del 14 de junio de 2005.



Station inició sus labores como monopolio) y el 29 de mayo de 2002 (fecha de realización de una visita inspectiva por parte de personal de la Secretaría Técnica).

15. Al respecto, esta Comisión considera que el periodo de investigación definido por la Secretaría Técnica resulta adecuado para el presente caso, debido a que el periodo de investigación en los procedimientos de libre competencia está referido al lapso de tiempo durante el cual se producen los hechos materia de la denuncia.
16. En ese sentido, dado que en el presente procedimiento uno de los extremos investigados como abuso de posición de dominio está constituido por la utilización anticompetitiva de contratos de exclusividad celebrados el 15 de diciembre de 2000 entre Pilot Station y los prácticos licenciados del TPC, resultaba razonable que el periodo de investigación tenga como inicio la fecha en que dichos contratos fueron celebrados.
17. Por su parte, es errado considerar que la finalización del periodo de investigación debe ser la fecha en que se realizó la visita inspectiva, alegándose para tal efecto que fue con dicho acto que los denunciados conocieron de la investigación y los alcances de la denuncia. Esto porque la diligencia en mención se realizó como un acto de investigación preliminar de la Secretaría Técnica, por lo que resulta materialmente imposible que los denunciados hayan conocido los alcances de la denuncia con la realización de la diligencia en cuestión.

V. El mercado relevante

18. La Comisión coincide con el análisis realizado por la Secretaría Técnica contenido en el Informe mediante el cual se concluye que el mercado relevante para el presente caso es el mercado de servicios de practicaje marítimo en el TPC.
19. Al respecto, los denunciados han alegado¹⁰ en su escrito del 14 de junio de 2005 que el mercado relevante podría verse ampliado en la medida que ante un incremento del precio del practicaje marítimo en el TPC, las navieras podrían optar por utilizar las facilidades de otros terminales portuarios. No obstante, esta Comisión considera errado incluir a dichos puertos dentro del mercado relevante, por cuanto el costo del servicio de practicaje representa un porcentaje mínimo del total de costos portuarios involucrados para una operación estándar en el TPC; por lo tanto, resulta poco probable que ante un incremento en los precios, las navieras opten por operar a través de otros puertos.

VI. La posición de dominio

20. La Comisión coincide con el análisis realizado por la Secretaría Técnica contenido en el Informe mediante el cual se concluye que Pilot Station tuvo

¹⁰ Escrito de alegatos del 14 de junio de 2005.

posición de dominio dentro del mercado relevante durante el período de investigación.

21. No obstante, los denunciados han señalado¹¹ que Pilot Station no ostentó dicha posición debido a que su cuota de mercado experimentó una disminución entre los años 2001 y 2002. Al respecto, esta Comisión considera que dicha empresa sí ostentó posición de dominio dentro del mercado relevante debido a las siguientes razones: (i) que Pilot Station mantuvo durante el periodo de investigación (18 meses) una cuota de mercado superior al 75% y 69%, medida en número de maniobras realizadas y en Tonelaje de Registro Bruto movido (en adelante, TRB), respectivamente; (ii) la alta concentración del mercado; (iii) el número de prácticos contratados por la empresa; (iii) las elevadas barreras legales que posee el mercado de practicaje marítimo en el TPC; y (iv) el establecimiento de una barrera estratégica¹² a través de la celebración de contratos de exclusividad.

VII. Los contratos de exclusividad

22. Respecto al extremo de la denuncia referido a la utilización anticompetitiva de contratos de exclusividad¹³, tomando en consideración el análisis realizado por la Secretaría Técnica contenido en el Informe, esta Comisión concluye lo siguiente:
- (i) A través de la celebración de contratos de exclusividad Pilot Station concentró a la totalidad de prácticos disponibles en el TPC en diciembre de 2000 (un total de 35 prácticos).
 - (ii) Los contratos de exclusividad de Pilot Station tuvieron el efecto de privar de prácticos al resto de empresas administradoras de prácticos del TPC, generando con ello un efecto exclusorio respecto de sus competidores, pues estas empresas se vieron impedidas de contar con su principal insumo para participar y competir en el mercado relevante: los prácticos.
 - (iii) La empresa suscribió adendas a los contratos de exclusividad, imponiendo una penalidad de US\$ 300 000,00 (trescientos mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) para los prácticos que

¹¹ Escrito de alegatos del 14 de junio de 2005.

¹² Las barreras estratégicas o de conducta se refieren a comportamientos empresariales que restringen o disuaden el ingreso de nuevas empresas a las industrias. Las barreras estratégicas se distinguen de las barreras estructurales dado que las primeras están referidas a conductas empresariales mientras que las segundas están referidas a la estructura del mercado (existencia de economías de escala, economías de ámbito, costos hundidos, marcos legales, etc.). Ver al respecto: Glosario de Términos Relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las Leyes sobre Competencia. Banco Mundial y OECD. Recopilado por R. S. Khemani y D.M. Shapiro, edición en español e inglés, 1996. Págs. 3 y 4.

¹³ La utilización de los contratos de exclusividad comprende tanto el acto de celebración de los contratos en cuestión como su mantenimiento a lo largo del tiempo.

pretendiesen retirarse¹⁴. El efecto de estas adendas fue establecer barreras a la salida de Pilot Station para los prácticos de dicha empresa, afectándose adicionalmente a los competidores de ésta al privarlos de contar con dichos prácticos. En este sentido, la adenda constituye un elemento adicional para considerar la utilización de los contratos de exclusividad como una conducta con efectos exclusorios. Ello en razón de que el monto consignado no guarda proporcionalidad con la definición propia de una cláusula penal.

- (iv) La utilización de los contratos de exclusividad con la totalidad de prácticos marítimos disponibles en el TPC permitió a Pilot Station mantener entre el 8 de enero y el 25 de abril de 2001 un monopolio en el mercado relevante y ejercer su poder de mercado mediante el incremento de los precios del servicio de practicaaje en el TPC, obteniendo así beneficios extraordinarios.

Los contratos de exclusividad permitieron a Pilot Station establecer precios monopólicos que representaron un incremento del 75,9% para naves de entre 0 y 15 000 TRB; 63,4% para naves de entre 15 001 y 25 000 TRB; y, 69,6% para naves de más de 25 000 TRB, respecto de los precios vigentes en el año 2000¹⁵. En consecuencia, resulta evidente que estos incrementos de precios no respondían a eficiencias económicas productivas o innovativas de la empresa denunciada, sino a la conducta indebida realizada por Pilot Station abusando de su posición de dominio, con el fin de obtener beneficios a través de mayores precios y causando perjuicios a otros agentes del mercado.

- (v) Considerando que la celebración de contratos de exclusividad con treinta y cinco (35) prácticos licenciados en el TPC no encuentra justificación en la intención de operar una empresa eficiente¹⁶, que no ha reportado un efecto de evitar conductas de *free rider*¹⁷ de otras empresas administradoras de prácticos o el ahorro de costos de transacción y que, por el contrario, la generalización de tales contratos denota una intención restrictiva de la libre competencia conducente al sostenimiento de un monopolio y del ejercicio de su poder de mercado directamente a través de incrementos de precios; esta Comisión concluye que la utilización de

¹⁴ Si bien la existencia de dichas adendas fue cuestionada por los denunciantes en sus alegatos del 18 de marzo de 2005, debido a que éstas fueron encontrados en archivos electrónicos durante la diligencia de inspección en las oficinas de Pilot Station, el propio Gerente General de la empresa denunciada, señor Víctor Tirado Silva, confirmó su existencia durante la Audiencia de Informe Oral del 6 de junio de 2005. Asimismo, la celebración de las adendas en mención queda acreditada mediante la información contenida en las actas de directorio de Pilot Station de fechas 16 de agosto de 2001 y 2 de octubre de 2001.

¹⁵ De acuerdo a lo establecido por la Secretaría Técnica en el Cuadro N° 18 del Informe.

¹⁶ Dado que tanto los denunciantes como los denunciados han afirmado que el número necesario de prácticos para operar en el TPC es significativamente menor al número de prácticos con los que Pilot Station celebró los contratos de exclusividad, tal y como se aprecia en el Informe.

¹⁷ El *free riding* ocurre cuando una empresa (o individuo) se beneficia de acciones o esfuerzos de otros sin pagar ni compartir los costos en los que estos últimos incurren. Khemani R.S. y D.M. Shapiro. Op. Cit., págs. 31 y 32.

los contratos de exclusividad constituyó un abuso de posición de dominio que tenía el propósito de monopolizar el mercado y elevar los precios del servicio de practicaaje a niveles monopólicos, lo cual constituye una infracción a las normas de defensa de la libre competencia conforme a lo establecido en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701.

- (vi) La formación y sostenimiento del monopolio de Pilot Station se dio no a través de eficiencias productivas o innovativas sino mediante la utilización de contratos de exclusividad. Pilot Station no intentó monopolizar el mercado a través de una disminución de precios o mejorando la calidad o diversidad de sus servicios sino mediante la implementación de una conducta sancionable: la concentración de toda la oferta disponible de servicios de practicaaje a efectos de imponer precios de monopolio en el mercado.
23. Adicionalmente, esta Comisión coincide con el análisis de la Secretaría Técnica contenido en los numerales 343 a 350 del Informe, que desestima los argumentos de defensa de los denunciados dentro del procedimiento.
24. Los denunciados han señalado¹⁸ que dado que la Secretaría Técnica afirmó en el Informe que la suscripción de los contratos no resulta sancionable, se debe concluir que tampoco resulta sancionable su vigencia. Sobre el particular, esta Comisión considera pertinente señalar que en el presente caso el abuso de posición de dominio se expresa en la utilización de los contratos de exclusividad como instrumento para monopolizar el mercado e imponer precios monopólicos.
25. Por otro lado, los denunciados han argumentado¹⁹ que la agrupación de todos los prácticos en una empresa tuvo como objetivo limitar el número de prácticos por cuestiones de seguridad, de acuerdo a la corriente legislativa internacional. Sin embargo, esta Comisión considera que Pilot Station no necesitaba celebrar contratos de exclusividad con la totalidad de prácticos para desarrollar sus servicios de forma segura. Existen normas específicas que tutelan la seguridad en las operaciones de practicaaje en el TPC.
26. Pilot Station también ha manifestado²⁰ que en el presente caso existiría un supuesto de incongruencia procesal entre el petitorio de la denuncia, la resolución admisorio y las conclusiones del órgano instructor. Al respecto, y conforme a la cuestión previa (acápito II del presente pronunciamiento) relativa a la tipicidad (desarrollada sobre la base de lo establecido por el Tribunal), corresponde señalar que la denuncia fue admitida por abuso de posición de dominio y el presente pronunciamiento versa sobre abuso de posición de dominio, y que los hechos imputados guardan vinculación con los


¹⁸ Escrito de alegatos del 18 de marzo de 2005.

¹⁹ Ibídem.

²⁰ Escrito de alegatos del 14 de junio de 2005.

contratos de exclusividad tanto en la resolución admisorio como en el presente pronunciamiento, por lo que no existe incongruencia alguna.

27. Corresponde precisar, sin embargo, que toca a la Comisión evaluar el hecho imputado por los denunciantes y sobre el cual los denunciados han tenido la oportunidad de defenderse. En efecto, los denunciados han tenido a lo largo del procedimiento la oportunidad de defenderse alegando que la utilización de contratos de exclusividad no ha restringido la competencia. Esta Comisión, por su parte, ha arribado a la conclusión de que la utilización de dichos contratos fue un instrumento que permitió a Pilot Station monopolizar el mercado e imponer precios monopólicos, lo que evidencia con claridad el abuso perpetrado.
28. Finalmente, los denunciados han afirmado²¹ que el Tribunal ha analizado la celebración de los contratos de exclusividad en su Resolución N° 0131-2003/TDC-INDECOPÍ, estableciendo que ello no constituye una conducta contraria a la libre competencia. Al respecto, esta Comisión considera pertinente precisar que en la mencionada resolución el Tribunal se pronunció sobre un supuesto de práctica colusoria entre tres empresas administradoras de prácticos y no sobre un caso de abuso de posición de dominio.

VIII. La negativa injustificada de entrenamiento de aspirantes a prácticos marítimos

29. Conforme se puede observar de los actuados en el expediente, Pilot Station no ha negado que los prácticos licenciados que laboran para ella se hayan negado a prestar entrenamiento a aspirantes de prácticos. Por el contrario, dicha empresa ha señalado que la negativa de sus prácticos marítimos se encontró justificada por razones de carácter ético y económico, propias y personales de ellos.
30. Pilot Station sí ha negado, en cambio, que la negativa de entrenamiento se haya debido a causas o razones basadas en una política de la empresa, toda vez que dicha conducta fue una decisión personal de cada práctico licenciado que labora en la empresa denunciada.
31. Sin embargo, en el expediente obra el documento denominado "Reglamento de Trabajo de Pilot Station S.A." en el cual se estableció expresamente que los aspirantes a prácticos debían firmar un Contrato de Exclusividad por tiempo indeterminado con la empresa denunciada a efectos de poder asistir a las maniobras que realicen los prácticos de Pilot Station, tal como se desprende de las siguientes citas textuales:

8128. Un capitán de Travesía, autorizado a postular a Práctico Marítimo por la Autoridad Marítima, para poder asistir a las maniobras de los Prácticos Marítimos de Pilot Station S.A. como observador [sic] deberán firmar un Contrato de Exclusividad por tiempo indeterminado.

²¹ Ibidem.

(...)

8130. Ningún Práctico Marítimo de Pilot Station S.A. bajo su responsabilidad podrá llevar como Observador a un Capitán de Travesía postulante a Práctico Marítimo.

(el subrayado es nuestro)

32. Asimismo, el referido reglamento de trabajo dispuso que los aspirantes a prácticos marítimos debían realizar un pago establecido por el Directorio de Pilot Station, con la finalidad de asistir a las maniobras que realicen los prácticos licenciados de dicha empresa, tal como se desprende de la siguiente cita textual:

8129. *Los Capitanes de Travesía, autorizados a postular a Práctico Marítimo por la Autoridad Marítima, para poder asistir a las maniobras de los Prácticos Marítimos de Pilot Station S.A. como observador, deberán ejecutar un pago, por cada maniobra, de acuerdo a la tarifa que el Directorio de la empresa determine.*

(el subrayado es nuestro)

33. El contenido del documento citado evidencia que la negativa de entrenar a aspirantes de prácticos marítimos no fue una mera decisión personal de los prácticos licenciados que laboraban para Pilot Station, sino que dichas negativas derivaban de una política empresarial de ésta²², cuyo Directorio incluso, según el reglamento de trabajo citado, se encargaría de fijar un precio por el servicio de entrenamiento, por lo que no fue una decisión personal de cada práctico licenciado conforme lo ha sostenido la empresa denunciada.²³
34. Ahora bien, en su escrito de alegatos al Informe²⁴, Pilot Station ha cuestionado el valor probatorio del reglamento de trabajo mencionado en los párrafos precedentes, argumentando que este documento fue sustraído de una base de datos, motivo por el cual no existiría certeza de su existencia y contenido real.
35. Sin embargo, durante la diligencia de inspección del 29 de mayo de 2002 realizada en las instalaciones de Pilot Station, el Gerente General de esta empresa, señor Víctor Tirado Silva, proporcionó a los funcionarios de la Secretaría Técnica una copia del reglamento en cuestión, la cual fue

²² En otras palabras, es falso que Pilot Station no tuviera injerencia en las decisiones de sus prácticos licenciados respecto a entrenar o no a los aspirantes de prácticos.

²³ En su escrito complementario del 20 de abril de 2005, Pilot Station ha señalado que no existió una negativa injustificada de entrenamiento de aspirantes a prácticos marítimos, sino que hubo una falta de coordinación a efectos de verificar la "disponibilidad" de la empresa de prácticos (Pilot Station). Este argumento sería contradictorio con lo sostenido por la propia empresa denunciada en el sentido de que supuestamente la decisión de entrenamiento era sólo imputable a los prácticos licenciados y no suponía de ninguna manera una decisión de la empresa.

²⁴ Escrito de alegatos del 18 de marzo de 2005.





debidamente sellada y suscrita por el referido gerente. Por lo tanto, a criterio de esta Comisión, carece de sustento el argumento expuesto por Pilot Station, en la medida que dicho reglamento no fue obtenido de una base de datos y, además, debido a que el Gerente General de Pilot Station no hizo ninguna observación respecto de la veracidad del mismo al momento de proporcionarlo a la Secretaría Técnica.

36. Pilot Station ha argumentado²⁵ que en el supuesto de que un práctico licenciado se niegue a entrenar a un aspirante a práctico se le aplicará la sanción correspondiente en virtud de la normativa sectorial de practicaaje. En este sentido, según la mencionada empresa, constituirá una violación al principio *non bis in idem*²⁶ el hecho de que la autoridad portuaria y el Indecopi sancionen paralelamente a un mismo práctico licenciado por una negativa de entrenamiento en particular.
37. Al respecto, esta Comisión considera que en el presente caso no se viola el principio del *non bis in idem*, conforme a las siguientes razones:
- *No se cumple el presupuesto de identidad subjetiva en virtud de la cual se sanciona dos veces a una misma persona.* En efecto, en un eventual procedimiento administrativo en aplicación de la normativa sectorial de practicaaje se sancionaría sólo a aquellos prácticos licenciados que hayan obstaculizado o impedido la realización de prácticas de maniobra, mientras que en el presente procedimiento se sancionará a la empresa Pilot Station y a sus representantes legales por haber implementado una política empresarial anticompetitiva consistente en la negativa de entrenamiento a aspirantes de prácticos marítimos. Con relación a los representantes legales no habría identidad de sujetos, toda vez que en un procedimiento en aplicación de la normativa sectorial de practicaaje, éstos serían sancionados en su calidad de prácticos marítimos licenciados, mientras que en el presente procedimiento serían sancionados en tanto ostentan la calidad de gerentes y directores, que contribuyeron en la toma y ejecución de decisiones de la empresa denunciada contrarias a la libre competencia.
 - *No se cumple el presupuesto de identidad de fundamento.* En el supuesto de que uno de los directivos y/o gerentes de Pilot Station haya sido sancionado por la autoridad portuaria por un eventual incumplimiento de la normativa sectorial, no constituiría una violación al

²⁵ Escrito de alegatos del 14 de junio de 2005.

²⁶ Ley del Procedimiento Administrativo General.-

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

10. **Non bis in idem.-** No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

(...)



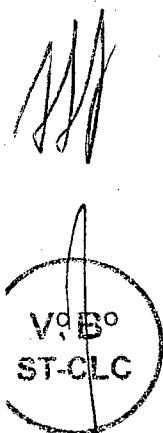
principio *non bis in idem* si luego es sancionado conjuntamente con Pilot Station por la comisión de prácticas anticompetitivas²⁷. En efecto, la dualidad de sanción se encuentra justificada en la medida que se contemple un mismo hecho sancionable desde la perspectiva de la salvaguardia de diferentes intereses jurídicamente protegidos (v.g. la continuidad del servicio de practicaje marítimo y la defensa de la libre competencia).

IX. La predación a través de mecanismos administrativos y judiciales

38. Con relación al presente extremo de la denuncia, se puede observar del Informe y de los actuados en el expediente que Pilot Station inició determinadas acciones judiciales y procedimientos administrativos contra los prácticos marítimos que voluntariamente decidieron renunciar a continuar prestando sus servicios a través de la empresa denunciada.
39. Sobre el particular, esta Comisión considera que la empresa denunciada tuvo la intención de obstaculizar o impedir la permanencia en el mercado de los prácticos marítimos que renunciaron a dicha empresa, a través de las acciones legales implementadas. Ello con el propósito, a su vez, de restringir la permanencia y acceso al mercado de las empresas administradoras de prácticos competidoras que pretendían entrar al mercado requiriendo para ello los servicios de los referidos prácticos.
40. Ahora bien, Pilot Station ha argumentado²⁸ que el criterio expuesto en el Informe respecto a este extremo es errado debido a que una práctica predatoria se da cuando el objetivo del agente infractor es impedir o retrasar el ingreso de sus competidores en el mercado. En ese sentido, según la referida empresa, dicho supuesto no se ha presentado toda vez que las acciones judiciales y los procedimientos administrativos se iniciaron contra los prácticos que renunciaron a Pilot Station y no contra otras empresas administradoras de prácticos.
41. Sobre el particular, a criterio de esta Comisión, si bien las acciones legales mencionadas precedentemente tuvieron como finalidad impedir que los prácticos que renunciaron a Pilot Station continúen realizando sus actividades de practicaje en el TPC; ello en realidad tuvo como único propósito causar un perjuicio a las empresas administradoras de prácticos competidoras recortándoles la posibilidad de proveerse del insumo más importante para competir en el mercado, esto es, los prácticos marítimos objeto de las acciones legales. En consecuencia, se puede colegir que la conducta predatoria sí afectaba a los competidores directos de la empresa denunciada, en tanto significaba un retraso u obstaculización para su acceso al mercado, consolidando a su vez la posición de dominio de Pilot Station por medios distintos a la eficiencia económica.

