

Bogotá D.C.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
RADICACION: 23-723- -2-0 **FECHA:** 2023-02-14 17:02:17
DEPENDENCIA: 1007 GRUPO DE TRABAJO DE ABOGACÍA DE LA C **EVENTO:** 360 ASESORÍA
TRAMITE: 396 ABOGACIA COMPETENCIA **FOLIOS:** 7
ACTUACION: 440 RESPUESTA

Doctor

WILLIAM FERNANDO CAMARGO TRIANA

Presidente de Agencia

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

wfcamargo@ani.gov.co

fhoyos@ani.gov.co

contactenos@ani.gov.co

Asunto:	Radicación:	23-000723
	Trámite	396
	Evento:	360
	Actuación:	440
	Folios:	7

1

Referencia: Asesoría al Gobierno Nacional en materia de libre competencia económica (numeral 1 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011) a propósito de la solicitud presentada por la Agencia Nacional de Infraestructura.

Respetado Doctor Camargo:

En respuesta a la comunicación del asunto radicada por parte de la **Agencia Nacional de Infraestructura** (en adelante **ANI**) el 2 de enero de 2023, la **Superintendencia de Industria y Comercio** (en adelante **SIC**), en ejercicio de su función de órgano asesor del Gobierno Nacional con fundamento en el numeral 1 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, analizará su consulta desde la óptica de la libre competencia económica.

Para estos efectos, el presente documento dará respuesta a su solicitud en los siguientes términos: primero, se describirá la consulta formulada por la **ANI**; segundo, se sintetizarán las razones propuestas por la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura (en adelante **SPRBUN**) para solicitar la eliminación del numeral 12.19 de la cláusula decimosegunda del Contrato de Concesión Portuaria No. 009 de 1994 (en adelante la **cláusula 12.19**); tercero, se describirá el antecedente del concepto en función asesora identificado con el radicado 14-57982; cuarto, se presentará el respectivo análisis desde la libre competencia económica para dar respuesta a la solicitud, y, finalmente, se formulará una conclusión.

1. Descripción de la consulta

Mediante la comunicación identificada con radicado ANI No. 20223030426641, la **ANI** puso en conocimiento de la **SIC** la solicitud que formuló la **SPRBUN** orientada a que se elimine la **cláusula 12.19**. El propósito de la **ANI** es que la **SIC** rinda “(...) su concepto sobre el particular, a fin de continuar con el trámite correspondiente”¹.

Como se puede apreciar, la solicitud formulada por la **ANI** tiene un carácter general. En esa medida, es importante aclarar que la **SIC** no presentará una posición sobre la conveniencia o inconveniencia de eliminar la **cláusula 12.19**. Ese es un aspecto cuya determinación le corresponde a la **ANI**. La **SIC**, en ejercicio de su función de asesoría al Gobierno Nacional, se limitará a presentar consideraciones sobre solo uno de los factores que la **ANI** deberá tener en cuenta para resolver la solicitud de la **SPRBUN**, esto es, lo relacionado con el régimen de protección de la competencia.

2

2. Razones presentadas por la SPRBUN para solicitar la eliminación del numeral 12.19 de la cláusula décima segunda

La **cláusula 12.19** establece que la **SPRBUN**, en su condición de concesionaria, debe permitir que terceros presten servicios de operación portuaria dentro de las instalaciones del puerto. Además, que debe abstenerse de prestar ese tipo de servicios a menos que, por razones técnicas o por la ausencia de prestadores, fuera estrictamente necesario. Finalmente, la **cláusula 12.19** establece unas condiciones en las que la **SPRBUN** podrá prestar el servicio de almacenamiento.

La **SPRBUN** pretende la eliminación de la **cláusula 12.19** para que pueda prestar los servicios de operación portuaria en los términos de la regulación vigente aplicable al sector. Las razones y fundamentos mediante los cuales sustentó su solicitud se exponen en los siguientes términos:

a. La **cláusula 12.19** tiene su origen en el numeral 13 del artículo 23 del Decreto 838 de 1992, que fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia del 24 de julio de 1997. La Corporación consideró que esa norma limitaba a las sociedades portuarias para prestar servicios de operación portuaria, aunque la Ley 1 de 1991 permite que presten esos servicios directamente². Al respecto, aclaró que la ley habilita a las sociedades portuarias

¹ Documento identificado con el radicado No. 23-000723--03.

² Ibid. Pág. 5 – 7.

para determinar, según las circunstancias, la conveniencia de desarrollar las actividades de operación portuaria directamente o por intermedio de terceros³.

b. Diferentes entidades administrativas y judiciales han reconocido que la **SPRBUN** puede operar directamente el puerto:

- La **ANI** conceptuó en el pasado que la inclusión de la **cláusula 12.19** obedeció a la obligación contemplada en el numeral 13 del artículo 23 del Decreto 838 de 1992, que fue declarado nulo, de manera que consideró que esa cláusula es ineficaz y que carece de aplicación práctica.

- La entonces **Superintendencia de Puertos y Transporte** y el interventor del Contrato de Concesión Portuaria No. 009 de 1994 coincidieron en que la **SPRBUN** no tendría ningún impedimento para prestar servicios de operación portuaria debido a la ineficacia de la **cláusula 12.19**⁴.

