



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

**FACULTAD DE DERECHO**

**Las conferencias marítimas y el derecho de libre  
competencia**

Tesis para optar el Título de  
Abogado

**Ricardo Martín Garrido Oneto**

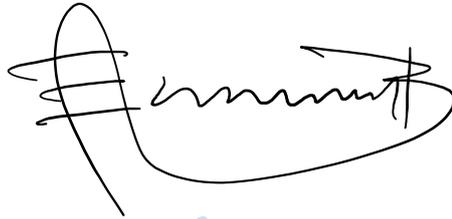
**Asesor:**  
**Dr. Ernesto Alonso Calderón Burneo**

**Lima, febrero de 2022**



### **Aprobación**

Tesis titulada “Las conferencias marítimas y el derecho de libre competencia” presentada por el bachiller Ricardo Martín Garrido Oneto, en cumplimiento para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por el director, el Dr. Ernesto Alonso Calderón Burneo.



---

Director de tesis





*A mis padres.*





## Resumen

En el presente trabajo se analiza la institución de las conferencias marítimas, instituciones de derecho marítimo con una larga historia, constituidas por grupos de navieras organizadas para ofrecer servicios coordinados en rutas de transporte de mercancías a nivel internacional. Las dos perspectivas de análisis son, por un lado, el derecho corporativo para entender qué son; y, por otro, el derecho de la libre competencia. La tesis fundamental que defiende es la de la necesidad de las conferencias marítimas como excepciones a la libre competencia, pues son análogas a cárteles empresariales y pueden no traer beneficio alguno; finalmente limitando la libre competencia, que por sí misma sí trae beneficios. Luego de presentar la historia y el análisis de lo que son las conferencias marítimas, así como los principales rasgos del derecho de la libre competencia, ofrezco la relación entre ambos, pros y contras, y propongo una serie de conclusiones destinadas a la eliminación de la protección de las conferencias en el Perú, por medio de una aplicación general de los principios del derecho de libre competencia.





## Tabla de contenido

<b>Introducción.....</b>	<b>11</b>
<b>Capítulo 1 Historia y concepto de las conferencias marítimas .....</b>	<b>15</b>
1.1 Historia .....	15
1.1.1 Razones del nacimiento de las conferencias marítimas .....	15
1.1.2 Primeras reacciones normativas y jurisprudenciales.....	18
1.1.3 Regulación de las conferencias marítimas en el Perú .....	25
1.2 Las conferencias marítimas como fenómeno asociativo contemporáneo.....	28
1.2.1 Elementos de la sociedad en relación a las Conferencias Marítimas.....	31
1.2.2 Conferencias y grupos de empresas .....	33
1.2.3 Conferencias, sociedades de hecho y otros contratos asociativos (consorcios) .	35
1.3.1 Estructura básica del Código.....	37
1.3.2 Aspectos relevantes.....	41
<b>Capítulo 2 La protección de la libre competencia.....</b>	<b>45</b>
2.1 ¿Qué es la libre competencia y por qué se protege?.....	45
2.1.1 Competencia y eficiencia en los mercados.....	45
2.1.2 Modelos de competencia.....	48
2.2 El Derecho de la Libre Competencia.....	50
2.2.1 La evolución del Derecho de la Competencia.....	50
2.2.2 El modelo de competencia protegido por el Derecho de la Competencia.....	51
2.2.3 La libre competencia como principio constitucional en el Perú .....	52
2.3 Afectaciones a la libre competencia .....	52
2.3.1 Estructura y contenido del Derecho de la Competencia .....	53
2.3.2 Acuerdos anticompetitivos.....	53
2.3.3 Horizontalidad y verticalidad .....	56
2.3.4 Prácticas concertadas.....	57
<b>Capítulo 3 Competencia y conferencias marítimas.....</b>	<b>61</b>
3.1 Tratamiento regional .....	61
3.1.1 Caso estadounidense .....	61
3.1.2 Caso europeo .....	63
3.1.3 Caso chileno .....	66

3.1.4. Caso colombiano ..... 71

3.2 Tratamiento en el Perú..... 72

3.3 Sobre la realidad actual del mercado en relación a las conferencias marítimas.. ..... 83

**Conclusiones ..... 87**

**Recomendaciones ..... 89**

**Lista de referencias ..... 91**



## Introducción

Durante la segunda mitad del siglo XX hasta la actualidad ha sido posible observar un incremento en la interconexión del mundo y por ende del transporte y las comunicaciones, un fenómeno llamado globalización. Esta última es especialmente notoria en el sector transporte: hoy en día gracias a la tecnología es posible para una persona de a pie pedir un producto o grupo de productos desde China a Perú y obtenerlo rápidamente (dependiendo de lo que se esté dispuesto a pagar).

El objeto central de la presente investigación es el transporte marítimo, si bien algunos productos se transportan vía aérea o terrestre; la mayoría de carga del mundo es movilizada por mar; encontrándose barcos graneleros, contenedores, tanqueros (transporte de combustible) entre otros.

Es importante notar que “cada vez es mayor el proceso de concentración empresarial y centralización geográfica de las compañías marítimas de líneas regulares y de los operadores portuarios” (González Laxe, 2008); asimismo, el mercado del tráfico marítimo ha aumentado en por lo menos 6% por año en los últimos años y la capacidad de los buques de carga es mayor llegando a existir los de clase Post Panamax (4 000 – 6 000 TEU<sup>1</sup>) y Post Panamá Plus (6 000-10 000 TEU) (González Laxe, 2008).

En el caso del Perú, es claro que en las últimas décadas se ha incrementado el tráfico marítimo de mercancías. Por ejemplo, en el puerto del Callao, donde operan dos terminales portuarios<sup>2</sup>, se aprecia que hay cada vez más tráfico de mercaderías y los muelles se encuentran casi a su máxima capacidad. Al mismo tiempo, se aprecia que los operadores de los terminales portuarios se encuentran relacionados económicamente, y ofrecen arribos y zarpes desde y hacia destinos ya determinados en condiciones homogéneas y en un orden y una frecuencia estandarizados.

Las empresas navieras que prestan el servicio de transporte de carga marítima tradicionalmente han asumido riesgos propios de la navegación, y han requerido siempre de una fuerte inversión (fundamentalmente, para adquirir por lo menos el uso de una embarcación, y para financiar, eventualmente, a la tripulación). Al mismo tiempo, y en consideración a lo antes establecido, deben prestar un servicio cada vez más homogéneo y ordenado para permitir las condiciones de transporte antes mencionadas.

---

<sup>1</sup> *Twenty Feet Equivalent Unit*, unidad de medida equivalente a un contenedor de 6 metros de largo.

<sup>2</sup> En el Callao operan (i) el muelle sur, operado por DP World y únicamente de tráfico de contenedores y (ii) el muelle norte, operado por APM Terminals, multipropósito y que maneja todo tipo de carga.

La gran inversión requerida constituye una barrera económica de entrada a este mercado, lo cual contribuye a la reducción del número de empresas que participan de este.

Para dar una idea de la situación de concentración del mercado en pocos partícipes, podemos notar que el treinta por ciento del total de contenedores mundiales es controlado por tres empresas; que son a su vez operadores portuarios (González Laxe, 2008).

Sin embargo, la barrera natural que constituye la inversión requerida para iniciarse en el transporte marítimo es solo un factor. En el presente trabajo, el objetivo es estudiar y presentar un análisis de una institución del derecho marítimo que representa otro factor importante que puede contribuir a la limitación de la competitividad en el mercado del transporte marítimo: las conferencias marítimas.

El propósito de la presente investigación es estudiar este fenómeno desde la perspectiva del Derecho de Libre Competencia, rama del derecho que busca mantener las condiciones económicas que permiten la existencia de mercados competitivos, a fin de determinar si las conferencias marítimas representan una excepción a los principios del Derecho de Libre Competencia.

En el primer capítulo, se introducen los conceptos generales concernientes a las conferencias marítimas en el derecho marítimo. Así, se presenta una breve reseña histórica del tratamiento legislativo a las conferencias marítimas o también llamadas de fletes. A continuación, se introduce un análisis de las conferencias desde el punto de vista del derecho mercantil y del derecho corporativo. Finalmente, se desarrolla el contenido del Código de conducta de las conferencias marítimas, principal instrumento jurídico internacional que las contempla.

En el segundo capítulo, se presentan los aspectos relevantes del derecho de la competencia. En la primera sección, se explican los conceptos económicos básicos de competencia, eficiencia, libertad, e igualdad. En la segunda sección, se introduce el derecho de la competencia, desde una perspectiva histórica, y presentando importantes características que presenta en el Perú. Finalmente, se desarrollan los actos que atentan contra la libre competencia y las formas en las que se presentan.

En el tercer capítulo, se muestra cómo las conferencias de fletes han sido entendidas desde la óptica del derecho de la competencia, desde la perspectiva de diversas regiones (EE.UU., Europa, Chile y Colombia), y desde la perspectiva peruana. Luego se explica cómo las conferencias son inherentemente anticompetitivas, y se argumenta en favor de la conclusión de que su exclusión del régimen general de la libre competencia no está justificada.

Finalmente, se presentan las conclusiones y recomendaciones de la presente investigación.





## Capítulo 1

### Historia y concepto de las conferencias marítimas

En el presente capítulo, se desarrollarán los aspectos históricos del nacimiento de las conferencias marítimas a una escala internacional, con la finalidad de entender el contexto que justificó su nacimiento. Asimismo, se describirán las primeras reacciones de la comunidad internacional y la historia del Código de conducta de las conferencias marítimas, con la finalidad de conocer los argumentos legales, económicos y marítimos que dieron cabida a la regulación de las conferencias marítimas.

#### 1.1 Historia

Independientemente de la calificación jurídica que se pueda dar a las conferencias marítimas, es necesario reconocer que son una realidad histórica y económica. Un breve análisis histórico es útil para entender la relevancia económica actual de las conferencias. Además, una referencia a los documentos jurídicos más relevantes en este desarrollo histórico nos permite comprender su justificación y su tratamiento conceptual en el derecho.

En esta sección expondré las razones que motivaron la formación de las conferencias y los principales documentos histórico-legales vinculados a ellas.

##### 1.1.1 Razones del nacimiento de las conferencias marítimas

El transporte es una actividad instrumental. Esto quiere decir que, como actividad, existe fundamentalmente para cumplir un propósito o finalidad fuera de sí misma. Dejando de lado el transporte de personas, se puede afirmar que esta finalidad es la de que determinados bienes pasen de un lugar a otro (Hernández Yzal, 1988, pág. p. 111). En el caso de las conferencias, deben enmarcarse en la actividad del transporte específicamente marítimo.

Es evidente que el transporte marítimo comercial, así como de otra índole, existe desde la antigüedad. No será objeto del presente trabajo remontarnos a los orígenes de la navegación en la historia de la humanidad. Sin embargo, el hito histórico-tecnológico en el que hay que detenerse es el de la aparición de los buques de vapor y la sustitución paulatina de la navegación a vela (Ortiz Blanco, 2007, págs. 26-27). Desde la aparición del primer barco de vapor fluvial en los Estados Unidos, el Clermont en 1808, hasta que los barcos lograron ser independientes de las velas a fines de siglo XIX y así más independientes de vientos y corrientes dominantes (Allende Portillo, 2010) pues los transportes de vapor son mucho menos afectados por las condiciones climáticas que los transportes a vela. Un buen ejemplo de ello son los rumbos (direcciones o destinos determinados) que las embarcaciones a vela no podían alcanzar con determinada dirección de viento, debido a que es físicamente imposible navegar a vela directa y exactamente hacia la dirección de donde proviene el viento, y menos posible lo era aún para

las embarcaciones a vela de esa época, que debían hacer rutas más largas para llegar a dichos destinos.

Consecuencias inmediatas de la adopción de esta tecnología son el incremento de la regularidad de los viajes y la reducción del riesgo y costo para los comerciantes. Asimismo, gracias al aumento de la capacidad de tonelaje de los buques incrementó el acceso de capacidad de transporte al público: era cada vez más difícil para un solo comerciante tener suficiente mercadería para cubrir la totalidad de capacidad del buque (Ortíz Blanco, 2007, págs. 26-27). Asimismo, el transporte a vapor ofreció mayor rapidez y capacidad de transportar más volumen de carga; superando incluso a los *clippers*<sup>3</sup> a vela con la turbina de vapor (Allende Portillo, 2010).

De la mano de la tecnología es importante registrar hitos geopolíticos en el contexto del transporte marítimo, el más importante es probablemente la apertura del Canal de Suez, en 1869. Ese evento permitió reducir sustancialmente el tiempo de viaje entre Europa y Asia, beneficiando a la navegación a vapor, cuyas embarcaciones fueron más rentables económicamente en comparación a los *clippers* (Allende Portillo, 2010); por lo tanto, aumentó la frecuencia de los viajes.

La combinación de la gran capacidad de los buques de transporte y la reducción del costo y tiempo de los viajes generaron un cambio en las circunstancias económicas del transporte. La capacidad de transportar superó las necesidades de transporte marítimo. En el contexto de mercados relativamente libres, esto requirió la reducción, por parte de los navieros<sup>4</sup>, del precio del flete. Según Ortiz Blanco (2007), los fletes llegaron a niveles no remunerativos. Esta “guerra de fletes” (la agresiva y sustancial reducción de los precios) entre navieros supuso una reducción de sus beneficios y de su capacidad de negociación, debido al “exceso de competencia” (pp. 26-27).

Los navieros que sobrevivieron a esta “guerra de fletes” se organizaron en cárteles buscando conseguir una mejor posición de negociación en el mercado, con menos ofertantes

---

<sup>3</sup> Barco de formas finas y lanzadas de gran caída de mástiles y gran superficie de velamen, que apareció en el siglo XVIII en las naciones marítimas atlánticas como el velero capaz de dar la mayor velocidad posible (Polanco Iglesias, 2013).

<sup>4</sup> Entendido como la persona física o jurídica que, directamente o a través de sus dependientes, tiene la posesión y el poder de dirección náutica de la nave y la hace navegar en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad; mientras que al empresario de la navegación se le puede llamar al naviero que explota el buque en forma profesional y organizada para la obtención de una ganancia económica (Gabaldón García & Ruiz Soroa, 2006).

(mayor concentración económica). Esto implicó dos formas de coordinación entre ellos. Primero, los navieros se unieron para fusionar sus recursos y contratar juntamente con grandes comerciantes (Ortíz Blanco, 2007, pág. 27). Segundo, empezaron a fijar la regularidad en las rutas, lo cual les permitía planificarlas, así como, obligar a los cargadores a someterse a pólizas y usos fijados por las conferencias (Collado Martínez, 2015, pág. 416). La colusión entre diversos navieros produjo una artificiosa concentración económica y eliminó a otras navieras no coludidas, reduciendo a otros prestadores de servicios regulares (Ortíz Blanco, 2007, pág. 27).

Estas dos formas de coordinación serían así el hito que da inicio al tráfico conferenciado o coordinado ¿Cuál es entonces la primera conferencia? Como antecedentes, podemos mencionar los acuerdos entre compañías navieras para restringir la competencia en el transporte marítimo (Estepa Montero, 2010, págs. 62-63) y a la *Transatlantic Shipping Conference*, que nació en 1868 para las rutas entre Nueva York y Europa, la cual inicialmente no buscaba tener control sobre los fletes hasta 1902, cuando hubo un acuerdo sobre fletes mínimos (Ortíz Blanco, 2007, pág. 28).

Sin embargo, se considera que la mejor candidata a ser nombrada como la primera conferencia marítima moderna es la *Calcuta Steam Traffic Conference*, la cual inició en 1875 (Sjostrom Jr., 2010, pág. 435). La Conferencia de Calcuta respondió al deseo de los navieros de no verse sometidos a las condiciones impuestas por los grandes comerciantes. Dicha motivación fue seguida por los acuerdos que se tomaron para la uniformización de los fletes desde cualquiera de los puertos del Reino Unido, junto con la repartición de salidas y el no otorgamiento de mejores condiciones a los cargadores (Ortíz Blanco, 2007, pág. 28).

La respuesta natural de los grandes cargadores fue buscar mejores condiciones en los servicios prestados por navieros no alineados a la Conferencia de Calcuta, reactivando la competencia. Sin embargo, los cargadores terminaron cediendo ante los navieros conferenciados la exclusividad del transporte de sus mercancías, a cambio de rebajas por su fidelidad a la conferencia (Ortíz Blanco, 2007, pág. 28).

El sistema aplicado por la Conferencia de Calcuta se extendió internacionalmente. Conferencias de los países del mundo “desarrollado” fueron cubriendo la mayoría de las rutas regulares del mundo, hasta llegar a los países no industrializados (Ortíz Blanco, 2007, pág. 29); como el Perú en el año 1923, donde operaban la Compañía Sudamericana de Vapores y la *Pacific Steam Navigation Co.* haciendo escala en el Callao hacia Nueva York; la *Royal Mail*

*Steam Packet*, hacia Liverpool y la italiana *La Veloce* hacia diversos puertos del mediterráneo (Martínez Riaza, 2003).

De esta breve reseña, se pueden abstraer tres razones (entendidas como beneficios para las navieras) para la conformación de las conferencias. En primer lugar, la eliminación de la competencia aplicada a los fletes entre los miembros de la conferencia, para evitar la reducción de las ganancias. En segundo lugar, la integración de las rutas para poder distribuir eficientemente los itinerarios dentro de líneas regulares, disminuyendo con ello los costos del servicio. Finalmente, la uniformización de condiciones del servicio ofrecido a los cargadores<sup>5</sup>.

La consecuencia más notoria de la implementación de una conferencia fue su dominio en el mercado frente a los armadores<sup>6</sup> (cuando el naviero no reunía la misma calidad que el armador), quienes no estaban organizados en conferencias. Asimismo, esto repercutió en los cargadores, que se vieron prontamente obligados a contratar con los miembros conferenciados.

### **1.1.2 Primeras reacciones normativas y jurisprudenciales**

Ante la conformación de conferencias marítimas (como una realidad aún no regulada internacionalmente), los Estados (específicamente, los Estados ricos, con capacidad de establecer límites a la actuación de las navieras) emprendieron un intento de investigar y regular de alguna forma la actuación de estas organizaciones. Las motivaciones para ello fueron la afectación a dos grupos importantes: en primer lugar, los usuarios del transporte marítimo, en segundo lugar, a las navieras a las que no se les permitía participar en las conferencias, dentro de las cuales había navieras nacionales (Ortíz Blanco, 2007, pág. 49); por lo que empezaban a afectar a determinados países con navieras nacionales.

El primer hito importante se dio en el caso *Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gour and Co.* (Reino Unido). Por su protagónico papel en el imperialismo económico global, es en el Reino Unido donde se aprecian las primeras repercusiones jurídicas de la aparición de las conferencias. Un caso que resultó paradigmático en el intento de los Estados por controlar la monopolización de sectores económicos y la competencia desleal enfrentó a la *Mogul Steamship Co.* contra *McGregor, Gour and Co.* Esta última formaba parte de una conferencia que realizaba servicios en línea regular entre Europa y Asia (Ortíz Blanco, 2007, págs. 50-51).

---

<sup>5</sup> Entendido como el sujeto dentro de una relación de transporte marítimo que busca como finalidad del contrato el traslado de la mercancía de un puerto a otro para recibirlas en las mismas condiciones en las que las entregó (Jiménez Valderrama, 2015).

<sup>6</sup> Es el sujeto dentro de la relación de transporte marítimo que se encarga de realizar la organización profesional a través de un conjunto de operaciones materiales y jurídicas destinadas a poner un buque en condiciones de navegar. Pudiendo ser el mismo sujeto que el naviero (Gabaldón García & Ruiz Soroa, 2006).

Mogul buscaba ingresar a la conferencia, bajo amenaza de competir contra los miembros conferenciados con fletes más bajos, y exigiendo además un trato igualitario. La conferencia se negó a incorporar a Mogul, pero esta empezó a expandirse y mejorar su posición en el mercado. En consecuencia, la conferencia prometió a los cargadores mayores beneficios por su fidelidad comercial, y expresamente, su negativa a contratar con Mogul. Paralelamente, la conferencia dirigió algunos de sus buques a los puertos de escala de Mogul, con el fin de quitarle los posibles cargamentos, a cualquier precio. La respuesta de Mogul fue seguir bajando los precios. Los buques enviados a los puertos de escala con el fin de desplazar a Mogul sin importar el precio son un antecedente de lo que ahora se conoce como “buques de lucha” (Ortíz Blanco, 2007, págs. 50-51).

El caso llegó hasta los tribunales ingleses ya que Mogul inició un proceso para impedir que la conferencia detenga el trato diferenciado a los cargadores que utilicen los servicios de Mogul al no concederle a estos las rebajas propias de las conferencias. Después de tres desestimaciones de las pretensiones de Mogul, el caso fue analizado por la Cámara de los Lores. Esta cámara concluyó que las conductas de la conferencia no eran ilícitas, por lo tanto, no existía nada legalmente criticable en la conducta de las conferencias. Además, no lo eran en tanto no existía una intención directa para causar perjuicio al competidor, sino para monopolizar el mercado; porque debía ser tratado como cualquier otro acuerdo comercial (Ortíz Blanco, 2007, págs. 50-51).

De esa manera, los tribunales ingleses admitieron y ampararon dicha conducta temporalmente, hasta su posterior regulación. Sin perjuicio de ello, el argumento principal de los tribunales británicos recaía en que las *conspiracies* en el *common law* estaban referidas a la realización de actos ilícitos, entendiendo ilícitos como contrarios al interés público. En ese sentido, los actos de la conferencia no eran formalmente actos contrarios al interés público y por lo tanto no podían ser sancionados a través del *common law* (Ortíz Blanco, 2007, págs. 50-51).

En segundo lugar, es importante mencionar a La Royal Commission on Shipping Rings (Reino Unido). En 1902, se creó la *Straits Settlements Commission* en virtud de las quejas de algunos cargadores afectados por los actos de una conferencia, la *Straits Homeward Conference*. Estos habían sido forzados a contratar con dicha conferencia exclusivamente y se habían visto afectados por la eliminación de la competencia, mediante la expulsión del tráfico de todos los buques con excepción de los que eran miembros de la *Straits Homeward Conference*. Una vez que la conferencia acaparó el mercado local, se pudo constatar que los

fletes aumentaron y prácticas como las rebajas secretas o diferidas fueron apareciendo (Ortíz Blanco, 2007, pág. 53).

Partiendo de estas observaciones, en 1906, la *Royal Comission on Shipping Rings*, conformada tanto por representantes de los cargadores y de los conferenciados, emitió dos informes (uno en mayoría y otro en minoría)<sup>7</sup>. El informe en mayoría determinó lo siguiente: (i) las ventajas del sistema de conferencias incluyendo las rebajas diferidas eran importantes y (ii) las conferencias no gozaban de un poder excesivo que no pueda ser contrarrestado. En ese sentido, el informe en mayoría de la comisión llegó a la conclusión de que las tendencias monopólicas del sistema de conferencias requerían vigilancia, pero que estas no habían sido usadas para imponer cargas injustas en el comercio (Fayle, 1933, pág. 280). Asimismo, el mismo informe estableció que el monopolio de la conferencia debía ser contrarrestado con las asociaciones de cargadores y confinó su actuación al ámbito de ciertas reglas (Ortíz Blanco, 2007, pág. 55). Si bien estuvo en la misma línea, el informe en minoría determinó que las asociaciones de cargadores no podían representar los intereses de todo el comercio, por lo que la vigilancia debía realizarla el *Board of Trade*, e inclusive presentar informes anuales sobre la labor de fiscalización al parlamento británico (Ortíz Blanco, 2007, pág. 57).

