

Resolución No. 082/01

EL CONSEJO NACIONAL DE LA MARINA MERCANTE Y PUERTOS

Considerando:

Que por su impacto sobre el resto de las actividades económicas desarrolladas en el Ecuador, es fundamental el acceso a servicios portuarios prestados en condiciones de máxima eficiencia en función de costos y calidad de servicios, para lo que es necesario el funcionamiento libre y sin distorsiones del mercado;

Que en general los mercados no funcionan eficientemente de modo natural, siendo por lo tanto imprescindible la intervención del Estado para: a) promover la competencia efectiva el funcionamiento del mercado de servicios b) controlar los efectos distorsionantes provocados por situaciones en las que existen "posiciones de dominio" el mercado o funcionamiento deficiente del mismo, estableciendo mecanismos preventivos, correctivos y sancionatorios de mayor o menor alcance según los casos; y, c) proteger los intereses y expectativas básicas de los usuarios, particularmente respecto a las variables "calidad" y "precio" de los servicios prestados;

Que conforme a lo dispuesto en el artículo 244, numeral 3) de la Constitución Política de la República, compete al Estado promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen. Por otra parte, en el ámbito de la actividad portuaria, de acuerdo a lo dispuesto en la normativa vigente, este Consejo tiene la competencia de ente regulador en tal sector y, por ende, para establecer regulaciones para la competencia; correspondiendo, a su vez, a la Autoridad Portuaria Nacional (DIGMER) y a las autoridades portuarias en sus respectivos ámbitos de actividad, el control de las regulaciones emitidas por este Consejo; y,

En uso de la facultad contemplada en el Art. 4, literal j) de la Ley General de Puertos, en concordancia con el Art. 11 del Reglamento General de la Actividad Portuaria en el Ecuador,

Resuelve:

Expedir la siguiente regulación de la competencia en las actividades portuarias.

Capítulo I

Principios generales

Artículo 1.- **Ámbito de aplicación.**- Quedan sometidas a las disposiciones de la presente resolución, todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras que presten servicios portuarios, en forma directa o indirecta, constituyendo o integrando en cualquier forma, empresas portuarias en cualesquiera de los puertos y terminales portuarios comerciales del Ecuador, o actuando a través de ellas como operadores o administradores de una concesión portuaria.

Artículo 2.- Definiciones. - A los efectos de la presente resolución se entenderá por:

a) Control empresarial: Se considera la relación existente entre dos o más sociedades o entidades por medio de la cual una de ellas, (empresa controlante), a través de su status de hegemonía, predetermina y somete a su influencia dominante, de manera permanente, en forma interna o externa, de hecho o de derecho, la gestión de la otra u otras empresas subsidiarias o controladas. Se considera que existe una situación de control en aquellos casos en que una determinada empresa, directa o indirectamente a través de sus controladas, posee más del 50% (cincuenta por ciento) del capital (o derecho de voto) de otra empresa. Asimismo, se considera que existe dicha situación de control cuando la empresa propietaria posee el 50% (cincuenta por ciento) o menos del capital de una empresa si, además, tiene: a) Poder sobre más de la mitad de los derechos de voto en virtud de un acuerdo con otros inversionistas, socios o accionistas; o, b) Poder para gobernar las políticas financieras y operacionales de la empresa, bajo un reglamento convencional o contrato; o, c) Poder para designar o remover a la mayoría de los integrantes del órgano administrativo, Directorio o cuerpo gobernante equivalente; o, d) Poder para emitir la mayoría de votos en las reuniones del órgano administrativo, Directorio o cuerpo gobernante equivalente;

b) Empresas vinculadas: Se considera a la relación existente entre 2 empresas, una de las cuales posee, directa o indirectamente, el 15% (quince por ciento) o más del capital de la empresa en la que invierte;

c) Grupo empresarial: Se considera como tal a la unidad empresarial resultante de la articulación funcional de diversas sociedades o entidades independientes y autónomas, a través de su común sometimiento a una dirección económica ejercida por otra sociedad o entidad;

d) influencia dominante: Se considera como tal a la situación conforme a la cual una empresa le impone a otra u otras, pautas para el cumplimiento de sus respectivos objetos sociales, sometiéndolas a una dirección o política unificada;

e) Posición dominante: Se considera la situación de la que goza una empresa (o más de una si es que entre las mismas no existe competencia efectiva) en un determinado mercado o sector de el, cuando como consecuencia de tener una participación en el mismo significativamente mayor al de aquella o aquellas que le siguen, ostenta un poder tal sobre dicho mercado que le permite actuar autónomamente, tanto en lo que respecta a los demás operadores como a los usuarios, sin tener en cuenta la competencia de manera sustancial;

Abuso de posición dominante: Se considera a la situación conforme a la cual una empresa portuaria, por su posición de hegemonía en un determinado mercado o sector del mismo, lleva a cabo prácticas ilegítimas con el fin de obtener beneficios en perjuicio de terceros, sean competidores o usuarios que, de no existir dicha posición de dominio, no hubiera podido alcanzar, y,

f) Sociedad concesionaria: Se considera como tal a la sociedad anónima constituida para explotar exclusivamente la concesión de un único puerto o terminal portuario estatal, en los términos previstos en su respectivo contrato de concesión.

