



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

-59-
Cuentas
Muebles
Reservados

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** Comisión de Resolución de Primera Instancia
- **Expediente CRPI:** SCPM-CRPI-2016-023
- **Expediente Apelación:** SCPM-CRPI-2016-023-A-014-2016-DS
- **Denunciante:** CONTENCON GUAYAQUIL S.A.
- **Denunciado:** DUBAI PORT WORD DPW / DPC / DPWI

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 29 de septiembre de 2016, a las 12h21.- **VISTOS.-** Dentro del presente expediente administrativo, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme el acta de posesión ante el Pleno de la Asamblea Nacional, de fecha 06 de septiembre de 2012 cuya copia certificada se encuentra agregada al expediente, encontrándose el proceso para resolver, **SE CONSIDERA: PRIMERO.- COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el Art. 44 numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación interpuesto. **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, no adolece de vicios de procedimiento ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal, por lo que esta Autoridad declara la validez del mismo. **TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** El recurrente, señor José Miguel Muñoz, en calidad de Gerente General y Representante Legal de CONTENCON GUAYAQUIL S.A, ha interpuesto recurso de apelación con fecha 01 de julio de 2016, en contra de la Resolución expedida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia de 03 de junio de 2016; es decir, dentro del término legal, cumpliendo así el principio de oportunidad garantizado en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, establecido en el Art. 67.- **Recurso de Apelación o Jerárquico.-** *"Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control del Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición. El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos. El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario. Contra el acto o resolución que conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa".* **CUARTO.-ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-** El acto administrativo impugnado es la Resolución expedida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia de 03 de junio de 2016, en el cual se resuelve: "(...), 1. Acoger la recomendación contenida en el Informe No. 008-2016 de 03 de junio de 2016, adjunto al Memorando SCPM-IIPD-091-2016-M, emitido por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales. 2. Negar la

adopción de las medidas preventivas solicitadas por el señor José Miguel Muñoz, representante legal del operador económico CONTENCOM GUAYAQUIL S.A. (sic) 3. Archivar el expediente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia Nro. SCPM-CRPI-2016-023 de medidas preventivas solicitadas por el operador económico CONTENCON GUAYAQUIL S.A. (...). **QUINTO.-PRETENSIONES DE LOS RECURRENTE.**- El recurrente José Miguel Muñoz, en calidad de Gerente General y Representante Legal de CONTENCON GUAYAQUIL S.A., mediante escrito de 01 de julio de 2016, interpone Recurso de Apelación en contra del acto administrativo de 03 de junio de 2016, expedido por la Comisión de Resolución de Primera Instancia y solicita: "1. Admita a trámite el presente recurso de apelación en contra de la resolución emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del expediente No. SCPM-CRPI-2016-023. 2. Admita a nuestro favor los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el presente documento. 3. Ordene a la CRPI remita a la brevedad posible todo el expediente No. SCPM- CRPI-2016-023. 4. Se determine que las medidas preventivas solicitadas en la denuncia de 11 de abril de 2016 y solicitud de 24 de mayo de 2016 en contra de los denunciados son legales, a fin de precautelar el orden público económico y la leal competencia, ambos lesionados mediante las propuestas, acuerdos y demás negociaciones ejecutadas por DPW en las negociaciones del puerto de Posorja; Petición que es procedente en atención al cumplimiento del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* además de la inminencia y gravedad de los daños que acaecerían en contra de la terminal pública de Guayaquil y de CONTECON (sic). Irrecuperable. 5. Ordene las medidas preventivas solicitadas por CONTECON (sic) el 11 de abril de 2016 y el 24 de mayo de 2016, mismas que consisten en: Las medidas preventivas solicitadas en la denuncia de 11 de abril de 2016 son: a. Disponga la publicidad del aludido proceso en todas sus fases. b. Que un delegado de la SCPM forme parte del proceso de concesión a modo inmediato. c. Disponga y recomiende a la Autoridad Portuaria de Guayaquil (APG) y a las denunciadas la suspensión del proceso de concesión del puerto de Posorja a través de la firma de los contratos de concesión sin que antes la SCPM haya analizado las condiciones de competencia que puedan resultar afectadas y así evitar el daño que pudieran causar las conductas denunciadas. d. Disponga las recomendaciones urgentes que eviten un daño a las condiciones de competencia existentes en el mercado de terminales portuarias en el Ecuador, que tutelen la eficiencia económica y la sana y leal competencia. e. Demás medidas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Ratificamos señor Superintendente de Control del Poder de Mercado que la solicitud de investigación por conductas de prácticas desleales y de medidas preventivas en contra de las denunciadas tiene fundamento en asegurar las condiciones de competencia, la eficiencia económica y la sana y leal competencia; lo que quiere decir que CONTECON(sic) no tiene la intención de limitar la entrada de un nuevo competidor si no por el contrario solicita la mejor alternativa para crear un ambiente de competitividad y eficiencia en el mercado de puertos a través de la revisión de las concesiones portuarias (...). **SEXTO.-ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA**