Como base de sus conclusiones, el informe en mayoría mencionó los siguientes límites del sistema conferencial:

- a) La competencia por medio del servicio irregular, y los independientes.
- b) La competencia dentro de la conferencia en lo relativo a la calidad del servicio.
- c) La acción común de los cargadores (Ortíz Blanco, 2007, pág. 57).

Sin embargo, históricamente, la actuación de las conferencias se centró en eliminar la competencia de los navieros no miembros de la conferencia, es decir, de los independientes.

La competencia con buques de líneas irregulares no es suficiente para competir con el transporte de línea regular: los irregulares “son fletados por las compañías de línea para atender sus mayores demandas en el tráfico” y, por lo tanto, suelen depender mecánicamente de la ley de oferta y demanda y de sus consecuencias al solo intervenir excepcionalmente (Sepúlveda Whittle, 1986, pág. 35).

---

<sup>7</sup> De acuerdo con Ortiz Blanco (2007), el informe en mayoría, que suscribieron la mayor parte de los miembros, reflejaba los intereses que tenían estos miembros sobre el negocio marítimo, en cambio, los miembros que firmaron el informe en minoría no guardaban ningún interés o contacto con dicho negocio (p. 54-55).

En relación con la segunda conclusión del informe en mayoría, cabe analizar si la afirmación de que existe competencia “interna” ente los miembros de la conferencia es verdadera. Como hemos visto, dentro de la misma conferencia se establece una uniformización de condiciones de servicio, precios de los fletes; y, principalmente, repartición de volúmenes de carga por lo que una vez alcanzados, cabe preguntarse si es competencia pura lo que ocurre. Además, estos factores determinan que los usuarios de los servicios de los buques sean afectados, aunque quiera afirmarse que, al interior de la competencia existe un mínimo de “competencia”.

Por último, los comerciantes (ya sea en conjunto o no), no tienen la posibilidad real de equilibrar su posición ante las conferencias. Asimismo, los navieros independientes carecen de la capacidad de atraer suficiente carga y pasan a depender de los conferenciados. Otros agentes económicos (como armadores y cargadores) están en una posición más débil todavía pues se someten a los intereses de las navieras.

Lo que sí existía en las conferencias era un cierto nivel de autorregulación, se plantearon mecanismos de concertación y solución de conflictos entre cargadores y conferencias; y ello estableció los primeros pasos para la regulación y control de las conferencias (Ortíz Blanco, 2007, pág. 57). Es importante notar; sin embargo, que estos mecanismos generan efectos “internos”, y tienen poca o nula relación con la principal razón aducida para la necesidad de regulación de las conferencias, que es la reducción de la competencia causada por sus efectos “externos”.

Por la influencia de la *Royal Comission on Shipping Rings*, en 1912 se formó un comité de investigación de las conferencias marítimas en los Estados Unidos de América, el cual fue denominado “Comité Alexander”. Dicho comité determinó que la situación en el país americano era similar a la situación del control de la competencia en el Reino Unido. A pesar de notar dicho control, llegaron a la conclusión de que era imposible un sistema de libre competencia en el transporte de líneas regulares (Ortíz Blanco, 2007, pág. 59).

Su estrategia argumentativa consistía en sostener que el sistema de libre competencia es imposible o gravemente ineficiente, por lo que el monopolio (o las prácticas monopólicas u oligopólicas en general) era imprescindible en este sector.

Una de las observaciones importantes del Comité Alexander fue que existía una casi absoluta uniformidad de fletes entre competidores, sin embargo, las navieras señalaban que esto se debía a una adecuación de precios al de las navieras más poderosas, para poder sobrevivir en

el mercado. Además, el Comité Alexander condenó las rebajas diferidas y los buques de lucha (Ortíz Blanco). Dicho comité llegó a las siguientes conclusiones:

- a) Los acuerdos entre navieras debían ser supervisados por la *Interstate Commerce Commission* (“ICC”). Estos debían ser registrados en la ICC e inclusive podían ser cancelados por dicha autoridad.
- b) Las rebajas en fletes y la discriminación entre cargadores fueran ilegales.
- c) La ICC debía poder investigar denuncias sobre conferencias y actuar de oficio.
- d) Los buques de lucha y las rebajas diferidas debían ser prohibidas.
- e) Debía establecerse penas para corregir y prevenir dichas actuaciones (Ortíz Blanco).

El Comité, en ausencia de la posibilidad de libre competencia, sostuvo la necesidad de un control público efectivo del sistema conferencial y realizó las siguientes recomendaciones:

- a) Sometimiento de los acuerdos entre navieras a la supervisión del *Interstate Commerce Commission* (ICC).
- b) La obligación de registro de acuerdos, entendimientos o conferencias en la misma entidad, la cual tenía la potestad, de observar su ilegalidad, de cancelarlos.
- c) Que las rebajas en fletes y otras discriminaciones sean consideradas como ilegales.
- d) Otorgamiento de facultades a la ICC para investigar, inclusive de oficio, ante denuncias sobre prácticas discriminatorias y el monto de fletes.
- e) La prohibición de buques de lucha y de rebajas diferidas, así como, de cualquier represalia contra cargadores.
- f) Establecimiento de penas adecuadas para sancionar los abusos antes mencionados (Ortíz Blanco, 2007, págs. 59-60).

Con base en el Informe Alexander, en 1916 se promulgó en Estados Unidos la llamada *Shipping Act*, que prohibía los buques de lucha y las rebajas diferidas. Asimismo, se creó un organismo especial distinto al ICC, llamado *Federal Maritime Board*. Sin embargo, la cuestión principal fue el otorgamiento legal de inmunidad ante la legislación *antitrust* (Ortíz Blanco, 2007, pág. 63) lo cual implicaba la inaplicación de la *Sherman Act*, la cual entre sus artículos recogía prohibiciones y sanciones a las conductas monopólicas o que atenten contra la libre competencia.

De esa manera, las conferencias marítimas se verían eximidas de la aplicación de la *Sherman Act*. Algunas disposiciones importantes que podrían haber afectado el desarrollo de la actividad de las conferencias marítimas se encuentran en la Sección 1 de la *Sherman Act*, sección que declara ilegal todo contrato que busque restringir la industria y el comercio. Dicha

restricción hubiera recaído naturalmente sobre los acuerdos que tomaban las conferencias marítimas que esencialmente buscaban restringir el mercado del transporte marítimo. Asimismo, por la gravedad de los actos inclusive se hubiera calificado dicha conducta como *felony* (delito mayor) y se hubiera sancionado de igual manera pecuniariamente hasta con US\$ 1, 000,000.00. De igual manera, de acuerdo a lo establecido en la Sección 2 de la *Sherman Act* se hubiera podido sancionar la monopolización o el intento de monopolización de cualquier parte de la industria o comercio, con sanciones iguales a las mencionadas anteriormente.

Por un lado, la *Shipping Act* exigía a las conferencias que se mantengan abiertas en rutas que vayan desde o hacia Estados Unidos. En otras palabras, se impuso a las conferencias marítimas que estas permitan la entrada de nuevos miembros y la salida de los miembros bajo ciertas condiciones, lo cual es conocido como sistema de conferencias abiertas. Esto supuso una limitación de los poderes de las conferencias para frenar los excesos en la competencia y prevenir discriminaciones injustas a los consumidores (Schoenbaum, 2012).

Sin embargo, en la práctica, las reglas resultaron ambiguas ya que permitían a las conferencias cobrar tarifas e imponer restricciones al ingreso de nuevas navieras (Sjostrom Jr., *Ocean Shipping Cartels: A Survey*, 2004, pág. 109). Con todo, la *Shipping Act* supuso la inmunidad antitrust de las conferencias marítimas en Estados Unidos (Sjostrom, 2004).

Durante la vigencia de la *Shipping Act*, las conferencias optaron por fidelizar a los cargadores mediante contratos de doble tarifa, en los que estos se debían comprometer a usar exclusivamente los servicios de los miembros de la conferencia a cambio de fletes más bajos (Ortíz Blanco, 2007, pág. 64). Estos contratos fueron objeto de una denuncia, como conductas supuestamente violatorias de la *Shipping Act*<sup>8</sup>. La Corte Suprema admitió que el sistema de doble tarifa era ilícito, ya que la única finalidad que perseguía era eliminar la competencia, lo cual afectaba a las demás conferencias que lo hubieran implementado (Ortíz Blanco, 2007, pág. 65).

El Congreso, sin embargo, declaró que temporalmente, los contratos de doble tarifa podían ser empleados a pesar de la sentencia, y encargó realizar investigaciones sobre la industria del transporte marítimo de línea al Comité Bonner, que centró su investigación en los

---

<sup>8</sup> De acuerdo a ORTIZ BLANCO, esta denuncia se originó a partir de los actos de una conferencia contra Isbrandsten Co., la cual era una compañía independiente que había logrado ocupar el treinta por ciento de la línea entre Estados Unidos y Japón. El autor describe que, toda vez que la conferencia quería eliminar la competencia, esta igualaba sus precios a los de Isbrandsten. Al no resultar suficiente esta medida de la conferencia, decidieron celebrar contratos de doble tarifa con los cargadores a los que le prestaban servicios.

contratos de doble tarifa propiamente, y al Comité Celler, que centró su investigación en los problemas de competencia en el transporte de línea. Al igual que en años anteriores, ambos comités afirmaron que los principios del Derecho de la competencia no podían ser aplicables al negocio del transporte marítimo en línea regular. La razón aducida era fundamentalmente la misma: la imposibilidad de un sistema de libre competencia en este contexto. Asimismo, señalaron que los contratos de doble tarifa eran medios adecuados para dicha finalidad (Ortíz Blanco, 2007, pág. 65).

A pesar de admitir la necesidad del sistema de conferencias, el Informe Celler expresó su preocupación por que las conferencias eran dominadas por navieras extranjeras y que estas abusaban de sus privilegios, como la inmunidad a las leyes *antitrust*; de este modo, al no existir participación de navieras nacionales en las conferencias podría afectarse el equilibrio de la competencia y el mercado estadounidense. A pesar de ello, el comité justificó no levantar dicha inmunidad, con base en la tradición histórica, la internacionalidad del sistema y la afectación a las navieras norteamericanas y los cargadores (Ortíz Blanco, 2007, pág. 67).

Observando y siguiendo lo dicho en ambos informes, en 1961, se emitió la *Bonner Act*. Este anuló los efectos de la sentencia de la Corte Suprema (frente a terceros). De esta manera, se permitieron los contratos de doble tarifa, que serían revisados luego de una audiencia con los interesados, por la *Federal Maritime Commission* (FMC) (Ortíz Blanco, 2007, pág. 67). Por otro lado, se regularon algunas cláusulas y parámetros para la celebración de los contratos de doble tarifa y otros aspectos del negocio. Entre los más relevantes:

- a) Los acuerdos que fueran autorizados por la FMC no podían ser contrarios al interés público<sup>9</sup>.
- b) Los acuerdos entre transportistas no miembros de las mismas conferencias o entre conferencias de tráficos distintos debían tener una cláusula de disociación de las decisiones tomadas (lo cual fue llamado “acción independiente”).
- c) Las tarifas de los transportistas sean conferenciados o no, debían ser registrados en la FMC, obligándolos a cumplir dichas tarifas y de esa manera evitar que existan

---

<sup>9</sup> ORTIZ BLANCO señala que este concepto, respecto del transporte marítimo, fue desarrollado por la Sentencia *Svenka*, señalando que la presunción *iuris tantum* de contrariedad al interés público podía ser rebatida si se demostraban tres situaciones en conjunto: que el acuerdo se justificaba por una necesidad grave de transporte, que era necesario para conseguir beneficios para el público y que se persigue un objetivo válido de acuerdo a la *Shipping Act*.

rebajas secretas u otros beneficios no conocidos a favor de los cargadores (Ortíz Blanco, 2007, pág. 68).

Siguiendo cronológicamente la problemática de las conferencias marítimas, es recién en 1979 que las Naciones Unidas elaboran un Código de conducta que las regule, como se verá en el siguiente punto del presente trabajo.

### **1.1.3 Regulación de las conferencias marítimas en el Perú**

Como se señaló antes, las conferencias fueron objeto de regulación en las Naciones Unidas con el propósito de ordenar una serie de concertaciones de precios. El Perú, mediante Decreto Ley No. 22282 del 03 de setiembre de 1978, aprobó la “Convención sobre un Código de conducta de las Conferencias Marítimas” (en adelante, “CdCM”), adoptada en Ginebra en 1973 y 1974 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, llevada a cabo por la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo – UNCTAD. La CdCM entró en vigencia en Perú y el resto de los países firmantes el 6 de octubre de 1983, una vez que fue ratificado por 58 países (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2019).

Al entrar en vigencia en 1983, dicha norma se encontraba bajo el umbral de la Constitución Política del Perú de 1979, en ese sentido adquirió en el ordenamiento jurídico peruano la calidad de derecho interno, e inclusive en caso de conflicto frente a una ley, este prevalecía<sup>10</sup>. Por otro lado, si bien se derogó la Constitución Política del Perú de 1979, conforme fluye del artículo 200 de la Constitución peruana del año 1993, el rango jerárquico de los tratados es el mismo que el de una ley ordinaria<sup>11</sup>, por lo tanto, la CdCM tiene rango legal y la calidad de derecho interno.

El Perú suscribió otras normas de promoción del comercio marítimo entre sí y los otros Estados miembros de la Comunidad Andina de Naciones, específicamente entre los años 1991 y 1992. Así, el Estado peruano se obligó a lo dispuesto en las siguientes Decisiones: (i) 282, referente a la “Armonización de Franquicias Arancelarias”; (ii) 288, referente a la “Libertad de acceso a la carga originada y destinada, por vía marítima, dentro de la subregión”; y, (iii) 314,

---

<sup>10</sup> Constitución Política del Perú de 1979:

Artículo 101.-Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero.

<sup>11</sup> Artículo 200 inciso 4 de la Constitución Política del Perú del año 1993: “Son garantías constitucionales: 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.

referente a la “Libertad de acceso a las cargas transportadas por vía marítima y políticas para el desarrollo de la Marina Mercante del Grupo Andino”.

En dichas Decisiones, específicamente en las Decisiones 288 y 314, se establece la libertad de acceso para la carga originada y destinada, por vía marítima dentro de la subregión, a ser transportada por buques de propiedad, fletados u operados por compañías navieras de los países miembros (Ecuador, Bolivia, Perú y Colombia) y de terceros países. Para tales efectos, en las citadas decisiones se otorgó un plazo para la adecuación de las normas internas para eliminar:

- a) Las restricciones existentes para el fletamento de buques por parte de armadores de los países miembros;
- b) Las asignaciones de rutas dentro de la subregión;
- c) Los sistemas de fijación o autorización de fletes por las autoridades respectivas, en los tráficos intra-subregionales, que serán reemplazados por simples registros de tarifas.
- d) Las restricciones para el transporte entre puertos de países miembros y puertos de terceros países que se efectúe en buques de propiedad, fletados u operados por empresas de transporte marítimo de los países miembros.
- e) Las restricciones para el transporte entre puertos de países miembros y puertos de terceros países que se efectúe por empresas de transporte marítimo de terceros países.

Respecto al inciso “c”, cabe precisar que no se refiere a una fijación o concertación de fletes pues solo regula la fijación por parte de autoridades y no por los privados, siendo el objeto de nuestro análisis las conferencias sobre fletes que fijan el precio de los mismos entre navieras, por ese motivo, se tratarán los otros puntos.

Asimismo, se dispuso que en los países miembros el transporte de cargas de importación y exportación que los países de la subregión generan, se conceda en igualdad de condiciones y proporción de acceso al que se conceda a las empresas de transporte marítimo de la subregión o a las naves fletadas u operadas por ellas.

Estas Decisiones no afectan directamente la vigencia de la CdCM, pero si se contradicen con la adecuación de algunos aspectos del transporte marítimo que requieren, dentro de los cuales se incluyen aspectos conferenciales, entre los miembros de la Comunidad Andina de Naciones.

Es con arreglo a lo señalado en el párrafo precedente, que se emitió los Decretos Supremos No. 060-91-EF, 128-91-EF y 020-91-TC, los cuales se encuentran vigentes a la fecha; y, en virtud de los cuales se adoptó:

- a) Las medidas conducentes a eliminar todas las trabas y restricciones que impiden el libre ejercicio del comercio exterior y consecuente fluidez en la generación de divisas y provisión de bienes al mercado en condiciones de precio y calidad;
- b) Las medidas conducentes a eliminar las restricciones que afectan los embarques de los exportadores e importadores, incluyendo la eliminación de la reserva de carga a favor de las empresas navieras nacionales.
- c) El principio de reciprocidad, en virtud al cual la participación de las empresas navieras extranjeras en el transporte de carga peruana de exportación e importación se otorgará únicamente sobre la base de una estricta reciprocidad y en la proporción al acceso que se permita a las naves de las empresas navieras peruana en la carga que se genere en el país de origen de dichas naves extranjeras.

Mediante la adopción de las Decisiones y los decretos supremos anteriores, las mismas que se han emitido con posterioridad a la adopción de la CdCM, se especifica en el ordenamiento interno el límite de la misma, toda vez que se ha acogido en el ordenamiento jurídico peruano la noción de libertad de ejercicio del comercio exterior y por lo tanto el respeto a la libre competencia. Sin embargo, dichas normas no suponen para el Perú la pérdida de vigencia del CdCM, aunque suponen un paso importante para la defensa del libre mercado en el ámbito del transporte marítimo, circunscrito a la Comunidad Andina de Naciones.

De esta manera, no se puede entender que las conferencias marítimas hayan recaído en una prohibición, debido a que, pese a las limitaciones impuestas, no han sido prohibidas en la regulación vigente. Inclusive, todo lo contrario, las mismas son lícitas y admitidas<sup>12</sup>, en el ordenamiento jurídico peruano, pero se regulan por lo dispuesto en sus acuerdos cuando se llevan a cabo según el procedimiento correcto según el CdCM.

Asimismo, otra norma importante en la regulación nacional es la Ley de reactivación y promoción de la Marina Mercante Nacional (Ley N° 28583), que en su artículo 13.1 garantiza la protección y promoción de la libertad de empresa y de la libre competencia, previendo que

---

<sup>12</sup> Al respecto es importante recordar uno de los principios establecidos en la Constitución Peruana, la cual dispone que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

el Indecopi tenga la potestad de sancionar prácticas colusorias; su reglamento, en consecuencia faculta a la Dirección General de Transporte Acuático (adscrita al Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú) a poner en conocimiento del Indecopi de estos hechos para que actúe según sus facultades para ello.

## **1.2 Las conferencias marítimas como fenómeno asociativo contemporáneo**

Desde un punto de vista jurídico, las conferencias marítimas son agrupaciones de navieros, por lo que es necesario explicar el fenómeno asociativo en general para poder aproximarse a su naturaleza. A continuación, se explicará el fenómeno asociativo y las formas en que el Derecho ha buscado regularlo. A esta pregunta general cabe agregarle una pregunta específica, que es relevante en el contexto de los fenómenos asociativos: ¿las conferencias implican o requieren personalidad jurídica?

Comúnmente, las personas buscan realizar actividades en conjunto, de manera que pueden alcanzar un fin común de manera más eficiente y beneficiosa para ellas. Para empezar a entender qué son las conferencias marítimas es útil empezar por una definición amplia de sociedad, pues implica siempre la agrupación de personas.

Paz-Ares señala, por ejemplo, como concepto de sociedad el de “cualquier asociación voluntaria dirigida a la consecución de una finalidad común mediante la contribución de todos sus miembros” (Paz-Ares, Lección 10: Las Sociedades Mercantiles, 2004, pág. 215). El autor también indica que este concepto es único y unitario; único porque se aplica a todo ámbito del derecho privado y unitario porque se aplica a cualquier forma asociativa. Esto debe ser contrastado específicamente con el derecho peruano, pero es útil como una aproximación conceptual.

Así, el autor menciona que el concepto de sociedad (mercantil) tiene tres elementos:

- (i) un fin común.
- (ii) una contribución al fin común y,
- (iii) un origen negocial. (Paz-Ares, Lección 10: Las Sociedades Mercantiles, 2004, págs. 215-216).

En cuanto al origen negocial, este se refiere a la voluntariedad de su nacimiento. En ese sentido, se afirma que la sociedad tiene su origen en un acto de constitución. A partir de ese momento, “nace una organización compleja que dará lugar a relaciones jurídicas no solo entre las personas que participaron en el acto constitutivo, sino entre ellas y la organización nacida” (Sánchez-Calero & Sánchez-Calero, 2011, pág. 313).

Este acto de constitución, que se verá materializado en un contrato, a diferencia de otros contratos en los que las partes que lo suscriben pueden buscar fines que no sean coincidentes, la sociedad tiene un fin común o social, que debe vincular a todos los socios y servir a sus intereses; de manera que no debería de excluirse a ninguno si se reparten ganancias, por ejemplo. En otras palabras, la estructura de derechos y deberes presente en un acto de constitución es más compleja que en la de un contrato transaccional, y justifica su diferenciación como fenómeno jurídico. Dentro de los fenómenos asociativos, se incluyen tanto a las asociaciones civiles como a las sociedades mercantiles, cuyas diferencias serán tratadas en los párrafos siguientes.

Otro aspecto relevante de este segundo elemento es determinar cuál es la naturaleza de este fin común. Es usual que este se vincule con un fin lucrativo, como en las sociedades mercantiles, el cual se materializa en la distribución entre los socios de las ganancias obtenidas por la sociedad. Por ello, cierta parte de la doctrina afirma que constituye un elemento esencial del contrato de sociedad (Díaz Moreno, 2007, págs. 150-151). Sin embargo, algunos autores como Paz-Ares (Paz-Ares, Lección 10: Las Sociedades Mercantiles, 2004, pág. 216) indican que no necesariamente las sociedades lo tienen.

De manera complementaria, es importante señalar que en la doctrina se plantea que existen dos formas de atribuir el carácter de mercantilidad a una sociedad: por la adopción de una forma societaria prevista en las leyes (en nuestro caso la Ley General de Sociedades y otras leyes especiales); o por la realización de actividad empresarial, independientemente de la forma que haya adoptado o que el acuerdo se encuentre inscrito o no en un registro (Sánchez-Calero & Sánchez-Calero, 2011, pág. 318). Este último es el caso de las sociedades irregulares.

Por ejemplo, en la legislación española, las sociedades se definen como tales por tener un fin lucrativo, se obtiene un universo más reducido de las mismas; mientras que si se incluyen las que no lo tienen este universo se amplía (Paz-Ares, Lección 10: Las Sociedades Mercantiles, 2004).

Lo que muchos ordenamientos han buscado es reflejar la importancia de la diferencia entre sociedades con fines de lucro y sin ellos, clasificando entre sociedades mercantiles y asociaciones civiles (sin fines de lucro, pero con fines económicos productivos).