²⁷ La posibilidad de sancionar a la persona jurídica y, además, a los representantes y directivos de ésta, por la comisión de prácticas anticompetitivas, se encuentra prevista en el Decreto Legislativo 701.

²⁸ Escrito de alegatos del 28 de marzo de 2005.



42. Asimismo, con relación a cada una de los procesos judiciales y administrativos que la Secretaría Técnica ha evaluado en el Informe, Pilot Station ha señalado lo siguiente²⁹:

- *Acción de amparo interpuesta ante el Tercer Juzgado Civil del Callao contra el práctico Chávez Gurmendi*: respecto a este proceso, Pilot Station ha señalado que el Tribunal ya se ha pronunciado anteriormente sobre el particular indicando que dicho proceso fue declarado improcedente por un error formal motivo por el cual no puede concluirse que sea una expresión concluyente del principio formulado por el sindicato mexicano de prácticos consistente en que "si la autoridad se resiste se acude a los tribunales".

Con relación a este argumento, la Comisión considera que el Tribunal analizó este proceso judicial de manera individual y no en conjunto con los otros mecanismos legales establecidos por Pilot Station como una estrategia predatoria de abuso de posición de dominio; ello debido a que en el procedimiento conocido por el Tribunal, la materia controvertida fue la presunta comisión de una presunta práctica colusoria y no una de abuso de posición de dominio como en el presente caso.

- *Acción de amparo interpuesta ante el Primer Juzgado Corporativo de Derecho Público de Lima contra los prácticos Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino y otras empresas administradoras de prácticos*: con relación a este proceso, Pilot Station ha señalado que al haber sido declarado improcedente se puede aplicar el mismo razonamiento señalado en el ítem anterior.

Al respecto, conforme al comentario expuesto precedentemente, es necesario analizar este proceso en conjunto con los otros mecanismos legales interpuestos por Pilot Station como una estrategia cuyo único propósito fue impedir que los prácticos que renunciaron a dicha empresa presten sus servicios en otras empresas administradoras de prácticos competidoras, más aun si se toma en cuenta que en el presente proceso se solicitó un medida cautelar con el fin de que se suspenda la autorización de los demandados a prestar el servicio de practicaaje marítimo.

- *Proceso ante el Tercer Juzgado Penal del Callao por el presunto delito de fraude en la administración de personas jurídicas contra los señores Chávez Gurmendi y Petrozzi Molfino*: con relación a este proceso, Pilot Station ha señalado que el Tribunal se ha pronunciado indicando que la calidad de directores de los prácticos que renunciaron a dicha empresa elimina cualquier indicio probable del ejercicio abusivo del derecho de acción por parte de esta empresa, ya que los directores de las empresas

²⁹ En el escrito de alegatos del 14 de junio de 2005 Pilot Station expone básicamente los mismos argumentos que los descritos en el presente numeral, de manera menos detallada.

tienen ciertas obligaciones y requisitos especiales exigidos por la Ley General de Sociedades.

Sobre el particular, esta Comisión se remite al comentario formulado en el primer ítem del presente numeral.

De otro lado, Pilot Station ha manifestado que la propia Secretaría Técnica ha reconocido que en este proceso penal no existe aún un pronunciamiento definitivo, motivo por el cual la Comisión no podría pronunciarse respecto a si dicho proceso penal ha sido utilizado de manera abusiva con la finalidad de impedir la competencia en el mercado de practicaje marítimo en el TPC.

- *Proceso ante el Noveno Juzgado Penal del Callao por el presunto delito de fraude en la administración de personas jurídicas contra el señor Lavado Carrillo:* con relación a este proceso, Pilot Station ha señalado que el señor Lavado Carrillo ostentaba la calidad de accionista y Director de dicha empresa al momento que comenzó a prestar servicios en otras empresas administradoras de prácticos competidoras, motivo por el cual tenía fundamentos que legitimaban el inicio de acciones legales a efectos de salvaguardar sus intereses.

Pilot Station agrega que el hecho de que la Tercera Sala Penal Superior del Callao haya señalado que no se ha acreditado el daño, ello no significa que carezca de fundamento su denuncia, sino sólo que los medios probatorios no fueron suficientes. No obstante, de la resolución emitida por el referido órgano judicial no sólo se evidencia que no se ha acreditado el daño durante el desarrollo proceso, sino que además dicho órgano sí consideró que el señor Lavado Carrillo quedó desligado de Pilot Station, por lo que no habría cometido delito alguno, tal como se aprecia en la cita siguiente:

TERCERO.- Que de las Cartas Notariales corrientes a fojas ciento sesentisiete y ciento sesentiocho, se aprecia, que el inculcado con fecha cuatro de junio del año dos mil uno, renunció de manera irrevocable, a su cargo de Director de Empresa, así como de su puesto como Práctico Marítimo, lo que significa que a partir de esa fecha, quedó totalmente desligado de la empresa denunciante, en aplicación del artículo ciento cincuentisiete de la Ley General de Sociedades; en consecuencia habilitado para desempeñarse como trabajador en cualquier centro laboral, **CUARTO.-** Que, no se ha acreditado de modo alguno, que el encausado hubiese estado trabajando para otra empresa, durante la vigencia de su vínculo laboral con la empresa denunciante, menos aun se ha demostrado que hubiese sustraído los clientes, por lo tanto no se ha acreditado daño alguno a la empresa PILOT STATION Sociedad Anónima; **CONFIRMARON** la resolución apelada de fojas ciento noventicinco a ciento noventiséis, su fecha veintiséis de diciembre del dos mil uno; que **RESUELVE DECLARAR NO HA LUGAR** a la apertura de Instrucción contra **MANUEL ANTONIO LAVADO CARRILLO**, por delito contra el Patrimonio, en la modalidad de Fraude en la administración de Personas Jurídicas - Sub tipo de

Handwritten signature

Omisión de Comunicar la existencia de intereses propios incompatibles con la persona jurídica en agravio de Pilot Station Sociedad Anónima;

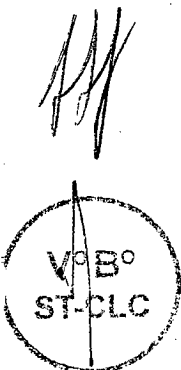
(el subrayado es nuestro)

- *Denuncia administrativa ante la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra por el presunto incumplimiento de obligaciones en la prestación del servicio de practicaje contra el señor Lavado Carrillo:* respecto a este procedimiento, Pilot Station ha señalado que esta denuncia fue declarada fundada en primera instancia, pese a que posteriormente dicha decisión fue revocada; por lo tanto, se puede colegir que esta denuncia no carecía de total sustento al haber causado convicción a la primera instancia.

No obstante, pese a que esta denuncia fue declarada fundada en primera instancia no se puede concluir a partir de ello que no formaba parte de una estrategia para impedir el acceso al mercado de los prácticos marítimos que renunciaron a Pilot Station, máxime si lo contrario se desprende del análisis conjunto de las acciones legales iniciadas por Pilot Station y si a ello, además, se agrega el hecho de que en el procedimiento en cuestión la segunda instancia revocó lo resuelto por la Capitanía de Puerto del Callao considerando que del expediente se podía concluir que el señor Lavado Carrillo cumplió con informar oportunamente su renuncia a los representantes de la agencia marítima y de la empresa Pilot Station.

- *Proceso ante el Noveno Juzgado Penal del Callao por el presunto delito contra la fe pública en la modalidad de falsificación de documentos contra el señor Boggiano Morales y denuncia administrativa ante la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra por presunta falsificación de documentos contra el señor Boggiano Morales:* con relación a este extremo Pilot Station ha señalado que actuó dentro de los cauces que la ley reconoce para salvaguardar sus intereses, los mismos que fueron debidamente resueltos en la instancia correspondiente. En ese sentido, una resolución contraria a la denuncia planteada no puede implicar una intención de causar perjuicio toda vez que asumir ello deriva en el absurdo de limitar el derecho de acción de las personas.

Al respecto, esta Comisión reconoce el derecho legítimo de toda persona a solicitar tutela jurisdiccional y a ejercer su derecho de petición administrativa ante los órganos correspondientes; sin embargo, si los procesos judiciales y los procedimientos administrativos interpuestos por la empresa denunciada son desestimados (en su mayoría) por las autoridades competentes, la Comisión en el ámbito de sus competencias puede evaluar y eventualmente concluir de manera objetiva la intención anticompetitiva de una empresa que utiliza innecesariamente dichos mecanismos legales con el único propósito de obstaculizar el acceso o permanencia en el mercado de competidores potenciales o reales, y no el ejercer de manera regular su derecho de acción.



43. En el presente caso, del análisis conjunto de los procesos y procedimientos precedentemente señalados se puede inferir que la intención de Pilot Station fue restringir el acceso de otras empresas competidoras a los servicios de los prácticos que fueron objeto de los procesos judiciales y administrativos.

X. La negativa injustificada a la prestación de servicios

44. La Comisión coincide con el análisis realizado por la Secretaría Técnica contenida en el Informe mediante el cual concluye que del conjunto de negativas injustificadas de trato denunciadas se puede observar lo siguiente: (i) en dos casos (M/N Nedlloyd Acapulco y M/N CSAV Barcelona) no se ha acreditado la existencia de una negativa de trato; (ii) en dos casos (M/N Manzanillo y M/N Tamarugal) no se ha podido determinar en qué momento se solicitó el servicio de practicaje a efectos establecer si fue con la anticipación necesaria para cumplir con la notificación respectiva a la Capitanía de Puerto; (iii) en cuatro casos (M/N Wilson, M/N Ocean Hope II, M/N Laja y M/N APL Chile) la negativa de trato se encuentra justificada; y (iv) únicamente en un caso ("Naves pesqueras" - Nepomuseno, Playa Dovilar y E Illa de Rua) se ha encontrado la existencia de una negativa injustificada de trato
45. Los denunciantes han señalado³⁰ que existiría una "conducta propia" en los puertos consistente en la costumbre de realizar las solicitudes de servicios de practicaje marítimo sin considerar los plazos establecidos en las normas vigentes y, por lo tanto, el incumplimiento de dichos plazos no resulta una justificación válida para negarse a prestar el servicio. Al respecto, esta Comisión considera que acoger el argumento de los denunciantes implicaría que este órgano resolutorio incentive a las agencias marítimas a incumplir las normas vigentes y que reconozca como una conducta aceptable el incumplimiento del marco normativo del mercado de practicaje.
46. En el supuesto de que en el mercado de practicaje en el TPC se venga incumpliendo dicha normativa de forma reiterada, será la autoridad competente en dicha materia (la Dirección General de Capitanías y Guardacostas) la que tendrá que tomar las medidas pertinentes para que el funcionamiento de dicho mercado resulte respetuoso de las normativas vigentes.
47. De otro lado, los denunciantes han señalado que en los casos de las naves M/N Manzanillo y M/N Tamarugal, la Comisión debe declarar que las negativas fueron injustificadas, dado que fue Pilot Station quien argumentó el incumplimiento de los plazos legales como justificación de las negativas de trato, sin haber acreditado que las solicitudes de servicio se hicieron a destiempo. No obstante, los denunciantes tampoco han acreditado que las solicitudes de servicio se hayan hecho respetando los plazos legales, motivo por el cual en caso de duda prima el principio de presunción de inocencia del administrado imputado³¹.

³⁰ Escrito de alegatos del 1 de marzo de 2005.

³¹ Ley del Procedimiento Administrativo General.-



48. Los denunciantes han indicado, además, que en el caso de la nave M/N Barcelona la negativa también fue injustificada, toda vez que Pilot Station condicionó la prestación del servicio, al hecho de que el requerimiento respectivo sea formulado directamente por la empresa naviera. Al respecto, esta Comisión considera que lo afirmado por los denunciantes no ha sido debidamente acreditado, así como tampoco se ha acreditado la existencia de una negativa de trato. No obstante, aun en el supuesto de que haya existido dicha negativa, de acuerdo a lo analizado por la Secretaría Técnica en el Informe, ésta habría sido justificada debido a que se hubiera incumplido los plazos legales vigentes.
49. De otro lado, los denunciados han manifestado³² que la existencia de sólo una negativa de trato injustificada no constituye una afectación al interés económico general. Sobre el particular, esta Comisión considera que si bien ello representa un perjuicio mínimo a la competencia, no deja de ser cierto que existe un daño y que por lo tanto la conducta infringe la normativa vigente.
50. Pilot Station y los directivos y gerentes denunciados han afirmado que el presente extremo de la denuncia podría ser considerado como una denuncia maliciosa. Sin embargo, esta Comisión considera que no existen elementos de juicio suficientes para hacer tal calificación, toda vez que, a entender de los denunciantes, la existencia de una "conducta propia" (costumbre en el puerto) consistente en incumplir los plazos legales, habría implicado que aquéllos considerasen vulnerado su derecho de ser atendidos por Pilot Station en la totalidad de sus solicitudes de servicios de practicaaje.

XI. La conductas evaluadas en conjunto

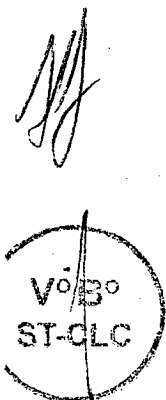
51. Esta Comisión considera que durante el periodo de investigación la empresa Pilot Station adquirió posición de dominio en el mercado de servicios de practicaaje marítimo en el TPC a través de la celebración de contratos de exclusividad con la totalidad de prácticos que mantenían licencia para dicho puerto en diciembre de 2000. Esto tuvo como única intención sostener un monopolio que posteriormente ejerciese su poder de mercado a través del incremento de precios.
52. Adicionalmente a la formación y sostenimiento artificial de dicho monopolio a través de medios distintos a eficiencias productivas o innovativas (la utilización de los contratos de exclusividad), Pilot Station implementó conductas conducentes a impedir el acceso de nuevos competidores a través de una política de negar entrenamiento a los aspirantes a prácticos; excluir

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia de lo contrario.

³² Escrito de alegatos del 14 de junio de 2005.



del mercado a sus actuales competidores (a través de una predación mediante mecanismos legales y administrativos); y castigar a una agencia marítima que trabajaba con los prácticos “disidentes” de Pilot Station (a través de una negativa de trato).

53. Las tres conductas descritas en el párrafo anterior tuvieron el propósito de reforzar, proteger, mantener y /o retener en el tiempo la posición de dominio de Pilot Station obtenida a través de la utilización de contratos de exclusividad, constituyéndose en conjunto una clara estrategia de monopolización ilegal del mercado, lo que se tradujo en el ejercicio de conductas exclusorias respecto de competidores actuales y potenciales, que se materializó a su vez en un aumento en el precio del servicio de practicaje marítimo en el TPC.
54. En efecto, Pilot Station no intentó monopolizar el mercado a través de una disminución de precios o mejorando la calidad o diversidad de sus servicios sino mediante la implementación de una conducta restrictiva de la libre competencia: la monopolización artificial —así como su defensa— de toda la oferta disponible de servicios de practicaje a través de la utilización de contratos de exclusividad a efectos de imponer precios de monopolio en el mercado, infringiendo los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701.

XII. El establecimiento de sanciones

55. Considerando que esta Comisión ha concluido que Pilot Station abusó de su posición de dominio, corresponde a continuación establecer las sanciones a imponer a los distintos agentes que han sido hallados responsables en el presente procedimiento.
56. Esta Comisión considera que la infracción cometida por Pilot Station califica como grave a diferencia de la Secretaría Técnica que la calificó como muy grave en el Informe.
57. La sanción a imponer deberá ser calculada en función de los beneficios extraordinarios^{33, 34} obtenidos durante el periodo en el cual Pilot Station logró

³³ Se debe entender por beneficio extraordinario aquel beneficio obtenido por los infractores producto de la implementación de la conducta anticompetitiva. Así las cosas, el beneficio extraordinario es la diferencia entre el beneficio de no cumplir la ley y el beneficio de cumplir la ley.

Cabe precisar que el cálculo del beneficio esperado no guarda relación con las definiciones contables o financieras de beneficio. En efecto, el beneficio esperado en términos de la imposición de sanciones bajo las normas de defensa de la libre competencia está directamente relacionado con el diferencial de beneficios de realizar, o no, la práctica anticompetitiva; mientras que los beneficios financieros o contables se determinan a partir de distintos tipos de ingresos y egresos, influenciados por definiciones y condicionamientos formales: utilidad bruta (ventas menos costo de ventas), utilidad operativa (utilidad bruta menos gastos de ventas y de administración), utilidad antes de impuestos, utilidad neta, etc.

Así por ejemplo, en un caso de concertación de precios, el beneficio extraordinario estará dado por la multiplicación del diferencial de precios entre el precio vigente antes de ejecutarse la conducta colusoria y el precio concertado, multiplicado por la cantidad de unidades vendidas por el cartel en el periodo de tiempo que éste se sostuvo.



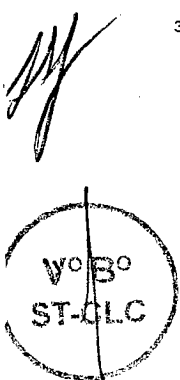
sostenerse como monopolio en el mercado relevante, (entre enero y abril de 2001), puesto que durante dicho periodo de tiempo logró obtener la mayor cantidad de beneficios extraordinarios producto de su conducta de monopolización a través del incremento de los precios del servicio de practicaje. En tal sentido la sanción a imponer ascendería a doscientos noventa y nueve coma cuatro (299,4) UIT's³⁵.

58. El artículo 23 del Decreto Legislativo 701 establece que las sanciones a imponer no podrán superar el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.
59. Por lo tanto, considerando que los ingresos brutos de Pilot Station en el 2004 fueron S/. 3 206 723,00 (tres millones doscientos seis mil setecientos veintitrés y 00/100 Nuevos Soles)³⁶, la multa a imponer a la empresa infractora no podrá ser superior a S/. 320 672,30 (trescientos veinte mil seiscientos setenta y dos y 00/100 Nuevos Soles). De esta manera, considerando la gravedad de la infracción, esta Comisión considera que se debe imponer 97,2 UITs.
60. Además de Pilot Station también son parte investigada las personas naturales que ocuparon los cargos de directores y gerentes de dicha empresa durante el periodo de investigación, a excepción de tres personas que ocuparon cargos de directores y que son denunciantes en el presente procedimiento y un ex – director de Pilot Station actualmente fallecido. Esta Comisión coincide con el análisis contenido en los numerales 668 a 670 del Informe en cuanto a la responsabilidad de dichas personas en la infracción atribuida a la empresa Pilot Station.
61. Asimismo, de la revisión de las actas de Directorio de Pilot Station durante el periodo de investigación no se aprecia que alguna de las personas naturales investigadas haya dejado constancia de su oposición a las conductas anticompetitivas de dicha empresa. En el mismo sentido, durante la totalidad del procedimiento ninguna de las personas naturales investigadas ha negado su participación en los hechos investigados.

³⁴ El criterio del beneficio extraordinario ha sido utilizado por el Tribunal en la Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPÍ del 16 de junio de 2003.

³⁵ Se ha considerado el diferencial de precios obtenido por la Secretaría Técnica en el numeral 657 del Informe, el TRB movido por Pilot Station a partir del 8 de enero de 2001 de acuerdo a información de la Empresa Nacional de Puertos S.A. (ENAPU S.A.), un tipo de cambio de 3,254 soles por dólar (tipo de cambio impuestos del Banco de la Nación (www.bn.gob.pe visitada el 24 de junio de 2005) y una probabilidad de detección de 100% por los mismos motivos contenidos en el numeral 662 del Informe.