- Los contratos de concesión portuaria celebrados por la **ANI** con las sociedades portuarias de Santa Marta, Barranquilla y Cartagena también contenían una regla como la establecida mediante la **cláusula 12.19**. Sin embargo, producto de la declaratoria de nulidad del numeral 13 del artículo 23 del Decreto 838 de 1992, los contratos fueron modificados mediante Otro sí suscrito entre la entonces **Superintendencia de Puertos y Transporte** y las sociedades portuarias⁵.

- Diversas autoridades administrativas y judiciales, al resolver distintas controversias, han desestimado la prohibición de las sociedades portuarias para llevar a cabo actividades de operación portuaria⁶.

- Terceros han iniciado acciones fundadas en la **cláusula 12.19** contra la **SPRBUN** para impedir que desarrolle actividades de operación portuaria. Sin embargo, esas controversias han sido decididas de manera favorable a la **SPRBUN**⁷.

³ Ibid. Pág. 7 – 8.

⁴ Ibid. Pág. 9 – 12.

⁵ Ibid. Pág. 18.

⁶ Ibid. Pág. 12 – 14.

⁷ Ibid. Pág. 14 – 17.

3. Concepto de función asesora identificado con el radicado No. 14-57982

En esa oportunidad la **ANI** formuló una consulta sobre la posibilidad de modificar la **cláusula 12.19** y presentó una propuesta de redacción que permitía la participación de la **SPRBUN** en el mercado de la prestación de servicios de operación portuaria. La **SIC**, en ejercicio de función asesora, manifestó lo siguiente:

a. La **SIC** consideró que la redacción propuesta por la **ANI** podría aumentar el número de participantes en el mercado de los operadores portuarios porque autorizaría a la **SPRBUN** para participar. En su concepto eso podría ser beneficioso para la dinámica de competencia porque, en principio, es deseable que en un mercado participen una pluralidad de competidores.

b. La **SIC** precisó que la declaratoria de la nulidad del numeral 13 del artículo 23 del Decreto 838 de 1992 no implicaba necesariamente que la **cláusula 12.19** debiera eliminarse o modificarse. Al respecto, resaltó que, si bien la Ley 1 de 1991 permite a las sociedades portuarias participar en el mercado de los operadores portuarios, nada se opone a que la **SPRBUN** consienta en restringir esa posibilidad en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes.

c. La **SIC** advirtió que la **SPRBUN** sería “un nuevo competidor” que, por su papel en la dinámica de competencia, tendría ventajas en el mercado de la prestación de servicios de operación portuaria frente a los demás competidores. Por lo tanto, sería un agente que tendría la posibilidad de generar distorsiones en el mercado.

d. Finalmente, la **SIC** se pronunció sobre unas condiciones contenidas en la redacción propuesta por la **ANI**. Al respecto, resaltó que no sería conveniente que la **SPRBUN** pudiera determinar de manera autónoma las condiciones que debían sus competidores para poder participar en el mercado de la prestación de servicios de operación portuaria.

4. Respuesta a la solicitud

a. Contenido de la cláusula 12.19

Para efectos de abordar el análisis desde la libre competencia, resulta pertinente, en primer lugar, revisar el contenido de la **cláusula 12.19**, la cual se transcribe a continuación:

“EL CONCESIONARIO debe permitir que terceros presten servicios de operación portuaria dentro de sus instalaciones y EL CONCESIONARIO no operará el puerto a menos que ello sea estrictamente necesario por razones técnicas o porque no exista otra alternativa, casos en los cuales debe mediar previa aprobación por parte de LA

SUPERINTENDENCIA. No obstante, EL CONCESIONARIO podrá prestar el servicio de almacenamiento y será responsable de operar hasta el 40% del total del área de almacenamiento cubierta y hasta un 40% del área de almacenamiento descubierta, con el fin de garantizar un nivel significativo de instalaciones de almacenamiento accesibles y de servicios a todos los usuarios del puerto; este servicio de almacenamiento será prestado directamente por EL CONCESIONARIO, por sus propios medios o subcontratando para su operación los servicios de un operador portuario, bajo su responsabilidad⁸.

La **cláusula 12.19** contiene tres reglas que debe cumplir la **SPRBUN**: **(i)** permitir que terceros presten servicios de operación portuaria dentro de sus instalaciones; **(ii)** abstenerse de llevar a cabo actividades de operación portuaria, a menos que ello sea estrictamente necesario por razones técnicas o porque no exista otra alternativa; y **(iii)** está habilitada para prestar el servicio de almacenamiento en las condiciones establecidas en la norma analizada.

5

b. Régimen de protección de la libre competencia

El régimen general de protección de la libre competencia está contenido en **(i)** la Ley 155 de 1959, **(ii)** el Decreto Ley 2153 de 1992, **(iii)** la Ley 1340 de 2009 y **(iv)** la Ley 2195 de 2022. En relación con los mercados asociados a la actividad portuaria existe una norma especial contenida en **(v)** el artículo 22 de la Ley 1 de 1991, que prohíbe que se realicen prácticas que restrinjan indebidamente la libre competencia en esos mercados.

Para los efectos de este concepto, debe tenerse en cuenta que las normas citadas prohíben que las sociedades portuarias realicen comportamientos unilaterales que sean idóneos para limitar la dinámica de competencia en los mercados asociados a la actividad portuaria, ya sea a través de la obstaculización de competidores o mediante la explotación de los destinatarios de los servicios. En consecuencia, aunque no existiera la **cláusula 12.19**, el régimen de protección de la libre competencia prohíbe a la **SPRBUN** que, aprovechando ilegítimamente su condición de concesionaria del puerto, distorsione la dinámica de competencia en el mercado de prestación de servicios de operación portuaria en beneficio propio y en perjuicio de los demás competidores.

La conclusión anterior, además, está soportada en la doctrina de la **SIC** en esta materia. En las actuaciones administrativas que se relacionan adelante la entidad inició investigaciones formales para determinar si las sociedades portuarias investigadas ejecutaron comportamientos unilaterales que restringieron la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de operación portuaria. El punto fundamental para este análisis es que esas investigaciones no estuvieron soportadas en normas contractuales como la contenida en la **cláusula 12.19**. Se fundaron en las prohibiciones establecidas en el régimen

⁸ Documento identificado con el radicado No. 23-000723—05.

de protección de la libre competencia. Las actuaciones en cuestión se relacionan a continuación:

(i) Resolución No. 10145 de 2004. La **SIC** ordenó una apertura de investigación contra la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S.A. por la aplicación de condiciones discriminatorias a los demás operadores en el mercado de la prestación de servicios de operación portuaria.

(ii) Resolución No. 44516 del 2022. Actualmente está en curso una investigación contra la **SPRBUN** porque presuntamente habría implementado un sistema tendiente a limitar la libre competencia en el puerto de Buenaventura para la prestación de los servicios de uso y acceso de la infraestructura portuaria concesionada y los servicios de operación portuaria.

c. Análisis de la eliminación de la cláusula 12.19 desde la perspectiva de la libre competencia económica

6

La decisión que debe adoptar la **ANI** en relación con la solicitud de eliminar la **cláusula 12.19** implica el análisis de diversos aspectos de variada naturaleza. Uno de esos aspectos es el relacionado con la libre competencia. El concepto que ahora emite la **SIC**, por supuesto, se limita a otorgar elementos de juicio en relación con este último aspecto.

En opinión de la **SIC**, la eliminación de la **cláusula 12.19** no generaría una preocupación desde la óptica de la libre competencia. En particular, no podría ser interpretada en el sentido de que a partir de la eliminación de la **cláusula 12.19** la **SPRBUN** quedaría legitimada para incurrir en prácticas anticompetitivas en el mercado de la prestación de los servicios de operación portuaria. La **SPRBUN**, como todo agente que participa en el mercado, en los términos del artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 está sujeta al régimen general de protección de la libre competencia y a las normas específicas de esa materia que son aplicables a los mercados asociados a la actividad portuaria. Por lo tanto, si **SPRBUN** infringe esas prohibiciones, la **SIC** estaría facultada para iniciar la correspondiente actuación administrativa sancionatoria y, además, para imponer las órdenes pertinentes con el fin de que la dinámica de competencia en el mercado de prestación de servicios de operación portuaria no sea afectada.

Finalmente, independiente de si la **ANI** decide eliminar la **cláusula 12.19**, es importante que las entidades del sector y los agentes que participan en los mercados asociados con la actividad portuaria hagan uso de los instrumentos contemplados en el régimen de protección de la libre competencia para poner en conocimiento de la **SIC** cualquier conducta que pueda constituir una infracción a esa normativa.

5. Conclusión

La **SIC** considera, exclusivamente desde la perspectiva del régimen de protección de la libre competencia, que la existencia de la **cláusula 12.19** no es indispensable para efectos de garantizar el cumplimiento de esa normativa. Esta conclusión se sustenta en que el régimen de protección de la libre competencia cumple esa función y vincula a todos los agentes que participan en los mercados relacionados con la actividad portuaria, incluyendo a la **SPRBUN**. Aún sin la existencia de la **cláusula 12.19**, con fundamento en el régimen de protección de la libre competencia la **SPRBUN** tiene prohibido aprovechar ilegítimamente su condición de concesionaria del puerto para distorsionar la dinámica de competencia en el mercado de prestación de servicios de operación portuaria.

Quedamos atentos a cualquier inquietud sobre el particular o cualquiera otra cuestión que sea de interés para la **ANI**.

Cordialmente,

7

JOHN MARCOS TORRES CABEZAS

Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (E)

Elaboró: Steven Gómez Giraldo / Daniella Sosa Cruz

Revisó: Sara Álvarez Correa / Francisco Melo Rodríguez

Aprobó: John Marcos Torres Cabezas

Es importante para nosotros conocer su percepción sobre la atención de su solicitud, por esta razón lo invitamos a evaluar el servicio de la Superintendencia de Industria y Comercio siguiendo el siguiente enlace:



<https://forms.office.com/r/hc8zeFi5fE>