En el ordenamiento peruano, las sociedades mercantiles se encuentran reguladas en la Ley General de Sociedades, entre las cuales se puede encontrar las siguientes: sociedades anónimas, sociedades comerciales de responsabilidad limitada, sociedades colectivas, entre

otras. Por otro lado, el Código Civil, en su Libro I sobre el Derecho de las Personas, se ha encargado de detallar a las siguientes asociaciones civiles<sup>13</sup>:

- a) Asociaciones: de acuerdo a lo establecido en los artículos 80 y 98 del Código Civil peruano, las asociaciones son organizaciones estables de personas naturales o jurídicas, que a través de una actividad común persiguen un fin no lucrativo<sup>14</sup>. Asimismo, una vez liquidada una asociación, el destino del patrimonio remanente puede ser entregado a las personas que se indiquen en los estatutos con excepción de los asociados. En caso de que no sea posible destinar estos bienes a las personas designadas, serán destinados a fines análogos en interés de la comunidad.
- b) Fundaciones: de acuerdo a lo establecido en los artículos 99 y 110 del Código Civil peruano, las fundaciones son organizaciones no lucrativas constituidas por la afectación de uno o más bienes para la realización de fines religiosos, asistenciales, culturales u otros de interés social. De igual manera, el remanente después de la liquidación de una fundación se aplica a la finalidad establecida en el acto constitutivo. Si ello no fuera posible se destinará a incrementar el patrimonio de fundaciones con finalidades análogas o a la Beneficencia Pública.
- c) Comités: de acuerdo a lo establecido en los artículos 110 y 111 del Código Civil peruano, los comités son organizaciones de personas naturales o jurídicas, o de ambas, dedicadas a la recaudación pública de aportes para destinarlos a una finalidad altruista. De quedar un remanente, después de liquidado un comité, esto será adjudicado a los donantes, de manera posterior a la aprobación de las cuentas por parte del Ministerio Público.

Como se observa, es común a los tipos asociativos civiles regulados por el Código Civil peruano, la inexistencia del fin de lucro para que una sociedad pueda ser calificada como civil, y es, además, un elemento común entre las asociaciones, fundaciones y comités.

La doctrina señala que la finalidad no lucrativa es entendida como la abstención de los miembros de lucrar u obtener ganancias de manera directa o indirecta, durante el desarrollo de las actividades de la sociedad o con ocasión de su extinción (Aliaga, 2009, págs. 37-40). De esa

---

<sup>13</sup> El sentido en el que se emplea el término sociedades civiles no debe ser entendido como el determinado por la Ley General de Sociedades. Dicha norma entiende que las sociedades civiles, reguladas en su artículo 295°, son aquellas que se constituyen “para un fin común de carácter económico que se realiza mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividades personales por alguno, algunos o todos los socios”.

<sup>14</sup> Artículo 80° del Código Civil.

manera, el Código Civil prohíbe tanto que los miembros de una asociación civil (sea una asociación, fundación o comité) puedan repartirse los ingresos generados por esta, así como, que los miembros puedan recibir el remanente posteriormente a la liquidación de la sociedad.

Respecto a las conferencias marítimas, está claro que estas no se organizan con el fin de repartir utilidades. Esto no significa que no busquen obtener un beneficio que se relacione directamente con el aumento de las ganancias de sus miembros. Por el contrario, y como se ha comprobado históricamente, ese es precisamente el objetivo que persiguen.

Respecto a las conferencias marítimas y dado que no es usual que formen una persona jurídica nueva, es posible aproximarlas a la definición siguiente de grupo de sociedades: “la especificidad del grupo de sociedades no radica tanto en la concentración de activos empresariales, sino en la racionalización de la estructura de la empresa (siendo el grupo una cuestión de organización y no de tamaño), debiendo verse como una forma de empresa, la empresa policorporativa” (Paz-Ares, Lección 22: Uniones de Empresas y Grupos de Sociedades, 2004).

Así, se observa que no necesariamente se necesita un patrimonio común, sino que lo fundamental para la sociedad es su estructura organizativa. Las Conferencias definitivamente tienen una estructura organizativa, la cual expondré más adelante.

### **1.2.1 Elementos de la sociedad en relación a las Conferencias Marítimas**

Las conferencias de flete son definidas por el CdCM (Primera Parte, capítulo primero) como un grupo constituido por dos o más empresas porteadoras navieras que prestan servicios regulares de transporte internacional de carga en una ruta particular o unas rutas particulares dentro de determinados límites geográficos y que han concertado un acuerdo o arreglo, cualquiera que sea su naturaleza, dentro de cuyo marco actúan ateniéndose a unos fletes uniformes y comunes y cualesquiera otras condiciones convenidas en lo que respecta a la prestación de servicios regulares.

Podemos contrastar esta definición jurídica con los elementos de las sociedades en general que recogí previamente. Primero, en cuanto a su origen, se observa que las conferencias se forman por la voluntad de por lo menos dos empresas navieras, de concertar un acuerdo o arreglo de antemano respecto de obtener fletes o condiciones uniformes. Sólo se requiere una condición objetiva, que presten servicios en una ruta particular dentro de unos mismos límites geográficos, por lo que navieras que operen en distintas zonas y rutas difícilmente podrían calificar para estos fines.

Las compañías navieras que no sean compañías navieras nacionales en ningún tráfico de una conferencia tendrán derecho a ser miembros con plenitud de derechos de esa conferencia. Ambas condiciones se sujetan a ciertos requisitos mínimos y a la distribución del tráfico que se detallan en el artículo 1 del CdCM; de este modo se observa que las navieras nacionales tienen preferencias y que existen ciertas condiciones, las que limitan en poca medida la libertad de los miembros. Asimismo, respecto de una conferencia ya existente, el CdCM otorga ciertas protecciones a los nuevos solicitantes; a los cuales se les deberá analizar el volumen en el tráfico, relación entre el tonelaje disponible y volumen de tráfico, efectos probables de su ingreso, participación en el tráfico y relaciones con organizaciones de usuarios. Adicionalmente, en el caso que se les deba denegar el ingreso deberá de exponérsele las razones de ello.

En otras palabras, es posible verificar que hay una voluntad libre pero limitada en cierta medida, teniendo en cuenta que el CdCM establece que toda compañía naviera nacional<sup>15</sup> tendrá derecho a ser miembro con plenitud de derechos de una conferencia que sirva el comercio exterior de su país. Es clave reconocer que no existe obligación normativa de conformar o no conformar conferencias: la conformación es libre (aunque limitada internamente). En conclusión, las conferencias son uniones nacidas de actos voluntarios y libres.

En cuanto a su finalidad podemos observar que el CdCM no es preciso en definir el fin o fin específico sino sus posibles fines como fletes uniformes o condiciones regulares de un servicio. Dicho esto, podemos entender que se busca establecer y mantener una posición en el mercado; llegando a luego establecer medidas ampliatorias como que los miembros soliciten celebrar acuerdos adicionales.

Entonces, se puede deducir que se busca la uniformización de condiciones de competencia al interior de las conferencias manteniendo o mejorando su posición en el mercado, materializándose esto en los diversos artículos del CdCM que detallan la distribución de participación en el tráfico y derechos de escalas y salidas, entre otros aspectos no relacionados a las condiciones del servicio regular.

Con relación al segundo elemento, el relativo a la finalidad, el principal objetivo perseguido por las conferencias es el mantenimiento de las condiciones de no competencia por

---

<sup>15</sup> Una compañía naviera nacional de un determinado país es una empresa porteadora naviera cuya oficina principal de dirección y cuyo control efectivo se encuentran en ese país y que está reconocida como tal por una autoridad competente de ese país o conforme las leyes de ese país.

parte de sus miembros. A este le siguen de manera accesoria otros aportes secundarios como el aporte de garantía para casos eventuales o participación en procesos de toma de decisiones y finalmente la no afectación a terceros como en el caso de la prohibición de uso de los buques de lucha.

Lo esencial es prestar el servicio según las condiciones de cada acuerdo de conferencia, cuyo detalle se verá más adelante, dada la finalidad común de mantener las condiciones de no competencia de los acuerdos. Incluso existen sanciones y hasta la posibilidad de exclusión de miembros relacionadas a la trasgresión a las condiciones del acuerdo como (i) escalas de sanciones para prácticas abusivas del acuerdo (proporcionales con la gravedad) (ii) exámenes y valuación de sanciones y (iii) presentación de informes sobre medidas adoptadas en relación con reclamaciones por prácticas abusivas y/o violatorias del acuerdo. Incluso las conferencias cuentan con el derecho de cooperación de los usuarios contra las violaciones de los acuerdos.

En tercer lugar, existen contribuciones hacia ese fin común. Más allá de las antes señaladas, también son importantes para el desarrollo del fin común una serie de obligaciones ente los miembros de las conferencias que lo sustentan, tales como el mantenimiento de una oficina central o centro de administración, donde se centralizan las comunicaciones y publicaciones. Sin embargo, a pesar de que el CdCM no lo contempla expresamente, es posible deducir que existen otras obligaciones derivadas y que permiten la consecución de los diferentes actos que prevé el CdCM como (i) la existencia de un aporte como garantía para cumplimiento de los acuerdos, (ii) la necesidad de procesos internos y externos y de (iii) una logística. Estos elementos son accesorios al fin común.

Asimismo, y como una situación particular, encontramos una sección del CdCM que no guarda relación directa con el fin común establecido y sobre el que se realizará un mayor análisis. Este es el caso de la prohibición de los buques de lucha, los que no buscan mantener o mejorar las condiciones de los miembros, sino no afectar a los navieros no miembros de la conferencia.

Luego de haber realizado este análisis es posible confirmar que teóricamente con las CdCM se cumplen las tres condiciones del concepto de sociedad o fenómeno asociativo antes descrito; sin embargo, en la práctica hay poca evidencia de la conformación de personas jurídicas nuevas o de contribuciones a un fin común.

### **1.2.2 Conferencias y grupos de empresas**

Además de lo ya descrito, y con un mayor grado de especificidad, para poder determinar la naturaleza de las conferencias marítimas, es importante tener en cuenta que las conferencias

están conformadas por navieras. Dado que las navieras son usualmente sociedades, las conferencias se enmarcan dentro del fenómeno de grupos de empresas.

Estos grupos de empresas pueden ser muy diversos, así como muchos sujetos cooperan o colaboran para muchos fines; por ello es importante siempre determinar cuáles son los fines de estas agrupaciones para clasificarlas entre sí. Existen niveles de colaboración, de acuerdo a ellos se determinará si existe un mayor o menor espectro de unificación de los fines empresariales.

Así, pueden surgir grupos de subordinación o coordinación, dependiendo de la distribución de poder al interior de dicha agrupación. En el caso de subordinación, se notan relaciones verticales con una marcada jerarquía y dependencia entre sí, entre una sociedad dominante y otras dependientes. En el caso de coordinación o grupos de sociedades horizontales existe una estructura más democrática y paritaria: sus miembros son más independientes entre sí y se tendrá una dirección unitaria a la que las sociedades transferirán voluntariamente la dirección de la agrupación. En algunos casos estos grupos de coordinación darán lugar a la creación de una nueva sociedad; en otros, no. (Paz-Ares, Lección 22: Uniones de Empresas y Grupos de Sociedades, 2004).

Las conferencias marítimas calzarían dentro de la clasificación de las agrupaciones horizontales debido a que no existe subordinación o dependencia (al menos no jurídica) respecto de alguno de los miembros. Estos se deben remitir a la estructura de organización interna guiada por el CdCM y la propia conferencia. En cuanto al CdCM, este reconoce como fin la preservación de la igualdad en su artículo 3, que debe preservarse en los procedimientos de adopción de acuerdos de cada conferencia y refleja una estructura de coordinación clara y de igualdad para las conferencias marítimas. Esta igualdad sería incompatible con un modelo vertical de agrupación de sociedades.

Es importante también tener en cuenta las calidades de miembros establecidas en el artículo 1 del CdCM, sobre miembros que sean compañías navieras nacionales y miembros que no, y las prerrogativas de cada una de ellas para gozar de accesos a los beneficios de las conferencias marítimas. Esta división, sin embargo, no refleja una estructura vertical, sino, en todo caso, una limitación del carácter paritario de la horizontalidad.

El segundo elemento importante que también se encuentra es la unificación de las políticas empresariales. Dentro de las conferencias de flete, esta se manifiesta en aspectos como la distribución del tráfico, porcentajes de participación en el mismo, establecimiento de fletes, de acuerdos de lealtad con usuarios, etc.

Esta unificación contrasta con la presente en otras formas de agrupación de sociedades horizontales. Por ejemplo, las uniones consorciales que tienen un objetivo un tanto menos sustancial: arbitrar mecanismos de cooperación, reducir costos de explotación, facilitar el desarrollo de actividades en común, repartir el riesgo y aprovechar la conjunción de capacidades financieras para inversiones específicas (Paz-Ares, Lección 22: Uniones de Empresas y Grupos de Sociedades, 2004). No significa que las conferencias no incluyan estos objetivos y búsquedas de eficiencia; sino que los exceden al no unirse para un fin particular y limitado, sino que buscan condiciones de participación semejantes y con mayor vocación de estabilidad y permanencia en el tiempo.

La unificación lograda por medio de formas de organización más intensas no es única a las conferencias. Los sindicatos y cárteles, como los entiende Paz-Ares son otro ejemplo claro. Estas prácticas organizativas tienen como objetivo coordinar estrategias con el fin de regular, reducir y hasta excluir la competencia entre las empresas miembros; pudiendo reproducirse en el establecimiento de precios, condiciones de venta, limitaciones o asignaciones producción, distribución territorial, estandarización de productos, reparto de actividades, etc. (Paz-Ares, Lección 22: Uniones de Empresas y Grupos de Sociedades, 2004).

Lo complicado con ellos, como menciona la Resolución Indecopi N° 014-2020/CLC-INDECOPI contra Amauta Impresiones Comerciales S.A.C., Empresa Editora El Comercio S.A y otros, en su página 11, es probar su existencia y operatividad debido a sus características variables y usualmente operan en secreto, suponiendo un reto para las autoridades de competencia.

Todo lo anterior se puede aplicar perfectamente a las conferencias, como veremos más adelante. Donde los cárteles o sindicatos establecen precios, las conferencias lo hacen con los fletes; donde establecen condiciones de venta unitarias y estandarización de productos, las conferencias establecen condiciones de calidad mínima frente a los usuarios; donde los cárteles distribuyen territorios o producción, las conferencias se distribuyen rutas o cuotas de participación.

### **1.2.3 Conferencias, sociedades de hecho y otros contratos asociativos (consorcios)**

Según el artículo 1 de la Ley General de Sociedades peruana (LGS) una sociedad se conforma por dos o más sujetos quienes aportan bienes o servicios para la consecución de un fin común y en el caso de las navieras se ofrecen servicios que luego se analizará si son relacionados o comunes.

Adicionalmente, según el artículo 6 LGS la personalidad jurídica de una sociedad mercantil existe desde su inscripción en los Registros Públicos y la LGS (artículo 2) les exige adoptar una de cinco formas societarias mercantiles. Cabe señalar que, si bien la personalidad jurídica de la sociedad mercantil se obtiene a partir de su inscripción en Registros Públicos, la sociedad se constituye desde el acuerdo de los socios para conformarla. Para efectos prácticos, se considera que el nacimiento de la sociedad mercantil parte desde la formalización del pacto social en una Escritura Pública (artículo 5).

Contra lo mencionado en el párrafo anterior la LGS en su artículo 423 contempla las sociedades irregulares, las cuales incluyen las sociedades de hecho, conformadas por la situación en que dos o más personas actúan en sociedad sin constituir las (donde debería dársele una forma societaria) o inscribirlas en el registro mercantil. Por otro lado, potencialmente podrían conformarse en una sociedad anónima bajo la LGS, sin embargo, en el estatuto de dicha sociedad anónima debería incluirse todas las limitaciones y disposiciones que se encuentren establecidas en la CdCM y no observo mayor beneficio para sus constituyentes si ya pueden operar sin someterse a la LGS.

Asimismo, existe otra figura donde dos o más personas jurídicas unen sus voluntades, este es el caso de los contratos asociativos. Según el artículo 438 de la LGS “se considera contrato asociativo aquél que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes”. Como indica (Zegarra Mulánovich, 2010)<sup>16</sup> la definición debería quedar más o menos así: “aquel contrato que, sin estar destinado a generar una persona jurídica independiente de las partes, crea y regula relaciones de participación e integración en empresas determinadas, en interés común de los contratantes”.

Como se observa, ambas definiciones exigen “negocios” o “empresas” determinadas, por lo que actividades de beneficencia o que tengan como objeto el beneficio de terceros diferentes a los miembros estarían excluidas. Junto con las sociedades irregulares, los contratos asociativos no están destinados a generar una persona jurídica independiente de las partes.

Así, conceptualmente las conferencias no requieren de una personalidad jurídica particular. Sí requieren, al menos, que se reconozcan las relaciones jurídicas que las vinculan,

---

<sup>16</sup> Régimen general de los contratos asociativos mercantiles, con particular referencia a su duración temporal.

en tanto agrupación, con terceros, así como las relaciones jurídicas internas, tanto entre sus miembros, como entre los miembros y la agrupación en tanto misma.

En conclusión, podemos afirmar que las conferencias marítimas son una muestra del fenómeno asociativo, que por su finalidad mercantil específica podemos catalogar como cárteles con una estructura policorporativa organizada de forma horizontal formada por navieras para desarrollar sus actividades económicas en condiciones de competencia reducidas y con la búsqueda de un beneficio económico obtenido de forma individual y directa por cada miembro. Si bien es importante determinar con exactitud si las conferencias llegan a constituir personas jurídicas independientes de la comunidad de sus miembros (especialmente en relación con sus obligaciones frente a terceros), ello se encuentra fuera del alcance del presente trabajo. Como conclusión parcial, puede afirmarse que las conferencias no llegan a conformar una sociedad según la LGS normalmente, pero podría considerarse que ello es posible, y que se le debería aplicar las normas correspondientes a las sociedades de hecho o irregulares o, eventualmente, a los contratos asociativos.

Como se ha podido analizar y revisar en este capítulo, las conferencias marítimas son o cárteles, con acuerdos y organización puramente internos; que, como se ha visto trascienden con efectos externos.

Como señala García-Pita, es la “forma de unión más simple entre empresarios; de hecho, en su forma más pura suele tener un alcance meramente interno, de modo que el pacto o acuerdo vinculante carece de trascendencia al exterior, si es que no tiende a ser mantenido en riguroso secreto” (García Pita, Pro manuscrito, pág. 39).

Sobre la definición de las mismas como sociedades o asociaciones civiles; es dudoso (no imposible) que sea posible clasificarlas como tales; pues la forma en que actúan no conlleva una promoción colectiva del fin común; cada miembro vela por su propio beneficio “con el fin típico de disciplinar la competencia recíproca de las empresas, o –más aún– dominar el mercado” (García Pita, Pro manuscrito, pág. 40).

### 1.3. Regulación de las conferencias marítimas en el Código de conducta (CdCM)

#### **1.3.1 Estructura básica del Código**

El CdCM se estructura en dos partes fundamentales, la primera concerniente a la regulación de las conferencias, formación, atribuciones y su interacción con las navieras, autoridades y su organización interna. La segunda parte corresponde a la solución de controversias y los mecanismos de arbitraje relativos a la participación en las conferencias y los acuerdos que se puedan tomar en ellas.

El CdCM tiene por objeto:

- a) Facilitar la expansión ordenada del comercio marítimo mundial;
- b) Promover el desarrollo de servicios marítimos regulares y eficaces que permitan atender las necesidades de cada tráfico;
- c) Garantizar el equilibrio entre los intereses de los proveedores de los servicios de transporte marítimo y los intereses de los usuarios de tales servicios; y,
- d) Fijar el principio de que las prácticas de las conferencias no deben entrañar discriminación alguna contra los navieros, usuarios o el comercio exterior de ningún país.
- e) Fijar el principio de que las conferencias deben celebrar consultas significativas con las organizaciones de usuarios, los representantes de usuarios y los usuarios en las cuestiones que sean de interés común, con la participación, cuando lo pidan, de las autoridades competentes.
- f) Fijar el principio de que las conferencias deben poner a disposición de las partes interesadas la información pertinente sobre sus actividades, que afecten a esas partes y deben publicar toda información importante sobre sus actividades.

Con estos principios, la CdCM regula las relaciones entre las compañías navieras respecto de la composición de las conferencias y la toma de acuerdos dentro de las mismas, así como los derechos de carga en los tráficos cubiertos por las conferencias. En el primer caso, dispone que toda compañía naviera nacional<sup>17</sup> tendrá derecho a ser miembro con plenitud de derechos de una conferencia que sirva el comercio exterior de su país. Las compañías navieras que no sean compañías navieras nacionales en ningún tráfico de una conferencia tendrán derecho a ser miembros con plenitud de derechos de esa conferencia, con sujeción a ciertas condiciones mínimas y a la distribución del tráfico que se dispone en dicha convención.

Por su parte, en el segundo caso, en el de participación en el tráfico, se dispone que toda compañía naviera admitida en una conferencia tendrá derechos de salida y de carga en los tráficos cubiertos por esa conferencia. En caso de que se aplique un acuerdo de distribución del tráfico, todas las compañías miembros que sirvan el tráfico cubierto por el acuerdo tendrán derecho a participar en el acuerdo correspondiente a ese tráfico.

---

<sup>17</sup> Una compañía naviera nacional de un determinado país es una empresa porteadora naviera cuya oficina principal de dirección y cuyo control efectivo se encuentran en ese país y que está reconocida como tal por una autoridad competente de ese país o conforme las leyes de ese país.

En este punto es importante mencionar que en el caso peruano la adopción del Código de conducta de las Conferencias Marítimas se hizo con una reserva. En tal sentido, en el Decreto Ley No. 222282, específicamente en su artículo segundo, se dispone que el Gobierno del Perú no se considera obligado por lo dispuesto en el párrafo 4, artículo 2, Capítulo II de la Convención. En dicho párrafo se disponen los principios que deben observarse al momento de determinar los porcentajes de participación que han de corresponder en un acuerdo de distribución, los cuales son los siguientes:

- a) Cuando la conferencia atienda el comercio exterior entre dos países, el grupo de compañías navieras nacionales de cada uno de ellos tendrá igual derecho a participar en los fletes y el volumen del tráfico generado por el comercio entre esos dos países y atendido por la conferencia; y,
- b) Cuando existan compañías navieras de terceros países<sup>18</sup>, tendrán derecho a adquirir una participación importante, tal como el 20%, en los fletes y en el volumen del tráfico generado en esa ruta.

En adición a lo anterior, la CdCM regula los siguientes tópicos:

- a) Criterios de admisión.
- b) Criterios para determinar la participación en el tráfico que se determinan por grupos según país, estableciéndose que en caso no haya navieras nacionales se debe trasladar a extranjeros el porcentaje que les corresponde, así como el reajuste respectivo en caso de reclamo, entre otros.
- c) La adopción de decisiones por parte de la conferencia en base al principio de igualdad de todas las compañías miembros con plenitud de derechos, i.e., la imposibilidad de tomar una decisión sobre el tráfico entre dos países sin el consentimiento de las navieras nacionales.
- d) La aplicación de sanciones a prácticas violatorias del acuerdo de conferencia, pudiendo haber suspensión o expulsión con el pago de las obligaciones financieras remanente y cumplimiento de las obligaciones para con los usuarios<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> La compañía naviera de un tercer país es definida por la CdCM como una empresa porteadora naviera en sus operaciones entre dos países de los que no es compañía naviera nacional.