³⁶ Información proporcionada por Pilot Station mediante Carta PS N° 140-05/GG del 19 de mayo de 2005. Si bien la empresa solicitó la confidencialidad de la totalidad de sus Estados Financieros del año 2004, mediante Resolución N° 033-2005-INDECOPÍ/CLC la Comisión acordó publicar el nivel de ventas anual de Pilot Station correspondiente al año 2004, de ser estrictamente necesario para la elaboración de la presente resolución. Siendo que para el cálculo de las sanciones a imponer resulta estrictamente necesario utilizar y publicar dicha cifra, en la presente sección se utiliza el nivel de ventas anual correspondiente al año 2004 proporcionado por Pilot Station ascendente a S/. 3 206 723,00.



62. En el presente caso, las personas naturales denunciadas que ejercieron cargos directivos y gerenciales en Pilot Station son a su vez accionistas de dicha empresa. En este sentido, atendiendo a esta situación particular, a criterio de esta Comisión corresponde que se distribuya la multa a imponerse entre las personas naturales denunciadas (que a su vez son accionistas) y la referida empresa, es decir, no realizar de manera separada un cálculo de sanciones para la empresa infractora y otro para las personas naturales que actuaron en su calidad de gerentes y directores (actores a nivel volitivo de la actos ejecutivos de la empresa).
63. Las sanciones a imponer consideran el grado de responsabilidad y participación de los directores y gerentes involucrados, conforme a lo señalado en el numeral 61 de la presente resolución. Asimismo, dichas sanciones están determinadas en función del total de personas que ocuparon cargos directivos y gerenciales en Pilot Station durante el periodo de investigación³⁷ y que con sus decisiones de políticas de gestión e implementación de las mismas, ejecutaron conductas contrarias al Decreto Legislativo 701. El número de personas que ocuparon dichos cargos³⁸ y la distribución de las sanciones a imponer según cargo se consignan en el Cuadro N° 1.

Cuadro N° 1
Sanciones aplicables a las personas que ocuparon cargos gerenciales y directivos en Pilot Station

Cargos	N° de personas	Sanción por persona (UIT)	Total por cargo (UIT)
Presidente de Directorio	1	9,0	9,0
Director/Gerente General	1	9,0	9,0
Director	14	4,0	56,0
Gerente General	1	9,0	9,0
Gerente Administrativo	1	2,3	2,3
Gerente de Operaciones	1	2,3	2,3
Gerente Financiero	1	2,3	2,3
Gerente Comercial	1	2,3	2,3
Total			92,2

Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

64. Dado lo anterior, las sanciones a imponer en el presente caso a Pilot Station y a las personas naturales que ejercieron cargos directivos y gerenciales, son las siguientes:

³⁷ Incluyendo a tres personas que ocuparon cargos de directores y que son denunciados en el presente procedimiento; y, un ex – director de Pilot Station actualmente fallecido.

³⁸ Información proporcionada por Pilot Station mediante escrito del 13 de junio de 2002.

Cuadro N° 2
Sanciones

Personas	Cargo	Multa (UIT)
Pilot Station S.A.	-	5,0
Pedro Gálvez Estremadoyro	Presidente de Directorio	9,0
Juan Maguiña Bustos	Director	4,0
Carlos Gerkes Miranda	Director	4,0
Jorge Godier del Aguila	Director	4,0
Teófilo Japura Gómez	Director	4,0
Manuel Rivadeneyra Cockburn	Director	4,0
Jaime Loyola Alvarez	Director	4,0
José Zagazeta Martínez	Director	4,0
Víctor Tirado Silva	Director/Gerente General	9,0
Luis Loyola Soto	Director	4,0
Manuel Esteban Gerkes Miranda	Director	4,0
Mario Ángeles Lloyd	Director	4,0
Elisbán Rodríguez Fernández	Gerente General	9,0
Carlos Manuel Negrini Arellano	Gerente Administrativo	2,3
Luis Miguel Gómez Núñez Melgar	Gerente de Operaciones	2,3
Percy Abel Salcedo Zúñiga	Gerente Financiero	2,3
Jaime Gino Bettocchi Ibarra	Gerente Comercial	2,3
Total		81,2

Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

En particular, las sanciones impuestas consideran que el Presidente del Directorio era la autoridad ejecutiva de mayor nivel de la empresa y estaba encargada de la política estratégico-comercial de ésta; los directores estaban encargados de formular el plan de objetivos de la empresa, los objetivos de la gerencia general, fijar los niveles de remuneraciones, entre otros; y, los gerentes eran las personas encargadas de la aplicación de las políticas de la empresa y de las relaciones mantenidas por Pilot Station con diversos agentes (v.g. agencias marítimas, prácticos aspirantes, prácticos licenciados, empresas administradoras de prácticos competidoras, autoridades, Empresa Nacional de Puertos S.A. – ENAPU, trabajadores de la empresa, etc.).

XIII. La denuncia penal contra las personas naturales imputadas

65. Con relación al pedido de los denunciantes relativo a interponer una denuncia penal contra las personas naturales investigadas en el presente procedimiento por infracción al artículo 232 del Código Penal, esta Comisión hace suyas las conclusiones de la Secretaría Técnica contenida en el acápite V del Informe.
66. En consecuencia, a criterio de esta Comisión, si bien las personas naturales investigadas infringieron los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, el perjuicio al interés económico no ha sido de tal magnitud que justifique la interposición de una denuncia penal ante el Ministerio Público por la comisión del delito tipificado en el referido artículo 232 del Código Penal, motivo por el

cual corresponde declarar improcedente la solicitud descrita en el párrafo anterior.

XIV. La realización de una abogacía de competencia

67. Durante la presente investigación, esta Comisión ha tomado conocimiento de la existencia de barreras legales para el ingreso al mercado de servicios de practicaje en el TPC.
68. Esta Comisión también ha tomado conocimiento la existencia de experiencias internacionales en las cuales los servicios de practicaje se prestan en condiciones de mercado diferentes a las vigentes en los puertos del Perú.
69. En ese sentido, esta Comisión considera pertinente evaluar la posibilidad de compartir información y transmitir apreciaciones que coadyuven a un mejor funcionamiento del mercado de practicaje en los puertos del país, mejoren la competitividad y redunden en una mejora en el bienestar de la sociedad.
70. En tal sentido, mediante la presente resolución corresponde encargar a la Secretaría Técnica la recopilación, procesamiento y provisión de información a esta Comisión, con el objeto de que ésta pueda realizar una abogacía de competencia para el mercado de practicaje peruano, tanto en materia de la existencia de barreras legales como en función de las mejores prácticas a nivel internacional.

XV. Una investigación preliminar en el mercado de agenciamiento marítimo

71. Durante la presente investigación esta Comisión ha tomado conocimiento de ciertas opiniones de los denunciados relativas a que determinadas conductas de las agencias marítimas podrían resultar en una distorsión del adecuado funcionamiento de los mercados de servicios portuarios.
72. Al respecto, esta Comisión considera pertinente encargar a la Secretaría Técnica el inicio de una investigación preliminar en el mercado de agenciamiento marítimo que permita dilucidar si en dicho mercado se ha implementado alguna conducta abusiva de una posición de dominio o restrictiva de la libre competencia (prácticas colusorias), de modo que se haya infringido o se esté infringiendo lo establecido en el Decreto Legislativo 701. La mencionada investigación preliminar deberá estar referida a conductas realizadas durante el periodo comprendido entre julio de 2000 y la actualidad.

XVI. Una investigación preliminar con relación a la participación de los señores Alejandro Chávez Gurmendi, Jorge Petrozzi Molfino y Manuel Lavado Carrillo

73. Como se ha visto, el abuso de posición de dominio identificado en el presente caso consistió en la implementación de una serie de conductas conducentes a establecer un monopolio por razones distintas a la eficiencia

económica, imponer precios monopólicos y elevar barreras de entrada al mercado relevante.

74. Dicho abuso se materializó gracias a la participación de todos los directores y gerentes de Pilot Station durante el periodo de investigación, dado que dichas personas naturales desde su posición privilegiada y del ejercicio de sus facultades en condición de directores y gerentes dentro de la empresa, diseñaron y sostuvieron las conductas anticompetitivas aquí sancionadas.
75. Durante la presente investigación se ha tomado conocimiento que los prácticos denunciante en el presente procedimiento, señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino y Lavado Carrillo, fueron también directores de Pilot Station dentro del periodo de investigación. En efecto, de la documentación obrante en el expediente se tiene que el señor Chávez Gurmendi fue director entre el 8 de enero y el 8 de mayo de 2001, el señor Jorge Petrozzi Molfino fue director entre el 8 de enero y el 9 de mayo de 2001 y el señor Lavado Carrillo fue director entre el 8 de enero y el 5 de junio de 2001.
76. Asimismo, de la revisión de las actas de Directorio de Pilot Station durante el periodo de tiempo en el cual los ex – directores denunciante ejercieron cargos de directores, no se aprecia que alguno de éstos haya dejado constancia de su oposición a las conductas anticompetitivas de la mencionada empresa durante dicho periodo de tiempo.
77. Por lo tanto, resulta necesario evaluar la responsabilidad de los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino y Lavado Carrillo en su calidad de directores de Pilot Station en relación con las conductas de abuso de posición de dominio realizadas por dicha empresa durante el periodo de tiempo en que dichas personas formaron parte del directorio de la empresa.
78. Esta Comisión considera pertinente encargar a la Secretaría Técnica una investigación preliminar en relación con la participación de los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino y Lavado Carrillo de acuerdo a lo señalado en los párrafos precedentes.

XVII. El pago de costas y costos

79. Con relación a este punto, esta Comisión considera que corresponde denegar el pedido de pago de costas y costos formulado por la parte denunciante.
80. Mediante la Resolución N° 0901-2004/TDC-INDECOPI³⁹ del 7 de diciembre de 2004 el Tribunal ha señalado que corresponderá ordenar el pago de costas y costos en los casos en los que se verifique la existencia de

³⁹ Emitida en el Expediente N° 107-2003/CCD, seguido por el señor Robert Aguilar Rivas contra Telmex Perú S.A. y TGC Publicidad S.A.C., la misma que, revocando la resolución emitida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, ordenó a la denunciada el pago de las costas y costos incurridos por la denunciante.



responsabilidad administrativa, salvo que se presenten circunstancias que justifiquen una exoneración.

81. En el presente caso, la exoneración a la que se hace referencia en el párrafo anterior estaría dada por el hecho de que esta Comisión haya ordenado una investigación preliminar contra los agentes marítimos por considerar que podrían estar incurriendo en conductas que estarían distorsionando el mercado así como contra tres de los prácticos denunciados. El hecho de que los denunciados sean eventualmente denunciados en un procedimiento sancionador por posibles prácticas anticompetitivas contra los denunciados en el presente procedimiento constituiría la circunstancia particular que justifica la exoneración del pago de costas y costos.
82. Ahora bien, como se puede observar, no se está ordenando una investigación preliminar contra el señor Boggiano Morales por presuntas prácticas contra la libre competencia debido a que dicho señor no ha ejercido cargo gerencial o directivo en Pilot Station, con lo cual no estaría en el supuesto de excepción señalado en el párrafo anterior aplicable a sus codenunciados. No obstante, este colegiado considera que en el presente caso la actuación del referido señor ha sido como un integrante más de la parte denunciante, es decir, aquel conjunto de personas naturales y jurídicas que denunciaron a Pilot Station y sus gerentes y directores por la comisión de presuntas prácticas anticompetitivas (parte denunciada). Ello se puede deducir del hecho de que en el presente procedimiento la APOP y los prácticos marítimos señalados precedentemente presentaron como parte denunciante una sola tasa por derecho de trámite al presentar su denuncia. Lo contrario hubiera sido que cada uno de los integrantes de la parte denunciante hubieran presentado su denuncia a título personal de haber considerado que se le estaba afectando el interés legítimo de cada uno, realizando para ello el pago de la tasa correspondiente.
83. Por lo tanto, a criterio de la Comisión, la causal señalada en el punto 81 de la presente resolución respecto de la exoneración al pago de costas y costos con relación a la APOP y a los señores Chávez Gurmendi, Petrozzi Molfino y Lavado Carrillo alcanza también al señor Boggiano Morales, toda vez que este señor es miembro de la parte denunciante.

Estando a lo previsto en el Decreto Legislativo 701 y la Ley 27444, la Comisión de Libre Competencia, en su sesión del 4 de julio de 2005;

RESUELVE:

Primero: Declarar fundada la denuncia de la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y los señores Alejandro Chávez Gurmendi, Jorge Petrozzi Molfino, Manuel Lavado Carrillo y Werner Boggiano Morales contra Pilot Station S.A. y las personas naturales listadas a continuación, por la comisión de un abuso de posición de dominio conforme a lo establecido en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, consistente en la implementación de una serie de conductas





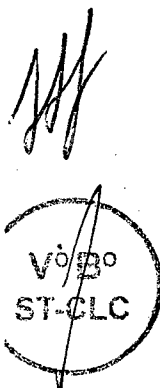
conducentes a establecer un monopolio por razones distintas a la eficiencia económica, imponer precios monopólicos y elevar barreras de entrada al mercado relevante:

- Pedro Gálvez Estremadoyro
- Juan Maguiña Bustos
- Carlos Gerkes Miranda
- Jorge Godier del Aguila
- Teófilo Japura Gómez
- Manuel Rivadeneyra Cockburn
- Jaime Loyola Alvarez
- José Zagazeta Martínez
- Víctor Tirado Silva
- Luis Loyola Soto
- Manuel Esteban Gerkes Miranda
- Mario Ángeles Lloyd
- Elisbán Rodríguez Fernández
- Carlos Manuel Negrini Arellano
- Luis Miguel Gómez Núñez Melgar
- Percy Abel Salcedo Zúñiga
- Jaime Gino Bettocchi Ibarra

Segundo: Ordenar a Pilot Station S.A. que se abstenga de implementar conductas contrarias a la libre competencia dirigidas a castigar a prácticos que dejan la empresa y/o a impedir el acceso de nuevos prácticos al mercado.

Tercero: Establecer las siguientes sanciones:

Personas	Cargo	Multa (UIT)
Pilot Station S.A.	-	5,0
Pedro Gálvez Estremadoyro	Presidente de Directorio	9,0
Juan Maguiña Bustos	Director	4,0
Carlos Gerkes Miranda	Director	4,0
Jorge Godier del Aguila	Director	4,0
Teófilo Japura Gómez	Director	4,0
Manuel Rivadeneyra Cockburn	Director	4,0
Jaime Loyola Alvarez	Director	4,0
José Zagazeta Martínez	Director	4,0
Víctor Tirado Silva	Director/Gerente General	9,0
Luis Loyola Soto	Director	4,0
Manuel Esteban Gerkes Miranda	Director	4,0
Mario Ángeles Lloyd	Director	4,0
Elisbán Rodríguez Fernández	Gerente General	9,0
Carlos Manuel Negrini Arellano	Gerente Administrativo	2,3
Luis Miguel Gómez Núñez Melgar	Gerente de Operaciones	2,3
Percy Abel Salcedo Zúñiga	Gerente Financiero	2,3
Jaime Gino Bettocchi Ibarra	Gerente Comercial	2,3
Total		81,2





Cuarto: Desestimar la solicitud de interponer una denuncia penal en contra de las personas naturales investigadas.

Quinto: Ordenar a la Secretaría Técnica la recopilación y provisión de información a esta Comisión con el objeto de realizar una abogacía de competencia en el mercado de practicaaje.

Sexto: Ordenar a la Secretaría Técnica la realización de una investigación preliminar en el mercado de agenciamiento marítimo durante el periodo comprendido entre julio de 2000 y la actualidad.

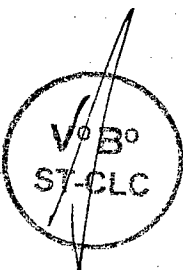
Sétimo: Ordenar a la Secretaría Técnica la realización de una investigación preliminar respecto de la actuación de los señores Alejandro Chávez Gurmendi, Jorge Petrozzi Molino y Manuel Lavado Carrillo en su calidad de directores de Pilot Station S.A. durante el periodo de tiempo en que dichas personas formaron parte del directorio de la referida empresa y con relación a las conductas de abuso de posición de dominio analizadas en el presente pronunciamiento.

Octavo: Denegar el pedido de pago de costas y costos formulado por la parte denunciante.

Noveno: Disponer que la presente resolución se notifique a las partes involucradas en el presente procedimiento administrativo.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Libre Competencia: Luis Felipe Arizmendi Echeopar, Elmer Cuba Bustinza, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Jorge Rojas Rojas, David Ritchie Ballenas y José Llontop Bustamante.

Luis Felipe Arizmendi Echeopar
Presidente



PROCEDENCIA : COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA
DENUNCIANTE : * ASOCIACIÓN PERUANA DE OPERADORES PORTUARIOS
ALEJANDRO CHÁVEZ GURMENDI
JORGE PETROZZI MOLFINO
MANUEL LAVADO CARRILLO
WERNER BOGGIANO MORALES
DENUNCIADOS : PILOT STATION S.A.
PEDRO GALVEZ ESTREMADOYRO
JUAN MAGUIÑA BUSTOS
CARLOS GERKES MIRANDA
JORGE GODIER DEL AGUILA
TEÓFILO JAPURA GÓMEZ
MANUEL RIVADENEYRA COCKBURN
JAIME LOYOLA ALVAREZ
JOSÉ ZAGAZETA MARTÍNEZ
VÍCTOR TIRADO SILVA
LUIS LOYOLA SOTO
MANUEL ESTEBAN GERKES MIRANDA
MARIO ÁNGELES LLOYD
ELISBAN RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ
CARLOS MANUEL NEGRINI ARELLANO
MIGUEL NÚÑEZ MELGAR
PERCY ABEL SALCEDO ZÚÑIGA
JAIME GINO BETTOCCHI IBARRA
MATERIA : LIBRE COMPETENCIA
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO
ACTIVIDAD : OTRAS ACTIVIDADES DE TRANSPORTE
MARÍTIMO COMPLEMENTARIAS

004056

SUMILLA: en el procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y los señores Alejandro Chávez Gurmendi, Jorge Petrozzi Monfino, Manuel Lavado Carrillo y Werner Boggiano Morales contra Pilot Station S.A. y diecisiete personas naturales que ocuparon cargos directivos y gerenciales en dicha empresa, la Sala ha resuelto confirmar la Resolución N° 037-2005-INDECOPI/CLC emitida el 4 de julio de 2005 por la Comisión de Libre Competencia en el extremo que declaró fundada la denuncia formulada contra Pilot Station S.A. por infracción a los artículos 3° y 5° del Decreto Legislativo N° 701, les ordenó que se abstengan de implementar tales conductas en tanto resulten contrarias a la libre competencia y les impuso una multa ascendente en total a 81,2 UITs.

Ello dado que ha quedado acreditado que Pilot Station S.A. abusó de su posición dominante limitando la competencia en el servicio de

practicaje marítimo en el Terminal Portuario del Callao, al establecer contratos de exclusividad con los prácticos marítimos licenciados para operar en el TPC y relacionarlos con la empresa, incluso con métodos coercitivos como es la interposición de procesos judiciales y administrativos contra aquellos que renunciaron a prestar servicios para Pilot, limitándoles el libre ejercicio de su actividad económica; obstaculizar injustificadamente el entrenamiento de nuevos aspirantes a prácticos pese a encontrarse legalmente obligada a ello marítimos en el TPC; y, negarse injustificadamente a contratar con las agencias marítimas alegando la inexistencia de relaciones comerciales que las vinculen.