PRETENSION.- Atendiendo el Recurso de Apelación interpuesto por José Miguel Muñoz, en calidad de Gerente General y Representante Legal de CONTENCON GUAYAQUIL S.A, se realizan las siguientes consideraciones procesales: **a)** El 11 de abril de 2016, CONTENCON GUAYAQUIL S.A, interpuso una denuncia en contra de DUBAI PORT WORLD -DPW-; DUBAI WORLD CORPORATION -DPC- y DP WORLD INVESTMENTS B.V. -DPWI- por actos de competencia desleal por Inducción a la infracción contractual previsto en el Artículo 27 numeral 8 de la LORCPM y cláusula general prohibitiva prevista en el Artículo 26 de la LORCPM por prácticas exclusorias o explotativas, así como también por extracción injustificada del excedente del consumidor. **b)** El 27 de abril de 2016, CONTENCON GUAYAQUIL S.A. aclara la denuncia presentada en contra de DUBAI PORT WORLD -DPW-; DUBAI WORLD CORPORATION -DPC- y DP WORLD INVESTMENTS B.V. -DPWI-. **c)** El 13 de mayo de 2016, la Comisión de Resolución de Primera Instancia CRPI, Dispone: "(...) **2)** Avocar conocimiento de la solicitud de medidas preventivas solicitadas por el señor José Miguel Muñoz, Gerente General y representante legal de la compañía CONTENCON GUAYAQUIL S.A., en contra de los operadores económicos DUBAI PORT WORLD Y DUBAI WORLD CORPORATION, por presuntas prácticas desleales de inducción a la infracción contractual y violación de la cláusula general prohibida (sic) contempladas en la LORCPM (...) **3)** Signar al procedimiento con el número de trámite SCPM-CRPI-2015-023 (...)". **d)** El 24 de mayo CONTENCON GUAYAQUIL S.A., mediante escrito dirigido a la CRPI solicita: "En virtud de lo expuesto, por ser el estado procesal de la causa y por la necesidad que existe sobre la concesión de medidas provisionales urgentes por cuanto se tiene conocimiento que el contrato de concesión será firmado el 5 de junio de 2016, solicitamos audiencia en los próximos días con su Autoridad Doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia y con el personal que usted considere necesario, con el objetivo de discutir varios temas de interés fundamental sobre el presente caso (...)". **e)** El 30 de mayo de 2016, a las 11h45, la CRPI, DISPONE: "**2)** En atención a la petición formulada por el operador económico CONTENCON GUAYAQUIL S.A., constante en el literal i) al tenor de lo que disponen los artículos 169 de la Constitución de la República del Ecuador y 71 inciso segundo del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se convoca al operador económico CONTENCON GUAYAQUIL S.A. y a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, para el día martes 31 de mayo de 2016, a las 14h30, a fin de que tenga lugar la audiencia solicitada por el operador antes citado, la misma que se realizará en el Salón Auditorio de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, ubicado en el inmueble de la intersección de las calles Bosmediano E15-68 y José Carbo de la ciudad de Quito. Se previene a los intervinientes que la audiencia será grabada en video y audio, dejándose constancia en acta de la diligencia firmada por los comparecientes (...)". **g)** Con fecha 30 de mayo la compañía DP World Investments BV -DPW-, mediante escrito dirigido a la CRPI, solicita: "a) Que antes de emitir una decisión sobre el pedido de medidas preventivas, se convoque a las partes a una audiencia. Este proyecto, de trascendental importancia para el Ecuador, no puede ser afectado a través de los engaños del monopolista del mercado, y estamos

d.