<sup>19</sup> Un usuario es definido por la CdCM como aquel particular o entidad que concierte, o demuestre tener intención de concertar, un acuerdo contractual o de otra índole con una conferencia o una compañía naviera para el transporte marítimo de mercancías en las que tenga un interés comercial.

- e) El derecho de exoneración de las obligaciones contraídas en virtud del acuerdo de conferencia, sin que ello suponga la aplicación de sanciones.
- f) La obligación de mantener una lista detallada de las posibles prácticas que se consideren abusivas y/o violatorias del acuerdo de conferencias.
- g) La adopción de acuerdos de lealtad entre las compañías navieras miembros y los usuarios, con las respectivas garantías exigidas por la CdCM; y, cuya forma y estipulaciones serán objeto de consulta entre la conferencia y las organizaciones de usuarios. En estos supuestos, se dispone que el flete aplicable a los usuarios leales se determinará dentro de un límite máximo y un límite mínimo de porcentajes del flete aplicable a otros usuarios. Se basan en un sistema contractual donde se incluye cuantía por daños, indemnizaciones y sanciones y donde el monto de la indemnización no puede superar al del flete.
- Se puede recuperar la condición de leal si se cumple con la carga y requisitos convenidos, con la excepción de los puertos donde la conferencia pide mínimo de carga y esta está fuera de plazo, caso en donde el usuario puede usar cualquier buque.
- h) La celebración de consultas con usuarios y Estados a solicitud de los mismos, en el caso de los Estados estos no tendrán voto, en las que deben agotarse los medios para responder y aclarar lo requerido respecto de los siguientes objetos en consulta: Tarifas, fletes, procedimientos, recargos, lealtad, carga, clasificación tarifaria de puertos, inspecciones, cambios en servicios, nuevas técnicas, calidad de los servicios y regularidad de escalas.
- i) El establecimiento de criterios para la determinación de los fletes. Entre los criterios que se enuncian se encuentran los siguientes:
- Los fletes se fijarán al nivel comercial más bajo que sea posible y permitirán que los navieros obtengan un beneficio razonable.
  - Los gastos de explotación de las conferencias se evaluarán, en forma integrada para el viaje completo de ida y vuelta de los buques.
  - Al determinarse los fletes deberá tenerse en cuenta, entre otros factores, la naturaleza y valor de las cargas y la relación entre el peso y el volumen.

- Los fletes de renovación o especiales se determinarán por condiciones de productos de países donde la conferencia presta servicios, en particular países en desarrollo y sin litoral.
- j) Se dispone que las tarifas de las conferencias no establecerán diferencias injustas entre usuarios en situación análoga.
  - k) La obligación de establecer fletes de promoción. En la Convención se señala que toda conferencia debe establecer este tipo de fletes para las exportaciones no tradicionales. Para tales efectos, los usuarios, las organizaciones de usuarios o los representantes de usuarios interesados deberán presentar a la conferencia toda la información necesaria y razonable para justificar la concesión de un flete de promoción.
  - l) La imposición de recargos o de factores de reajuste. En el primero de los casos, se dispone que los recargos deberán ser temporales toda vez que los mismos son impuestos para hacer frente a aumentos imprevistos o extraordinarios de los gastos o para compensar pérdidas de ingresos. En el segundo de los casos, a saber: los factores de reajuste, se dispone que esta imposición se justificará en tanto la misma se sustente en las modificaciones de los tipos de cambio, incluida la devaluación o revaluación oficial, que hagan que varíen los gastos y/o los ingresos operacionales globales de las compañías navieras miembros en una conferencia.
  - m) La prohibición de uso de buques de lucha en el tráfico de las conferencias para excluir, impedir o reducir la competencia eliminando de dicho tráfico a una compañía no miembro de esa conferencia.
  - n) Disposiciones y mecanismos para la solución de controversias.

### **1.3.2 Aspectos relevantes**

Luego de haber hecho una revisión general de la estructura y los contenidos del CdCM, es importante resaltar una serie de aspectos que son determinantes para responder a la pregunta central del presente trabajo. En particular, aquí se presentan la formación de las conferencias y sus procesos para incorporación de miembros, sus procesos de toma de decisiones, y las relaciones internas (entre los miembros, y o entre los miembros y la conferencia en sí misma) y externas (relaciones entre la conferencia y terceros):

- a) Formación de las conferencias e incorporación de miembros. Respecto a la composición de las conferencias, el CdCM establece en primer lugar que toda compañía naviera nacional tiene el derecho de ser miembro de una conferencia que

sirva al comercio exterior de su país, al igual que las compañías extranjeras, ambas con sujeción a lo establecido en el CdCM. Para solicitar el ingreso a una conferencia, la naviera demostrará su capacidad económica y técnica para prestar un servicio regular, adecuado y eficiente a largo plazo, así como, deberá comprometerse al cumplimiento de las cláusulas y condiciones del acuerdo de conferencia. Un punto importante establecido por el CdCM es que tanto las organizaciones de usuarios como las autoridades competentes del país en el que existe la conferencia podrán expresar sus puntos de vista y tendrán que ser “tomados en cuenta” por los conferenciados.

- b) Toma de acuerdos, contenido y alcance. De igual manera, es importante tener en cuenta que el CdCM establece que la adopción de decisiones en los acuerdos de conferencia deberá basarse en el principio de igualdad de los miembros. Asimismo, los acuerdos no deberán entorpecer el regular funcionamiento del transporte marítimo y deberá establecerse cuestiones en las que las decisiones deberán tomarse por unanimidad. Cabe resaltar que las decisiones relativas al tráfico entre dos países deberán contar con el consentimiento de las navieras nacionales (artículo 3 CdCM). Además, el CdCM establece que todos los acuerdos de conferencia, acuerdos de distribución de tráfico y acuerdos de distribución de derechos y salidas deberán ser comunicados a las autoridades competentes (del país donde funciona la conferencia o de los países de origen de los miembros de la conferencia), en caso sea solicitado (artículo 6 CdCM).
- c) Régimen interno de las conferencias. Según el CdCM, la conferencia deberá contar con una proscripción de las prácticas que se consideren abusivas o violatorias del acuerdo de conferencia. Para el respeto de dicha proscripción deberán, asimismo, fijar las sanciones, establecer un mecanismo de revisión imparcial de los actos cometidos por cualquiera de los miembros de la naviera (por una persona u organismo sin relación con los miembros de la conferencia, artículo 5 CdCM). Dentro de las sanciones que pueden establecerse incluso cabe la sanción de expulsión o suspensión de un miembro de la conferencia, para ello deberá notificarse con antelación y otorgar una suerte de derecho de defensa al imputado de los actos contrarios al acuerdo de conferencia (artículo 4 CdCM).
- d) Relaciones con los usuarios. El CdCM establece que entre conferencias y usuarios podrán existir acuerdos de lealtad. Algunos de los puntos más resaltantes sobre los

acuerdos de lealtad son los siguientes (artículo 7-11 CdCM): Los acuerdos de lealtad deberán contener expresamente las garantías de los derechos de los usuarios y de los miembros de las conferencias y deberá basarse en un sistema contractual o análogo lícito. Cualquier cambio en los fletes deberá ser comunicado a los usuarios leales con una previa notificación, como mínimo con 150 días de antelación, salvo práctica distinta. Los acuerdos deberán contener una lista de cargas, una definición de las cargas que quedarán fuera del acuerdo, mecanismos de solución de controversias, una cláusula de condiciones de extinción del acuerdo sin sanción y condiciones para la concesión de dispensas. De igual manera, los usuarios tendrán derecho a dispensarse del acuerdo de lealtad, previa solicitud que deberá ser aprobada por la conferencia que actúe como contraparte del convenio. Los usuarios podrán acceder a la información relativa a tarifas, condiciones y reglamentos conexos, a un precio razonable.

- e) Relaciones con otras navieras no partícipes. Uno de los puntos más importantes del CdCM en la relación de las conferencias con navieras no partícipes, sean nacionales o extranjeras, es que mantiene la proscripción generalizada en la regulación internacional de los buques de lucha orientados a excluir, impedir o reducir la competencia<sup>20</sup>. En este punto resalta la importancia de los acuerdos de conferencia, los de lealtad con los usuarios y las consecuencias de los mismos, permitiéndose que la libertad de establecer fletes y otras tarifas sea muy amplia mientras se siga el CdCM. Asimismo, se menciona que se debe “tomar en cuenta” la regulación de cada país; sin embargo, no se menciona de manera mandatoria o no se incluye un deber adicional como el de respetar la libre competencia en estos. Específicamente desde un punto de vista de regulación marítima, para el transporte internacional (no cabotaje) no se encuentra comúnmente mucha regulación. Finalmente, sí se incluye la prohibición de los buques de lucha, los cuales irrumpen en los mercados y líneas, finalmente eliminando a las navieras más pequeñas.

---

<sup>20</sup> Artículo 18°.



## Capítulo 2

### La protección de la libre competencia

En el presente capítulo, se presenta brevemente qué es el Derecho de Libre Competencia, haciendo una sucinta referencia a su historia y su objeto de protección. Además, se explora cuáles son sus finalidades y se expone qué son las afectaciones a la libre competencia, estableciendo una relación específica con la práctica actual de las conferencias marítimas, que son el objeto de la presente investigación.

#### 2.1 ¿Qué es la libre competencia y por qué se protege?

En esta sección, se presenta el concepto de libre competencia. En primer lugar, se introducen los conceptos de competencia y eficiencia de los mercados, con una referencia a la lógica del libre mercado y su justificación. Después, se presenta la libre competencia en tanto principio recogido en la Constitución peruana. Finalmente, se discuten dos modelos posibles de competencia que permiten concretar los preceptos normativos.

##### 2.1.1 *Competencia y eficiencia en los mercados*

Podemos entender, de forma abstracta, al mercado como un sistema de intercambio en el que participan agentes. Se suele restringir este concepto con un calificativo que se relaciona al objeto de intercambio: así, hablamos de mercado de valores, inmobiliario, de bienes y servicios, etc. También podemos hablar de “mercado” en referencia a los intercambios de bienes y servicios en general.

La competencia, igualmente de forma abstracta, refiere al ajuste de las condiciones de participación en el intercambio que hacen los partícipes de un mercado. Implica que estos ajustes se realizan con el objetivo de “competir” o desplazar a otros participantes. Sin embargo, es útil descender de este nivel de abstracción: la competencia en su sentido más interesante para el presente trabajo, refiere a una característica ideal del sistema económico imperante actualmente, que puede definirse como un sistema capitalista monetario, en el que quienes tienen la propiedad de los medios de producción toman decisiones de producción basadas en el posible retorno de su inversión, y en el que los bienes y servicios son generados no para ser consumidos de forma inmediata, sino para ser insertados primero en un mercado: así, el principio y el fin de la producción son monetarios (Mitchell, Wray & Watts, 2019, p. 46).

En este contexto, la competencia se refiere a los ajustes en la forma de producción y, en general, colocación de los bienes y servicios en el mercado: los agentes productores deben ajustar las condiciones de producción y colocación en el mercado con la finalidad de atraer el consumo (Mochón, 2006).

En principio, cualquier decisión que permita atraer el consumo, en este nivel de abstracción, puede contar como un acto de “competencia”. Sin embargo, en un contexto en el que ciertos actos quedan excluidos del rango de acción de las empresas, la competencia suele entenderse solo como modificación de las condiciones de producción, mercadeo o distribución de los bienes y servicios. Por ejemplo, el abaratamiento de costos de producción para lograr un precio menor al público, la intensificación y sofisticación en las estrategias de mercadeo para incrementar el interés del consumidor, o la elección de producir un bien u ofrecer un servicio codiciado, etc.

La competencia, por lo tanto, debe entenderse como los ajustes de producción y colocación que existen restringidos por ciertas condiciones. Algunas de ellas se refieren a la salud y seguridad: en general, no puede ofrecerse un producto nocivo para la salud. Las más relevantes en nuestro contexto son las condiciones de “libertad” e “igualdad” que deben regir sobre los productores.

La libertad en un mercado competitivo es un principio general que rige tanto sobre consumidores como sobre proveedores. Fundamentalmente, implica que los proveedores son libres de participar en el mercado en las condiciones que ellos consideren, sin restricción. Por otro lado, que los consumidores puedan escoger el producto que prefieran, sin restricción. La igualdad se refiere centralmente a los proveedores, quienes deben recibir un trato igual frente a la ley.

Obviamente, estos principios son generales y existen diversas excepciones. De hecho, muchas legislaciones del mundo han venido empleando mecanismos que históricamente han estado reservados al Estado y los aplican en ciertos sectores económicos o sectores fuertemente regulados (Whish & Bailey, 2015). Detrás de estos mecanismos se encuentran políticas de planificación económica y productiva utilizada por algunos Estados, así como la preservación de la eficiencia en sectores donde la competencia es imposible o poco eficiente.

En este contexto, la suposición fundamental es que la competencia genera eficiencia, que implica “no solo que se produzca la combinación correcta de bienes, sino que estos se distribuyan entre los consumidores de tal forma que maximicen su satisfacción” (Mochón, 2006, pág. 84). Dicha medida económica se obtiene en la comparación del bienestar económico entre el excedente del consumidor y el excedente del productor. De esta manera, el costo de un producto, en un mercado competitivo, está especialmente motivado por los costos de su producción y colocación, incrementar la eficiencia de estos dos procesos, se espera, repercutirá en un menor precio, o mayor calidad, en beneficio de los consumidores (Mochón, 2006).

Asumiendo a su vez que el precio es un factor importante en la elección libre de los consumidores, la eficiencia se entiende como una consecuencia natural de las condiciones iniciales de igualdad y libertad antes mencionadas.

La libre competencia está constituida, básicamente, entonces por estas condiciones iniciales conceptualizadas como igualdad y libertad de un mercado, y está justificada en la medida en que genera eficiencia.

A la libertad del mercado se puede contraponer conceptualmente la planificación de la producción. Durante el siglo XX se dieron conflictos ideológicos importantes relacionados a la cuestión de la planificación pública de la economía (Whish & Bailey, 2015). Algunos de los argumentos que se pueden observar en los discursos a favor y en contra de la economía planificada giran en torno a dos ejes. Uno se relaciona con la eficiencia: se busca escoger el sistema que permita producir más a menor coste. El segundo se relaciona con la justicia: se debe escoger el sistema más éticamente respetable.

Así, por ejemplo, el conocido ideólogo del (neo)liberalismo, Friedrich Hayek, en *The Road to Serfdom* (1945), argumenta que un sistema económico no-planificado es superior a uno planificado, no sólo en tanto no involucra una presuntamente inmoral selección de los destinos humanos individuales por parte de quienes detentan el poder político-económico, sino que además, aunque es teóricamente posible que un sistema planificado sea perfectamente eficiente, en la práctica la eficiencia de los mercados no planificados es mucho mayor.

La competencia surge en un mercado no planificado. En un mercado planificado, los principios de igualdad y libertad, por definición, no están concretados. En la actualidad, las economías nacionales son, al menos en gran parte, no-planificadas, existe un cierto consenso respecto a que la competencia libre es central e intrínseca al mercado (Whish & Bailey, 2015, pág. 4), aunque, como ya vimos, el concepto de mercado puede ser mucho más amplio.

En resumen, Whish y Bailey mencionan cuatro beneficios centrales que la competencia efectiva<sup>21</sup> genera: (i) la promoción de la eficiencia productiva y distributiva<sup>22</sup>, (ii) la reducción de precios, (iii) la innovación de los productos y (iv) la libertad de consumo (Whish & Bailey, 2015, pág. 18). Estos cuatro puntos requieren una breve explicación, a saber:

---

<sup>21</sup> Según estos autores, la competencia efectiva es una expresión que hace referencia a un grado razonable de exigencias hacia los partícipes del mercado, tanto de competidores como de consumidores; y a que el rol de la autoridad de competencia sea buscar que estas exigencias competitivas estén presentes en el mercado.

<sup>22</sup> Los autores han definido este concepto como eficiencia “*allocative*”. Dicho concepto ha sido traducido al español en el presente trabajo como eficiencia “distributiva”.

Los autores entienden el primer beneficio como la producción y distribución de los bienes al punto de máximo beneficio para todos los agentes. Ello, por supuesto, depende de una hipotética competencia perfecta.

En segundo lugar, la reducción del precio al consumidor se logra en la medida en que las empresas competidoras aceptarán el precio como un dato, teniendo que fijar un precio similar al mercado para poder competir, teniendo en cuenta que los consumidores podrían elegir productos homogéneos ante otro competidor por un precio menor. Así, el competidor que exija un precio por encima del mercado podría vender menores cantidades de su producción (Mochón, 2006).

En tercer lugar, la innovación se suele citar como una consecuencia natural de la competencia que los productores deben crear nuevos y mejores productos para buscar ganar consumidores. Actualmente, se ha cuestionado duramente que la competencia es central para la innovación. Puede argumentarse, de hecho, que la clave de la innovación tecnológica ha estado en la participación del estado, al menos en EE. UU, como ha señalado Marianna Mazzucato en *The Entrepreneurial State* (2015).

Finalmente, la competencia permite a los consumidores escoger entre los productos ofrecidos. Teniendo en cuenta que los productos, en un mercado competitivo, tienden a ser homogéneos y que, además, en los mercados competitivos la información tiende a ser “perfecta” los consumidores podrán fácilmente elegir los bienes del competidor que ofrezca el menor precio. Esta libertad en la práctica es bastante relativa (Mochón, 2006), en tanto que la información con la que cuentan los consumidores no es realmente perfecta, y, por otro lado, la diversidad de los productos no implica diversidad de productores.

En conclusión, dentro de la lógica del libre mercado, las condiciones de libre competencia, que son inherentes al mercado libre no planificado, son requisitos para obtener los beneficios anteriormente listados. Por lo tanto, aunque existen ciertas excepciones y cuestionamientos que hemos anotado previamente, la protección y el aseguramiento de las condiciones de competencia son de suma importancia para el mantenimiento de un mercado en mínimas condiciones de beneficio para los consumidores.

### **2.1.2 Modelos de competencia**

El requerimiento de que los mercados no-planificados, o libres, sean competitivos pueden entenderse de varias formas. La idea central es qué modelo de competencia satisface mejor los intereses de los consumidores. Hay diferentes teorías que propugnan un modelo específico de competencia, pero dos ejemplos son centrales para efectos del presente trabajo.

Según la teoría neoclásica el bienestar social es maximizado en condiciones de competencia perfecta, que redundan en el bienestar del consumidor y que los competidores mejoren sus productos. La competencia perfecta es un modelo donde existe un número infinito de compradores y vendedores, productos idénticos u homogéneos y no hay barreras de entrada o salida al mercado (Whish & Bailey, 2015, pág. 8).

Una segunda teoría que critica la de competencia perfecta es la de los *contestable markets*; debido a que el modelo de competencia perfecta requiere un número infinito de vendedores; mientras que en un mercado “contestable” un resultado eficiente se puede lograr con pocos competidores que concurren en ese mercado (Whish & Bailey, 2015, pág. 17).

En ambos modelos los competidores deben poder tener un fácil acceso y salida, sin costos excesivos que supongan barreras. Esta característica de los mercados competitivos es conocida como libre competencia. De esta manera, el mercado se irá atomizando, e inclusive considerando que en un mercado eficiente los productos tienden a ser homogéneos, difícilmente una empresa individualmente podrá influir en el precio de venta (Mochón, 2006).

Asimismo, si existe libre entrada y salida en el mercado, esta condición supone una fuerza importante para establecer un equilibrio a largo plazo. Ello se explica porque las empresas toman la decisión de entrar al mercado, observando la rentabilidad de las empresas que ya operan como incentivo, considerando que pueden acceder con la misma facilidad a la tecnología o insumos para producir un bien. En ese sentido, mayor cantidad de empresas ingresarán al mercado y eso tendrá el efecto de reducción de precios. Por el contrario, si las empresas que operan en el mercado no obtienen beneficios, sino pérdidas, esto implicará que no ingresen al mercado nuevos competidores y que salgan fácilmente los ya existentes. De esa manera, el precio del bien aumentará y las empresas que se mantengan en el mercado obtendrán beneficios (Mankiw, 2017).

Teniendo en cuenta dicha idea, en caso el mercado del transporte marítimo se encuentre en un estado de competitividad (*i.e.* donde existe libre entrada y salida), las navieras deberían poder basar sus decisiones considerando la rentabilidad de las empresas que ya se encuentran operando. Existen argumentos sobre la entrada difícil por la gran inversión que puede requerir la industria marítima pero no es esa barrera de entrada a la que se hace referencia, sino a que otro partícipe haga imposible que ingrese nuevo competidor; compitiendo con precios no rentables que sólo puede sostener gracias a su tamaño.

## **2.2 El Derecho de la Libre Competencia**

El Derecho de Competencia refiere al conjunto de instrumentos legales que existen para mantener las condiciones que permiten que el proceso de competencia sea considerado libre, con la finalidad de maximizar el bienestar y beneficio del consumidor (Whish & Bailey, 2015). Esta es la finalidad última del Derecho de Libre Competencia. Por lo antes expuesto se puede afirmar que el bien jurídico protegido es el proceso de competencia mismo en el que los partícipes de mercado se esfuerzan por mejorar; sin que otros intervengan y detengan este proceso.

Algunas reglas del Derecho de Competencia, sin embargo, son anteriores históricamente, a los modelos económicos contemporáneos. En sus orígenes, muchas de estas reglas fueron concebidas e implementadas como normas del ejercicio profesional mercantil o empresarial, que aseguraban lo que se puede llamar “buenos usos mercantiles”. El proceso histórico de formación del Derecho de Competencia contemporáneo implicó la centralización de los beneficios previamente listados, en contraposición a un estándar de participación en el mercado exigible a sus agentes económicos.

### **2.2.1 La evolución del Derecho de la Competencia**

Como señalan Font Galán y Miranda Serrano, el Derecho de la competencia es ahora bien distinto al conjunto de reglas de buenos usos mercantiles antes anotado (Font Galán & Miranda Serrano, 2005, pág. 17). Tiene valor y rango constitucional, en tanto que la constitución incorpora el concepto de economía de mercado socialmente compatible. Así, como señalan los autores, no se basa sólo en la defensa de la propiedad privada, el mantenimiento de una cierta corrección profesional o buenos usos mercantiles. Por el contrario, ahora existe como un sector del ordenamiento jurídico que existe para concretar el mandato constitucional de la economía social de mercado (aunque, como ya hemos visto, una “economía de mercado” puede entenderse de una forma sumamente abstracta).

Así, el Derecho de la Competencia sufrió dos cambios importantes, que recayeron sobre el concepto de relación de competencia (Font Galán & Miranda Serrano, 2005, pág. 19). En primer lugar, se pasó a un modelo socialmente abierto que protege a los consumidores y usuarios del mercado; y, en segundo lugar, se incluyó a los profesionales no empresarios, por la realización de actividad económica.

Sobre la base del actual Derecho de la Competencia antes mencionado, se tiene un modelo normativo de carácter social e institucional comprometido con los valores y principios cristalizados en la Constitución Económica, protegiéndose y estableciendo los principios de

libertad de empresa y de protección del consumidor (Font Galán & Miranda Serrano, 2005, pág. 23).

Como también señala Laguna de Paz en relación con la libertad de empresa, el Derecho de la Competencia exige que cada agente económico determine de modo autónomo su actuación en el mercado (Laguna de Paz, 2016). La mejor forma de entender esta afirmación es en relación con lo anotado en la sección previa: el Derecho de la Competencia actual depende y tiene sentido solamente en el contexto del libre mercado en el capitalismo monetario.

Estas observaciones relativas a la evolución histórica del Derecho de la Competencia sostienen la conclusión de que esta rama del derecho lleva sentido, como ya se dijo, solo dentro de la lógica económica que forma el *statu quo*, y de los principios constitucionales que, se entiende, hacen referencia a este. Ello implica que los principios del Derecho de la Competencia deben siempre entenderse con relación a este contexto interpretativo, y dirigidos a cumplir con el rol que este le asigna.

### **2.2.2 El modelo de competencia protegido por el Derecho de la Competencia**

Como se explicó en los párrafos precedentes, la competencia puede entenderse según diferentes modelos. El Derecho de la Competencia, en particular y para efectos del presente trabajo, concierne al modelo de competencia efectiva desarrollado por la teoría de *contestable markets*.

Por ejemplo, la Comunidad Europea no pretende que la competencia sea igual en grado y tipo en todos los sectores de la economía. La conclusión es que el Derecho de la Competencia comunitario responde a un modelo teórico no de competencia perfecta sino a uno adaptable y flexible de competencia eficaz, más concreta y práctica (Fernández-Lerga Garralda, 1994, pág. 45).

La Constitución peruana en su artículo 61° menciona que “el Estado facilita y vigila libre competencia” y “combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas...”, es así que vela por la libertad entre competidores y el buen manejo de las relaciones entre ellos y sin abusos. Asimismo, en su artículo 59° establece que “el Estado garantiza... la libertad de empresa, comercio e industria” los cuales no deben “ser lesivos a la moral, salud ni seguridad pública”.

Estos dos artículos dan el marco al Derecho de la Competencia en el Perú, como lo menciona la teoría dualista que propone Zegarra Mulánovich (Zegarra Mulánovich, 2014 (Pro manuscrito)); que recoge una dualidad del Derecho de la Competencia dividida en (i) Derecho de

la Competencia Desleal y (ii) Derecho *Antitrust*, basado en una serie de hechos históricos, administrativos y legales.

Así, el artículo 59 sienta de manera indirecta las bases de la represión de la competencia desleal y el 61 del Derecho Antitrust o de protección de la libre competencia.

El Derecho *Antitrust* o Derecho de la Libre Competencia protege así la libertad de los competidores, es decir, la libertad de concurrir en el mercado; mientras que el Derecho de Defensa de la Competencia protege el ejercicio de una competencia no lesiva, por lo tanto, leal.

### **2.2.3 La libre competencia como principio constitucional en el Perú**

En el Perú, la Constitución en su capítulo económico, establece en su artículo 58 que “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país”. Asimismo, su artículo 60 menciona que “El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa...” y el 62 que “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase...”.

Estos tres artículos; que pertenecen a los principios generales del capítulo económico, garantizan así la iniciativa privada libre, diversas formas de empresa y libertad de contratar; por lo que refuerzan la protección que brinda el Derecho Antitrust o de protección de la libre competencia, pues es esta la base del desarrollo económico; tanto como bien jurídico a proteger como ecosistema necesario para la creación de eficiencias y desarrollo que redundan en crecimiento y bienestar social. Finalmente, el artículo 62 menciona que los contratos no pueden ser modificados por ley, brindando protección a esta libertad y los acuerdos que deriven de ella. Incluso el Estado al recibir inversiones de grandes montos y para ciertas obras puede otorgar convenios de estabilidad jurídica, manteniendo condiciones y principalmente tributos para promover ciertas actividades y proteger la inversión.

Adicionalmente y como base se encuentra el artículo 70 que menciona que “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza”, condición necesaria para el desarrollo de competencia.

### **2.3 Afectaciones a la libre competencia**

En esta sección se exponen las diferentes maneras en que el derecho de libre competencia cataloga y persigue las conductas que puedan afectar el modelo de competencia que se introdujo en las secciones precedentes.

### **2.3.1 Estructura y contenido del Derecho de la Competencia**

El Derecho de la Libre Competencia o *Antitrust* suele dividirse según los mecanismos legales específicos empleados para asegurar las condiciones de competencia. Así, tenemos (i) acuerdos anticompetitivos, (ii) conductas abusivas, (iii) fusiones y (iv) restricciones públicas a la competencia, que son las diferentes maneras de afectar la libre competencia.

Las restricciones públicas a la competencia son materia del derecho de competencia, en tanto limitan las condiciones de libre competencia, y deben cumplir una serie de criterios y requerimientos para ser justificables.

Adicionalmente cabe mencionar que para afectar la libre competencia usualmente se debe tener una “posición de dominio”, condición que goza cualquier agente económico que tiene la posibilidad de restringir o afectar la oferta o demanda en un mercado. Esta condición no es la prohibida, sino los actos realizados en abuso de la misma; por ello se considera que existe abuso de posición de dominio cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

En el presente trabajo, el objeto de estudio se relaciona, como se observará más adelante, con el primer elemento de esta lista, puesto que las conferencias marítimas parecen tener la forma de acuerdos anticompetitivos. Por lo tanto, corresponde explicarlos con mayor detalle.

### **2.3.2 Acuerdos anticompetitivos**

En línea con la constitución peruana, existe en Perú el Decreto Legislativo 1034 cuya finalidad es prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas para promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores, cuyo detalle se verá más adelante.

Asimismo, en el Derecho Comunitario Europeo<sup>23</sup> se prohíben los acuerdos entre empresas, asociaciones de empresas y prácticas concertadas que tengan por “objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia”, siempre que sean susceptibles de afectar al comercio entre Estados miembros. Las legislaciones de los países miembros de la Comunidad Europea prohíben estos acuerdos en esa misma línea; mientras que el Derecho español (Laguna de Paz, 2016, pág. 350) prohíbe “todo acuerdo, decisión o recomendación

---

<sup>23</sup> Art. 101.1 TFUE

colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional<sup>24</sup>.

Así, según Laguna de Paz la prohibición del Derecho Comunitario Europeo requiere de tres exigencias (i) pluralidad de operadores, (ii) existencia de acuerdo o prácticas concertadas y (iii) que dichas actuaciones tengan por objeto o efecto la restricción, impedimento o falseamiento de la competencia (Laguna de Paz, 2016, pág. 350).

El requisito de pluralidad de operadores es importante, puesto que se excluyen casos que involucren a una matriz con su filial. Asimismo, en el derecho español, la prohibición no afecta a los acuerdos y prácticas que resulten de la aplicación de una ley, aunque sí a las situaciones de restricción que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas, o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o empresas públicas que no cuenten con dicho amparo legal.

Para poder determinar si un acuerdo rompe la competencia, se requiere, como se aprecia en el párrafo anterior, analizar no solamente el objeto del acuerdo, sino también los efectos que genera en el mercado, tomando en cuenta las condiciones estructurales de este último. El objetivo final es analizar cómo y en qué medida el acuerdo afecta o puede afectar la competencia entre las partes involucradas y terceros (Laguna de Paz, 2016, pág. 352).

Así, se observa que existen acuerdos cuya finalidad es la restricción de la competencia (por lo que objetivamente se podría afirmar que van contra ella expresamente) y acuerdos cuyas consecuencias la afectan (por lo que debe analizarse sus efectos para determinar la afectación a la competencia).

En ese sentido es que se desarrolla en la norma peruana (D. Leg. 1043) que las prohibiciones de las conductas anticompetitivas pueden ser absolutas, donde para verificar la existencia de la infracción administrativa es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta. Esto es lo que se llama la regla *per se*.

Asimismo, pueden ser relativas, donde la autoridad deberá probar además los efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores, siguiendo la llamada *rule of reason* o la regla de la razón. Ambas reglas están recogidas en los artículos 8 y 9 de la mencionada norma, respectivamente.

---

<sup>24</sup> Art. 1.1 LD Competencia española

Por otro lado, el Derecho *Antitrust* estadounidense no contempla ninguna excepción a las prohibiciones *per se* en la sección 1 de la *Sherman Act*.

En general, todo acuerdo cuya finalidad sea limitar la competencia está prohibido. En contraste, los acuerdos que limitan la competencia únicamente en sus efectos deben pasar dos requisitos antes de ser considerados ilegítimos o verdaderamente anticompetitivos.

Dentro de esta exigencia se prohíben los acuerdos que (a) tienen como objeto la restricción de la competencia (como fijación de precios o reparto de mercados), casos en que no resulta necesario probar los efectos anticompetitivos; y, (b) acuerdos cuyos efectos sean restrictivos para la competencia, reales o potenciales. Basta entonces la potencialidad, sirviendo la medición del efecto para el cálculo del monto de una multa y/o indemnización por el daño y perjuicio causado. Basta así conocer o participar, aunque no se ejecute lo acordado; invirtiéndose la carga de la prueba para la empresa (Laguna de Paz, 2016, pág. 352).

El primer requisito es que las restricciones tengan algún efecto apreciable, excluyéndose actos con repercusiones insignificantes en el mercado (acuerdos *de minimis*<sup>25</sup>) (Laguna de Paz, 2016, pág. 353).

El segundo requisito es que la limitación efectuada no consista en lo que Laguna de Paz llama restricciones accesorias (Laguna de Paz, 2016). Ello refiere a restricciones a) vinculadas a una operación principal no restrictiva de la competencia y (b) objetivamente necesarias y proporcionales a la operación principal, de manera que, en su ausencia aquélla resultaría de difícil o imposible realización<sup>26</sup>. El examen de proporcionalidad conlleva la comprobación de la duración y ámbito de aplicación; y es una apreciación económica compleja<sup>27</sup>.

Así, el artículo 101.3 TFUE permite la excepción a esta prohibición de acuerdos anticompetitivos cuando:

- i. contribuyan a mejorar la producción o distribución de productos o a fomentar el progreso técnico o económico,

---

<sup>25</sup> Como indica Laguna de Paz, la Comisión Europea considera como de menor importancia aquellos acuerdos (exceptos los *per se*) en lo que, en todos los mercados relevantes afectados las cuotas combinadas de las partes ni superen: (i) 5% en acuerdos horizontales y (ii) 10% en acuerdos verticales o mixtos (Laguna de Paz, 2016, pág. 353).

<sup>26</sup> Ver cita 174 de Laguna de Paz, 353: Asunto T-112/99, *Métropole télévision (M6)* y otros, EU:T:2001:215, marg. 104. Directrices art. 101.3 TFUE (2004), margs. 28-31.

<sup>27</sup> Sobre este extremo Laguna de Paz (p. 298) menciona que en algunos casos de industrias de sectores económicos más grandes la competencia no siempre es tan abierta y es *más eficaz* la regulación sectorial pues es *ex ante*. Contra su argumento está la posición de que no todo comportamiento se puede prever en el futuro, por lo que no siempre se puede regular *ex ante* (Laguna de Paz, 2016, pág. 298).

- ii. reserven a usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante,
- iii. no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensable para alcanzar tales objetivos y
- iv. ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Como indica Laguna de Paz estos acuerdos, en las condiciones arriba listadas fomentan la esencia del proceso competitivo mediante mejores precios y productos. Sin embargo, el autor también considera poco probable que una restricción grave pueda acogerse a la excepción (Laguna de Paz, 2016, pág. 354).

Como se ha observado, en la norma comunitaria europea se analiza el efecto y pueden existir excepciones, las cuales no se recogen en norma peruana expresamente pero considero cabrían en el análisis de prohibición relativa mediante la *rule of reason*; lo que sí se recoge es la excepción a la aplicación de la norma peruana (ámbito de aplicación objetivo) para todo acuerdo que se produzca bajo el amparo de otra ley; estableciendo una excepción objetiva aplicable al caso de las CdCM pues como se ha explicado el Perú se adhirió mediante norma con rango legal.

### **2.3.3 Horizontalidad y verticalidad**

Los efectos anticompetitivos pueden ser de dos tipos: (i) Horizontales, si los intervinientes compiten al mismo nivel en el mercado y (ii) Verticales, si están al mismo nivel. Los horizontales, a su vez, pueden agruparse en tres (Laguna de Paz, 2016, págs. 349-350)<sup>28</sup>:

- i. cárteles: fijación de precios y otras condiciones de transacción, aplicación de condiciones discriminatorias; reparto de mercados y otras fuentes de abastecimiento; limitación de la producción o de las fuentes de suministro; boicots colectivos; intercambio de información;
- ii. acuerdos de cooperación: investigación y desarrollo; producción común y especialización; compra y venta en común; estandarización; y
- iii. acuerdos en materia de propiedad intelectual.

Por el otro lado los acuerdos verticales se producen entre agentes económicos ubicados en una situación dispar o en diferente nivel; por lo tanto, no compiten de manera directa, por

---

<sup>28</sup> En dicha referencia, el autor cita a Van Bael y Bellis, en *Competition Law of the European Community* (2005), página 385 y siguientes.

ello tal y como señala Laguna de Paz su carácter anti concurrencial puede resultar menos evidente que en el caso de los acuerdos horizontales (Laguna de Paz, 2016, pág. 350).

En el caso de las conferencias marítimas, parecen más relevantes los acuerdos horizontales, en la medida en que las navieras son competidoras directas; como los repartos del tráfico y la concertación del precio de los fletes. Sin embargo, también es de notar que las conferencias toman acuerdos de lealtad con los cargadores (usuarios); brindándoles una serie de beneficios por mantenerlos como cliente y mientras no contraten con terceros no miembros de las conferencias.

Según el artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas del Perú (Decreto Legislativo 1034) sobre el ámbito de aplicación objetivo de la norma, se encuentra fuera de este cualquier conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. Dado el caso de la adhesión del Perú al CdCM y que como se ha expuesto posee rango legal, estamos dentro de un supuesto de excepción al ámbito de aplicación de esta norma que tiene como fin sancionar las conductas anti-concurrenciales.

#### **2.3.4 Prácticas concertadas**

No toda conducta con efectos anticompetitivos puede atribuirse a un acuerdo o decisión. Es así que se forma el concepto de prácticas concertadas, que son conductas que no necesariamente implican reciprocidad o la existencia de un acuerdo explícito entre las partes. De este modo, una práctica concertada puede no reunir todos los elementos de un acuerdo (bilateralidad, consenso y autonomía), pero manifiesta una coordinación en el comportamiento de los participantes (Fernández-Lerga Garralda, 1994, pág. 117).

La Corte de Justicia Europea estableció que en virtud del artículo 101, no se requiere la probanza de un plan concertado entre los empresarios; pues cualquier contacto directo o indirecto entre operadores del mercado que tenga como objeto o efecto influenciar la conducta en el mercado de un competidor real o potencial; o revelar a dicho competidor la conducta que han decidido tomar (Whish & Bailey, 2015, pág. 118), basta para configurar una afectación a la libre competencia.

Sobre las prácticas concertadas, Fernández-Lerga plantea el problema de la relación entre las prácticas concertadas y el llamado paralelismo de comportamiento de las empresas. El comportamiento paralelo, por sí mismo, no puede ser identificado con una práctica concertada (pero puede ser un gran indicio) (Fernández-Lerga Garralda, 1994, págs. 117-118). Ello ha sido reconocido por el Tribunal de Libre Competencia Europeo. Lo relevante es

determinar si el paralelismo conduce a condiciones de competencia anormales, teniendo en cuenta las condiciones del mercado particular.

Este autor, recogiendo los criterios reiterados por el tribunal recoge como criterios para determinar a una práctica concertada como tal los de: (i) coordinación, (ii) cooperación práctica y consciente, y (iii) ausencia de autonomía en la práctica a seguir por el agente económico. Por lo que determina que es imprescindible un elemento consciente e intencional.

En los oligopolios, existe un mayor riesgo de este tipo de prácticas, pues basta que se actúe de una manera que interese a todos. Nuevamente, debe poder distinguirse ello de conductas paralelas que son una consecuencia natural de la estructura del mercado (Laguna de Paz, 2016, pág. 351)<sup>29</sup>.

Es así que debe de distinguirse a las conductas paralelas de las prácticas concertadas, pues las primeras no recogen los criterios antes mencionados y por lo tanto no se le puede sancionar o imputar una conducta a alguien que no la ha deseado ni es consciente de la existencia de un competidor que se comporta igual.

En cuanto a las conferencias marítimas, desde un punto de vista operativo, todo indicaría que los acuerdos entre sus miembros pueden llamarse prácticas concertadas, pues, como se ha mencionado antes al explicar su funcionamiento, reúnen las tres características mencionadas por Fernández-Lerga.

Como se ha podido observar en el presente capítulo, las conferencias marítimas sí inciden en el mercado pues la finalidad de sus acuerdos es racionalizar servicios, fijar precios de los fletes, distribuirse rutas; todos ellos con efectos frente a los terceros con quienes contratan las navieras.

Así, los cárteles, como prácticas horizontales restrictivas de la libre competencia cuando tengan como efecto limitarla; son una vulneración directa a la misma (en teoría lo son, aunque como se ha observado se encuentran dentro de una excepción a la ley de represión de conductas anticompetitivas). En el caso de las conferencias no podría afirmarse que sus acuerdos son restricciones accesorias, pues podrían seguir operando sin ellos; en cuanto a que los efectos de sus acuerdos sean *apreciables* probablemente muchas veces el impacto de ellos supere el umbral de la Unión Europea, y en otras legislaciones probablemente tengan gran impacto por la envergadura del sector al que se aplican.

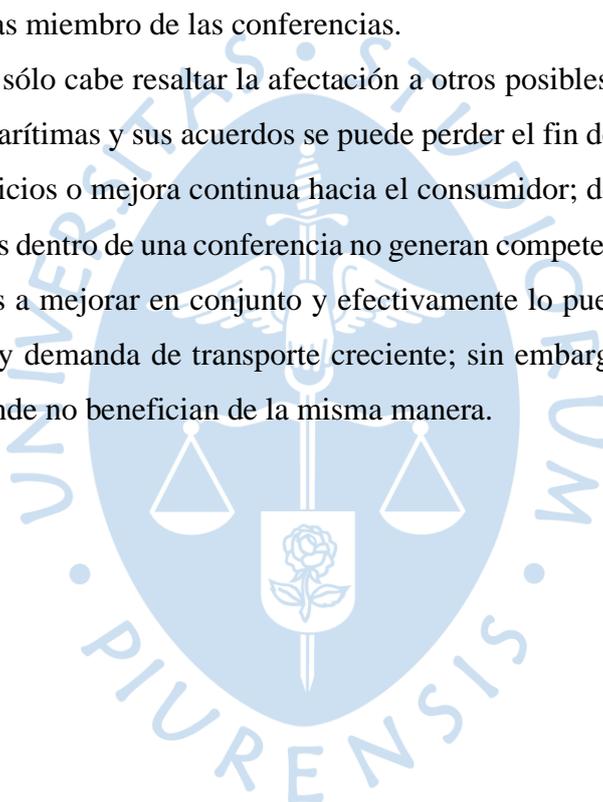
---

<sup>29</sup> En dicha referencia, el autor cita a Whish y Bailey, en *Competition Law* (2012), página 99.

Asimismo, es difícil afirmar que no tienen por objeto o efecto restringir la competencia; desde distribuir el tráfico (también llamados acuerdos de *pool*), fijar precios de fletes hasta celebrar acuerdos de lealtad; generan beneficios que de otra manera no podrían obtener. En caso de no estar amparadas las conferencias marítimas bajo una excepción a la vulneración de la libre competencia; se sancionarían sus acuerdos por tener un objeto anti-competencial; y raramente por tener un efecto de este tipo como puede suceder en una práctica concertada.

Sobre los acuerdos de lealtad cabe hacer la salvedad que no son acuerdos horizontales, el fenómeno de las conferencias marítimas genera también interacciones verticales; donde los acuerdos de lealtad se celebran con los usuarios que reciben el servicio de transporte marítimo por parte de las navieras miembro de las conferencias.

Finalmente, no sólo cabe resaltar la afectación a otros posibles competidores; sino que con las conferencias marítimas y sus acuerdos se puede perder el fin de la competencia misma, la generación de beneficios o mejora continua hacia el consumidor; debido a que esta serie de prerrogativas acordadas dentro de una conferencia no generan competencia entre sus miembros; sólo se ven impulsadas a mejorar en conjunto y efectivamente lo pueden hacer porque existe un mercado marítimo y demanda de transporte creciente; sin embargo, no se impulsan de la misma manera y por ende no benefician de la misma manera.





## Capítulo 3

### Competencia y conferencias marítimas

En el presente capítulo se hará un breve recuento del tratamiento normativo que reciben las conferencias marítimas en diferentes ordenamientos jurídicos. Comenzaremos con ordenamientos regionales de importancia global, para luego pasar a la revisión de casos más cercanos a la realidad peruana, que será estudiada al finalizar el capítulo.

#### 3.1 Tratamiento regional

En esta sección se pasará revista a tres tratamientos legislativos que, regionalmente, han recibido las conferencias marítimas. En primer lugar, se presenta el caso estadounidense, continuando la exposición histórica del primer capítulo. En segundo lugar, el caso europeo. En tercer lugar, dos ejemplos cruciales del tratamiento de las conferencias en América Latina: Chile y Colombia.

##### 3.1.1 Caso estadounidense

En una sección previa (I.1.2), se presentó el proceso histórico por el cual, en los Estados Unidos, se pasó por una *Shipping Act* en 1916, y la *Bonner Act* de 1961. Siguiendo el orden cronológico, es necesario considerar brevemente la *Shipping Act* de 1984, que derogó parcialmente a la *Shipping Act* de 1916. La *Shipping Act* de 1984 tuvo tres objetivos:

- Establecer una regulación no discriminatoria y reducida para el transporte marítimo de línea internacional.
- Armonizar con las prácticas marítimas internacionales un sistema de transporte eficaz y económico.
- Fomentar una flota de buques de línea estadounidenses para cubrir las necesidades de seguridad nacional (Ortíz Blanco). Este objetivo, según ORTIZ BLANCO, resultaba contradictorio con los otros dos perseguidos. Coincidió con este autor debido a que el solo hecho de fomentar una flota nacional contraviene la no discriminación y armonización.

Respecto a la aplicación de normas *antitrust*, las modificaciones importantes que trajo la nueva *Shipping Act* fueron que circunscribió la inmunidad de las conferencias frente a las leyes antitrust a las actividades que estrictamente se encuentren dentro del umbral de los acuerdos autorizados que podían celebrar las conferencias. Por otro lado, impidió que el Departamento de Justicia pueda intervenir en los asuntos relacionados a las conferencias marítimas (Ortíz Blanco). De acuerdo con Sjostrom la *Shipping Act* de 1984 hizo más explícito y aclaró el contenido de la *Shipping Act* de 1916 (Sjostrom, 2004).