Las expresiones y términos utilizados en esta resolución que no hayan sido específicamente definidos en la misma, se entenderán en el sentido que les dan otras disposiciones del marco normativo vigente.

Capítulo II

Sociedades anónimas concesionarias

Artículo 3.- Participación en sociedades anónimas concesionarias.- Durante la vigencia de las concesiones en los puertos públicos comerciales, los integrantes del grupo. oferente adjudicatario de la concesión (o quienes legítimamente los sustituyan), en la proporción que cada uno de ellos tuviere en dicho grupo, deberán tener una participación en el capital suscrito y pagado de la sociedad que, conjuntamente, en ningún caso podrá ser inferior al 51% (cincuenta y uno por ciento) de dicho capital, formando así su "grupo de control"; sin perjuicio de las excepciones que contractualmente se establezcan al respecto por razones de interés general, y de lo previsto en el artículo 4 de este resolución.

El restante porcentaje del capital de la sociedad, esto es, el 49%, podrá ser suscrito tanto por los integrantes del oferente como por terceros en general, siempre que no se encuentren incursos en cualquier supuesto de inhabilitación, prohibición, falta de legitimación o incapacidad para contratar con el Estado.

En cualquier caso, las acciones correspondientes al "grupo de control" (51%) y al tramo de "libre inversión" (49%), se representarán en series diferentes de acciones nominativas.

Cuando los accionistas de la sociedad concesionaria sean personas jurídicas, deberán declarar previamente la composición accionarial de las mismas y de sus participantes, si es el caso, hasta llegar a la identificación de las personas naturales que participan indirectamente en el capital accionario de la sociedad concesionaria. Dicha declaración deberá ser certificada por la Superintendencia de Compañías.

Artículo 4.- Transferencia de participaciones accionarias.- Las transferencias de participaciones accionarias en la sociedad concesionaria requerirán la autorización previa de la entidad concedente.

Los contratos de concesión establecerán el procedimiento a seguir en tales casos, y los requisitos bajo los cuales procederá el otorgamiento de la autorización. A tales efectos, podrán establecerse requerimientos y procedimientos diferenciales según las participaciones accionarias que se transfieran y correspondan a la serie relativa al grupo de control (esto es, el 51%) o a la serie de "libre inversión" (esto es, el restante 49%).

Capítulo III

Concentraciones empresariales, abuso de posición dominante y conflictos de interés

Artículo 5.- Concentración empresarial. - Las personas naturales o jurídicas a que alude el artículo 1 de la presente resolución, podrán participar en carácter de socios o accionistas en más de una de las empresas portuarias constituidas para la explotación de puertos o terminales portuarios comerciales de carácter público o privado, con las siguientes excepciones:

- a. Sólo en una empresa portuaria se podrá ostentar, en forma directa o indirecta, la titularidad de más del 20% (veinte por ciento) del capital suscrito y pagado;
- b. Quienes sean accionistas de la sociedad titular de una concesión dentro de un puerto comercial estatal, no podrán ser, directa o indirectamente, accionistas de otra sociedad concesionaria dentro del mismo puerto; y,
- c. Las empresas portuarias constituidas para la explotación de puertos o terminales portuarios privados no podrán ser accionistas de otras salpresas portuarias.

En cualquiera de las hipótesis antes previstas, a quien desee participar en el capital accionario de más de una sociedad concesionaria fuere un grupo de accionistas de una empresa portuaria, a efectos de computar el referido porcentaje se considerará la participación conjunta, es decir la suma de las participaciones del grupo de socios interesados.

Artículo 6.- Cómputo de las participaciones accionarias en supuestos de concentración empresarial.- En cualquiera de los supuestos a que refiere el artículo 5 precedente, se computará no sólo la participación accionaria que tales personas tengan directamente en dichas empresas portuarias, sino también la de sus respectivos socios o accionistas controlantes o controlados, sus vinculadas o pertenecientes a un mismo grupo económico, los administradores de cualesquiera de ellas, y personas naturales que sean cónyuges o parientes por consanguinidad hasta el tercer grado de dichos socios, accionistas o administradores de la empresa portuaria.

Cualquier persona que, en forma directa o indirecta, se encuentre dentro de las referidas en el artículo 1 de esta resolución y participe en el capital de una empresa portuaria deberá informar a la Autoridad Portuaria Nacional sobre dicha circunstancia, así como de cualquier variación ocurrida en torno a sus participaciones.

Artículo 7.- Exceso del límite a la tenencia de participaciones accionarias.- Los titulares de paquetes accionarios que sobrepasen el límite máximo dispuesto en artículo 5 anterior, deberán enajenar las participaciones que excedan de dicho tope, dentro del plazo máximo e improrrogable de 90 (noventa) días contados a partir del día siguiente a aquél en el que se verificó dicho supuesto. Las referidas participaciones podrán ser adquiridas o amortizadas por la respectiva sociedad concesionaria en los términos de los artículos 192 y 196 respectivamente y concordantes de la Ley de Compañías; en este último caso, siempre que dicha operación no tenga por resultado el surgimiento de una nueva situación de concentración contraria a lo previsto en el artículo 5 precedente.