Lima, 22 de marzo de 2007

I. ANTECEDENTES

El 29 de abril de 2002, la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (en adelante APOP) y los señores Alejandro Chávez Gurmendi (en adelante señor Chavez), Jorge Petrozzi Monfino (en adelante señor Petrozzi), Manuel Lavado Carrillo (en adelante señor Lavado) y Werner Boggiano Morales (en adelante señor Boggiano) denunciaron a Pilot Station S.A. (en adelante Pilot) y a diecisiete personas naturales que ejercieron puestos directivos y gerenciales¹, por infracción a las normas de libre competencia en la modalidad de abuso de posición de dominio. Los denunciantes señalaron que las prácticas desarrolladas por Pilot y las demás denunciadas eran las siguientes:

- (i) suscripción de contratos de exclusividad con los prácticos marítimos que operaban en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, TPC) para impedir que éstos puedan ser contratados por los actuales o potenciales competidores generando indebidamente una barrera de acceso al mercado que le permitiría consolidar su posición de dominio;

¹ Personas naturales denunciadas

- Pedro Gálvez Estremadoyro;
- Juan Maguiña Bustos;
- Carlos Gerkes Miranda;
- Jorge Godier del Aguila;
- Teófilo Japura Gómez;
- Manuel Rivadeneyra Cockburn;
- Jaime Loyola Alvarez;
- José Zagazeta Martínez;
- Victor Tirado Silva;
- Luis Loyola Soto;
- Manuel Esteban Gerkes Miranda;
- Mario Ángeles Lloyd;
- Elisbán Rodríguez Fernández;
- Carlos Manuel Negrini Arellano;
- Luis Miguel Gómez Núñez Melgar;
- Percy Abel Salcedo Zúñiga; y
- Jaime Gino Bettocchi Ibarra

- (ii) utilización indebida de procedimientos administrativos y judiciales para incrementar las barreras legales de acceso al desarrollo de las actividades de practica y los costos de las demás empresas administradoras de servicios de practica;
- (iii) negativa injustificada de entrenar a aspirantes a prácticos con el objeto de restringir el acceso de éstos al mercado; y
- (iv) negativa injustificada de prestar servicios de practica marítimo a empresas operadoras portuarias aprovechando su posición en el mercado, con el propósito de forzarlas a aceptar condiciones desventajosas.

Según los denunciantes las prácticas desarrolladas por Pilot respondían a una estrategia integral diseñada e implementada con el deliberado propósito de (i) mantener e incrementar su poder de mercado en la prestación de servicios de practica marítimo en el TPC impidiendo y retrasando el acceso al mercado de nuevos competidores, además de obstruir las actividades de sus actuales competidores; y, (ii) obligar a las empresas que requieren de sus servicios a aceptar condiciones comerciales no deseadas por la vía de la negativa injustificada de contratar.

Adicionalmente, los denunciantes plantearon como pretensión subordinada que la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Comisión) evalúe la posible existencia de concertación entre treinta y un prácticos que operan en el TPC con la finalidad de restringir la competencia mediante la implementación de las prácticas denunciadas en su pretensión principal.

El 28 de mayo de 2003, el personal de la Secretaría Técnica de la Comisión realizó una entrevista a los funcionarios de la Capitanía de Puertos del Callao; y, el 29 de mayo del mismo año, se realizaron entrevistas con el entonces Presidente y Gerente general de la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos –ASPEPRAMA.

Mediante Resolución N° 009-2002-CLC/INDECOPI del 28 de junio de 2002, la Comisión admitió a trámite la denuncia formulada contra Pilot y las diecisiete personas que ejercieron cargos gerenciales en esta empresa, en el extremo referido al abuso de posición de dominio. En dicho pronunciamiento, la Comisión consideró que se había acreditado la existencia de la infracción denunciada en las siguientes "modalidades":

- (i) celebración de contratos de exclusividad, conducta tipificada en los artículos 3° y 5° literal f) del Decreto Legislativo N° 701;

- (ii) prácticas predatorias a través de mecanismos administrativos y judiciales, conducta tipificada en los artículos 3° y 5° literal f) del Decreto Legislativo N° 701;
- (iii) negativa injustificada a entrenar a nuevos prácticos, conducta tipificada en los artículos 3° y 5° literal a) del Decreto Legislativo N° 701; y,
- (iv) negativa injustificada a prestar servicios de practicaje marítimo, conducta tipificada en los artículos 3° y 5° literal a) del Decreto Legislativo N° 701.

Adicionalmente la Comisión estableció que el período de investigación comprendía desde el 15 de diciembre de 2000 –fecha de celebración de los contratos de exclusividad que habrían permitido la formación de un monopolio en la prestación de servicios de practicaje en el TPC– hasta la fecha de emisión de la citada resolución² - 28 de junio de 2002.

El 22 de julio de 2002, Pilot y los demás denunciados presentaron sus descargos a la denuncia formulada señalando que si bien era cierto que ostentaban una posición de dominio en el mercado de practicaje marítimo, era falso que hayan efectuado un abuso de dicha posición con la finalidad de restringir la competencia y perjudicar a los consumidores de los referidos servicios, es decir, a los navieros, armadores y fletadores que operan en el TPC.

Pilot señaló que se constituyó como administradora de prácticos debido a la informalidad que caracterizaba la prestación de estos servicios con posterioridad a su liberalización en el año 1993, situación que era aprovechada por los agentes intermediarios en perjuicio de los prácticos que no contaban con beneficios sociales ni seguro contra accidentes, además de no encontrarse en capacidad de brindar el servicio con los estándares de calidad existentes en otros países por no contar con los equipos necesarios para efectuar su labor. Ello habría determinado que los prácticos decidieran constituir su propia empresa administradora para negociar directamente con los usuarios del servicio de practicaje. Ello les habría permitido acceder a la contraprestación de sus servicios y, de esta manera, mejorar sus condiciones laborales y la calidad del servicio prestado.

En relación con los denominados “contratos de exclusividad”, Pilot señaló que éstos habían sido aceptados por los prácticos como una forma de asegurarse un puesto de trabajo hasta la edad de 65 años, y no con la

² Se tomó la fecha de la emisión de la Resolución N° 009-2002-CLC/INDECOPI considerando que a partir de dicho momento la empresa tomó conocimiento de la denuncia y pudo haber disciplinado su conducta.



RESOLUCION N° 0407-2007/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 005-2002/CLC

004200

finalidad de impedir la competencia. Ello se confirmaría con la existencia, de siete empresas administradoras de prácticos además de Pilot para el servicio en el TPC. Asimismo señaló que las denuncias y procedimientos administrativos y judiciales que se encontraban en trámite contra los prácticos denunciantes no se iniciaron a raíz de su renuncia a la relación contractual que mantenían con Pilot sino que obedecían exclusivamente a la defensa de los intereses de la referida empresa.

Por último, en relación con la negativa injustificada de entrenar prácticos, Pilot señaló que ello respondió a la decisión personal de los prácticos involucrados que de acuerdo a Ley, son los únicos responsables de desarrollar labores de entrenamiento a nuevos prácticos. Además, señaló que se había negado a prestar servicios de practica a favor de algunas empresas operadoras portuarias debido a que sus solicitudes no cumplieron con el procedimiento legal establecido para la prestación del servicio.

El 18 de febrero de 2005, la Secretaría Técnica de la Comisión emitió el Informe N° 010-2005-INDECOPI/ST-CLC señalando que los hechos denunciados evaluados en conjunto, evidenciaban una conducta abusiva de posición de dominio consistente en la monopolización anticompetitiva del mercado de practica marítimo en el TPC. En ese sentido, recomendó que se declare fundada la denuncia y se sancionen a los denunciados con multas que iban entre 93 y 100 UIT además de ordenarles el pago de las costas y costos del procedimiento. Dicho informe fue notificado a las partes el 22 de febrero de 2005.

El 1 y 18 de marzo de 2005, las partes presentaron sus descargos al Informe N° 010-2005-INDECOPI/ST-CLC.

Mediante Resolución N° 037-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005 la Comisión declaró fundada la denuncia formulada contra Pilot y las diecisiete personas naturales por infracción a los artículos 3° y 5° del Decreto Legislativo N° 701, consistente en la implementación de una serie de conductas conducentes a establecer un monopolio por razones distintas a la eficiencia económica, imponer precios monopólicos y elevar las barreras de entrada al mercado relevante. Atendiendo a la infracción cometida, la Comisión impuso a Pilot una multa ascendente a cinco (05) UITs y a las personas investigadas multas según el cuadro siguiente³:

³ La Comisión consideró que, en tanto estas personas ejercieron cargos directivos y gerenciales, son responsables del diseño, dirección, coordinación y sostenimiento de las infracciones identificadas, ellas deben ser sancionados según su responsabilidad en las sanciones cometidas.

Cuadro N° 1
Multas correspondientes a los directores y gerentes investigados

Personas	Cargo	Multa (UIT)
Pero Gálvez Estremadoyro	Presidente de Directorio	9,0
Juan Maguiña Bustos	Director	4,0
Carlos Gerkes Miranda	Director	4,0
Jorge Godier del Aguila	Director	4,0
Teófilo Japura Gómez	Director	4,0
Manuel Rivadeneyra Cockburn	Director	4,0
Jaime Loyola Alvarez	Director	4,0
José Zagazeta Martínez	Director	4,0
Víctor Tirado Silva	Director/Gerente General	9,0
Luis Loyola Soto	Director	4,0
Manuel Esteban Gerkes Miranda	Director	4,0
Mario Ángeles Lloyd	Director	4,0
Elisbán Rodríguez Fernández	Gerente General	9,0
Carlos Manuel Negrini Arellano	Gerente Administrativo	2,3
Luis Miguel Gómez Núñez Melgar	Gerente de Operaciones	2,3
Percy Abel Salcedo Zúñiga	Gerente Financiero	2,3
Jaime Gino Bettocchi Ibarra	Gerente Comercial	2,3
Total		76,2

En el referido pronunciamiento la Comisión consideró lo siguiente:

- (i) el período de investigación incluirá el período considerado desde la celebración de los contratos de exclusividad –15 de diciembre de 2001– hasta la fecha en que se admitió a trámite la denuncia –28 de junio de 2002–. La Comisión señaló que en dicho período, Pilot había tenido posición de dominio dentro del mercado relevante, definido éste como aquél de servicios de practicaje marítimo en el TPC;
- (ii) a través de la celebración de “contratos de exclusividad”, Pilot habría concentrado la totalidad de los prácticos que se encontraban disponibles en el TPC en diciembre de 2000 –36 prácticos. Ello, aunado al hecho que en las adendas a los referidos contratos se establecía una penalidad por la renuncia que, en la práctica, constituía una barrera de salida. Ello motivó a que las demás empresas administradoras de prácticos no pudiesen contar con personal para ejercer sus actividades. Dicha situación, permitió a Pilot mantener precios elevados durante el período investigado, que representaron un incremento respecto de los precios vigentes en el año 2000 y que no respondieron a eficiencias económicas productivas o innovativas de la empresa denunciada, sino a la conducta indebida desplegada por Pilot;

- (iii) había quedado acreditado que la negativa a entrenar nuevos prácticos se debió a una estrategia empresarial de Pilot expresada en su Reglamento de Trabajo y no necesariamente a una decisión personal de los prácticos afiliados a ésta, estrategia que tenía como objeto, impedir el ingreso al mercado de nuevos prácticos que pudieran prestar servicios a través de empresas competidoras; y,
- (iv) el inicio de acciones judiciales y procedimientos administrativos contra los prácticos marítimos que decidieron renunciar de manera voluntaria a Pilot tuvo como objeto, obstaculizar o impedir la permanencia en el mercado de dichos prácticos y a su vez, de las otras empresas administradoras de prácticos que pretendían entrar al mercado y que requerían para ello, el servicio de los prácticos renunciantes.

El 4 de agosto de 2005, Pilot apeló la Resolución N° 037-2005-INDECOPI/CLC señalando que la Comisión se había basado únicamente en el Informe elaborado por la Secretaría Técnica sin efectuar un análisis profundo de la controversia ni haber tomado en consideración los siguientes argumentos expresados a lo largo del procedimiento:

- (i) se estableció como inicio del período de investigación, la fecha de suscripción de los contratos de exclusividad sin considerar que éstos ya habían sido analizados anteriormente en la Resolución N° 0131-2003/TDC-INDECOPI en la que la Sala había concluido que la suscripción de dichos contratos no constituyó un acto contrario a la competencia sino que fue el instrumento para constituir el monopolio;
- (ii) se debió considerar la fecha de realización de la visita inspectiva – efectuada en el marco de la investigación preliminar desarrollada por la Secretaría Técnica– como término del período de investigación y no la fecha en que se admitió a trámite la denuncia;
- (iii) la Comisión había concluido erróneamente que existía una relación vertical (proveedor-distribuidor) entre la empresa administradora de prácticos y los prácticos marítimos que prestan sus servicios a favor de ésta, cuando en todo caso, ambos estarían en el mismo nivel comercial;
- (iv) si bien Pilot tenía una participación importante en el número de prácticos disponibles en el TPC, no habría ostentado poder de mercado en tanto no se encontraría en la capacidad de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores. Dicha situación estaría confirmada en la evolución de la participación del mercado durante

el periodo de análisis en el que las empresas denunciadas con solo cuatro prácticos alcanzaron una participación mayor al 40% del mercado y podrían "...monopolizar el mercado con la prescindencia o no de Pilot (...)"

- (v) atendiendo a que la negativa a entrenar prácticos aspirantes constituía una infracción especificada en la normativa sectorial y sancionada por la Autoridad Marítima correspondiente, Pilot no podría ser sancionada dos veces por un mismo hecho (por la autoridad marítima y por el INDECOPI);
- (vi) los procesos judiciales y procedimientos administrativos seguidos contra los prácticos "*desleales o disidentes*" no tuvieron por objetivo entorpecer la actividades de los competidores sino que se trataron de acciones efectuadas para velar por el cumplimiento de un compromiso asumido por los prácticos disidentes y por el patrimonio societario. Las conclusiones de la Comisión sobre este punto se sostuvieron en un análisis subjetivo que no pudo ser acreditado;
- (vii) según el análisis de la propia Comisión, sólo en uno de los nueve casos denunciados se verificó la existencia de una negativa injustificada a la prestación de servicios de practica, por lo que no puede señalarse que existiera un daño grave a la competencia; y,
- (viii) no se había acreditado que Pilot haya tenido la intención de obstaculizar las actividades de sus competidores en el mercado ni se había acreditado fehacientemente, la participación de los representantes legales o los integrantes de los órganos directivos de esta empresa en este tipo de conductas.

El 8 de marzo de 2007, se realizó la audiencia de informe oral solicitada por Pilot, con la asistencia del representante de dicha empresa, ante la presencia de los señores vocales Con la intervención de los señores vocales Rosa María Graciela Ortiz Origgi, Juan Ángel Candela Gómez de La Torre, Luis José Díez Canseco Núñez y José Luis Fernando Piérola Mellet.

El 16 de marzo de 2007, Pilot Station presentó sus alegatos reiterando los argumentos expuestos en el transcurso del procedimiento.

El 22 de marzo de 2007 se llevó a cabo una nueva audiencia de informe oral con la asistencia del representante de Pilot ante la presencia de los señores vocales Rosa María Graciela Ortiz Origgi, Juan Ángel Candela Gómez de La Torre, Juan Luis Avendaño Valdez y Luis José Díez Canseco Núñez.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Determinar lo siguiente:

- (i) si el período de investigación comprendido entre el 15 de diciembre de 2000 y el 28 de junio de 2002 fue correctamente determinado por la Comisión;
- (ii) si Pilot mantenía una posición dominante en el mercado de servicios de practicaaje durante el período de investigación;
- (iii) si el conjunto de acciones desarrolladas por Pilot evidencian una estrategia destinada a obstaculizar las actividades de sus competidores en el mercado y en consecuencia, constituyen abuso de posición dominante; y,
- (iv) si se ha acreditado la participación de los representantes legales de Pilot en la infracción investigada.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 El servicio de practicaaje como parte de los servicios portuarios

La actividad del sector portuario se orienta a la satisfacción de la demanda de servicios en apoyo al transporte marítimo de mercancías mediante la prestación de los servicios de infraestructura, logística y transporte. La industria portuaria se caracteriza por la presencia de activos específicos con altos costos hundidos y por la presencia de un insumo esencial para el desarrollo de los servicios portuarios: el puerto. En el Perú, el Sistema Portuario Nacional está constituido por puertos y terminales de uso privado y uso público, caracterizándose éstos últimos, por disponer de múltiples facilidades técnicas –terminales de usos múltiples– siendo administrados por la Empresa Nacional de Puertos (Enapu S.A.)⁴.

Dentro del terminal portuario y haciendo uso de la infraestructura disponible, se desarrollan diversos servicios portuarios que pueden clasificarse en dos grandes grupos: a) servicios a la nave (practicaaje, uso de muelle por la nave, agencia, avituallamiento, etc); y, b) servicios a la carga (uso de muelle para carga, estiba/desestiba, almacenaje, etc)⁵. La demanda de estos servicios portuarios es una demanda derivada de los servicios de transporte marítimo

⁴ Enapu depende del Ministerio de Transporte, Comunicaciones, Vivienda y Construcción de Perú (MTCVC).

⁵ "Estudio sobre las condiciones de competencia en los mercados de servicios a la carga en el puerto de El Callao" elaborado por Julio García Cobos para el Proyecto Competencia de la CAN y preparado para el INDECOPI, y el documento denominado "Análisis de las condiciones de competencia – sector Puertos" elaborado por Gonzalo Tamayo Flores para el Convenio INDECOPI-BIF-CAF.

y de las actividades conexas a él. Por su condición de demanda derivada si el transporte marítimo de un producto tiene pocos sustitutos y además no existen puertos alternativos para la atención de dicho producto, la demanda de servicios portuarios en una área o puerto determinado tiende a ser menos elástica.

El practicaaje marítimo –también denominado pilotaje cuando se realiza entre puertos o en ríos o lagos navegables⁶– que en el Perú se presta bajo condiciones de libre competencia⁷, es el servicio que se brinda con el propósito de apoyar al capitán de la nave en maniobras y reglamentaciones náuticas durante la realización de las operaciones de atraque⁸, desatraque, cambio de sitio, abarloamiento⁹, desabarloadamiento y maniobras de giro en la rada de operaciones de las naves que hagan uso de la infraestructura del Terminal Portuario¹⁰. Dicho servicio puede ser prestado de manera independiente o dependiente¹¹ –en este último caso, a través de empresas administradoras de prácticos que son contratadas por las agencias marítimas en representación de las empresas navieras¹².

Dadas las características de este servicio –que implica un nivel de dificultad para realizar maniobras en zonas de difícil navegación¹³– su prestación

⁶ **REGLAMENTO DE CAPITANÍAS Y DE LAS ACTIVIDADES MARÍTIMAS, FLUVIALES Y LACUSTRES. A-060102** A los efectos de las disposiciones establecidas en este Reglamento, todas las maniobras en un puerto se denominarán "Practicaaje" y todas las navegaciones entre puertos o por los ríos o lagos navegables, se denominarán "Pilotaje".

⁷ La liberalización de los servicios de practicaaje se dio en virtud del Decreto Legislativo N° 668 del 11 de setiembre de 1991, mediante la cual se dictaron medidas destinadas a garantizar la libertad de comercio exterior e interior como condición fundamental para el desarrollo del país. "Artículo 4- Queda eliminado y prohibido todo tipo de exclusividad, limitación y cualquier otra restricción o práctica monopólica en la producción y comercialización de bienes y prestación de servicios de toda clase, incluyéndose aquellas realizadas por dependencias del Gobierno Central, entidades públicas, empresas comprendidas en la Ley 24948 y por cualquier organismo o institución del Estado".

⁸ De acuerdo al numeral 2 de las Normas para los Prácticos Marítimos, aprobado por Resolución Directoral N° 0721-2000-DCG, atraque es la operación de colocar una nave al costado de un muelle para asegurarlo por medio de sus líneas de amarre.

⁹ De acuerdo al numeral 2 de las Normas para los Prácticos Marítimos, abarloar o abarloamiento es la operación de colocar una nave con el costado dispuesto paralelamente al costado de otra, y en general, amarrarla de este modo a ella. La otra nave puede estar atracada o fondeada.

¹⁰ Definición extraída del Reglamento de Acceso de la Empresa Nacional de Puertos S.A. disponible en su versión electrónica en <http://www.enapu.gob.pe>.

¹¹ **REGLAMENTO DE CAPITANÍAS Y DE LAS ACTIVIDADES MARÍTIMAS, FLUVIALES Y LACUSTRES. Artículo A-060114** Práctico Marítimo es el profesional con licencia otorgada por la Dirección General, que ofrece sus servicios para desempeñarse como Práctico, en forma dependiente o independiente, en puertos o amarraderos del litoral, o pilotaje entre los mismos.

¹² Mediante Resolución Directoral N° 0044-93/DCG del 3 de marzo de 1993, se dictaron las normas que regularon el funcionamiento de las empresas administradoras de prácticos.

¹³ Los prácticos requieren conocimientos sobre la actividad náutica, sobre la reglamentación relevante y particularmente, sobre las características del puerto en el cual desarrollan sus actividades (profundidad, distribución de muelles, mareas, vientos, etc).

resulta obligatoria para todas las naves que ingresen a los principales puertos del país, por lo que es considerado de interés público¹⁴. Ello, dado que los capitanes de navío no necesariamente conocen las características propias de cada área portuaria, podrían generar por sus operaciones, accidentes entre las naves o daños importantes a la infraestructura portuaria o al medio ambiente con las implicancias que éstos significan. La labor de los prácticos marítimos –maniobras de ingreso, salida o movimientos de los barcos dentro del puerto– está dirigida a reducir dichos riesgos y con ello, proteger la vida humana y las instalaciones portuarias.

Esta situación en la práctica constituye una barrera estructural propia del servicio en cuestión referida a la experiencia necesaria para maniobrar naves de alto tonelaje y el conocimiento del puerto por parte del práctico que realiza las maniobras.¹⁵

De acuerdo a la legislación nacional vigente en el mercado de servicios de practica, se pueden identificar diversas regulaciones que implican barreras de entrada a nuevos oferentes. Atendiendo a la naturaleza de la labor de practica, ésta es únicamente ejercida por capitanes de travesía de la Marina Mercante Nacional o de la Marina de Guerra del Perú (en situación de disponibilidad o retiro), licenciados como prácticos marítimos por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú (en adelante DICAPI)¹⁶. Sin embargo, las licencias otorgadas por la autoridad marítima y portuaria no facultan a los prácticos a desempeñar sus funciones en todos los puertos del territorio nacional o en todas las embarcaciones que llegan a dichos puertos; por el contrario, tales licencias limitan las actividades de los prácticos dentro de una jurisdicción en

¹⁴ **REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTROL Y VIGILANCIA DE LAS ACTIVIDADES MARÍTIMAS, FLUVIALES Y LACUSTRES. Artículo D-050102** El practica constituye un servicio de interés público, así como para la seguridad de la vida humana y de la propiedad en el medio acuático, debiendo ser ejercido por los prácticos autorizados.

¹⁵ Resolución Directorial N° 0472-2000/DCG.-

"Normas para el practica marino"

6. Infracciones.-

a) Los capitanes de las naves que, sin mediar razones de fuerza mayor, efectúen navegación o movimientos en zonas de practica obligatorio sin tomar práctico o habiéndolo desembarcado debiéndolo llevar, serán sujetos a las sanciones conforme a las normativas vigentes y a lo dispuesto en la Tabla de Multas de Capitanías.

¹⁶ **REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTROL Y VIGILANCIA DE LAS ACTIVIDADES MARÍTIMAS, FLUVIALES Y LACUSTRES. Artículo I-010104.-** Los prácticos, en el ejercicio de sus funciones, están bajo el control de la Autoridad Marítima, debiendo contar con la licencia correspondiente emitida por la Dirección General, que los habilite para desempeñarse como tales. (subrayado agregado)

LEY DE CONTROL Y VIGILANCIA DE LAS ACTIVIDADES MARÍTIMAS, FLUVIALES Y LACUSTRES. Artículo 4°.- La autoridad marítima es ejercida por el Director General de Capitanías y Guardacostas.

particular¹⁷ y respecto de un tipo de barco sobre el cual van a poder prestar sus servicios de practica¹⁸.

Al respecto, de acuerdo a la Resolución Directoral N° 0472-2000/DCG – Normas de Practicaje Marítimo y de los Prácticos Marítimos– las categorías de prácticos marítimos son las siguientes:

- (i) Práctico Marítimo de Tercera: Apto para realizar servicios de practica a bordo de naves de hasta 5 000 Unidades de Arqueo Bruto (UAB);
- (ii) Practico Marítimo de Segunda: Apto para realizar servicios de practica a bordo de naves de hasta 20 000 UAB;
- (iii) Práctico Marítimo de Primera: Apto para realizar servicios de practica a bordo de naves de cualquier porte; y,
- (iv) Práctico Experto: Apto para realizar servicios de practica a bordo de naves de cualquier porte con la experiencia necesaria en maniobras y años de servicio en la actividad conforme a los requisitos establecidos para tal fin.

Es de considerar que para que un práctico sea promovido de categoría, debe acreditar un año de experiencia ininterrumpida y haber cumplido al menos 30 maniobras en la categoría inmediata anterior en el caso de los ascensos a Prácticos Marítimos de Segunda y de Primera, mientras que para el ascenso a Práctico Experto se requiere dos años de experiencia ininterrumpida y al menos 60 maniobras como práctico de primera¹⁹. Además, según la Resolución Directoral N° 0472-2000/DCG, las nuevas

¹⁷ REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTROL Y VIGILANCIA DE LAS ACTIVIDADES MARÍTIMAS, FLUVIALES Y LACUSTRES. Artículo D-050108.- Los prácticos sólo podrán ejercer sus funciones en los puertos y amarraderos que se indican en sus respectivas licencias y en tanto, éstas se encuentren vigentes. (subrayado agregado)

Artículo I-010105 La licencia tendrá validez por dos años en el puerto o amarradero para el que ha sido otorgada. En el caso de prácticos fluviales, se especificará los ríos en los cuales puede ejercer el practica. (subrayado agregado)

REGLAMENTO DE CAPITANÍAS Y LAS ACTIVIDADES MARÍTIMAS, FLUVIALES Y LACUSTRES. Artículo A-060105.- Los Prácticos que se desempeñan en los diferentes puertos y amarraderos del litoral, ríos y lagos navegables, deberán estar bajo el control de la Autoridad Marítima, así como deberán contar con la licencia correspondiente emitida por la Dirección General que los habilite para desempeñarse como tales en un puerto, amarradero o zona determinada. (subrayado agregado)

Artículo A-060203 Solamente los Prácticos calificados y con licencia para desempeñarse como tales en los puertos o amarraderos que se indican en su licencia, podrán ejercer el practica en los lugares para los que se encuentran debidamente autorizados, no pudiendo ejercerlo en esos lugares los Prácticos con licencia otorgada para efectuar el servicio en otros puertos o amarraderos. (subrayado agregado)

¹⁸ Aprobada mediante Resolución Directoral N° 0472-2000-DCG del 18 de octubre de 2000.

¹⁹ Resolución Directoral N° 0347-2001/DCG. Modificaciones las "Normas de Practicaje y de los Prácticos Marítimos" del 05 de junio de 2001.

licencias a otorgarse corresponderán a la categoría de Práctico Marítimo de Tercera es decir, la categoría más baja.

De lo anterior, se desprende que en la práctica, disponer de personal para la prestación del servicio de practica que no tenga restricciones para atender a cualquier tipo de naves toma al menos dos años desde el momento que éstos reciben su licencia de operación y siempre que se haya cumplido con las maniobras requeridas. A su vez, los prácticos licenciados que deseen operar en otro puerto fuera de la jurisdicción en la que obtuvieron la licencia²⁰ deben obtener una nueva licencia cumpliendo para ello, un conjunto de requisitos previamente establecidos²¹, entre los que destaca la

²⁰ En el Perú existen dieciocho puertos, de acuerdo al artículo A-010401 del Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las actividades marítimas, fluviales y lacustres:

- Puerto de Zorritos
- Puerto de Talara
- Puerto de Paita
- Puerto de Pimentel
- Puerto de Salaverry
- Puerto de Chimbote
- Puerto de Supe
- Puerto de Huacho
- Puerto del Callao
- Puerto de Pisco
- Puerto de San Juan
- Puerto de Mollendo
- Puerto de Ilo
- Puerto de Puno
- Puerto de Puerto Maldonado
- Puerto de Iquitos
- Puerto de Yurimaguas
- Puerto de Pucallpa

²¹ **REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTROL Y VIGILANCIA DE LAS ACTIVIDADES MARÍTIMAS, FLUVIALES Y LACUSTRES. Artículo I-010106** Los requisitos para obtención de licencia como práctico marítimo se encuentran establecidos en el TUPA. Además se deberá cumplir con lo siguiente:

- a) Ser ciudadano peruano
- b) Poseer título de Capitán de Travesía reconocido por el estado peruano
- c) Poseer Libreta de Embarco vigente
- d) Estar física y mentalmente apto
- e) Haber efectuado las prácticas de maniobras establecidas y haber concluido satisfactoriamente los cursos que disponga la Autoridad Marítima.
- f) Aprobar su evaluación ante una Junta examinadora presidida por el Capitán de Puerto o su representante.
- g) Tener conocimiento de Inglés de acuerdo con las normas establecidas.
- h) Edad no mayor de 65 años

REGLAMENTO DE CAPITANÍAS Y LAS ACTIVIDADES MARÍTIMAS, FLUVIALES Y LACUSTRES. Artículo A-060407.- Condiciones Generales para Obtener la Licencia:

Para obtener licencia como Práctico Marítimo se requieren las siguientes condiciones generales:

- a) Ser Peruano de nacimiento
- b) Poseer título peruano de Capitán de Travesía
- c) Poseer Libreta de Embarco vigente
- d) Aprobar los exámenes teóricos y prácticos establecidos por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas.
- e) Estar apto psíquica y físicamente
- f) Haber efectuado las maniobras necesarias acompañado de otro Práctico Marítimo, quien efectuara la evaluación correspondiente por orden de la Dirección General y a solicitud del Capitán de Puerto de la Jurisdicción en que prestará sus servicios.

realización de un número mínimo de “prácticas de maniobra”²² en el nuevo puerto. Respecto de esto último, debe destacarse que sin importar el rango con el que contara el práctico en su anterior licencia,²³ la nueva será emitida con el menor de los rangos establecidos e implicará necesariamente la pérdida de la licencia anterior.

Tanto las “prácticas de maniobra” necesarias para la obtención de la licencia de practica por parte del aspirante a práctico como aquellas necesarias para obtener una licencia en otro puerto del país son realizadas bajo la supervisión de un práctico en ejercicio, lo que puede generar incentivos a los prácticos establecidos para impedir el acceso de los aspirantes ya que éstos representan competencia potencial para ellos.

Como parte de las operaciones portuarias, la regulación sobre el servicio de practica exige como requisito obligatorio para la prestación del servicio, la participación de dos prácticos para las maniobras en naves de más de 200 metros de eslora²⁴ y la realización de no más de un máximo de tres maniobras al día por cada práctico. Dichos requerimientos limitan la cuantía de actividad que pueden desarrollar los prácticos constituyéndose en una barrera para las actividades de administradoras de prácticos que cuentan con un número reducido de éstos.

En resumen, los servicios prestados por los prácticos marítimos en el TPC se encuentran regulados por motivos de seguridad, constituyendo dicha regulación y su implementación una restricción al acceso para la prestación del servicio por parte de nuevos competidores, debido a: i) la obligatoriedad de requerir los servicios de maniobra en puerto de los prácticos marítimos, por lo que esta actividad no cuenta con servicios sustitutos; ii) la limitación establecida en la cuantía de maniobras diarias por práctico marítimo; iii) que la obtención de la licencia conlleva a restringir el acceso al mercado de los competidores (adicionalmente del periodo de formación y práctica requerida) al quedar restringida a la voluntad de los prácticos licenciado de entrenar a sus futuros competidores; y, iii) las regulaciones para que los prácticos marítimos se re-evalúen para operar en otros puertos restringe la migración de prácticos de una jurisdicción a otra.

II.2 Características de la prestación del servicio de practica en el TPC

²² De acuerdo a las Normas para los Prácticos Marítimos, aprobadas por Resolución Directoral N° 0472-2000/DCG, “práctica de maniobras” es la preparación que recibe un aspirante a Práctico a bordo mediante las observaciones y prácticas de maniobras de practica necesarias para obtener su licencia como Práctico o para su cambio de categoría.

²³ Esta distinción es importante porque, según la formativa del sector, dependiendo de estas categorías, los prácticos marítimos estarán en condiciones de prestar servicios a diferentes tipos de embarcaciones.

²⁴ La eslora es la dimensión de un navío tomada a su largo, desde la proa hasta la popa.

durante el período de investigación

III.2.1 Estructura del mercado

En el período de investigación, el Terminal Portuario del Callao contaba con ocho muelles operativos²⁵ individualizados de acuerdo al tipo de carga a transportar (muelles únicos) y concentraba aproximadamente el 90% de la carga de importación, exportación y cabotaje que se moviliza por los distintos puertos del país²⁶. El TPC se encuentra bajo la jurisdicción de Enapu S.A.²⁷, entidad que otorga el acceso a la infraestructura portuaria para que el usuario intermedio –los prácticos a través de las empresas administradoras de prácticos– brinde el servicio esencial de practicaaje.

Hasta diciembre de 2000, la oferta total de prácticos marítimos licenciados para operar en el TPC –treinta y seis– operaba a través de diecisiete empresas administradoras de prácticos debidamente autorizadas por la DICAPI. De acuerdo a las declaraciones del representante de Pilot en la entrevista efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión, la fuerte competencia desarrollada en este mercado determinó que la retribución otorgada a los prácticos marítimos por la prestación de sus servicios no superara el 10% de las tarifas que las empresas administradoras cobraban a las agencias marítimas por las maniobras de practicaaje realizadas por éstos²⁸.

²⁵ El muelle es la construcción levantada sobre pilotes a orillas de un río, alrededor de un dársena o a lo largo de la costa.

²⁶ Estudio "Evaluación de los Principales Puertos de América del Sur. Análisis institucional, técnico y económico". Universidad Politécnica de Valencia –IIRSA, Junio de 2003. pág. 39. Publicado en www.iirsa.org.

²⁷ Enapu S.A. tiene bajo su administración siete puertos de atraque directo, seis de los cuales son marítimos: Paíta, Salaverry, Chimbote, Callao, General San Martín (Pisco), Ilo; y uno fluvial: Iquitos. Asimismo administra los puertos marítimos de lanchonaje de Eten, Pacasmayo, Chicama, Supe y Huacho; y los puertos fluviales de Yurimaguas y Puerto Maldonado. Todos ellos presentan una configuración estructural diversa.

²⁸ Transcripción de la entrevista al señor Víctor Tirado, Gerente General de Pilot, con fecha 29 de mayo de 2002, que obra a fojas setecientos setenta y seis (776) y siguientes del expediente.

"(...)

COMISIÓN: Algunos de los abogados comentó (sic) que antes del 2001 los precios habían bajado (sic) los salarios de los prácticos no eran buenos (...).

PILOT STATION: (...) antes del 12 de enero que es donde comienza Pilot Station a trabajar con fuerza existían una infinidad de agencias administradoras de prácticos (...) cada una contaba con 1, 2, 3 prácticos y en algunos casos extraordinarios habían agencias que tenían 4, 5 prácticos, no más y con estos (sic) daban servicios a todas las agencias marítimas pero estas agencias marítimas utilizaban un sistema de pagar la tarifa histórica versus la recepción de una nota de crédito, entonces ese era el acuerdo entre la Agencia Marítima y la Agencia Administradora de prácticos (...) entonces la Agencia Administradora de Prácticos se quedaba sólo con el 30% y de ese 30% tenía que pagarle al práctico en el mejor de los casos (...) recibía el 80% de ese 30% y el 20% quedaba en la Agencia de Practicaaje (...) entonces habían prácticos que por una maniobra de \$1000 a veces se llevaban ellos \$35 por cada maniobra (...) entonces el práctico (...) recibía montos que eran por debajo de lo mínimo que uno puede considerar respecto de este rubro (...).

Dicha situación, aunada al exceso de oferta de prácticos marítimos en el TPC²⁹, al hecho que éstos no contaban con estabilidad laboral sino que eran contratados de acuerdo a las necesidades de la empresa administradora de prácticos, y que eran retribuidos a través de recibos por honorarios profesionales –la relación entre el práctico marítimo y la administradora se limitaba a la realización de una maniobra y su vínculo acababa al término de dicho servicio– habría determinado que los prácticos marítimos buscaran agruparse para prestar sus servicios mediante una única empresa³⁰. Ello se concretó con la concentración de la oferta total de prácticos marítimos en una empresa administradora de prácticos: Pilot.

Los treinta y seis prácticos marítimos licenciados para operar en el TPC eran accionistas de Pilot³¹ y mantenían vínculo laboral con dicha empresa, mientras que tres de ellos eran además, accionistas de Seawell S.A. (en adelante, Seawell) y Pratmar S.A. (en adelante, Pratmar) que operaban en el TPC como administradoras de prácticos además de la empresa denunciada³². Sin embargo, Pratmar S.A. tuvo que dejar de operar debido a que dejó de contar con el número mínimos de prácticos marítimos requerido para prestar servicios en el TPC³³ y en la práctica, ninguna de ellas efectuó movimientos durante el período de investigación³⁴. En efecto, a partir de enero de 2001, Pratmar y Seawell prácticamente no realizaron movimientos –Pratmar después de esa fecha no volvió a operar y Seawell sólo realizó dos movimientos en abril de 2001–³⁵.

²⁹ A fojas quinientos cinco (505) del expediente, obra copia de la carta del 26 de octubre de 2001, remitida por la ASPERPRAMA a la Dirección General de Capitanías, mediante la cual solicitó se suspenda el otorgamiento de licencias a prácticos en el TPC por un período de cinco años, debido al exceso de prácticos activos en dicho puerto. Una solicitud similar, de fecha 20 de marzo de 2002, obra a fojas quinientos dieciocho (518) del expediente.

³⁰ Transcripción de la entrevista al señor Víctor Tirado, Gerente General de Pilot, con fecha 29 de mayo de 2002, que obra a fojas setecientos setenta y seis (776) y siguientes del expediente.

"(...) PILOT STATION: (...) hasta que una vez tomamos al toro por las astas, citamos a una reunión y demostramos que había prácticos que ganaban \$35 (...) fueron como veinte tantos prácticos y todos estaban de acuerdo si nosotros formamos una agencia de practicaje nosotros vamos a ser dueños de nosotros mismos (...) entonces entendieron eso y comenzamos a correr una lista donde todo el mundo, todos los que querían participar en esta empresa firmaban (...)."

³¹ Información obtenida del Testimonio de Modificación Parcial de Estatutos de Pilot.

³² Estudio "Evaluación de los Principales Puertos de América del Sur. Análisis institucional, técnico y económico". Ob. Cit. pág. 182.

³³ En la entrevista realizada con fecha 29 de mayo de 2002 al señor Víctor Tirado, Gerente General de Pilot, éste manifestó que había sido accionista de Pratmar S.A., empresa administradora que contaba con tres prácticos marítimos. Sin embargo, uno de ellos renunció para trasladarse a Pilot, mientras que otro falleció, quedándose con sólo un práctico marítimo, por lo que tuvo que dejar de operar. La transcripción de dicha entrevista obra a fojas setecientos setenta y seis (776) y siguientes del expediente.

³⁴ Esta situación fue evaluada por la Sala en la Resolución N° 0131-2003/TDC-INDECOPI, emitida el 11 de abril de 2003 en el Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC. pág. 14.

³⁵ Informe N° 004-2002-INDECOPI-CLC. A Fojas 4911-4912 del Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC (Acumulados). SEAWELL brindó dos servicios en abril de 2001, a pesar que el señor Juan Maguiña Bustos - el 16/42

Esta situación varió a partir de abril de 2001, en que varios prácticos marítimos fueron renunciando progresivamente a prestar servicios a través de Pilot pasando a integrar otras empresas administradoras de prácticos. Así, para junio del mismo año, habían renunciado a la empresa denunciada: el señor Rodríguez y los denunciantes señor Chávez, señor Petrozzi, señor Lavado y señor Boggiano.

III.2.2. Determinación del período de investigación

El objetivo de los procedimientos administrativos por infracción al Decreto Legislativo N° 701 es determinar la existencia de *"actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional"*³⁶. La existencia de tales actos o conductas no puede ser analizada sin delimitar previamente el espacio geográfico y temporal en el que habrían sido desarrolladas, de acuerdo a los términos de la denuncia —si ésta ha sido planteada por algún administrado— o a la investigación preliminar desarrollada por la Comisión, en caso se trate de un procedimiento iniciado de oficio.

En el presente caso, mediante Informe N° 010-2005-INDECOPI/ST-CLC emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión se determinó que el período de investigación de las conductas denunciadas abarcaba el lapso comprendido entre la fecha de celebración de los contratos de trabajo con el total de prácticos marítimos que operaban en el TPC - 15 de diciembre de 2000 al 28 de junio de 2002.

En su apelación, Pilot señaló que los contratos de trabajo ya habían sido objeto de evaluación por la Sala en la Resolución N° 0131-2003/TDC-INDECOPI³⁷, en la que se concluyó que la celebración de los mismos no constituía un acto contrario a la competencia. En ese sentido, Pilot consideró que no correspondía que la Comisión haya tomado la fecha de celebración de tales documentos como inicio del período de investigación en el presente

único práctico de SEAWELL - afirmó en la entrevista del 9 de abril de 2001 que había mantenido su relación con SEAWELL hasta el 1 de marzo de 2001. Cfr. Entrevista a Juan Maguina Bustos. 9 de abril de 2001. A fojas 001894 vuelta del Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC (Acumulados).

³⁶ Artículo 3° del Decreto Legislativo N° 701.

³⁷ Resolución emitida el 11 de abril de 2003 en el procedimiento iniciado por Maersk Perú S.A. contra la ASPERPRAMA, Pilot, Pratmar y Seawell por presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 701, consistentes en la concertación de precios del servicio de practicaje marítimo y el abuso de posición de dominio.

caso, sino la fecha en que ASPEPRAMA comunicó a los agentes portuarios, la decisión de los prácticos marítimos de prestar servicios a través de una sola empresa, esto es, el 8 de enero de 2001.

Conforme ha sido determinado por la Comisión y por la Sala, la celebración de los contratos de trabajo entre Pilot y el total de prácticos marítimos que operaban en el TPC permitió la concentración de la oferta total de prácticos en una sola empresa. Es evidente que a partir de dicho momento, Pilot se habría encontrado en la capacidad de tener una posición de dominio en el referido mercado y desarrollar las conductas abusivas denunciadas por la APOP y otras personas naturales.

Cabe precisar que el hecho que la Sala mediante Resolución N° 0131-2003/TDC-INDECOPI haya determinado la licitud de los contratos de trabajo en cuestión, no enerva la posibilidad que la Comisión pueda tomar la fecha de celebración de los mismos como punto de partida para una investigación relacionada al desarrollo de conductas anticompetitivas, puesto que ello implica simplemente, la delimitación del momento en el que Pilot se encontraba en capacidad de desarrollar tales conductas y no una valoración respecto de la licitud o no de los contratos de trabajo mencionados.

Por ello, la Sala coincide con la Comisión en que resulta necesario evaluar las acciones desplegadas por Pilot desde el momento en que tuvo poder de dominio en el mercado de los servicios de practicaje marítimo en el TPC diendo que sólo de esta manera, podría cumplirse con la finalidad del presente procedimiento administrativo -determinar la existencia de infracciones al Decreto Legislativo N° 701 en la modalidad de abuso de posición dominante. Por el contrario, la evaluación de un momento posterior, como la fecha en que la ASPEPRAMA comunicó públicamente la concentración del total de prácticos marítimos en una sola empresa, no habría permitido a la Comisión realizar una investigación integral de todas las acciones desarrolladas por Pilot considerando que ésta ya se había encontrado en la capacidad de comportarse como una empresa monopolista con anterioridad a dicho momento.

En su apelación, Pilot cuestionó también la fecha de término del período de investigación determinado por la Comisión. Para la referida empresa se debió considerar aquella en la que se realizó la visita inspectiva a las oficinas de Pilot como parte de la investigación preliminar -29 de mayo de 2002 -, siendo que fue a partir de dicho momento, que se pudo conocer los términos de la investigación.

Del expediente, se observa que el 29 de mayo de 2002, funcionarios de la Secretaría Técnica de la Comisión se apersonaron al local institucional de ASPEPRAMA y se entrevistaron con los entonces Presidente y Gerente

General de la referida asociación³⁸. En resumen, se aprecia que las preguntas efectuadas por el funcionario del INDECOPI no se refirieron específicamente, a los términos de la investigación que venía desarrollando la Secretaría Técnica de la Comisión sino, entre otros, al desarrollo y estructura del mercado de practicaaje, y a las funciones que desempeña la ASPEPRAMA.

Atendiendo a lo anterior, si bien a partir de dicho momento los denunciante podían tener indicios que la Comisión pudiere estar desarrollando alguna investigación, no habían tomado conocimiento aún de los cargos imputados ni de las conductas que habían sido denunciadas como ilícitas. Ello recién ocurrió el 28 de junio de 2002, en que la Secretaría Técnica de la Comisión comunicó a Pilot, la admisión de la denuncia y los hechos que serían investigados. Únicamente a partir de dicho momento, Pilot estuvo en capacidad de disciplinar su conducta.

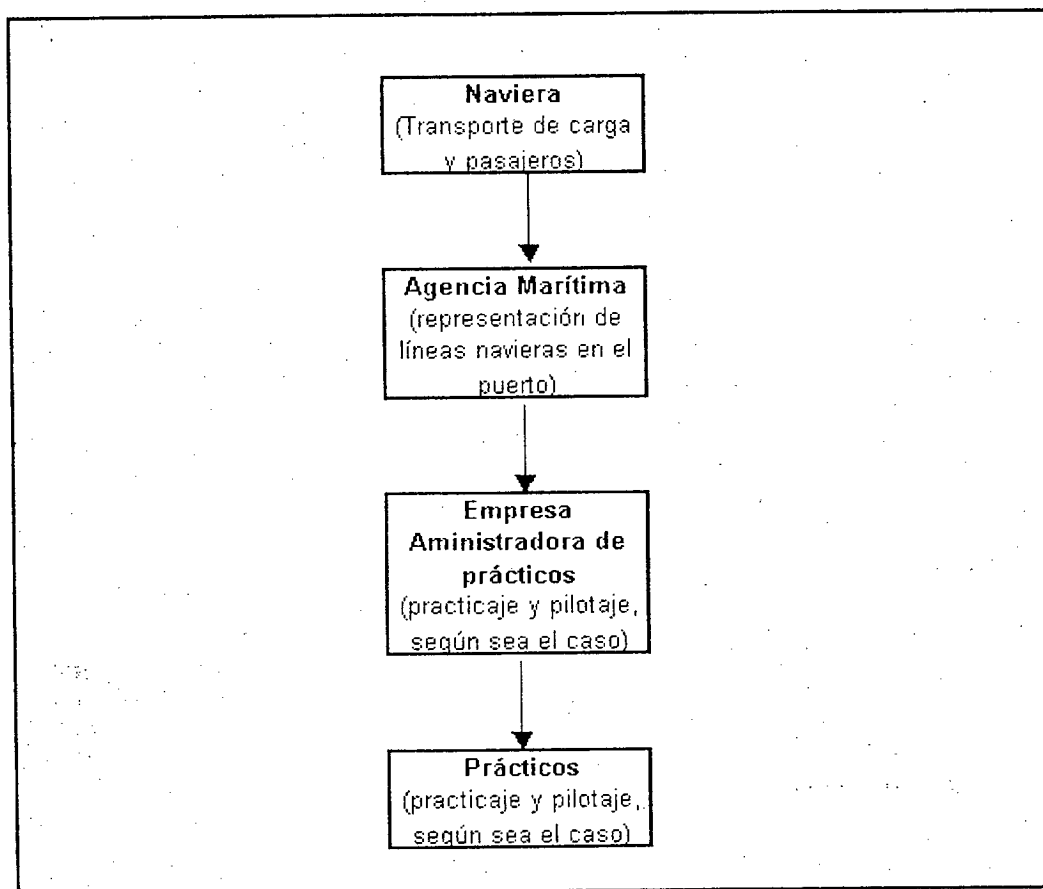
En consecuencia, a criterio de esta Sala, el período de investigación considerado por la Comisión se encuentra debidamente delimitado en función de los objetivos del procedimiento -la verificación de la existencia de las conductas anticompetitivas denunciadas.

III.2.3 Naturaleza de las relaciones jurídicas entabladas entre Pilot y los prácticos marítimos que operaban en el TPC

Los servicios portuarios se organizan en una cadena que se inicia cuando la nave llega al puerto y la agencia marítima que la representa contrata los servicios a la nave o a la carga que resulten necesarios para la naviera, trasladando las facturas de las empresas contratadas y cobrando una comisión por su intermediación. En ese sentido, el servicio de practicaaje – uno de los servicios que puede ser prestado bajo condiciones de libre competencia– constituye un insumo más en la cadena productiva de los servicios portuarios, la misma que puede representarse gráficamente de la siguiente manera:

³⁸ El resumen de las entrevistas obra en fojas cuatrocientos cuarenta y tres (443) y setecientos setenta y seis (776) del expediente.

Gráfico N° 1
Agentes que intervienen en la prestación de servicios portuarios



Cabe anotar que en su apelación, Pilot señaló que los prácticos marítimos no podían prestar servicios en forma individual sino que debían agruparse bajo la figura de una persona jurídica –empresa administradora de prácticos. Sin embargo, de conformidad con el artículo D-050103 del Decreto Supremo N° 028-DE/MGP del 25 de mayo de 2001³⁹, el servicio de practicaje puede ser prestado por personas naturales –los prácticos marítimos de manera independiente– o por personas jurídicas –las empresas administradoras de prácticos.

De otra parte, de acuerdo a lo dispuesto por el literal h) del artículo 2 de la Resolución Directoral N° 0472-2000-DCG⁴⁰, el objeto social de las empresas administradoras de prácticos es la prestación del servicio de practicaje marítimo. Para el desarrollo de dicho objeto social, las referidas empresas

³⁹ Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres.

⁴⁰ Normas de Practicaje Marítimo y de los Prácticos Marítimos.

necesitan contar con profesionales en maniobras de practicaaje, es decir con prácticos marítimos⁴¹.

El proceso de concentración de la oferta de prácticos marítimos licenciados en el TPC se realizó por parte de Pilot, a través de la celebración de contratos de trabajo a plazo indefinido. De acuerdo a ello, los prácticos marítimos se obligaron frente a Pilot a prestar sus servicios en forma exclusiva, por un período similar a aquél correspondiente a las licencias de operación otorgadas, a cambio de una retribución que no se encontraba especificada en los referidos contratos. Asimismo, en dichos documentos se pactó como causal de resolución, además de las establecidas por Ley, la pérdida de la licencia de operaciones del práctico contratado.

Como parte del proceso de concentración de la oferta de prácticos marítimos en una única empresa, los accionistas originales de Pilot – señores Manuel Gerkes y Cruzate– transfirieron parte de sus acciones a otros treinta y cuatro prácticos que operaban en el TPC⁴². Así los prácticos se convirtieron en accionistas de la empresa.

La Comisión, al evaluar la naturaleza de los contratos de trabajo celebrados entre Pilot y los prácticos marítimos, señaló que se trataban de “contratos de exclusividad” que tomaban la forma de contratos de distribución exclusiva, en los cuales los prácticos (nivel *upstream*) prestarían su servicio de practicaaje a través de una única empresa administradora de prácticos (nivel *downstream*), obligándose a no prestar sus servicios a otras empresas administradoras que pudieran requerir contratarlos. Para la Comisión existiría una relación vertical entre los prácticos y la empresa administradora siendo que los denominados “contratos de exclusividad” constituirían una restricción vertical entre dos agentes en diferentes niveles de una cadena de distribución, tal como se observa en el siguiente gráfico:

La Sala no concuerda con la Comisión en tal consideración, basado en lo siguiente: i) es la empresa como persona jurídica y en su calidad de empleador, la que mediante los contratos de trabajo antes señalados, contrata a los prácticos como trabajadores; ii) en mérito a dichos contratos, se establece una vínculo de subordinación jurídica reconocida por ley; iii) las

⁴¹ RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 0472-2000-DCG.

2. DEFINICIONES

q) Práctico Marítimo.- Es un Capitán de Travesía de la Marina Mercante Nacional licenciado o titulado por la Autoridad Marítima Nacional como experto reconocido en el conocimiento de las ayudas a la navegación, condiciones meteorológicas, oceanográficas e hidrográficas, así como de sus efectos, en zonas de practicaaje obligatorio específicas y preparado para asesorar a los capitanes de las naves, de acuerdo a lo que le faculta su título o licencias, en las maniobras de practicaaje, para garantizar la seguridad de la vida humana en el mar, la seguridad de las naves, de su carga y de las instalaciones.

⁴² Testimonio de escritura pública de modificación parcial de estatutos, remoción y nombramiento de directores, renuncia y nombramiento de gerentes y modificación parcial de estatutos y transferencia de acciones.

decisiones de la empresa son adoptadas por aquellos trabajadores de la empresa que ejercen los cargos directivos y son los responsables de la elaboración e implementación de los planes y estrategias de la misma; y, iv) la dirección de la empresa como tal, está en capacidad de despedir o sancionar al trabajador por falta grave, o de realizarle procesos administrativos o penales, de ser el caso.

A diferencia de un contrato de distribución exclusiva, el contrato de trabajo es el acuerdo voluntario entre el trabajador y el empleador por el cual el primero se obliga a poner a disposición del segundo su propio trabajo, a cambio de una remuneración. De acuerdo a la normatividad vigente, el contrato de trabajo implica, entre otros, la existencia de un vínculo de subordinación jurídica⁴³.

De lo expuesto precedentemente, se observa que no se trata de agentes económicos independientes que se encuentran en distintos niveles de la cadena productiva, sino que la empresa administradora y los prácticos marítimos contratados forman parte de una misma unidad productiva vinculada por la relación empleador-trabajador.

De lo anterior es posible concluir que, la relación de dependencia entre Pilot y los prácticos marítimos denunciados se materializó a través de contratos de trabajo. No obstante ello, los referidos contratos no respondían a una necesidad de contar con los elementos necesarios para prestar el servicio de practicaje marítimo debido a que a través de su suscripción se reclutó una cantidad de prácticos marítimos superior a aquella requerida por Pilot para operar durante el período de investigación, tal como ha sido reconocido por el representante de la referida empresa en la audiencia de informe oral realizada el jueves 15 de marzo de 2006⁴⁴.

A partir de la celebración de los referidos actos jurídicos, los treinta y seis prácticos marítimos que operaban en el TPC al inicio del período de investigación estaban en una relación de subordinación con Pilot –derivada de los contratos de trabajo analizados precedentemente. Por ello, las agencias marítimas que precisaban la prestación del servicio de practicaje en el TPC estuvieran obligadas a contratar indefectiblemente con Pilot siendo que sus competidoras, las demás empresas administradoras de practicaje no disponían de prácticos marítimos licenciados para operar en el TPC.

⁴³ **TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL, Artículo 4**
.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. (...).

⁴⁴ En la audiencia de informe oral, el representante de Pilot manifestó que "Estadísticamente podía manejarse hasta con cinco prácticos todas las maniobras diarias."
22/42

III.3. La existencia de posición dominante de parte de Pilot

El Decreto Legislativo N° 701 ha definido como posición de dominio, aquél supuesto en que una empresa o entidad puede actuar con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores. De este modo, el artículo 4° de dicha norma establece textualmente lo siguiente:

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

En su apelación, Pilot señaló que para determinar la existencia de posición dominante, la Comisión había evaluado únicamente el número de prácticos que prestaban servicios para su empresa, sin considerar la existencia de un "poder de mercado" entendido como la posibilidad de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, de acuerdo a la definición establecida en el Decreto Legislativo N° 701.

Contrariamente a lo afirmado por Pilot, de la revisión del Informe N° 010-2005-INDECOPI/ST-CLC que sirvió de sustento a la Resolución apelada, se observa que para la determinación de la existencia de posición de dominio, la Comisión evaluó la participación de mercado de las empresas administradoras de prácticos marítimos en el TPC, las características, estructura y condiciones del mercado así como, la existencia de barreras a la entrada y salida. En este caso en particular, considerando la alta participación de mercado de Pilot, la alta concentración de mercado, la disponibilidad de prácticos por empresa y la celebración de contratos laborales entre éstos y Pilot; las elevadas barreras legales a la entrada y salida presentes en el sector, la Comisión dedujo que Pilot ostentaba una posición de dominio en el mercado relevante en el período de investigación.

Asimismo, contrariamente a lo afirmado por el apelante, para evaluar la participación de Pilot en el mercado de servicios de practica marítimo en el TPC, la Comisión no sólo consideró la cantidad de prácticos que prestaban servicios para Pilot durante el período de investigación, sino que verificó el número de maniobras efectuadas y el Tonelaje de Registro Bruto (en adelante, TRB) movido durante el período de investigación, concluyendo que Pilot fue la empresa administradora de prácticos más importante del TPC debido a su alta participación de mercado.

En efecto y según obra en el expediente, Pilot dispuso de 31 prácticos (88 por ciento del total de prácticos marítimos licenciados en el TPC); las operaciones de Pilot representaron el 78% y el 60% del total de maniobras para los años 2001 y 2002, respectivamente; y, el 70% y el 57% del TRB movido, para los mismos años⁴⁵. Las empresas competidoras sólo constituyeron un número reducido y mantuvieron cuotas de mercado significativamente menores⁴⁶.

Pilot alegó asimismo, que si bien mantuvo una participación importante en el mercado de practicaje marítimo, no se encontraba en la capacidad de operar con independencia de sus competidores, clientes y proveedores siendo que en este sector, eran las agencias marítimas las que mantenían "*poder de mercado*" al estar en la capacidad de decidir con quien contratar. Por ello, al depender de las líneas navieras para operar en el mercado, no podría actuar con independencia de éstas o de sus proveedores (agencias navieras).

Al respecto, cabe anotar que conforme a lo señalado en acápites precedentes, Pilot era la única empresa que prestaba el servicios de practicaje marítimo en el TPC hasta el inicio del año 2001. Por ello, puede considerarse que Pilot se encontraba en la capacidad de controlar la prestación del servicio siendo que el practicaje marítimo es: i) un servicio sujeto a restricciones legales y estructurales para su prestación, ii) requerido obligatoriamente por todo barco que entre o salga del Terminal Portuario del Callao, y iii) no existían otros competidores para la prestación de dicho servicio.

Las agencias marítimas necesitadas del servicio estaban obligadas a contratar con Pilot, convirtiéndose en "*compradores cautivos*" del servicio prestado por Pilot y perdiendo la oportunidad de influir en las condiciones y precios en las que este servicio era brindado.

De otra parte, debe considerarse que si bien, en el mercado relevante existieron durante el año 2002, otras empresas administradoras de prácticos que podían competir con Pilot, su actuación estaba limitada por dos factores: i) la cantidad de prácticos marítimos licenciados para TPC disponibles en el mercado, dadas las restricciones legales establecidas para las operaciones de practicaje; y, ii) la imposibilidad en el corto plazo, de capacitar nuevos prácticos dadas las limitaciones imperantes por los requerimientos establecidos para ello por DICAPI.

⁴⁵ Esta información fue obtenida de los reportes remitidos por ENAPU.

⁴⁶ Del total de maniobras efectuadas en el periodo de análisis, Tramarsa no superó el 22% y Trimservice se mantuvo por debajo del 23%; mientras que las operaciones efectuadas por Seawell S.A., Servicios de Practicaje Marítimo S.A., Servicios Técnicos Marítimos S.R.L., Portuaria Taylor S.A.C., entre otra, no superaron el 1% de las operaciones en este sector.

Cabe también recordar que existen categorías⁴⁷ en función a la antigüedad y experiencia del práctico marítimo, lo que va a determinar el tipo de nave a la que podrán prestar servicios de practicaje. Otra limitación a las actividades de los prácticos marítimos se refiere a la cantidad de maniobras que puede ejercer cada uno –máximo de tres por día– y la exigencia de contar obligatoriamente con la presencia de dos prácticos para las maniobras en naves de más de 200 metros de eslora. Por ello, no todos los prácticos que operan en un puerto estarán en condiciones de atender cualquier servicio solicitado. Los prácticos recién licenciados que, como se evaluará posteriormente, fueron los únicos profesionales a los que pudieron acceder las administradoras de prácticos distintas a Pilot, lo que les representó una limitación. Los clientes por tanto, debieron recurrir a aquella administradora que era la única con la capacidad operativa suficiente para atender sus requerimientos, lo que confirma la posición dominante ostentada por la referida empresa

Pilot manifestó asimismo, que debía considerarse la proporción de mercado en función del número promedio de operaciones efectuadas por cada práctico, lo que evidenciaría que los prácticos denunciados mantenían una mayor participación de mercado por el hecho que ellos habrían efectuado, en promedio, un mayor número de maniobras en el período analizado.