En 1998, el Congreso de Estados Unidos emitió la *Ocean Shipping Reform Act* (“OSRA”), que constituye el hito contemporáneo más relevante en este punto del trabajo. La OSRA tuvo como objetivo principal promover el crecimiento y el desarrollo de las exportaciones estadounidenses mediante el desarrollo de una industria naviera nacional, competitiva y eficiente, apelando a la propia regulación del mercado.

Las principales modificaciones que se introdujeron mediante dicha norma fueron permitir que los miembros de las conferencias puedan negociar y celebrar contratos individuales, fuera del ámbito de la conferencia, lo cual antes podría ser reprimido por estas. Además, la OSRA estableció que exista mayor confidencialidad de los términos de los contratos de servicio, lo cual fue un triunfo de los cargadores. La confidencialidad implica que los contratos sean enviados únicamente mediante un sistema electrónico a la *Federal Maritime Commission* (“FMC”) y que sólo algunos aspectos esenciales respecto del cargador y del acuerdo sean publicados (Schoenbaum, 2012). Esto implica una transición desde la importancia de las conferencias marítimas como agentes de la industria naviera, hasta la priorización de la celebración de contratos individuales (Ortíz Blanco).

Además, la OSRA permitió expresamente a la FMC tomar acciones contra agentes de la industria naviera extranjera si se determinaba que sus políticas de precios eran perjudiciales para el transporte marítimo de los Estados Unidos. Asimismo, prohíbe que las navieras puedan negarse a contratar o negociar irrazonablemente. Por otro lado, prohíbe que se puedan hacer rebajas respecto a tarifas publicadas por las navieras (Ortíz Blanco).

Así, a partir de la implementación de la OSRA en Estados Unidos desaparecieron conferencias que cubrían rutas en Asia y en Europa sin consecuencias negativas sobre el precio del flete. Esto demuestra que las prácticas restrictivas de las conferencias se van adecuando al margen de regulación estatal impuesto, ya que es una consecuencia natural del mercado. Por ello, si bien se puede hacer un análisis jurídico de las conferencias marítimas, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, no se puede dejar de lado la parte económica y el problema estructural del mercado del transporte marítimo en línea (Sotomayor Flores, 2017).

Como afirma Sotomayor, la regulación afectó a las conferencias de esas rutas, llevando a su desaparición; sin embargo, no al aumento del precio del flete. Que probablemente se mantuvo según oferta y demanda, más aún siendo un mercado internacional; por lo que se puede afirmar que las navieras siempre se adaptarán bajo un criterio económico que se les adapte mejor en una situación o ruta concreta.

De este modo se empiezan a observar evidencias de que no siempre son válidos los argumentos de: (i) el gran capital requerido para poder iniciar una naviera y prestar el servicio de transporte marítimo de línea, y (ii) el argumento antes expuesto de la necesidad de agruparse y concertar precios para poder mantener su operación y un servicio eficiente y con beneficios al usuario.

### **3.1.2 Caso europeo**

Inicialmente, se discutió en la CEE si los principios de competencia del Mercado Común resultaban aplicables a los transportes marítimos, y se estableció un sistema común de información para el seguimiento del mercado internacional de transportes marítimos. Se tomaron, inclusive, algunas contramedidas para mantener la competencia en el ámbito de transportes marítimos<sup>30</sup>. Posteriormente, mediante el Reglamento CEE N° 954/1979, se declaró que el sistema de conferencias marítimas era incompatible con el Derecho Comunitario, por ser discriminatorio y alejarse de los principios de la economía de mercado.

A partir de 1985, y hasta el 2009, regía en la entonces Comunidad Económica Europea (“CEE”), en materia de competencia, el artículo 81° del Tratado Constitutivo de la CEE (Franco Zárate, 2003). Este artículo establece prohibiciones generales y específicas (81.1) de decisiones y prácticas capaces de afectar el comercio en la CEE, y cuyo objeto o efecto sea afectar la libre competencia. Asimismo, establece la nulidad absoluta de todos estos acuerdos (81.2), y fija la posibilidad de que se realicen excepciones a las prohibiciones, imponiendo condiciones para estas: que las prácticas o acuerdos contribuyan a la producción o distribución, fomentar el desarrollo económico o tecnológico, mientras se reserve a los usuarios una “participación equitativa en el beneficio resultante”, y siempre que estos acuerdos no impongan restricciones no indispensables u ofrezcan la posibilidad de “eliminar la competencia respecto de una parte sustancial” de los productos en cuestión (81.3). En palabras de García Pita, el contenido de este artículo era complejo (García Pita, Pro manuscrito). En 2009, este artículo fue reemplazado por el artículo 101° del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”), que mantiene, en esencia, el mismo texto.

Como puede apreciarse, y como resalta García Pita, la redacción de estos dispositivos legales abarca naturalmente a las empresas del sector marítimo, ya que se aplica de manera general a las “empresas”. La prohibición recae sobre las propias conferencias marítimas debido

---

<sup>30</sup> Decisiones CEE N° 89/774/CEE y N° 83/573/CEE.

a que las conferencias pueden ser calificadas como acuerdos restrictivos de la competencia, ya que buscan limitar el acceso al mercado de navieros outsiders y restringir la libre participación en la industria naviera (García Pita, Pro manuscrito).

A pesar de las decisiones previas a 1985, y a los dos Tratados antes mencionados, los países del espacio Europeo adoptaron el CdCM. Sin embargo, nuevamente, la CEE, años después de la adopción de las decisiones antes descritas, decidió fortalecer la posición de la navegación marítima frente a Estados ajenos a la Comunidad Europea, así se publicó el Reglamento CE del Consejo N° 4056/1986 (el “Reglamento CE”), el cual por muchos años ha sido la norma más importante del Derecho Europeo en el sector marítimo (García Pita, Pro manuscrito).

Es a partir de este reglamento que se da una variación en el derecho comunitario sobre esta materia. El Reglamento CE supuso una exención de los principios y normas del Tratado Constitutivo sobre competencia a la industria naviera que cumpla con cuatro condiciones (García Pita, Pro manuscrito):

- (i) Servicios de transporte marítimo.
- (ii) Internacionales.
- (iii) La navegación tenga destino a uno o más puertos de la CEE.
- (iv) Línea regular.

Dentro de las prácticas exentas se encontraban las conferencias marítimas y los acuerdos técnicos. De esa manera, el Reglamento CE define a las conferencias como un grupo de dos o más navieros que presta servicios internacionales regulares para el transporte de mercancías siguiendo líneas que ha concluido en un contrato, mediante el cual operan conforme a fletes comunes y demás condiciones de transporte establecidas para la prestación de los servicios regulares (García Pita, Pro manuscrito), siendo similar a la definición del Código de conducta. Entre los acuerdos permitidos por el artículo 3° del Reglamento CE se encontraban los siguientes:

- (i) Coordinación de horarios y fechas.
- (ii) Determinación de frecuencias.
- (iii) Coordinación o distribución de singladuras.
- (iv) Regulación de la capacidad de carga ofrecida por los miembros.
- (v) Distribución de cargamentos e ingresos entre miembros.

Además, se les impuso a las conferencias distintas obligaciones, como celebrar consultas, asegurar la libertad de elección de servicios no cubiertos por flete y dar publicidad

de las tarifas. Asimismo, el Reglamento CE legitimó los acuerdos de fidelidad que no constituirían prácticas abusivas, para lo cual se basa en las condiciones establecidas en el Código de conducta. En general, como observan (Gabaldón García & Ruiz Soroa, 2006), se trataba de una regulación más estricta: no se permitía imponer el sistema de rebajas diferidas, y se exigía que los acuerdos de fidelidad solo sean celebrados en tanto estén dirigidos a garantizar la estabilidad de los fletes y de los servicios en línea regular.

Además, y sin perjuicio de estas medidas, en 1989, la CEE reguló a los consorcios marítimos, toda vez que las conferencias marítimas no eran suficiente para satisfacer las necesidades de servicio de los usuarios, que requerían de una colaboración más cercana entre navieros. Estos consorcios estaban orientados a la racionalización de operaciones técnicas y comerciales de manera conjunta con el fin de repartir costos y racionalizar servicios (García Pita, Pro manuscrito). Estos consorcios podían actuar inclusive fuera de las conferencias, en “consorcios independientes”, lo cual según García Pita llevó a las siguientes consecuencias:

- (i) Los consorcios se superponen a las conferencias marítimas.
- (ii) Se elimina la competencia ya que se pasa a la colaboración en la prestación del mismo servicio.
- (iii) Las conferencias quedan relegadas a espacios de negociación de fletes con los cargadores.

De estas consecuencias, se puede notar que, con el nacimiento de los consorcios, las conferencias marítimas fueron perdiendo importancia en la CEE progresivamente. Esto se sumó a los abusos que cometieron las conferencias de fletes en la cartelización del transporte marítimo y a la incompatibilidad de la exención con las normas de competencia de la CEE. Este conjunto de factores llevó a la CEE a adoptar medidas para la aplicación de las exenciones de las conferencias marítimas e ir consiguiendo ciertas libertades, en un ámbito de restricción de la competencia, a saber: la negociación individual de contratos de servicio y en la prestación de servicios no marítimos por parte de las navieras (Ortíz Blanco).

En suma, la lógica de las excepciones establecidas, basada en el desarrollo del sector marítimo, en apariencia cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 101° del TFUE (Faña & Varela Candamio, 2012). Independientemente de si históricamente estos requisitos se cumplían en la realidad, debe notarse que las tendencias del sector marítimo durante la primera década del siglo XXI y el contexto en el que se encontraba cambiaron considerablemente.

Como observan (Faña & Varela Candamio, 2012), los volúmenes de tráfico, los tiempos de viaje y descarga, y las tecnologías de la información, modificaron la estructura y

procesos del transporte marítimo. Por otro lado, y según los mismos autores, los acuerdos de cooperación asumieron un rol importante en la competencia, conllevando a una mejora en los servicios; y, de hecho, cayeron las cuotas de mercado de las conferencias marítimas, y aumentaron los contratos de servicios individuales. En suma, durante la primera década del siglo XXI, la excepción introducida en la protección de la competencia por la regulación de las conferencias fue mostrada como no indispensable para mantener una demanda suficiente y estable en el tiempo de los servicios.

Como agregan (Estepa Montero, 2010), a esto se sumó el reemplazo, en 2006 del Reglamento CE fue reemplazado con el Reglamento, CE 1419/06, que gozó de bastante apoyo en la doctrina internacional. Este buscaba principalmente suprimir la exención de fijación de precios de las conferencias marítimas, así como de los consorcios y alianzas, por recomendación de la OCDE.

Faíña & Varela Candamio (2012) resaltan que uno de los argumentos más importantes para levantar la excepción tenía como premisa que el transporte marítimo de línea tiene una estructura de costos fijos semejante a la de otros sectores no exentos y por ello no requiere de un trato diferenciado. Igualmente, y como señalan estos autores, la exención no estaba, en realidad, cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 101° del TFUE: (i) no se podría establecer qué ventajas económicas podría, (ii) las conferencias fijan sobre tasas que alcanzan hasta el 30% del precio del transporte, por lo que no estaría otorgando ningún beneficio a los consumidores; (iii) las conferencias podrían tener alternativas menos restrictivas de la competencia para alcanzar los fines buscados, como acuerdos de cooperación que no implican fijación de precios, o inclusive consorcios o alianzas.

La lección fundamental que arroja la historia europea con relación a la competencia en el transporte marítimo y las conferencias es que, a pesar de que se utilizó un discurso que apelaba a la lógica prevista para las excepciones a la protección de la libre competencia, la realidad de los mercados demostró claramente que no eran excepciones justificadas. En conclusión: las conferencias claramente violan la libre competencia, y no existe justificación económica para sostenerlas como excepción a este régimen.

### **3.1.3 Caso chileno**

Chile, como señala Sepúlveda, tuvo una participación importante en la discusión, aprobación y adopción del CdCM; y, además, históricamente, todas las navieras chilenas de líneas regulares de comercio exterior han estado afiliadas a conferencias.

Sin embargo, en el año 2012, la Fiscalía Nacional Económica de Chile (“FNE”)<sup>31</sup> presentó una solicitud al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile (el “Tribunal”), con la finalidad de derogar la exención que ostentan las empresas navieras chilenas frente a la Ley de Defensa de la Competencia (“Ley de Competencia de Chile”), aprobada por Decreto Ley N° 211, que les permite participar en conferencias de fletes, convenios *pool* y consorcios para racionalizar los servicios de transporte marítimo (como sucede en Perú).

Otra norma en cuestión es el Decreto Ley N° 3059 (el “Decreto”), de Fomento de la Marina Mercante, cuyo artículo 5° señala lo siguiente: “**Artículo 5°.** Todas las empresas navieras chilenas tendrán derecho a participar en los tráficos, tanto de cabotaje como servicio exterior.

En conformidad a las prácticas y usos del transporte marítimo internacional, las referidas empresas podrán participar en conferencias navieras de fletes, convenios de pool y consorcios que regulen y racionalicen servicios y, en consecuencia, para estos efectos, no estarán sujetas a las normas del decreto ley N° 211, de 1973. Los respectivos acuerdos y tarifas deberán registrarse en el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en la forma que determine el Reglamento.”<sup>32</sup>

La FNE, en su solicitud, indicó que investigó el marco normativo que habilitaba a las conferencias a realizar sus prácticas, fuera de la Ley de Competencia de Chile. Así, la FNE revisó, entre otros documentos, el Informe de la OCDE denominado “*Competition Policy in Liner Shipping*” (el “Informe”), en el cual se recomienda a los países miembros de la OCDE a remover las exenciones de competencia existentes en el sector naviero<sup>33</sup>.

La FNE partió de la premisa defendida en un informe de las Naciones Unidas<sup>34</sup> de que las normas de libre competencia deben ser de aplicación general (aunque como hemos expuesto el CdCM nace de las mismas Naciones Unidas), y argumentó de manera general que la inaplicación de normas de competencia sobre un sector puede generar distorsiones y afectar las

---

<sup>31</sup> De acuerdo con la Ley de Defensa de la Competencia de Chile, aprobada por Decreto Ley N° 211, la FNE es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, encargada de defender y promover la libre competencia en todos los mercados o sectores productivos de la economía chilena.

<sup>32</sup> Como bien señala la FNE en el numeral 32 de la solicitud, si bien a partir de una interpretación literal del texto de la norma se entendería que solo las navieras chilenas se encuentran dentro de esta exención, en la realidad no se puede limitar que las navieras extranjeras se beneficien de la misma debido a que el ordenamiento jurídico chileno contempla que se promueva el trato no discriminatorio entre empresas.

<sup>33</sup> Números 1-10 de la solicitud de la FNE.

<sup>34</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Shyam Khemani, R. Aplicación de las leyes sobre la competencia: exenciones y excepciones. Nueva York y Ginebra. 2002.

condiciones del mercado y afectar a otros sectores de la economía relacionados con el sector exento<sup>35</sup>.

La FNE entendía que el argumento principal para justificar las prácticas de las conferencias marítimas se basaba en una particularidad de la actividad naviera, que requería de concertaciones para sobrevivir a los fallos del mercado, que son resumidos por la FNE de la siguiente manera<sup>36</sup>:

- a) Existencia de flujos desbalanceados de comercio entre los viajes de ida y vuelta y altos niveles de estacionalidad.
- b) Obligación de cumplir un programa, independientemente de si la nave se encuentra a plena capacidad de carga o no; y,
- c) Sector de transporte de carga es intensivo en capital y presenta importantes economías de escala. Así, tienen altos costos fijos y bajos costos marginales.

La FNE argumentó, de manera semejante a lo explicado para el caso europeo en la sección anterior, que la industria naviera no es, realmente, particular. Como señala el Informe, las estructuras de costos de los agentes de la industria aérea, naviera y ferroviaria, son similares, por lo que la actividad naviera no es radicalmente distinta en costos a otras actividades de transporte que no se encuentran exentas de las leyes de libre competencia<sup>37</sup>.

La FNE argumentó, partiendo de que son industrias similares, que el transporte aéreo de carga y de pasajeros, así como la ferroviaria en la Unión Europea, han tenido resultados exitosos al fomentar la competencia. Inclusive, señaló, la liberalización del transporte aéreo de pasajeros ha promovido el crecimiento global del volumen de usuarios y ha fomenta la cooperación entre líneas aéreas, lo cual se ha materializado en la suscripción de acuerdos de código compartido, alianzas globales, entre otros<sup>38</sup>; esto resulta como un ejemplo que podría ser replicado por la industria naviera, prescindiendo de las conferencias marítimas.

La FNE también observó que los costos de infraestructura en el sector aeronáutico han sido reducidos a través del mercado de arrendamiento, teniendo como consecuencia que haya una mayor flexibilidad para la entrada y salida al mercado<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Numerales 11-16 de la solicitud de la FNE.

<sup>36</sup> Numeral 126 de la solicitud de la FNE.

<sup>37</sup> Numerales 191-194 de la solicitud de la FNE.

<sup>38</sup> Numerales 202-205 de la solicitud de la FNE.

<sup>39</sup> Numerales 210-216 de la solicitud de la FNE.

Además, la FNE fue enfática al señalar que la competencia destructiva que se podría generar entre navieras, situación que ha sido descrita anteriormente en esta investigación, carece de evidencia económica y fáctica, de tal manera que afirman que “los quiebres y éxodos de empresas del mercado existen, pero son resultado de operaciones ineficientes, más que el efecto de eventos sorpresivos”<sup>40</sup>.

Los argumentos de la FNE fueron sólidos, basados en premisas fácticas reales y comprobables, y debieron haber sido determinantes.

Sin embargo, el Tribunal no aceptó la propuesta de la FNE. El Tribunal sostuvo que, en relación con operatividad de la industria naviera, existen distintos costos indivisibles o fijos, a largo plazo y a corto plazo, para ingresar al mercado y para prestar el servicio: adquisición o arrendamiento de naves, costos de viaje (combustible, costo de puertos, seguros, mantención de la nave), entre otros. Además, señaló que existen costos variables de corto plazo llamados costos de carga que dependen de la cantidad de carga transportada, así como otros costos fijos que se deben a la necesidad de cumplir un horario y calendario previamente definido, que las lleva a operar con exceso de carga, regularmente. El Tribunal resaltó además que el servicio es estacional y depende de los ciclos económicos de los distintos países. Estas dos últimas condiciones del servicio llevan a que se generen problemas de capacidad ociosa<sup>41</sup>.

Asimismo, el Tribunal insistió en la justificación de los acuerdos entre navieras con base en la Teoría de la Competencia Destructiva y *Empty Core*. La primera afirma que “cuando un nuevo operador puede entrar a una determinada ruta con facilidad, cobrar un precio menor que las incumbentes, con el objetivo de quitarle participación de mercado a las empresas establecidas y salir antes de que éstas reaccionen”<sup>42</sup>. Ello tendría como consecuencia que las empresas no podrían financiar sus costos fijos a esos precios, y enfrentarían mayores costos fijos para cumplir con los calendarios, pero el nuevo operador entraría con una nave de menor capacidad y otorgando un servicio distinto, “apropiándose” de las rutas o tramos de estas<sup>43</sup>.

La segunda, la Teoría del *Empty Core*, por su parte afirma que, a pesar de las negociaciones, entre navieras, y de la competencia, “no se llega a un equilibrio estable, dado que la forma de la oferta y la demanda no permiten la existencia de un único equilibrio en el

---

<sup>40</sup> Numerales 219-223 de la solicitud de la FNE.

<sup>41</sup> Numerales 116-133 de la Rol ERN 14-2012.

<sup>42</sup> Numeral 136 de la Rol ERN 14-2012.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

tiempo”<sup>44</sup>; por lo que lo óptimo sería lograr acuerdos multilaterales eficientes para lograr un “equilibrio de coaliciones”<sup>45</sup>.

Sin embargo, el Tribunal hasta cierto punto reconoció que las características de la industria naviera eran tan particulares como para justificar la exención a las normas de libre competencia, y mencionó que el aprovechamiento de economías en red puede generar una dinámica competitiva obligando a los *carriers* más pequeños a ser más eficientes<sup>46</sup>. Este aprovechamiento, señaló el Tribunal, se puede realizar a través de las conferencias, que “permiten coordinar horarios, rutas y frecuencias, lo que beneficiaría principalmente a las empresas pequeñas que de otra manera no podrían aprovechar dichas economías”<sup>47</sup>. El Tribunal concluyó que, si bien la industria naviera no posee cualidades “particularísimas”, sus características han llevado a las navieras a coordinarse para aprovechar las economías de escala y de red para generar el uso eficiente de recursos.

El Tribunal indicó, a pesar de todo lo anterior, que ello no justifica que se adopten medidas contrarias a la libre competencia y, que, de ser el caso, no existe impedimento alguno para que estas medidas puedan ser juzgadas por las autoridades competentes. En ese sentido, el Tribunal no estimó necesario modificar el Decreto y denegó la solicitud de la FNE.

El Tribunal, basándose en jurisprudencia de autoridades chilenas<sup>48</sup>, señaló que el marco de interpretación de la exención implicaba que “(iii) las empresas navieras que se hayan incorporado a Conferencias, Consorcios y Convenios de Pool deben respetar las normas de libre competencia; y, (iv) la afiliación por parte de una empresa a uno de estos acuerdos no puede justificar la comisión de atentados a la libre competencia.”<sup>49</sup>

Como ya se dijo, los argumentos de la FNE fueron sólidos. El Tribunal, finalmente, optó por mantener el *statu quo* normativo, afirmando superficialmente que la competencia debía mantenerse. Como ya se vio, sin embargo, por definición las conferencias son anticompetitivas. El Tribunal reconoció que no existían las condiciones suficientes como para establecer una excepción al régimen de libre competencia, pero, introduciendo premisas económicas basadas en el aprovechamiento de economías de escala, acabó concluyendo en contra: que las conferencias sí estaban justificadas.

---

<sup>44</sup> Numeral 137 de la Rol ERN 14-2012.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> Numeral 150 de la Rol ERN 14-2012.

<sup>47</sup> Numeral 146 de la Rol ERN 14-2012.

<sup>48</sup> Comisiones Preventivas (Dictamen 737) y Resolutiva (Resoluciones N°s 100, 225, 251 y 354).

<sup>49</sup> Numeral 192 de la Rol ERN 14-2012.

El problema central con esta forma de argumentación del Tribunal es que le da prioridad al argumento económico sobre la barrera de entrada al negocio naviero conferenciado; sin considerar otro argumento económico, los beneficios económicos que se encuentran en dejar de proteger a las CdCM, que si bien, como todo no se pueden prever con exactitud, se ha demostrado bien por la FNE que pueden operar benéficamente para los usuarios y mejorar la calidad y eficiencia del transporte marítimo internacional, e incluso nacional.

#### **3.1.4. Caso colombiano**

Al igual que diversos países en vías de desarrollo que buscaron hacer frente a las navieras extranjeras de países más desarrollados, Colombia suscribió la Convención y, por lo tanto, incorporó a su ordenamiento jurídico el CdCM.