Artículo 8.- Abuso de posición dominante.- Las empresas portuarias no podrán, individualmente (en forma directa o indirecta), o conjuntamente con otras empresas portuarias, ejecutar prácticas ni promover intenciones, acuerdos o participaciones que puedan, a juicio de la entidad de control, condicionar o interferir la leal competencia o conculcar los derechos de los clientes o consumidores.

Se considerarán conductas tipificadas como tal, entre otras, a las siguientes:

- a. Imposición abusiva de precios u otras condiciones de prestación de los servicios;
- b. Negativa injustificada a satisfacer las demandas de prestación de servicios, salvo en caso de tratarse de clientes morosos con deudas probadas pendientes con empresas portuarias, sin que existe un convenio de pago y que el mismo se esté cumpliendo,
- c. Aplicación arbitraria de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes a diferentes usuarios que, habiéndolo solicitado no pueden recurrir a otro prestador para satisfacer su demanda;
- d. Condicionamiento de la prestación de servicios a la aceptación de prestaciones suplementarias o condicionantes de cualquier tipo, que no guarden relación con el objeto y práctica de los servicios requeridos;
- e. Concertación de acuerdos o convenios entre empresas que tengan por objeto la asignación mutua o a terceros, de cuotas del mercado actual o potencial de servicios portuarios o conexos a la actividad, o conlleven la práctica de conductas de las tipificadas en el presente artículo; y,
- f. Ejecución de cualquier práctica contraria a los legítimos intereses de otros competidores; usuarios o destinatarios finales de los servicios prestados, que tengan la intención, produzcan o puedan producir el efecto de eliminar, impedir, limitar, falsear o interferir la leal competencia en todo o parte del respectivo mercado de servicios portuarios.

Artículo 9.- Conflicto de interés.- Aquellos que desempeñen cargos de administradores, directores, representantes, gerentes y/o comisarios de una determinada sociedad concesionaria, no podrán, en forma simultánea, ocupar cargos análogos en otra empresa portuaria.

Capítulo IV

Potestades de control y régimen sancionatorio

Artículo 10.- Control.- El control del cumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente resolución, competirá a la Autoridad Portuaria Nacional.

Para efectos operativos, la Autoridad Portuaria Nacional podrá disponer a las respectivas autoridades portuarias, el ejercicio de las funciones rutinarias de control para el cumplimiento de la presente resolución por parte de las empresas concesionarias de

puertos o terminales portuarios públicos, debiendo éstas informar a la Autoridad Portuaria Nacional de los resultados que de ellas surjan.

Artículo 11.- Suministro de información.- La Autoridad Portuaria Nacional, bajo la más absoluta reserva o confidencialidad, tendrá acceso a toda la información y documentación que razonablemente se estime necesaria para el cumplimiento de sus cometidos. A tales efectos, no le será oponible el derecho de sigilo.

En los mismos términos, las autoridades portuarias tendrán acceso a la misma información y documentación, pero sólo respecto de las sociedades concesionarias en sus respectivos ámbitos de jurisdicción.

Las personas naturales y jurídicas referidas en el artículo 1 precedente, así como las vinculadas a ellas en dicho alcance, estarán obligadas a brindar en forma veraz, suficiente y oportuna todas las informaciones, y a exhibir los registros y documentos necesarios para su comprobación, conforme les fuera solicitado por la correspondiente entidad de control para el cumplimiento de sus fines, con la periodicidad o plazos y bajo las formalidades que ésta establezca.

Artículo 12.- Registro de actuaciones.- La Autoridad Portuaria Nacional creará y mantendrá un registro de sus actos, en el cual se dejará constancia de las actuaciones e inspecciones llevadas a cabo y los resultados obtenidos, las medidas que se hubieren adoptado y las sanciones impuestas en cada caso.

Artículo 13.- Régimen sancionatorio.- En caso de acciones u omisiones contrarias a lo prescrito en la presente resolución y que constituyan un incumplimiento de sus disposiciones, las mismas serán sancionadas por la Autoridad Portuaria Nacional, en lo que respecta a las sociedades constituidas para la explotación de puertos y terminales portuarios comerciales de carácter público, de conformidad al régimen que se establezca en los respectivos contratos de concesión, en los términos del artículo 39 del Reglamento General de la Actividad Portuaria en el Ecuador.

Artículo 14.- Vigencia.- La presente resolución entrará en vigencia a partir de esta fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial y de su cumplimiento se encargará la Dirección General de la Marina Mercante y del Litoral.

Dada en Quito, en la sala de sesiones de la H. Junta de Defensa Nacional, a los dieciséis días del mes de octubre del año dos mil uno.

f.) Hugo Unda Aguirre, Almirante, Ministro de Defensa Nacional, Presidente del Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos.

f) Dr. Publio Farfán Vélez, Secretario Abogado del Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos.