

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA
DENUNCIANTE : ASOCIACIÓN PERUANA DE OPERADORES
PORTUARIOS

ALEJANDRO CHÁVEZ GURMENDI
JORGE PETROZZI MOLFINO
MANUEL LAVADO CARRILLO
WERNER BOGGIANO MORALES

002322

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

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

M-SDC-02/1C

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. 02323

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; 002324
- (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.

002325

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.

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 denunciados 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. 002326

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

002327

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.

002328

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 (...)"

002329

- (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 Diez 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 Diez Canseco Núñez.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Determinar lo siguiente:

002330

- (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.

002331

El practicaje 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, desabarloomiento 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 "Practicaje" y todas las navegaciones entre puertos o por los ríos o lagos navegables, se denominarán "Pilotaje".

⁷ La liberalización de los servicios de practicaje 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 todos 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.

002332

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:

002333

- (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

002334

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 Paíta
- 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.

002335

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 período 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 navio tomada a su largo, desde la proa hasta la popa.

durante el período de investigación

III.2.1 Estructura del mercado

002336

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 –IRSA, Junio de 2003, pág. 39. Publicado en www.irsa.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.

002337

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 Capitánias, 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

002338

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 denunciados 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 Maguiña 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.

002339

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 practicaje, y a las funciones que desempeña la ASPEPRAMA.

002340

Atendiendo a lo anterior, si bien a partir de dicho momento los denunciados 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.

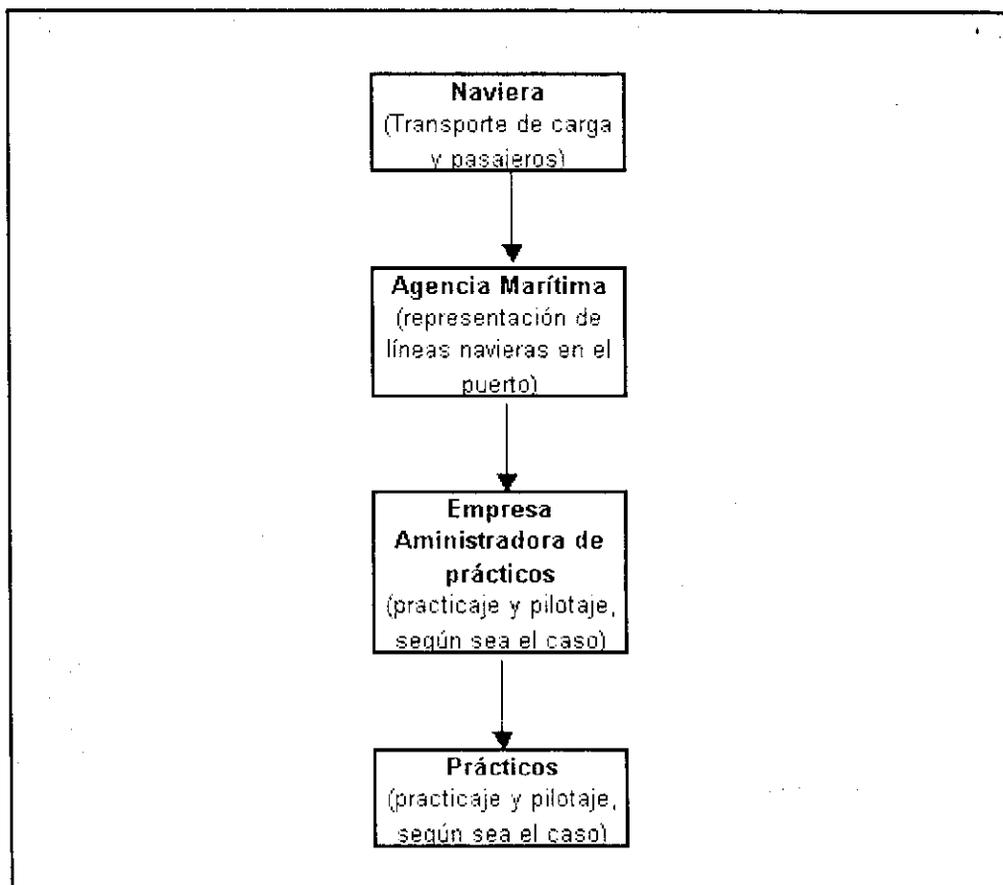
En consecuencia, a criterio de esta Sala, el período de investigación considerado por la Comisión se encuentra debidamente delimitado en función de los objetivos del procedimiento -la verificación de la existencia de las conductas anticompetitivas denunciadas.

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 practicaje – 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



002341

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.

002342

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 un 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.

002343

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."

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:

002344

"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 periodo de investigación.

Asimismo, contrariamente a lo afirmado por el apelante, para evaluar la participación de Pilot en el mercado de servicios de practicaje marítimo en el TPC, la Comisión no sólo consideró la cantidad de prácticos que prestaban servicios para Pilot durante el periodo de investigación, sino que verificó el número de maniobras efectuadas y el Tonelaje de Registro Bruto (en adelante, TRB) movido durante el periodo 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.

002345

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 período 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 practicaaje. 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

002346

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 practicaaje 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

. 002347

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.

002348

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 losl 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 Gaveglio
- Carlos Gerkes Miranda
- Manuel Esteban Gerkes Miranda
- Percy Mario Gfell Garcia
- Jorge Manuel Godier del Aguila
- Eduardo Gómez Moncada
- Luis Miguel Gómez Núñez Melgar
- Arnulfo Gómez Ríos
- Carlos Guzmán Lanfranco
- Teófilo Japura Gómez
- Jaime Loyola Alvarez
- 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.

002349

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.

002350

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 prevía 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.

002351

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 exclusorio 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)

002353

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

002354

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 renunciantes era impedir que éstos continuaran prestando servicios de practicaaje en el TPC a través de las empresas competidoras.

002355

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 renunciantes 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 renunciantes 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
Señor Lavado	Denuncia por fraude	Noveno Juzgado Penal del Callao	Infundado
	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.

002356

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.

002357

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 período 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 practicaaje a Pilot durante el periodo 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 **002353** casos denunciados se verificó la existencia de una negativa injustificada a la prestación de servicios de practicaaje, 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 practicaaje (...) 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 practicaaje.

- (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."*

002359

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 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 a agencias marítimas con las que Pilot no hubiere establecido relaciones comerciales previas con carácter de exclusividad en materia de practica marítimo en el TPC .

002360

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 prácticos anticompetitivos.

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 periodo de investigación. Dichas conductas le generaron beneficios a la empresa y a los participantes de la misma.

002361

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.

002362

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.

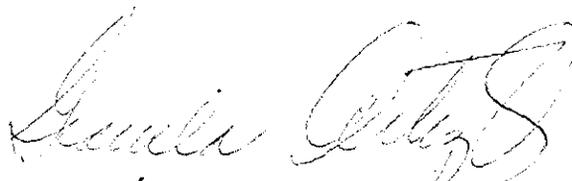
La Sala concuerda con el monto de las multas impuestas a las diecisiete personas naturales denunciadas, considerando que quedó acreditada su participación en la infracción determinada en el presente procedimiento. Dichas multas son de responsabilidad personal de las personas naturales sancionadas y no 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

... 002363

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 Origgí, Juan Ángel Candela Gómez de La Torre, Juan Luis Avendaño Valdez y Luis José Díez Canseco Núñez.



ROSA MARÍA GRACIELA ORTIZ ORIGGI
Presidenta