Asimismo, Colombia ha prohibido las prácticas orientadas a restringir la competencia, bajo el principio de libre competencia, correspondiente a su modelo estatal (Franco Zárate, 2003). El Estado colombiano tiene un margen de acción amplio, tanto desde el punto de vista de intervención en la economía que le permite evitar prácticamente cualquier tipo de acuerdo o acto anticompetitivo, inclusive no necesitando regulación adicional en materia de represión de conductas anticompetitivas (Bardey, Becerra, & Cabrera, 2013).

Igualmente, en el ordenamiento jurídico colombiano, existen ciertas conductas que realizan distintos agentes económicos del mercado que pueden ser sustraídas del régimen general de regulación de las conductas anticompetitivas, bajo la premisa de otorgar estabilidad a sectores importantes para su economía<sup>50</sup>.

Es así que el Estado colombiano, mediante el Decreto 804<sup>51</sup> de 2001, estableció en el artículo 36° lo siguiente: “ART. 36. —Participación. Las empresas colombianas de transporte marítimo podrán participar en conferencias marítimas que contemplen como objetivo principal la racionalización de fletes y los servicios de transporte marítimo, siempre que se ajusten a los principios de libre acceso y a las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal.”

Como observa (Franco Zárate, 2003), las empresas colombianas que participan del servicio de transporte marítimo podrían, en apariencia, participar en conferencias marítimas. Sin embargo, como señala dicho autor, el texto de la norma es contradictorio: condiciona la

---

<sup>50</sup> Según Franco, en el derecho colombiano a este tipo de exenciones de la aplicación del régimen general de competencia se les conoce como excepciones de bloque, cuyo homólogo en el derecho comunitario europeo sería una exención por categoría (Franco Zárate, 2003).

<sup>51</sup> Decreto “Por el cual se reglamenta el servicio público de transporte marítimo”.

participación de las conferencias a que estas se ajusten “a los principios de libre acceso y a las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal”. En otras palabras, ignora lo que ya se ha afirmado, que las conferencias son constitutivamente anticompetitivas.

El mismo autor concluye que esta regulación tendría como consecuencia que no haya una real posibilidad de competir a nivel internacional y que se tenga la necesidad de asumir unos muy elevados costos fijos operacionales, con base en argumentos económicos que ya fueron explicados en las subsecciones precedentes, ofreciendo como alternativa la regulación explícita de una excepción a la libre competencia, estableciendo un régimen diferenciado de aplicación de normas de protección de la libre competencia a los servicios de transporte marítimo.

Claramente, la situación normativa en Colombia es semejante a la de Europa y Chile. Todavía persisten los argumentos que, amparados en observaciones económicas dudosas, pretenden que las conferencias sean una excepción justificada del transporte marítimo a la libre competencia. En oposición a lo que señala Franco Zárate, es importante reconocer que estas premisas económicas no se sostienen en la realidad, por lo que la conclusión que se sugiere es eliminar las conferencias, y no proveerles de un mecanismo que regularice su situación legal en apariencia, basándose en justificaciones que no pueden sostenerse sustancialmente.

### **3.2 Tratamiento en el Perú**

Como bien se ha podido observar, el CdCM fue adherido al ordenamiento legal peruano y tiene rango de ley, con lo cual calza dentro de las excepciones a la libre competencia del Perú, por más efecto perjudicial o benéfico que tenga.

Sin embargo, de la breve revisión al ordenamiento peruano que se ha podido realizar es posible determinar que las conferencias no se habilitan por otra norma de menor o igual rango; como sucede en Chile o Colombia; sino que existen normas que indirectamente se oponen por perseguir fines distintos. Tal es el caso de las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones antes descritas (282 y 314) y de la Ley de Promoción de la Marina Mercante que protegen y tutelan el libre mercado y la libre competencia justamente en el sector marítimo y de transporte de mercaderías.

Por ello, cabría revisar cuál es el verdadero propósito del legislador y gobierno peruano al permitir la operación de las conferencias marítimas, pues ya existen algunas contradicciones normativas; y como se ha mencionado la libertad de empresa y concurrencia se protegen desde la Constitución, por lo que desde ya las conferencias la contradicen.

En el caso de los dos países vecinos antes mencionados, (Chile y Colombia) es curioso encontrar que normas internas reconozcan a las conferencias marítimas pero que a su vez en el mismo texto prevean la tutela (en el desenvolvimiento de las actividades de las navieras conferenciadas) de la libre competencia.

Esto último sería contradictorio también y en un sentido más directo; pues la simple existencia y celebración de acuerdos conferenciados es una muestra de la contravención a la libre competencia, en el sentido que limita la libre concurrencia de los partícipes del mercado marítimo, perjudicando al consumidor final.

Como ha sido señalado previamente, en el Perú se encuentra vigente el CdCM. Sin embargo, desde su entrada en vigor, en Perú se han presentado pocos casos resueltos en tribunales judiciales o administrativos en el marco de un conflicto entre partes contratantes o, de manera general, por vulneración a las leyes de competencia y; propiamente, del CdCM, que hayan surgido producto de la actividad de una conferencia marítima o concertaciones entre navieras.

Recientemente, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (la “Comisión”) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (“INDECOPI”), resolvió un caso referido a navieras en el marco de la prestación de servicios de transporte marítimo internacional de carga rodante, el mismo que recayó en la Resolución N° 030-2018/CLC-INDECOPI. En dicha resolución, la Comisión inició de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra distintas navieras por haber operado clandestinamente un cartel, con el fin de repartirse clientes del rubro de importación o fabricación de automóviles y camiones y aumentar tarifas de manera coordinada, lo cual calificaría como prácticas colusorias horizontales<sup>52</sup>, bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1034 (la “LRCA”).

---

<sup>52</sup> Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales. -

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

(a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;

(...)

(c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;

(...)

(k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto:

Al respecto, la Comisión señaló que por las características propias del transporte marítimo de carga rodante es usual que las navieras busquen celebrar entre ellas acuerdos de compraventa de espacios para transportar la carga contratada, de arrendamiento de naves por viajes *one way* (toda vez que las naves generalmente retornan vacías) y de prestación de servicios conjunta, materializándose estos últimos en *joint ventures*. Estos últimos acuerdos suponen que las navieras reúnan las cargas contratadas, a fin de que una de estas sea la encargada del transporte, asumiendo los costos de manera conjunta. Adicionalmente, las gestiones entre navieras para la toma de decisiones se llevaban a cabo en reuniones entre los representantes de las mismas, o entre ejecutivos de confianza, para determinar, entre otras cosas, los siguientes aspectos: estrategias operativas, cargas, volúmenes, resultados financieros, entre otros. Dicha situación se reflejaba naturalmente en el transporte de carga rodante con destino a Perú en distintas rutas<sup>53</sup>.

Por otro lado, la Comisión hizo referencia a la forma de contratación de las navieras, reunidas para la prestación de servicios conjuntos, a través de licitaciones o invitaciones a cotizar. Así, el proceso de selección se originaba en una invitación del demandante de un servicio a las navieras, con la finalidad de conocer el monto requerido como contraprestación. De esta manera, el demandante del servicio esperaba que se dé una competencia entre las navieras, inclusive entre las que prestaban servicios conjuntos<sup>54</sup>.

Sin perjuicio de ello, la Comisión observó que existieron coordinaciones entre las navieras para evitar competir entre ellas en los procesos de selección convocados por los demandantes del servicio de transporte de carga rodante. Asimismo, en la dinámica del cártel de estas navieras había una obligación de velar por el respeto de las cuentas que habían sido repartidas. Sin embargo, las navieras defienden su postura argumentando, entre otros aspectos formales y sustanciales, que los acuerdos de respeto de cuentas y fijación de tarifas no pueden ser considerados por sí mismos como anticompetitivos, toda vez que se tratan de pactos accesorios para una operación mayor propia del comercio marítimo, que es la prestación

- 
- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
  - b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
  - c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
  - d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.
- 11.3. Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas.

<sup>53</sup> Resolución N° 030-2018/CLC-INDECOPI, numerales 159-169.

<sup>54</sup> Resolución N° 030-2018/CLC-INDECOPI, numerales 170-172.

conjunta de servicios. De esta manera, las navieras concluyen que, analizados bajo la regla de la razón, los acuerdos resultan lícitos<sup>55</sup>.

Asimismo, es importante resaltar que en el análisis del caso la Comisión llegó a importantes conclusiones que delimitan la aplicación del Código de conducta. A saber, la Comisión señaló que el Código de conducta “no resulta aplicable a asociaciones entre empresas navieras distintas a las conferencias marítimas como son, entre otros, los *discussion agreements*, los acuerdos de arrendamiento o compartición de espacios y, como en el presente caso, los servicios conjuntos”<sup>56</sup>. De igual manera, la Comisión entendió que “las conferencias marítimas son organizaciones que tienen por característica esencial el común establecimiento de fletes obligatorios que sus miembros aplican individualmente en la ruta involucrada y son, por lo tanto, acuerdos desnudos o cárteles”. En ese sentido, los compara con los acuerdos de prestación de servicios conjuntos, celebrados entre las navieras imputadas, señalando que estos tienen como objetivo esencial el aprovechamiento de espacios e itinerarios disponibles<sup>57</sup>.

Dichas afirmaciones resultan necesarias para la Comisión para sancionar a las navieras imputadas debido a que estas alegaban formar parte de una conferencia marítima, bajo el Código de conducta<sup>58</sup>. Además, demuestran la plena vigencia y reconocimiento al Código de conducta por las autoridades peruanas encargadas de identificar y sancionar las conductas anticompetitivas que resulten lesivas para el mercado. Bajo los presupuestos conceptuales, la Comisión cernió los acuerdos propios de una conferencia marítima, los cuales dentro del marco establecido por el Código de conducta resultan perfectamente lícitos, inclusive en materia de fijación de tarifas, de acuerdos de distinta naturaleza, como son los *joint ventures*, los cuales no habilitan a sus partes a incurrir en prácticas anticompetitivas.

Finalmente, la Comisión llegó a la conclusión que entre las navieras involucradas existían operaciones impropias de las conferencias marítimas, por lo que su conducta no se encontraba dentro del umbral de protección del Código de conducta. En ese sentido, la Comisión sanciona a las navieras involucradas porque verifica que las coordinaciones realizadas entre estas tenían el fin de “asegurar el éxito del respeto de las cuentas afectadas en

---

<sup>55</sup> Resolución N° 030-2018/CLC-INDECOPI, numerales 557-564.

<sup>56</sup> Resolución N° 030-2018/CLC-INDECOPI, Numeral 102.

<sup>57</sup> Resolución N° 030-2018/CLC-INDECOPI, Numeral 103.

<sup>58</sup> Resolución N° 030-2018/CLC-INDECOPI, Numeral 101.

cada licitación o solicitud de cotizaciones, o bien derivan del intento por aprovechar la titularidad sobre las cuentas objeto de respeto”<sup>59</sup>.

Posteriormente a la resolución de la controversia descrita anteriormente, el INDECOPI presentó un “Informe sobre la Conveniencia de denunciar la Convención sobre un Código de conducta de las Conferencias Marítimas (1974)”. En primer lugar, el INDECOPI señaló, iniciando un argumento histórico, que el Código de conducta nació con la finalidad de “contrarrestar el poder de mercado de tales alianzas en relación con empresas navieras más pequeñas y con los usuarios de sus servicios”. De esta manera, se buscaba proteger principalmente las industrias nacionales, debido a la natural preponderancia de las navieras de los países industrializados frente a los países en vías de desarrollo (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2019).

Se afirma además que el Código de conducta fue promovido por los países menos desarrollados para balancear y descentralizar el poder de las grandes flotas comerciales, permitiendo que estos accedan al tráfico internacional. Además, regularmente las conferencias marítimas eran cerradas, de manera que impedían a las empresas navieras de los países poco desarrollados participar en sus actividades y en un nivel de carga que resultara atractivo. Por otro lado, las conferencias marítimas no otorgaban a los usuarios representatividad en sus decisiones e implementaron mecanismos de boicot contra nuevos competidores (siendo eminente el ejemplo de los “buques de lucha”) (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2019).

Por estos motivos, el Código de conducta estuvo orientado a contrarrestar y otorgar alternativas para armonizar los intereses de los agentes económicos que participan en el comercio marítimo. Sin embargo, el INDECOPI señaló que en el Código de conducta existen disposiciones dirigidas a brindar inmunidad a las conferencias frente a las leyes de competencia, siempre que dichas normas no eran comunes en los ordenamientos jurídicos de los países que impulsaron la creación de este; así como, no se buscaba permitir ni prohibir en sí la existencia de las conferencias marítimas (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2019).

De esta manera las conferencias marítimas reconocen una realidad del sector marítimo que como se ha visto puede no ser tan necesario proteger, pero no recogen ni protegen la libre

---

<sup>59</sup> Resolución N° 030-2018/CLC-INDECOPI, Numeral 600.

competencia; además, son permitidas y usualmente una excepción para las normas nacionales de libre competencia.

Se señala que al momento de adherir el CdCM al Perú, en el ordenamiento jurídico nacional regía la política de intervencionismo y nacionalismo, por lo que no existía el principio de defensa de la libre competencia. Pese a ello, el Perú no adoptó las medidas legislativas para hacer efectivo el CdCM. Luego, con los cambios de gobierno y la adopción de medidas de liberalización comercial en el país, no se denunció el CdCM ni se cumplió con adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el CdCM, pero tampoco se promulgaron normas que limitaran la aplicación de las leyes de libre competencia a las conferencias marítimas y a sus miembros (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2019).

De esta manera, el INDECOPI concluyó que el CdCM y las normas peruanas revelan la ausencia de cualquier tipo de inmunidad frente a la aplicación de normas locales de competencia. Asimismo, agrega que “únicamente disponen una serie de criterios que las conferencias debían tomar en cuenta al determinar tarifas o decidir su incremento, en un contexto en el cual las conferencias eran quienes en efecto tomaban estas decisiones para el tráfico mundial y las normas de libre competencia aún no eran parte de esa realidad”<sup>60</sup>. Además, al ser el CdCM un conjunto de reglas para las conferencias, la supervisión de su cumplimiento se rige por ellas mismas, pero no bajo un ente supervisor.

Finalmente, el INDECOPI manifestó que resulta conveniente denunciar la Convención sobre un CdCM, utilizando los siguientes argumentos (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2019):

- a) Permitiría que los destinatarios de la Ley de Libre Competencia puedan conocer sus derechos y obligaciones con claridad, fomentando la seguridad jurídica. De igual forma, contribuiría a garantizar la claridad de la aplicación de la Ley de Libre Competencia y la ausencia de excepciones a favor de las empresas navieras en el contexto de las conferencias.

---

<sup>60</sup> A pesar de ello, el INDECOPI afirma en el mismo documento que existe una falta de claridad entre la relación del Código de Conducta y la aplicación de la Ley de Libre Competencia peruana, lo cual se debe a un “desconocimiento general de dicha Convención y sus alcances hasta que tuvieron lugar las primeras investigaciones de la autoridad, o bien al intento de introducir por la vía de interpretación una exención que expresamente no existía en el Código y que interesaba a las empresas navieras investigadas” (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2019).

- b) Las conferencias ya no cuentan con la representatividad e importancia en el tráfico que tenían al momento de aprobarse la Convención<sup>61</sup>. Si bien existen 76 partes signatarias del CdCM, sus participaciones son menores en el tráfico mundial y en la actualidad el Convenio ya ha sido denunciado por cinco países que tenían un importante porcentaje de participación en el tonelaje mundial.
- c) El Código se encontró casi inmediatamente desactualizado debido a la acelerada producción de buques portacontenedores que ocasionó un exceso de espacio y nuevas formas de interacción entre navieras.
- d) En Perú, no existen líneas de bandera nacional, de manera que el Código no ha sido realmente aplicado al Perú y resulta innecesario para el desarrollo del comercio internacional desde o hacia el Perú (que se ha dado independientemente del “fracaso” del CdCM). De igual manera, el crecimiento de los volúmenes transportados desde o hacia el Perú, refleja la optimización y mayor disponibilidad de espacio.
- e) Por último, varios de los principales receptores de exportaciones peruanas no son signatarios del CdCM (Canadá, Estados Unidos, Japón y Suiza). De esta manera, el tratado no es aplicable a las relaciones comerciales que estos países mantienen con el Perú.

Por ello, tanto jurídica como prácticamente, el INDECOPI intenta demostrar que actualmente el CdCM no es conveniente para el Perú, resultando conveniente su denuncia, según los procedimientos establecidos en el mismo Convenio, cuestión que será analizada luego. Adicionalmente, el INDECOPI resalta que el Convenio no prevé la posibilidad de una denuncia parcial que permita la subsistencia de ciertas partes del Código de conducta, por lo que la denuncia debería ser integral.

Así, queda demostrado que los argumentos tradicionales que justifican la existencia de las conferencias marítimas en la alta barrera económica de entrada y las condiciones expuestas, que requerían esta protección del CdCM pueden no ser necesarias; dado que navieras de países no signatarios han podido incrementar sus flotas de manera considerable, prestando servicios de línea internacionales eficientemente. Asimismo, el INDECOPI menciona algo importante,

---

<sup>61</sup> Al respecto se indica que los países con mayor participación en el tráfico nunca suscribieron o ratificaron la convención. Entre estos países se encontraban: Argentina, Brasil, Chipre, Estados Unidos, Grecia, Japón, Panamá, Polonia y Singapur.

que el Perú en el año 2021 ya no cuenta con navieras nacionales que realicen transporte internacional, por lo que la motivación de seguir protegiendo a las CdCM daría pocos beneficios en comparación a aplicar la libre competencia en el sector de transporte marítimo internacional.

Es importante señalar que inclusive el INDECOPI suscribió un acuerdo de cese, mediante Resolución 035-2017-CLC-INDECOPI, bajo el cual distintas navieras se comprometieron a no participar en conferencias que tuviera a algún puerto peruano en su actividad y “a no obstruir o cuestionar una eventual denuncia del Código de conducta por parte del Estado peruano”. Esto demuestra que el INDECOPI viene tomando medidas para excluir al Perú del Convenio y, consecuentemente, la aplicación del Código de conducta.

Finalmente en el año 2020 el Tribunal del Indecopi, a través de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia emitió la Resolución N° 0171-2020/SDC-INDECOPI, en la que confirma la de primera instancia Resolución N° 030-2018/CLC-INDECOPI, que halló responsables a varias navieras<sup>62</sup> por realizar prácticas colusorias horizontales con el objeto de repartirse cuentas de manera coordinada en el servicio de transporte marítimo internacional de carga rodante entre los años 2001 y 2012 con efectos en puertos peruanos hasta el 2015, evidenciándose episodios de coordinación para respeto de cuentas con destino en Perú.

En la mencionada resolución de segunda instancia se modifica la de primera en el extremo referido a la multa impuesta; sin embargo, para efectos del presente trabajo es importante rescatar lo siguiente:

1. En cuanto a los acuerdos y prácticas concertadas como manifestaciones de las prácticas colusorias horizontales, refuerzan lo mencionado en primera instancia:
  - Precisa que aunque la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas peruana mencione acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas; estas son sólo algunas manifestaciones de conductas colusorias. Definiendo así a los acuerdos colusorios como todo concierto de voluntades mediante el cual varios operadores económicos independientes se comprometen en una conducta que tiene por finalidad o efecto restringir la competencia<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> De acuerdo al procedimiento de oficio iniciado contra Compañía Marítima Chilena S.A., Eukor Car Carrier Inc., Kawasaki Kisen Kaisha Ltd., Mitsui O.S.K. Lines Ltd., Nippon Yusen Kabushiki Kaisha y Compañía Sudamericana de Vapores S.A.; de las cuales las tres primeras apelaron y llevaron el procedimiento a segunda instancia.

<sup>63</sup> Resolución N° 0171-2020/SDC-INDECOPI, numerales 473 y 474.

- Definen las prácticas concertadas como una forma de cooperación entre empresas, que, sin haber celebrado un acuerdo formal, sustituye en los hechos a la competencia; consistiendo en la ejecución de un plan que se sustenta en la adaptación simultánea de comportamientos, que normalmente presuponen un intercambio de información previa (como un incremento de precios)<sup>64</sup>. Así, precisa que en el caso de las prácticas concertadas, consideradas como una especie de conducta colusoria; estas no se reflejan en un acuerdo expreso y formal; sino que se demuestran mediante prueba indirecta mediante la actuación en el mercado y el uso de evidencia como indicios y presunciones de los efectos generados en el mercado<sup>65</sup>.
2. En cuanto a las prácticas colusorias como modalidad de reparto de mercado:
- Precisa que pueden tener como objetivo fijar precios, reparto de clientes o mercados, y diversas prácticas que buscan beneficios diferentes a la eficiencia económica; pudiendo limitar las opciones del consumidor. De este modo, deja claro que pueden repartirse clientes en función de relaciones comerciales preexistentes<sup>66</sup>, como sucede en el caso investigado y sancionado.
  - Citan a la Comisión de Competencia de Hong Kong, con experiencia en casos de conferencias marítimas por el tráfico marítimo que concurre en dicha zona, la que menciona que un reparto de mercado colusorio consiste en un acuerdo entre competidores con el objetivo de dividirse entre ellos el mercado o mercados, acordando no competir por los clientes del otro o de ser el caso, no entrar o expandirse en el mercado de un competidor. Asimismo, menciona que en un cártel podría acordarse: (i) no competir en la producción o venta de ciertos productos o servicios; (ii) no vender en territorios o áreas geográficas asignadas a otros competidores; (iii) no vender a los consumidores de los otros competidores; o, (iv) no entrar o expandirse en un mercado donde otro miembro del cártel esté activo<sup>67</sup>. Como se observa en el caso investigado, la práctica sancionada es la del numeral (iii) anterior.

---

<sup>64</sup> Resolución N° 0171-2020/SDC-INDECOPI, numeral 476.

<sup>65</sup> Resolución N° 0171-2020/SDC-INDECOPI, numeral 477.

<sup>66</sup> Resolución N° 0171-2020/SDC-INDECOPI, numerales 479-482.

<sup>67</sup> Resolución N° 0171-2020/SDC-INDECOPI, numeral 483.

Con respecto a hechos que pueden indicar la existencia de un mercado anticompetitivo dicha Comisión menciona los siguientes: (i) los competidores repentinamente dejan de vender en un territorio, (ii) las empresas refieren a los clientes hacia otros competidores, (iii) los competidores repentinamente dejan de vender a un cliente y (iv) el vendedor o el posible postor afirma que un cliente o contrato particular “pertenece” a un competidor determinado.<sup>68</sup> Siendo este último caso el que sanciona el Indecopi.