Al respecto, cabe destacar que, en oposición a lo alegado por Pilot, el hecho que sus competidoras operaran en el mercado, con niveles de participación superiores a 40%, con menos de 4 prácticos por empresa, no desvirtúa el hecho de que Pilot cuente con posición de dominio en este mercado sino que ratifica la conclusión de la Comisión de que no era necesario contar con la totalidad de la oferta de prácticos para operar eficientemente en el mercado del TPC. Se evidencia que Pilot mantuvo una importante capacidad ociosa de prácticos ante la posición de las demás administradoras que operaban dentro del límite máximo permitido legalmente.

Por lo anteriormente señalado, corresponde confirmar el pronunciamiento de la Comisión en el extremo que determinó la existencia de posición de dominio por parte de Pilot en el servicio de practicaje marítimo en el TPC.

En conclusión, Pilot fue responsable del 78% y 60% de las maniobras para los años 2001 y 2002, respectivamente; y, del 70% y el 57% del TRB movido; y concentraba el 88 por ciento de los prácticos marítimos licenciados para operar en el TPC. Ello, considerando que existían limitaciones legales y estructurales que limitan el acceso y salida de

⁴⁷ Dependiendo de ambos criterios existen cuatro categorías de prácticos: de tercera, de segunda, de primera y experto, tal como fue señalado en la página 11 de la presente resolución.

competidores, así como su operación en el mercado. A ello, se agrega el requerimiento respecto del uso de prácticos en toda operación realizada por barcos en el TPC.

III.4. Análisis de las conductas denunciadas

La norma peruana no sanciona a las empresas sólo por ejercer una posición dominante en el mercado, sino que reprime el ejercicio abusivo de dicha posición dominante.

El artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701⁴⁸ señala que se considera que existe abuso cuando una o más empresas que ostentan posición de dominio en el mercado actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio. Además, dicha norma prevé de manera enunciativa algunos de los supuestos de abuso de posición de dominio, tales como, la negativa injustificada de contratar, la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y otros casos de efecto equivalente.

En consecuencia, la investigación consiste en examinar el comportamiento de la empresa o las empresas con posición dominante en el mercado para determinar la existencia de las supuestas conductas abusivas dada su posición de dominio o aquellas conductas tendientes al mantenimiento de la posición dominante a través de un comportamiento abusivo.

III.4.1. Los términos contractuales previstos en los contratos de trabajo como supuestos de abuso de posición dominante

En la Resolución apelada, la Comisión apreció que Pilot había suscrito contratos de trabajo con todos los prácticos marítimos licenciados para

⁴⁸ **DECRETO LEGISLATIVO N° 701, Artículo 5°.- Abuso de posición de dominio en el mercado.** Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio. Son casos de abuso de posición de dominio:

- a. La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios. (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. N° 807).
- b. La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;
- c. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d. (Derogado por el Artículo 12° D. Leg. N° 807).
- e. (Derogado por el Artículo 12° D. Leg. N° 807).
- f. Otros casos de efecto equivalente. (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. N° 807).

trabajar en el TPC, cuya vigencia cubría todo el período laborable del práctico desde la fecha de suscripción del contrato hasta la fecha de expiración de su licencia para laborar en el TPC. Dicho contrato disponía de una cláusula de exclusividad.

Asimismo, en el expediente ha quedado acreditado que Pilot habría intentado establecer cláusulas conteniendo penalidades para los prácticos que decidieran resolver el contrato de trabajo que habían suscrita con la referida empresa. Ello se desprende de los archivos encontrados en el equipo de cómputo del Gerente General de Pilot, que fuera revisado en la visita inspectiva realizada en las oficinas de la referida empresa. Tales archivos corresponden a los siguientes documentos:

- (i) formato de contrato de locación de servicios en exclusividad en el que se establece, además de las cláusulas previstas en los contratos de trabajo descritos precedentemente, una penalidad a través de la cual el práctico marítimo debía resarcir a Pilot por daños y perjuicios el importe de US\$ 300 000,00 en el caso que decida unilateralmente resolver el contrato o incumplirlo en forma parcial, tardía o defectuosa, comprometiéndose además a aceptar una letra de cambio por dicho monto;
- (ii) treinta y un proyectos de adenda a los contratos celebrados para igual número de prácticos marítimos en los que se establece una penalidad ascendente a US\$ 300 000,00 para el práctico marítimo que incumpliese con alguna de las obligaciones establecidas en los referidos contratos⁴⁹;

⁴⁹ Los prácticos marítimos para los que se había preparado la referida adenda son los siguientes:

- José Emilio Perata Quintanilla
- Mario Angeles Lloyd
- José Alberto Asmat Carrillo
- Jaime Gino Bettocchi Ibarra
- César Guillermo Burga Tello
- Walter Julio David Corvacho Artieda
- Sergio Cruzate La Torre
- Marco Augusto Del Castillo Gálvez
- Pedro Alfonso Gálvez Estremadoyro
- Pedro Nicolás Tadeo Gálvez Gavoglio
- Carlos Gerkes Miranda
- Manuel Esteban Gerkes Miranda
- Percy Mario Gfell García
- Jorge Manuel Godier del Aguila
- Eduardo Gómez Moncada
- Luis Miguel Gómez Núñez Melgar
- Arnulfo Gómez Ríos
- Carlos Guzmán Lanfranco
- Teófilo Japura Gómez
- Jaime Loyola Álvarez
- Luis Adolfo Loyola Soto
- Juan Luis Maguiña Bustos
- Luis Andrés Mella Montoya
- Carlos Manuel Negrini Arellano

- (iii) formato de adenda en el que se incluyó una cláusula de responsabilidad para Pilot en caso de mal uso de la letra de cambio que aceptasen los prácticos.

Al respecto, cabe precisar que dos de las características de los contratos de trabajo en el Perú son: i) su duración, que puede ser de plazo determinada o indeterminada – estos últimos contratos tienen duración hasta que se extinga la relación laboral por alguna de las causales establecidas en la ley de la materia⁵⁰ y ii) el carácter voluntario de las partes que lo suscriben – posibilitándose la renuncia voluntaria como una de las formas de extinción de la relación laboral⁵¹.

Si bien en el expediente no existe constancia que los referidos documentos fuesen efectivamente suscritos por los prácticos marítimos contratados por Pilot, a criterio de la Sala el hecho que la referida empresa haya estado proyectando la materialización de acuerdos conteniendo una cláusula penal como la descrita anteriormente, evidencia la intención de constituir barreras de salida para los prácticos marítimos de Pilot y de su acceso a otras empresas administradoras de practicaje para asegurar el mantenimiento de su posición de dominio. Asimismo, dichas penalidades constituirían desincentivos que afectarían la esencia de los contratos en lo que se refiere

- Luis Alberto Raggio Calle
- Manuel Rivadeneira Cockburn
- Elisban Rodríguez Fernández
- Percy Abel Salcedo Zúñiga
- Victor Manuel Tirado Silva
- José Fernando Zagazeta Martínez
- Raul Julio Zambrano Gonzáles

⁵⁰ El artículo 16 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral regula las causas de extinción del contrato de trabajo, que pueden ser: (i) el fallecimiento del trabajador o empleador, si es persona natural; (ii) la renuncia o retiro voluntario del trabajador; (iii) la terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad; (iv) el mutuo disenso entre trabajador y empleador; (v) la invalidez absoluta permanente; (vi) la jubilación; (vii) el despido, en los casos y formas permitidos por la ley; y, (viii) la terminación de la relación laboral por causas objetivas, en los casos y formas permitidos por la ley.

De otro lado, el artículo 46 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral prevé los casos de terminación colectiva de los contratos de trabajo por causas objetivas. Tal situación puede producirse por (i) caso fortuito o fuerza mayor; (ii) motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos; y, (iii) reestructuración patrimonial, disolución y liquidación o quiebra, conforme a lo establecido en la normatividad de la materia.

⁵¹ El artículo 16 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral regula las causas de extinción del contrato de trabajo, que pueden ser: (i) el fallecimiento del trabajador o empleador, si es persona natural; (ii) la renuncia o retiro voluntario del trabajador; (iii) la terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad; (iv) el mutuo disenso entre trabajador y empleador; (v) la invalidez absoluta permanente; (vi) la jubilación; (vii) el despido, en los casos y formas permitidos por la ley; y, (viii) la terminación de la relación laboral por causas objetivas, en los casos y formas permitidos por la ley.

De otro lado, el artículo 46 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral prevé los casos de terminación colectiva de los contratos de trabajo por causas objetivas. Tal situación puede producirse por (i) caso fortuito o fuerza mayor; (ii) motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos; y, (iii) reestructuración patrimonial, disolución y liquidación o quiebra, conforme a lo establecido en la normatividad de la materia.

a la voluntariedad de los contratos de trabajo según lo establecido en las normas peruanas.

Es importante tener en cuenta que la única forma en la que las administradoras competidoras pudieran efectivamente prestar servicios de practica en el TPC durante el período de investigación –siendo que no pudieron entrenar nuevos prácticos marítimos en dicho período conforme se analizará posteriormente–, era a través de la renuncia de los prácticos marítimos de Pilot. Esta oferta del servicio de los prácticos no hubiese estado al alcance de los competidores de Pilot de haberse implementado las cláusulas penales diseñadas por la referida empresa.

El hecho en sí de que los contratos de trabajo celebrados por Pilot tengan una duración indeterminada y prolongada en el tiempo no constituye una infracción a las normas de libre competencia, sino es, en el marco del caso particular, en el cual dichos contratos son suscritos con todos los prácticos licenciados que pueden operar en el TPC y por toda su vida laboral como práctico marítimo en dicho Terminal portuario, así como la cláusula punitiva que se debía emplear, lo que denota la intencionalidad anticompetitiva de la conducta.

Por ello, la Sala coincide con la Comisión al señalar que la implementación de contratos de exclusividad bajo las características descritas constituye una barrera estratégica que, a la par de otorgarle posición de dominio a una empresa, apoya su mantenimiento y se convierte en un instrumento para ejercer el abuso de dicha posición de dominio. Dicha conducta constituye una infracción en el marco de lo establecido en el Decreto Legislativo 701.

III.4.2. La negativa a entrenar prácticos marítimos

Como respuesta a la concentración de la oferta de prácticos marítimos por Pilot, a partir de marzo de 2001, las empresas administradoras de prácticos optaron por tramitar la licencia de aspirantes a prácticos en el TPC. Ello implicaba que los aspirantes debían cumplir con los requisitos exigidos en "Normas para los Prácticos Marítimos", uno de los cuales es la realización de un número mínimo de prácticas de maniobra -30 maniobras en caso de muelles y 20 tratándose de boyas de amarre⁵².

⁵² Dicho requisito se encuentra señalado en la Resolución Directorial N° 0472-2000/DCG, "Normas para los prácticos marítimos":

7.

(...)

g) Las prácticas de maniobra que debe de realizar un postulante a Práctico Marítimo, será un mínimo de 30 maniobras en caso de muelles y 20 tratándose de boyas de amarre. Las maniobras deberán ser como mínimo un 30% nocturnas, y tanto éstas, como las diurnas deberán contabilizarse en forma completa, es decir, una entrada y una salida hacen una maniobra.

Cabe precisar que las prácticas de maniobra es la preparación que recibe un aspirante a práctico a bordo mediante las observaciones y realización de las prácticas de maniobras necesarias para obtener su licencia como práctico o para su cambio de categoría.⁵³ Para realizar dichas prácticas se requiere que el aspirante sea acompañado por prácticos marítimos licenciados en el TPC.

En ese sentido y teniendo en consideración que los prácticos marítimos licenciados en el TPC que podían entrenar a aspirantes a prácticos prestaban servicios para Pilot, las empresas competidoras debían formar nuevos pilotos. Para ello, informaron a Pilot respecto de la realización de las maniobras de entrenamiento para nuevos aspirantes a prácticos para que ésta prestara las facilidades necesarias⁵⁴. Sin embargo, en el expediente ha quedado acreditado que la empresa denunciada se negó a permitir el entrenamiento de los aspirantes a prácticos de las empresas competidoras aduciendo que había iniciado un programa de reentrenamiento de sus prácticos desde el 8 de febrero de 2001 y por un espacio de 27 meses, lo que implicaba que sus prácticos no podían entrenar aspirantes que laborasen en otra empresa⁵⁵.

Asimismo, consta en el expediente que la política de Pilot sobre el entrenamiento de aspirantes fue diseñada para impedir la formación de nuevos prácticos –independientes a las operaciones de Pilot– y para asegurar que los nuevos prácticos entrenados por sus empleados presten sus servicios a través de Pilot, al establecer como condición para facilitar la realización de prácticas de maniobra que los aspirantes a prácticos suscriban contratos de trabajo con la referida empresa. Ello se verifica en el Reglamento de Trabajo de Pilot en donde se indica:

"8128. Un capitán de Travesía, autorizado a postular a Práctico Marítimo por la Autoridad Marítima, para poder asistir a las maniobras de los Prácticos"

⁵³ Esta definición es recogida de la Resolución Directorial N° 0472-2000/DCG, "Normas para los prácticos marítimos":

2. Definiciones.-

(...)

i) Prácticas de maniobras.- Es la preparación que recibe un aspirante a Práctico a bordo mediante las observaciones y prácticas de maniobras necesarias para obtener su licencia como Práctico o para su cambio de categoría.

⁵⁴ A manera de ejemplo en el expediente, obra copia de la carta remitida a Pilot, el 22 de marzo de 2001, por Cosmos Agencia Marítima S.A.C., en la que le informa que el señor Eduardo Lozada Frías, aspirante a práctico, hará maniobras de entrenamiento para obtener la licencia de práctico marítimo.

⁵⁵ Ello se evidencia también de las comunicaciones remitidas por Pilot a las personas que solicitaron la realización de maniobras de prácticas, en las que les informó que había iniciado un programa de reentrenamiento de sus prácticos desde el 8 de febrero de 2001 y por un espacio de 27 meses, por lo que sus prácticos no podían entrenar a otros que laboren en otra empresa, denegando por ello las solicitudes presentadas, documentos que obran en fojas trescientos cincuenta y ocho (358), trescientos ochenta y cinco (385) ochocientos ochenta y dos (882) y ochocientos ochenta y tres (883) del expediente.

Marítimos de Pilot Station S.A. como observador [sic] deberán firmar un Contrato de Exclusividad por tiempo indeterminado. (...)

8130. Ningún Práctico Marítimo de Pilot Station S.A. bajo su responsabilidad podrá llevar como Observador a un Capitán de Travesía postulante a Práctico Marítimo."

En ese contexto, la política implementada por Pilot de restringir los entrenamientos de aspirantes a prácticos que fuesen a prestar servicios en empresas competidoras, evidencia la intención de dicha empresa de mantener y ampliar su posición de dominio en la prestación de los servicios de practicaje marítimo en el TPC con el consiguiente efecto negativo para la competencia, al impedir a las empresas competidoras disponer de prácticos licenciados para prestar servicios en el TPC en un corto y mediano plazo.

En su apelación, Pilot no cuestionó las conclusiones de la Comisión respecto del efecto excluyente de su conducta sino que se limitó a señalar que la negativa a entrenar prácticos aspirantes constituía una infracción especificada en la normativa sectorial y sancionada por la Autoridad Marítima correspondiente, por lo que no podría ser sancionada por este mismo hecho tanto por la autoridad marítima como por INDECOPI.

El Decreto Legislativo N° 701 establece que su finalidad es "eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores" (subrayado agregado) siendo la Comisión de Libre Competencia el organismo encargado de velar por el cumplimiento de la referida norma⁵⁶.

De otro lado, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley N° 26620 –Ley de control y vigilancia de las actividades marítimas, fluviales y lacustres– la finalidad de dicha ley, así como sus normas reglamentarias, es el control de las actividades que se desarrollan en los ámbitos marítimo, fluvial y lacustre del territorio de la República⁵⁷. En el ámbito referido al practicaje marítimo, el literal e) del artículo 8 de las Normas de Practicaje Marítimo establece

⁵⁶ **DECRETO LEGISLATIVO N° 701, Artículo 8°.**– La Comisión de Libre Competencia es un organismo con autonomía técnica y administrativa, que tendrá por objeto velar por el cumplimiento de la presente Ley. (Modificado mediante el Artículo 49 Decreto Legislativo 807).

⁵⁷ **LEY N° 26620, Artículo 1o.**– La presente Ley regula los aspectos de control y vigilancia a cargo de la Autoridad Marítima, respecto de las actividades que se desarrollan en los ámbitos marítimo, fluvial y lacustre del territorio de la República.

Artículo 3o.– Corresponde a la Autoridad Marítima aplicar y hacer cumplir la presente Ley, sus normas reglamentarias, las regulaciones de los sectores competentes y los Convenios y otros Instrumentos Internacionales ratificados por el Estado Peruano referidos al ámbito de la presente ley.

Artículo 4o.– La Autoridad Marítima es ejercida por el Director General de Capitanías y Guardacostas.

sanciones cuando se desarrollen conductas que perjudiquen la prestación del servicio:

"Las agencias marítimas y/o empresas administradoras de prácticos que efectúen actividades que vayan en contra de la prestación del servicio de practicaje, serán sancionadas conforme lo establece el Reglamento de Capitanías y de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres."
(subrayado agregado)

Conforme se desprende de lo anterior, la función del ordenamiento de actividades marítimas es regular el desarrollo de las actividades al interior del sector, regulando los parámetros necesarios para el desarrollo de los servicios generales necesarios para el desarrollo de dicha actividad. Por otro lado, la Comisión de Libre Competencia no sanciona la infracción a las normas de actividades marítimas, sino las conductas que restrinjan la libre competencia contraviniendo de esta manera el Decreto Legislativo N° 701.

En ese sentido, las normas referidas a la actividad marítima y en particular, a la prestación de servicios de practica je no excluyen o limitan la competencia del INDECOPI para velar por el desarrollo de la libre competencia en las actividades portuarias, sin perjuicio de que la autoridad marítima conserve la potestad de desarrollar las acciones de fiscalización y sanción que considere pertinentes para asegurar el cumplimiento de las normas que regulan su sector.

Tratándose de hechos que implican una infracción a las normas de libre competencia y que simultáneamente podrían suponer, infracciones al marco regulatorio de las actividades marítimas, no se produciría un supuesto de doble sanción para un mismo hecho en la medida que no existe una identidad causal o de fundamento. Ello, en la medida que el bien jurídico tutelado por la Comisión de Libre Competencia es el desarrollo de los mercados en libre competencia mientras que las normas emitidas por la autoridad marítima buscan regular la adecuada prestación de los servicios esenciales en dicho sector.

En consecuencia, debe desestimarse los argumentos de apelación expuestos por Pilot en este extremo.

III.4.3 Las acciones desarrolladas por Pilot contra los prácticos marítimos renunciantes

Teniendo en consideración que Pilot limitó el acceso de las empresas competidoras a profesionales que pudiesen ejercer los servicios de practica je en el TPC a través de la negativa de entrenar aspirantes a prácticos marítimos, una de las alternativas que encontraron tales empresas

fue contratar a los prácticos marítimos que renunciaban a Pilot a partir de abril de 2001⁵⁸.

Por ello, Pilot implementó otro mecanismo destinado a desincentivar a los prácticos marítimos renunciantes a trabajar con empresas competidoras. Esta vez, a través de la interposición de acciones judiciales y administrativas tendientes a lograr la suspensión o cancelación de las licencias otorgadas a dichos prácticos marítimos.⁵⁹

Cabe precisar que las acciones entabladas por Pilot siguieron la línea de las recomendaciones que le fueron dadas por el Sindicato de Prácticos de México⁶⁰ y que fueron trasladadas a la ASPEPRAMA para la consolidación de la oferta del servicio de practica en una sola empresa. Entre estas recomendaciones, se señalaron las acciones que deberían adoptarse en caso de deserción de alguno de los prácticos vinculados, tal como se aprecia en el texto siguiente:

"Se solicitó asesoría para la formación de una unión de prácticos en el callao (sic) y lo indicado abajo fueron sus comentarios:

(...)

Todos los prácticos obligatoriamente son afiliados al sindicato.