convencidos que después de escuchar los argumentos de DPW, la CRPI archivará el pedido de medidas preventivas". **h)** El 02 de junio de 2016, la CRPI, DISPONE: "**2) En atención a la petición formulada por el operador económico WORLD INVESTMEN BV "DPW", al tenor de lo que disponen los artículos 169 de la Constitución de la República del Ecuador y 38 numeral cuarto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se convoca al operador económico WORLD INVESTMENT BV "DPW" y la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales de la SCPM, para el día viernes 03 de junio de 2016, a las 10h00, a fin de que escuchar en audiencia la exposición oral solicitada por el operador económico antes citado, la misma que se realizará en las instalaciones de la SCPM, ubicada en el inmueble de la intersección de las calles Bosmediano E15-68 y José Carbo de la ciudad de Quito. Se previene a los intervinientes que la audiencia será grabada en video y audio, dejándose constancia en acta de la diligencia firmada por los comparecientes (...).**" **i)** El 03 de junio de 2016, la CRPI, RESUELVE: "**1. Acoger la recomendación contenida en el Informe No. 008-2016 de 03 de junio de 2016, adjunto a al (sic) Memorando SCPM-IIPD-091-2016-M, emitido por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales. 2. Negar la adopción de las medidas preventivas solicitadas por el señor José Miguel Muñoz, representante legal del operador económico CONTENCOM GUAYAQUIL S.A. 3. Archivar el expediente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia Nro. SCPM-CRPI-2016-023 de medidas preventivas solicitadas por el operador económico CONTECON GUAYAQUIL S.A.**" **j)** La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 313, prevé la facultad de reserva que tiene el Estado, respecto del derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos; en ese sentido, como es de conocimiento público el Estado desde el año 2015 se encontraba en negociaciones para la construcción y operación del Puerto de Aguas Profundas de Posorja, convenio de concesión que se realizaría entre un operador económico público del extranjero con el Estado ecuatoriano a través de la Autoridad Portuaria de Guayaquil. **k)** CONTENCON, denuncia a la compañía DP WORLD INVESTMENT B.V., ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, por inducción a la infracción contractual y posible prácticas desleales, solicitando se adopten medidas cautelares. La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, debido a la solicitud de estas medidas remitió a la Comisión de Resolución de Primera Instancia el informe final, en el cual dejó establecido: "*Como se transcribió en el acápite "Base normativa" de este informe, la LORCPM utiliza la expresión "medidas preventivas" en el artículo 62; y, el Reglamento para su aplicación, artículo 74, inciso 4, "Adopción de medidas preventivas", alude a "medidas cautelares" solicitadas por el denunciante. La doctrina han (sic) señalado que "Se trata de mantener inmutada una situación de hecho y de derecho incierta o controvertida, que se teme pueda ser alterada por distintos eventos o por hechos impugnables a las partes, proveyendo en hacer imposible su modificación o por lo menos predisponiendo los medios para restablecer la situación preexistente" (Rocco). Camelutti considera que la medida cautelar cumple con la necesidad del "... cambio probable de una situación", o de "eliminar el cambio ya ocurrido de una situación" o, finalmente, "de anticipar el cambio probable o aun incluso posible de una situación". En definitiva, la medida cautelar no es la declaración de*