- Desde un punto de vista económico cita a Massimo Motta mencionando que los esquemas de asignación de mercados (lo que sucede en el caso, aplicándolo al reparto de clientes en una región) tienen la ventaja de permitir que los precios se adapten a nuevas condiciones de demanda o costos sin desencadenar guerras de precios<sup>69</sup>; impidiendo la libre competencia. Asimismo mencionan los efectos dañinos (similares a los del monopolio) de estas prácticas concertadas: (i) afectación al consumidor al permitir que se cobren precios mayores o se le impongan condiciones menos beneficiosas, (ii) privación al consumidor de la posibilidad de elección entre distintas opciones de precios, calidades u otras condiciones de venta y (iii) limitación de incentivos a la eficiencia e innovación de empresas, pues al desaparecer riesgos de la competencia desaparece también el impulso de ganarle a los rivales<sup>70</sup>.
  - Finalmente se menciona que estas prácticas colusorias horizontales de reparto de mercado califican como conductas de prohibición absoluta y analizable bajo la regla *per se*, sin perjuicio de sus efectos en el mercado<sup>71</sup>.
3. En cuanto a las características del mercado investigado:
- Se refiere al transporte marítimo *car carrier*, de todo tipo de vehículos automotores destinados al transporte de personas o carga en buques; mencionando que (i) en el 2012 los principales operadores de este tipo de carga eran japoneses y coreanos; y que (ii) la especialización del tipo de buques impide que se puedan utilizar para otro tipo de productos. Asimismo, que el mercado peruano no permite el regreso al puerto

---

<sup>68</sup> Resolución N° 0171-2020/SDC-INDECOPI, numeral 486.

<sup>69</sup> Resolución N° 0171-2020/SDC-INDECOPI, numeral 484.

<sup>70</sup> Resolución N° 0171-2020/SDC-INDECOPI, numeral 485.

<sup>71</sup> Resolución N° 0171-2020/SDC-INDECOPI, numerales 489 y 492.

de origen de dichos buques con carga de este tipo, pues no se existe dicha industria manufacturera en Perú, impidiendo que se generen ingresos para la naviera en el viaje de retorno.

Además, menciona que buscar un producto sustituto es difícil pues no existe un tipo de barco igual y los otros tipos no son comparables<sup>72</sup>.

- Con respecto a los servicios conjuntos (*joint services*), estos se materializan a través de acuerdo de colaboración (contratos) en los que dos o más empresas navieras reúnen carga de vehículos para una ruta determinada; aportando una nave cada una por vez, repartiendo los ingresos.

Estos servicios conjuntos se gestionan interiormente de dos maneras:

- a. Reuniones principales: entre los funcionarios *seniors* enfocado en estrategia general.
- b. Reuniones comerciales: entre los ejecutivos de confianza de cada naviera, que coordinan los detalles operativos y propios del servicio<sup>73</sup>.

Menciona luego que esta forma de operar incrementa el riesgo de los acuerdos colusorios<sup>74</sup> lo que finalmente sucedió al repartirse y respetarse las cuentas (“clientes exclusivos”) de las navieras; y que inclusive se detectaron acuerdos globales con efectos en múltiples mercados y rutas comerciales marítimas<sup>75</sup>.

Prueba de esto último es que este modo de operar ha sido investigado y sancionado en múltiples jurisdicciones, tales como la Unión Europea, los Estados Unidos de América, México, China, Japón, Corea del Sur, Chile, Brasil y Australia.

- También menciona que en las licitaciones o invitaciones a cotizar el demandante del servicio selecciona a la naviera que ofrece mejores condiciones, tanto en precio como no monetarias (como cantidad de vehículos u otras); por lo que para el demandante del servicio no es relevante si el servicio se presta conjuntamente. En dichas licitaciones la naviera “titular” de la cuenta coordinaba con sus posibles competidores para que se abstengan de participar, ofrezcan tarifas más altas u oferten condiciones menos atractivas<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> Resolución N° 0171-2020/SDC-INDECOPI, numerales 494-502.

<sup>73</sup> Resolución N° 0171-2020/SDC-INDECOPI, numerales 503-505.

<sup>74</sup> Resolución N° 0171-2020/SDC-INDECOPI, numeral 506.

<sup>75</sup> Resolución N° 0171-2020/SDC-INDECOPI, numerales 514-519.

<sup>76</sup> Resolución N° 0171-2020/SDC-INDECOPI, numeral 520 y 536.

Finalmente cabe mencionar que esta resolución de segunda instancia confirma la de primera por conductas contra la libre competencia fuera de cobertura del CdCM; y que esta resolución se enfocó en lo antes mencionado y también en la graduación de las multas, lo que no es objeto del presente trabajo; asimismo, hubo cuestionamientos por parte de las navieras relacionados con la valoración de las pruebas y debido proceso, superados por la respuesta de la sala de segunda instancia, por lo que no cabe mencionarlos en el presente análisis.

### **3.3 Sobre la realidad actual del mercado en relación a las conferencias marítimas**

Luego de observarse la naturaleza de las conferencias, su afectación a la libre competencia y su validez legal en el ordenamiento peruano y comparado, es importante recordar que el CdCM nació en un primer momento para regular una realidad ya existente, el tráfico marítimo conferenciado, aunque en una época que por lo menos en Perú no se protegía la libre competencia como actualmente se hace. En este sector las navieras de países desarrollados abusaban de las nacionales de países menos desarrollados; siendo una de las principales razones del nacimiento del CdCM.

Sin embargo, y trayendo a colación esta justificación, cabe cuestionarse si en verdad son necesarias para el mercado marítimo peruano. Sin ir muy lejos es posible comprobar que ya no existen navieras nacionales (puede haber un par que realicen cabotaje<sup>77</sup> pero no participan en las rutas conferenciadas).

Como se ha visto en el caso estadounidense, el sector ha podido mantenerse a flote sin la protección a las conferencias, sin afectarse los precios negativamente e incluso aumentando el número de barcos y frecuencias. En el caso europeo vemos que el tráfico marítimo conferenciado disminuye y a la vez aumenta el uso de contratos de servicios individuales; y en Chile y Colombia aún protegen el CdCM, pero van reconociendo y asimilando que son contrarios a la libre competencia y que pueden ya no ser necesarios.

De este modo, se observa que la barrera natural de entrada propia al mercado de transporte marítimo deja de ser la “excusa” o razón para proteger a las conferencias; volviéndose incluso en una segunda barrera creada por los competidores conferenciados, dado que las pocas navieras transnacionales grandes que aún existen en el mundo se perpetúan como las más grandes, tomando distancia de las otras que pudiesen existir, finalmente absorbiéndolas y por lo tanto es menos posible aún el nacimiento de nuevas navieras. Como se expone en el

---

<sup>77</sup> Tráfico entre puertos nacionales.

párrafo anterior, las navieras pudieron seguir operando, si a esto se le agrega promoción o facilidades de cada Estado por promover la circulación de mercaderías en sus puertos, es totalmente factible e incluso benéfico (por la segunda barrera antes mencionada) que dejen de protegerse las conferencias.

Incluso sucede que las navieras no conferenciadas requieren muchas veces de más carga, esto es, no llegan a completar la carga total según la capacidad de los buques usados actualmente; muchas veces porque las navieras conferenciadas acaparan toda la demanda y la tienen comprometida mediante sus mejores condiciones, acuerdos de lealtad, u otros.

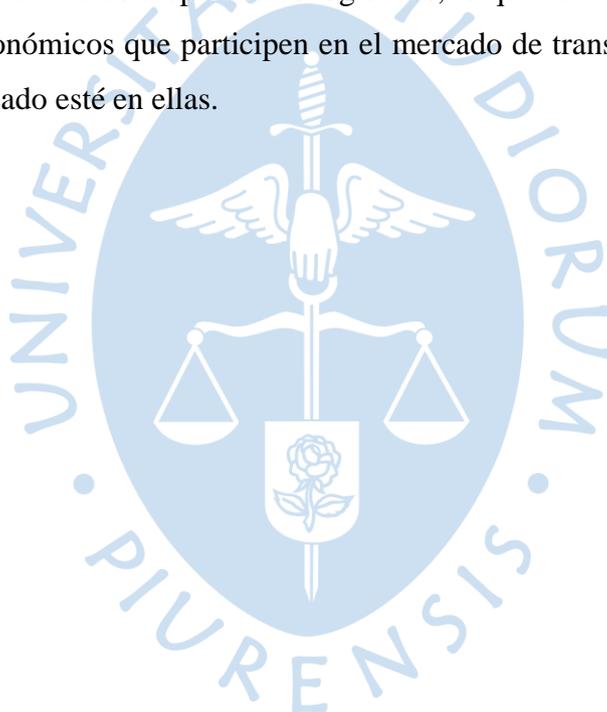
Pruebas de que las navieras pueden seguir operando son los mencionados contratos individuales y los acuerdos de confidencialidad con los cargadores que bajo la OSRA (alrededor del año 1998) permitieron que las funcionaran perfectamente llevando a que existan menos navieras y rutas conferenciadas en el mercado estadounidense; por otro lado, prueba de que las conferencias aumentan los precios de los fletes es la ya antes mencionada *Straits Homeward Conference*, donde una vez tomado el mercado conferenciado, la conferencia entera aumentó el precio de los fletes.

Asimismo, es posible el acceso a prestar servicios de transporte marítimo internacional mediante arrendamientos navales de distintos tipos, o mediante consorcios o accionistas que se unen para poder lograr ingresar al mercado; características propias de un mercado libre que se regula mediante oferta y demanda, eficiencia de partícipes e ingreso de nuevos competidores. Como se observa, el CdCM impide que existan los tres conceptos básicos de la competencia: (i) libertad: al no permitir que los partícipes se desempeñen e ingresen libremente, (ii) eficiencia: al darles condiciones que les permiten controlar cuándo innovar y mejorar, pues conciertan el precio de los fletes, incluso se observa que puede nunca haber un perjuicio por tener precios más caros, perjudicando al consumidor, entre otros asuntos antes descritos; e (iii) igualdad: al no tener la misma protección las navieras no conferenciadas no pueden competir con igualdad; además, pueden no aceptarlas como miembros a pesar de las regulaciones pertinentes sobre ello (antes expuestas).

Una razón adicional ya mencionada es la no necesidad de protección a navieras nacionales; pues la propiedad de las navieras privadas recae en usualmente pocas jurisdicciones y en muchas (como la peruana) dejaron de haberlas, y dado que los Estados cada vez poseen menos, o ya no poseen, sus propias navieras. Ya el *Informe Celler* antes mencionado explica que si no hay una naviera nacional no es tan favorable que una nación proteja a las conferencias marítimas.

Lo antes expuesto nos permite observar cómo se restringe la competencia desde un punto de vista horizontal, pues eso son las prácticas concertadas y los acuerdos analizados. A ellos se le debe agregar otro tipo de acuerdo regulado por el CdCM, los acuerdos de lealtad, prácticas verticales que restringen la competencia desde el consumidor, dado que el consumidor tiene menos opciones para escoger; si bien intentan uniformizar los servicios, condicionan al consumidor y lo introducen en este sistema de barrera conferenciada antes descrito. Así, para los cargadores no hay verdadera libertad de contratar.

Adicionalmente a lo ya expuesto, suele suceder que los grupos económicos de las navieras, al tener cierto capital (posiblemente proveniente de ganancias de las navieras conferenciadas) presten también a través de empresas conexas, los servicios de concesionarios portuarios, almacenes aduaneros u operadores logísticos, lo que conlleva a que existan menos empresas o grupos económicos que participen en el mercado de transporte marítimo y que el mayor control de mercado esté en ellas.





## Conclusiones

De acuerdo a lo analizado en el presente trabajo, es posible determinar lo siguiente:

**Primera.** Las organizaciones de navieras agrupadas (por región/zona de operación) para promover el fin de dominar el mercado marítimo mediante el máximo beneficio de cada una (no como agrupación); en las formas de concertación de precio de fletes, acuerdos de lealtad, reparto de mercado, entre otras, constituyen prácticas concertadas que por sus efectos externos se deben considerar como cárteles.

**Segunda.** La concertación de precios de fletes, el reparto de mercado, entre otras conductas colusorias analizadas constituyen prácticas concertadas horizontales; mientras que los acuerdos de lealtad prácticas concertadas verticales.

**Tercera.** Mediante la protección o reconocimiento del CdCM como excepción a la libre competencia, se dejan de perseguir los fines de la misma; como libertad, igualdad y eficiencia. Asimismo, se priva al mercado de los beneficios económicos de la libre competencia, y los empresarios navieros entran en una “zona de confort” al no tener la presión propia a un mercado totalmente libre.

**Cuarta.** El mercado de transporte marítimo internacional, en específico; el de las navieras que prestan dicho servicio, presenta una barrera natural de entrada debido a su escala; sin embargo, la existencia de competidores conferenciados lo único que hace es constituir una segunda barrera de entrada para los que intenten ingresar al mercado, en algunos casos insuperable si no le permiten el acceso a una conferencia, lo que causa que luego no pueda conseguir suficiente carga para mantener su operación.

Incluso frente a la primera barrera natural, existen opciones para unir recursos entre empresarios que deseen ser navieros; como arrendamientos navales o consorcios.

**Quinta.** En cuanto a experiencias pasadas se tienen ejemplos claros como la *Straits Homeward Conference*, que deja claro que esta segunda barrera creada por las conferencias además permitió a sus miembros elevar los precios de los fletes; en cambio, con la OSRA en los Estados Unidos de América al no protegerse las conferencias la experiencia fue benéfica para el consumidor con la reducción del precio de los fletes; además que elimina la segunda barrera de entrada (ser miembro de una conferencia) para quien quisiera ingresar a este mercado.

**Sexta.** Como se ha podido observar, la legislación de los Estados Unidos de América ha dejado de proteger a las conferencias y las navieras que operan en dicho mercado siguieron operando con normalidad. En el caso de la Unión Europea, a pesar de la protección y como se

expone páginas arriba, la operación de navieras conferenciadas y que se amparan bajo el CdCM deja de ser indispensable, más bien es incoherente con la protección de la libre competencia.

En el caso colombiano y chileno se muestra una clara contradicción entre el ordenamiento general que protege los principios de la libre competencia, los argumentos económicos y de libertad de mercado expuestos por sus tribunales; y el mantener la protección de las conferencias marítimas por un mero principio de legalidad (a pesar de que atenta contra la libre competencia), sin más sustento que eso mismo.



## Recomendaciones

Teniendo lo anterior en cuenta, con respecto a la situación de las conferencias marítimas en el Perú podemos determinar que sería conveniente denunciar o dejar de proteger las CdCM por lo siguiente:

En el Perú la protección del CdCM fue previa a la Constitución, a la entrada en vigencia de la Ley de Protección de Conductas Anticompetitivas y a las Decisiones de la CAN, por lo que se debe tener en cuenta que la intención en ese momento era regular una realidad que ya no es tan actual, sin navieras peruanas, con un mundo globalizado y con avances en estudios económicos y normativos que han demostrado que el libre mercado provee de muchísimos beneficios que no se pueden medir y que en principio no podemos ver por mantener la protección del CdCM, dado que el control de lo que podría mejorar está en manos de las navieras; dejando de lado que el consumidor influya en la mejora de la eficiencia y por ello del mercado mismo.

Esto no implica una regulación especial, sino que se trate como toda industria o mercado en el que si sus miembros actúan anticompetitivamente podrán ser sancionados.

Dejaría de haber protección para la concertación de fletes y los otros acuerdos permitidos por el CdCM antes descritos, aplicable al tráfico marítimo internacional, por ello desaparecería la plataforma y seguridad legal que podría ofrecer a usuarios y navieras extranjeras; debido a que es la única norma que regula sus interacciones en un mercado que moviliza cantidades muy grandes de dinero.

El transporte marítimo internacional, como se ha visto en los casos de cada región analizada, se mantendría e incluso podría mejorar dado que los precios no se han visto perjudicados y la industria naviera ha podido crecer de igual manera. Sin embargo, también los usuarios estarían sometidos a la ley de la oferta y la demanda;

A lo que se sumaría el Indecopi ya facultado a sancionar la afectación a la libre competencia por parte de las navieras conferenciadas, y estas a pesar de que probablemente verían menos atractivo el mercado peruano seguirían operando debido a su ubicación y por la alta demanda existente. El lado positivo es que ya no todas las navieras son diferenciadas y que, debido a la globalización y el intercambio con Asia en aumento, difícilmente los precios de los fletes aumenten más (dejando de lado la situación global de aumento de precios de fletes en la pandemia por el Covid-19 en los años 2021 y 2022).

A lo mencionado anteriormente para el caso peruano habría que agregarle una reciente promoción del cabotaje existente en el Perú, la cual elimina por tres años los siguientes

requisitos para realizarlo en los puertos peruanos (excluyendo transporte de líquidos a granel distintos al gas natural): (i) estar constituido en el Perú, (ii) contar con Permiso de Operación de la Dirección General de Transporte Acuático, (iii) que el 50% del capital sea peruano, (iv) mayoría de órganos de gobierno peruanos; entre otros requisitos.

Lo antes mencionado permitiría que navieras que no podían cumplir con dichos requisitos presten el servicio de transporte en puertos peruanos, lo que genera una gran promoción a la industria en el Perú, debido a que un mismo barco no siempre descarga el total de lo que transporta en un sólo puerto.

Teniendo en cuenta esto y lo mencionado anteriormente, denunciar (dejar de proteger las conferencias marítimas) el CdCM sería benéfico para el Perú.



## Lista de referencias

- ALIAGA, L. A. (2009). *Las asociaciones: análisis doctrinal, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ALLENDE PORTILLO, F. (2010). *El paso de la vela al vapor en Baroja, Conrad y O'Neill*. *Zainak*, 201-220.
- BARDEY, D., BECERRA, A., & CABRERA, P. (2013). *Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia*.
- COLLADO MARTÍNEZ, R. M. (2015). La navegación marítima y el transporte. En A. Alonso Timón, *Sectores regulados: Sector energético, sector del transporte y sector de las telecomunicaciones* (págs. 403-455). Madrid, España: Dykinson.
- DÍAZ MORENO, A. (2007). Las sociedades mercantiles. En G. Jiménez Sánchez, *Lecciones de Derecho Mercantil* (págs. 149-163). Madrid: Editorial Tecnos.
- ESTEPA MONTERO, M. (2010). Las conferencias marítimas en el ámbito de la Unión Europea: el final de una exención a la libre competencia. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* (XLIII), 59-82.
- FAÍÑA, A., & VARELA CANDAMIO, L. (2012). El fin de la exención de las conferencias marítimas en el Derecho de la Competencia en la UE: Acuerdos horizontales en el transporte marítimo. En J. L. García Pita y Lastres, *Estudios de Derecho Marítimo* (págs. 141-173). Pamplona: Aranzadi.
- FAYLE, E. (1933). *A short history of the world's shipping industry*. Nueva York: Routledge.
- FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C. (1994). *Derecho de la Competencia: Comunidad Europea y España*. Pamplona: Aranzadi.
- FONT GALÁN, J. I., & MIRANDA SERRANO, L. M. (2005). *La competencia desleal y antitrust: Sistema de ilícitos*. Madrid: Marcial Pons.
- FRANCO ZÁRATE, J. A. (2003). Las conferencias marítimas en el transporte internacional de mercancías: una perspectiva desde el derecho de la competencia". *Revista e-mercatoria*, 13-24.
- GABALDÓN GARCÍA, J. L., & RUIZ SOROA, J. M. (2006). *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*. Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA PITA, J. L. (Pro manuscrito). *Derecho de la Competencia en sectores especiales: Transporte, "Conferencias de fletes" y "Pools" aéreos*.
- GONZÁLEZ LAXE, F. (2008). Transporte Marítimo y reformas portuarias. Los modelos europeos y latinoamericanos. *Boletín Económico de ICE N° 2931*, 46-64. Obtenido de [http://works.bepress.com/fernando\\_gonzalez\\_laxe/11/](http://works.bepress.com/fernando_gonzalez_laxe/11/)

- HAYEK, FRIEDRICH A. (1945). The Road to Serfdom. *Ethics* 55 (3):224-226.
- HERNÁNDEZ YZAL, S. (1988). *Derecho Marítimo II* (Vol. 1). España: Bosch. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
- (2019). *La conveniencia de denunciar la Convención sobre un Código de conducta de las Conferencias Marítimas*. Lima: Indecopi.
- JIMÉNEZ VALDERRAMA, F. (2015). Las obligaciones del porteador en el contrato de transporte marítimo de mercancías. *Revista chilena de derecho*, 515-543.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2016). *Derecho Administrativo Económico*. Pamplona: Aranzadi.
- MANKIWI, G. (2017). *Principios de economía*. Santa Fe: Cengage Learning.
- MARTÍNEZ BECERRA, C. (1986). *La marina mercante y el desarrollo nacional*. Carvajal.
- MARTÍNEZ RIAZA, A. (2003). La Compañía Transatlántica en el Perú. Intereses diplomáticos y comerciales en la génesis y desarrollo de una empresa arriesgada. *Anuario de Estudios Americanos*, 60(1), 157-182.
- MAZZUCATO, M. (2015). *The Entrepreneurial State: Debunking Public vs. Private Sector Myths*. New York: Public Affairs.
- MOCHÓN, F. (2006). *Principios de Economía*. Madrid: McGraw-Hill.
- ORTÍZ BLANCO, L. (2007). *Las conferencias marítimas frente al derecho antitrust de la Comunidad Europea*. Madrid, España: Marcial Pons.
- PAZ-ARES, C. (2004). Lección 10: Las Sociedades Mercantiles. En A. Menéndez, *Lecciones de Derecho Mercantil* (Segunda ed., págs. 215-233). Madrid: Civitas.
- PAZ-ARES, C. (2004). Lección 22: Uniones de Empresas y Grupos de Sociedades. En A. Menéndez, *Lecciones de Derecho Mercantil* (Segunda ed., págs. 479-498). Madrid: Civitas.
- POLANCO IGLESIAS, C. (octubre de 2013). *Repositorio Abierto de la Universidad de Cantabria*. Recuperado el 18 de enero de 2020, de <http://repositorio.unican.es:8080/xmlui/handle/10902/4034>
- SÁNCHEZ-CALERO, F., & SÁNCHEZ-CALERO, J. (2011). *Instituciones de Derecho Mercantil* (Vol. Volumen I). Navarra: Editorial Aranzadi, SA.
- SCHOENBAUM, T. (2012). *Admiralty and Maritime Law*. Thomson Reuters.
- SEPÚLVEDA WHITTLE, T. (1986). *Conceptos básicos del transporte marítimo y la situación de la actividad en América Latina*. Santiago de Chile, Chile: Cuadernos de CEPAL.
- SEPÚLVEDA, T. (s.f.). *Código de conducta de las conferencias marítimas*.

- SJOSTROM JR., W. (2004). Ocean Shipping Cartels: A Survey. *Review of Network Economics*, III, 107-134.
- SJOSTROM JR., W. (2010). Competition and cooperation in liner shipping. En C. Grammenos, *The Handbook of Maritime Economics and Business* (Segunda ed., págs. 433-456). Londres: Lloyd's List.
- SJOSTROM, W. (2004). Ocean Shipping Cartels: A Survey. *Review of Network Economics*.
- SOTOMAYOR FLORES, M. (2017). ¿Héroes o Villanos?: Los acuerdos de colaboración empresarial y su incidencia sobre la libre competencia. *Revista de Derecho*, 75-103.
- WHISH, R., & BAILEY, D. (2015). *Competition Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- ZEGARRA MULÁNOVICH, Á. (2010). Régimen General de los Contratos Asociativos mercantiles, con particular referencia a su duración temporal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (REDUP)*, 141-159.
- ZEGARRA MULÁNOVICH, Á. (2014 (Pro manuscrito) *Notas de Derecho Mercantil (Parte General)*. Lima: Universidad de Piura.