El práctico que intente traicionar al sindicato prácticamente es eliminado, moviéndose todos los elementos legales que en prevención firmó antes de ser práctico, se inicia solicitando la cancelación definitiva de la licencia de la autoridad marítima, adjuntando un expediente respectivo, si la autoridad se resiste se acude a los tribunales (...) (subrayado agregado)

⁵⁸ Ello se desprende de las cartas de renuncia que obran en el expediente y que se detallan a continuación:

- Carta de renuncia del 21 de abril de 2001 formulada por el señor Alejandro Chávez que obra en fojas doscientos cuarenta y siete (247) del expediente;
- Carta de renuncia del 23 de abril de 2001 formulada por el señor Elisbán Rodríguez que obra en fojas doscientos treinta y seis (236) del expediente;
- Carta de renuncia del 9 de mayo de 2001 formulada por el señor Jorge Petrozzi Molino que obra en fojas doscientos setenta y nueve (279) del expediente;
- Carta de renuncia del 4 de junio de 2001 formulada por el señor Manuel Lavado Carrillo que obra en fojas trescientos (300) del expediente;
- Carta de renuncia del 19 de junio de 2001 formulada por el señor Werner Boggiano Morales que obra en fojas trescientos veintidós (322) del expediente;

⁵⁹ Así por ejemplo, contra el señor Alejandro Fernando Chávez Gurmendi, Pilot interpuso dos demandas de acción de amparo los días 26 de abril y 11 de mayo de 2001 y una denuncia penal el 14 de mayo de 2001. Del mismo modo, inició dos procesos contra el señor Jorge Domingo Petrozzi Molino en el Primer Juzgado de Derecho Público de Lima y ante el Tercer Juzgado Penal del Callao. Dentro de los referidos procesos, Pilot solicitó el otorgamiento de medidas cautelares destinadas a que la autoridad correspondiente suspenda las licencias otorgadas por la DICAPI a los prácticos, las mismas que fueron rechazadas, ya sea en primera o segunda instancia.

⁶⁰ El Informe señalado corresponde a aquel elaborado por el señor Gómez Ríos, práctico y accionista de Pilot, el cual fue dirigido al señor Loyola Soto, presidente de la ASPEPRAMA. Dicho informe obra a fojas 000118-000119 del Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC.

Del expediente se observa que las autoridades a cargo de pronunciarse sobre los procesos entablados por Pilot desestimaron las denuncias y demandas formuladas declarándolas improcedentes en algunos casos por falta de competencia, o infundadas al no haberse configurado la infracción denunciada. De ello, se desprende que la finalidad de Pilot al iniciar acciones contra los prácticos renunciante era impedir que éstos continuaran prestando servicios de practica en el TPC a través de las empresas competidoras.

En su apelación, Pilot señaló que los procesos judiciales y procedimientos administrativos seguidos contra los prácticos "desleales o disidentes" no tuvieron por objetivo entorpecer las actividades de los competidores sino que se trataron de acciones efectuadas para velar por el cumplimiento de un compromiso asumido por los prácticos disidentes y en defensa del patrimonio societario.

Al respecto, debe destacarse que Pilot manifiesta que únicamente, inició acción contra cada práctico renunciante por afectar os intereses societarios. Interpuso así acciones de distinta naturaleza fundamentadas en un mismo hecho: prestar servicios a una empresa competidora⁶¹.

A criterio de la Sala, el número de acciones interpuestas por Pilot contra cada práctico renunciante, así como el petitorio expuesto en cada uno de los procesos iniciados, evidencia la intención de Pilot de impedir que los prácticos renunciante puedan ejercer sus servicios a través de empresas competidoras.

Dicha situación en la práctica, implicó una restricción a la competencia atendiendo a que las operaciones de las empresas administradoras de prácticos dependen de su disponibilidad de profesionales para efectuar las

⁶¹ Las acciones iniciadas por Pilot contra tres de los prácticos renunciante por incumplimiento del contrato de exclusividad, son las siguientes:

Práctico	Proceso	Autoridad competente	Resultado
Señor Chávez	Acción de amparo	Tercer Juzgado Civil del Callao	Improcedente
	Acción de amparo	Primer Juzgado Corporativo de Derecho Público de Lima	En trámite
	Denuncia por fraude	Tercer Juzgado Penal del Callao	En trámite
Señor Petrozzi	Acción de amparo	Primer Juzgado Corporativo de Derecho Público de Lima	No ha lugar
	Denuncia por fraude	Tercer Juzgado Penal del Callao	Infundado
	Denuncia por fraude	Noveno Juzgado Penal del Callao	Infundado
Señor Lavado	Denuncia por incumplimiento de obligaciones	DICAPI	Infundado

maniobras dentro del puerto y teniendo en consideración además que los prácticos marítimos renunciando se constituyeron como la única oferta disponible para cubrir los requerimientos de las administradoras competidoras en el período de investigación.

En consecuencia, debe desestimarse los argumentos de apelación expuestos por Pilot en este extremo.

III.4.4 La negativa a prestar servicios de practicaaje

La negativa a contratar se encuentra prevista en el inciso a) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701, que señala que constituye un supuesto de abuso de posición dominante *"La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios. (Modificado mediante el Artículo 11 Decreto Legislativo 807)."*

La negativa a contratar o negativa de trato consiste en el rechazo de un agente económico de establecer relaciones contractuales con otro u otros agentes, de manera injustificada. Por el contrario, las negativas de trato que tengan alguna justificación objetiva tales como razones técnicas o económicas, calidad de productos, plazos, limitación técnica de producción, incumplimiento en el pago, violación de derechos de propiedad intelectual, entre otras, serán declaradas lícitas y no serán calificadas como contrarias a la competencia.

En general, es evidente que el agente económico que ejerce abusivamente su posición de dominio obtiene siempre beneficios, los mismos que pueden no ser exclusivamente económicos o no siempre identificables en forma directa, por ejemplo, en una situación de una negativa injustificada de vender o comprar. En este caso, la empresa dominante puede no obtener un beneficio inmediato, sin embargo, adopta una decisión de esta naturaleza que responde más bien a propósitos expansivos o de consolidación de su posición de dominio.

Comúnmente se considera como uno de los motivos por los cuales, la empresa dominante podría negarse a proveer a un determinado comprador, es que éste realice compras a un competidor de la dominante⁶² paralelamente, al cual Pilot desea desplazar del mercado. Ello únicamente

⁶² Los otros dos motivos recogidos por la doctrina son los siguientes:

- (i) La empresa con posición de dominio podría negarse a proveer a un comprador que es competidor de su empresa vinculada que está operando en una etapa inferior de la cadena; o
- (ii) La empresa dominante podría simplemente negarse a proveer a un comprador aunque éste no adquiera bienes de un competidor o existan empresas vinculadas en la cadena inferior que desee favorecer, lo que es conocido como "negativa de venta arbitraria".

surte efecto cuando la empresa que realiza la conducta ostenta una posición dominante en el mercado relevante y cuando no exista justificación objetiva válida para la negativa de contratar.

Como ejemplo de lo anterior, se puede citar la respuesta de Pilot frente a la solicitud efectuada por la empresa Tramarsa S.A. (en adelante, Tramarsa) para la prestación de servicios de practicaje a las naves pesqueras "Nepomuceno", "Playa Dovilar" y "E Ila de Rua". En dicha oportunidad, frente a la solicitud de servicios presentada por Tramarsa, Pilot manifestó que. *"no tiene un acuerdo comercial con su representada para brindarles este servicio, por lo que no podríamos atender su requerimiento."*

A criterio de Pilot, la naturaleza del *"acuerdo comercial"* solicitado como requisito para la prestación de servicios de practicaje correspondía a un mecanismo para identificar a *"la persona o la empresa que finalmente se haría cargo del pago del servicio"*. La inexistencia del referido *"acuerdo comercial"* no fue impedimento para que Pilot preste servicios de practicaje a las líneas navieras representadas por Tramarsa y por otras agencias marítimas a lo largo del tiempo. Según la información recabada por la Comisión, Pilot brindó ciento cincuenta y ocho servicios de practicaje a Tramarsa sin que existiese previamente un *"acuerdo comercial"* entre ambas empresas, por lo que no se encuentra una justificación comercial válida para la negativa a prestar este servicio en esta oportunidad.

La Sala coincide con la Comisión en señalar que la referencia a un *"acuerdo comercial"* empleada por Pilot hace alusión a una especie de *"contrato de suministro"* que garantice a esta última que todas las maniobras solicitadas por Tramarsa en un periodo determinado serían brindadas por Pilot. Esto es, Pilot requería a Tramarsa –o en su caso, a otra agencia marítima en particular– celebrar un contrato en el cual se acordaba previamente la prestación del servicio de un conjunto de maniobras de practicaje en un periodo determinado, probablemente en forma exclusiva.

Sobre este punto, cabe señalar que Pilot intentó justificar dicha situación como resultado de la existencia de cuentas por pagar por parte de las agencias marítimas involucradas. Sin embargo, la información suministrada por Pilot, permite verificar que a la fecha de la solicitud del servicio, Tramarsa no mantenía ninguna deuda pendiente con Pilot por servicios de practicaje.

De lo anterior, se desprende que Pilot justificó su respuesta únicamente en la falta de un acuerdo comercial previo, aun cuando la empresa solicitante de los servicios había cumplido con todos los requerimientos exigidos para ello por la normatividad del sector y sin existir razones comerciales que

justificaran dicha situación⁶³. Cabe precisar que Tramarsa no fue la única empresa que solicitó servicios de practicaje a Pilot durante el período de investigación, siendo que en el expediente obran copia de las cartas remitidas por otras empresas con dicho fin.

En su apelación, Pilot alegó que sólo en uno de los nueve casos denunciados se verificó la existencia de una negativa injustificada a la prestación de servicios de practicaje, por lo que no puede señalarse que ha existido un daño grave a la competencia.

No obstante, si bien la Comisión determinó en la Resolución apelada que la negativa se encontraba justificada en el hecho que las solicitudes fueron presentadas con posterioridad al plazo legal establecido para dicho fin, se ha verificado que aun cuando las solicitudes de prestación de servicios eran extemporáneas, en ninguna de las cartas remitidas por Pilot a las empresas solicitantes denegando la prestación del servicio, se justificó la negativa en la extemporaneidad de la solicitud. Por el contrario, tal negativa se sustentó en la falta de un acuerdo comercial con la agencia marítima solicitante, entre otros motivos. Ello se puede observar de los siguientes documentos:

- (i) Carta remitida por Pilot a Cosmos el 14 de febrero de 2001 (fojas 2060), en la que manifiesta imposibilidad de prestar servicios a la MN APL Chile debido a que la solicitud había sido recibida cuando ya no contaban con personal disponible y además, le informa que no tienen ningún vínculo con la empresa.
- (ii) Carta remitida por Pilot a Marítima del Sur S.A. el 14 de mayo de 2002 (fojas 877) en la que informa que se le había enviado una solicitud de atención por error, ya que no mantienen un acuerdo comercial para tales efectos e indican que están a la espera para coordinar una futura reunión comercial a fin de poder prestar el servicio.
- (iii) Carta remitida por Pilot a Tramarsa el 10 de julio de 2001 (fojas 404), en la que se señala que "(...) respecto de su solicitud para la prestación de servicios de practicaje (...) no es posible atender a la solicitud dado que Pilot no tiene un acuerdo comercial para brindarles dicho servicio".
- (iv) Carta remitida por Pilot a Tramarsa el 11 de julio de 2001 (fojas 850), en la que se señala que requiere "negociaciones para entablar un acuerdo comercial entre las dos empresas."

⁶³ Sobre este punto, cabe señalar que Pilot intentó justificar dicha situación como resultado de la existencia de cuentas por pagar por parte de las agencias marítimas involucradas. Sin embargo, la información suministrada por Pilot, permite verificar que a la fecha de la solicitud del servicio Tramarsa no mantenía ninguna deuda pendiente con Pilot por servicios de practicaje.

- (v) Carta Notarial remitida por Pilot a Cosmos el 26 de diciembre de 2001 (fojas 2896), en la que señala que *"respecto de la solicitud de practica para el día de hoy a las naves Wilson y Ocean Hope, lamentan no poder brindarles el servicio."*

En ese contexto, la Sala considera que se ha verificado en primer lugar, que existió una negativa injustificada a prestar servicios y en segundo lugar, que esta negativa habría estado dirigida a excluir a las empresas competidoras al coaccionar a las agencias marítimas a contratar los servicios de Pilot. En ese sentido, debe desestimarse los argumentos de apelación expuestos por la empresa denunciada en este extremo.

III.4.5 Conclusión respecto del abuso de su posición dominante por parte de Pilot

De acuerdo al análisis efectuado en los acápites precedentes, ha quedado acreditado que durante el período de investigación, Pilot ostentó posición de dominio en el mercado de servicios de practica marítimo en el TPC al haber concentrado la oferta disponible de prácticos marítimos; y, haber utilizado dicha posición para implementar conductas anticompetitivas tendientes a mantener su posición de empresa dominante en el mercado de practica marítimo en el TPC frente a los competidores reales o potenciales.

Las conductas abusivas de Pilot se evidencian en lo siguiente:

- (i) La suscripción de contratos con la totalidad de la oferta de prácticos marítimos que incluyen cláusulas de exclusividad y por una duración que comprende el período licenciado que como práctico marítimo del TPC posee cada práctico. Adicionalmente, a ello, diseño de cláusulas punitivas que hubieran sido aplicables en caso los prácticos marítimos renunciasen a prestar servicios de practica marítimo a través de Pilot (US\$ 300, 000);
- (ii) La interposición de una serie de acciones judiciales y administrativas con la finalidad de impedir que los prácticos marítimos que renunciaron a Pilot puedan prestar servicios a través de empresas competidoras que ejerzan libremente su actividad profesional, excluyéndolos del mercado y/o elevando sus costos de concurrencia a éste;
- (iii) La política empresarial consistente en prohibir que los prácticos licenciados subordinados a Pilot efectúen su obligación legal de entrenar prácticos aspirantes para la obtención de la licencia respectiva;

- (iv) La negativa injustificada a prestar servicios de practica ajenos a las agencias marítimas con las que Pilot no hubiere establecido relaciones comerciales previas con carácter de exclusividad en materia de practica marítimo en el TPC .

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

Conforme se ha analizado en párrafos precedentes, Pilot diseñó diversas estrategias destinadas a mantener su posición dominante mediante mecanismos abusivos que tuvieron como efecto la exclusión de los competidores establecidos y la restricción a la entrada a los competidores potenciales. Una de dichas estrategias fue también la negativa injustificada de prestar servicios de practica a las agencias navieras que no hubiesen celebrado acuerdos comerciales exclusivos con ella.

III.5. La participación de los representantes de Pilot en la comisión de la infracción

El artículo 2 del Decreto Legislativo 701 establece lo siguiente:

"Artículo 2°.- La presente Ley es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas. Se aplica también a las personas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas, instituciones o entidades en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por esta Ley. (resaltado agregado)

Del texto precedente, se desprende que la segunda parte del artículo citado extiende los alcances de la legislación de competencia a las personas naturales que ejercen la dirección o representación de las empresas, instituciones o entidades que realizan actividad económica. En tal sentido, también son susceptibles de ser sancionados por infracciones previstas en el Decreto Legislativo 701, los directivos, gerentes, representantes y apoderados de las empresas que hayan participado en la adopción de los actos y prácticas anticompetitivas.

En el presente caso, la Comisión concluyó que además de Pilot, las personas naturales que ocuparon cargos de directores y gerentes de dicha empresa durante el período de investigación fueron responsables del abuso

de la posición dominante ejercida por la misma. Ello, debido a que dichas personas habían participado en el diseño, dirección, coordinación y sostenimiento de las infracciones identificadas en el procedimiento, así como en los beneficios extraordinarios obtenidos, mediante las conductas anticompetitivas identificadas.

La Sala coincide con la Comisión, al señalar que los responsables de la estrategia implementada por Pilot, a efectos de que ésta consolide y mantenga su posición dominante, fueron sus directivos. De la revisión de las actas de Directorio de Pilot, no se apreciaba que alguna de las personas naturales investigadas haya dejado constancia de su oposición a las conductas anticompetitivas de dicha empresa ha ejercido, durante el período de investigación. Dichas conductas le generaron beneficios a la empresa y a los participantes de la misma.

Cabe precisar que, si bien Pilot ha cuestionado este extremo de la apelación, no ha sustentado en su recurso de apelación ni ha presentado documento probatorio que desvirtúe los criterios aplicados por la Comisión en la Resolución apelada, por lo que debe confirmarse la misma en este extremo.

III.8. Graduación de la sanción

De acuerdo al artículo 23° del Decreto Legislativo N° 701, la autoridad puede imponer sanciones de hasta mil (1000) UITs en caso que la infracción sea calificada como leve o grave, siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la Resolución de la Comisión. Asimismo, en caso la infracción sea calificada como muy grave, la multa que se imponga podrá ser superior a las mil (1000) UITs siempre que la misma no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

Los criterios a considerar para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes son los siguientes:

- (i) la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
- (ii) la dimensión del mercado afectado;
- (iii) la cuota de mercado de la empresa correspondiente;
- (iv) el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios;

- (iv) la duración de la restricción de la competencia; y
- (vi) la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En el presente caso, la Sala coincide con la Comisión en que la infracción cometida debe calificarse como grave teniendo en consideración que la conducta desarrollada por la referida empresa ocasionó un efecto restrictivo directo a la competencia actual y futura. Dicha situación a su vez, originó una afectación al interés económico general dado que privó a la sociedad de los beneficios que produce la competencia, en general, y en el mercado de practicaje marítimo, en particular.

Asimismo, los criterios utilizados por la Comisión, para fijar la cuantía de la sanción impuesta, tuvieron en consideración, los ingresos brutos de Pilot en el 2004 determinando que la multa no podría ser superior a S/. 320 672,30 (trescientos veinte mil seiscientos setenta y dos y 00/100 Nuevos Soles). Cabe precisar además que en su apelación, Pilot se limitó a cuestionar la comisión de la infracción investigada, mas no los criterios utilizados por la Comisión para determinar la cuantía de la sanción impuesta.

No obstante, a criterio de la Sala, dicho monto correspondía ser estimado para la aplicación de la sanción a Pilot, y no correspondía considerarla para la determinación de la multa acumulada considerando también a los directivos de la empresa. En tal sentido, la multa a la empresa Pilot debió ser superior a los 5 UIT estimados por la Comisión dada la gravedad de la infracción analizada en el presente procedimiento, la misma que tuvo efectos reales en el mercado de servicios de practicaje generando un daño a la competencia en dicho mercado.

Si bien la Sala considera que la cuantía de la sanción debería incrementarse sustancialmente, sin embargo, ello no resulta posible siendo que el artículo 237.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General impide la imposición de sanciones más graves para el sancionado en esta segunda instancia, cuando haya sido éste quien impugne la Resolución adoptada. En ese sentido, debe confirmarse la Resolución apelada en el extremo en el que sancionó a Pilot con una multa ascendente a 5UIT.

La Sala concuerda con el monto de las multas impuestas a las diecisiete personas naturales denunciadas, considerando que quedó acreditada su participación en la infracción determinada en el presente procedimiento. Dichas multas son de responsabilidad personal de las personas naturales sancionadas y no podrán ser aportadas con cargo a activos de Pilot. En este sentido, la Sala confirma la Resolución apelada en el extremo de las multas impuestas a las referidas personas naturales denunciadas.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

Confirmar la Resolución N° 037-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005 en el extremo apelado que declaró fundada la denuncia formulada contra Pilot Station S.A. y a diecisiete personas naturales, por infracción a los artículos 3° y 5° del Decreto Legislativo N° 701; les ordenó que se abstengan de implementar tales conductas en tanto resulten contrarias a la libre competencia; y, les impuso una multa ascendente en conjunto a 81,2 UITs. Las sanciones impuestas a las diecisiete personas naturales son multas que no deben afectar el activo y/o patrimonio de Pilot Station S.A.

Con la intervención de los señores vocales: Rosa María Graciela Ortiz Origgi, Juan Ángel Candela Gómez de La Torre, Juan Luis Avendaño Valdez y Luis José Diez Canseco Núñez.



ROSA MARÍA GRACIELA ORTIZ ORIGGI
Presidenta