- 64 -
Jesús
de los Angeles

certeza de una relación jurídica, sino que son medidas urgentes destinadas a impedir que se consumen daños de difícil reparación. Así mismo, se ha considerado que una medida cautelar no puede adoptarse con base en la petición pura y simple del solicitante, sino que es necesario que se reúnan al menos una serie de requisitos que justifiquen la intromisión que se va a producir en la esfera jurídica del sujeto pasivo, a saber: (i) el *fumus bonis iuris* (apariencia de buen derecho), pues carecería de sentido "... que se adoptara una medida provisional si *ictu oculi* la pretensión de fondo del solicitante de la medida apareciera como infundada"; y, el *periculum in mora* (peligro actual y urgencia de la medida), mismo que se concreta "... en la irreparabilidad el daño que se produce al interés público afectado". Y dentro del mismo informe concluye: "En virtud de las consideraciones antes expuestas, se considera que no se han detectado los presupuestos básicos y suficientes que satisfagan de forma razonable la verificación del propósito de las medidas preventivas, por lo cual, es criterio de este órgano recomendar a la Comisión de Resolución de Primera Instancia no adoptar las medidas preventivas solicitadas por el operador económico denunciante. No obstante, cabe indicar que este órgano realizará las acciones necesarias y que se encuentren bajo el ámbito de su competencia, tendientes a recabar las evidencias mediante las cuales se pueda justificar las supuestas prácticas desleales denunciadas; y, en el caso de considerarlo pertinente solicitará al órgano respectivo la adopción de las medidas preventivas que se consideren pertinentes para preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar cualquier daño que la conducta denunciada pudiere ocasionar, debido a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado".

l) Las medidas preventivas solicitadas por el recurrente, en este estado procesal administrativo, ya no tiene asidero, en virtud que, el Estado realizó la concesión con la compañía DP WORLD INVESTMENT B.V para la construcción y operación del nuevo puerto de aguas profundas para Posorja, concesión firmada el 6 de junio de 2016, por lo que, se vuelve contradictorio que esta Autoridad se pronuncie preventivamente sobre un acto consumado. Es necesario aclarar que el recurrente presenta recurso de apelación el 01 de julio de 2016, el mismo que es avocado conocimiento por esta Autoridad el 05 de agosto de 2016, es decir que, el recurrente tenía pleno conocimiento de la adopción del contrato de concesión por parte del Estado desde el 6 de junio de 2016.

m) Los contratos en los cuales se vean inmersos sectores estratégicos, son de exclusivo control y decisión del Estado, la concesión está autorizada mediante decreto ejecutivo en el cual de manera excepcional realizó dicha concesión, fundamentándose para el efecto en el Art. 100 del Código Orgánico para la Producción, Comercio e Inversiones (Copci) que establece: "Art. 100.- Excepcionalidad.- En forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y 2208 adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no 2209 se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del 2210 servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, el Estado o 2211 sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía 2212 popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de 2213 los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias 2214 o aeroportuarias, ferroviarias y otros".

n) La evaluación de las medidas

preventivas en este caso, no es aplicable por los presupuestos antedichos, ya que su objeto esta ceñido a estimar la magnitud de aquellos riesgos o daños que pueden ocasionarse en el mercado y en la afectación al interés general. Con la firma de la concesión, no es posible ni viable, en el caso de que así lo amerite, poner medidas preventivas, en virtud que el contrato ya se ejecutó; consiguientemente, como se puede interponer medidas preventivas a un acto contractual después de que el mismo ya fue firmado y ejecutado, por otro lado, en el informe (008-2016) de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales que indica: *"(...) La posible infracción a la cláusula contractual del contrato de concesión señalado por el operador económico CONTENCON contiene una expectativa sujeta a varias condiciones a decir: (i) De resultar necesario y vital (...) dragar el Canal de Acceso a mayor profundidad"; (ii) "... reconocido así por acuerdo de las partes; iii) "... luego de una evaluación técnico económica del proyecto"; (iv) APG lo realizará siempre que cuente con los recursos necesarios ..."; (vi) ... Una vez pactada la realización de ese proyecto de dragado, APG será responsable de su ejecución en los términos acordados", es decir, se requiere la celebración del pacto de realización del proyecto de dragado, previo que haya surgido la necesidad de dragado, la evaluación técnico económica y la verificación de recursos económicos, por lo tanto, no se aprecia el cumplimiento del requisito del *fumus bonis iuris* es decir que la petición tenga la apariencia de un buen derecho (...)"*. o) El Art. 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado manifiesta que las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar. Por tanto, en el caso que nos ocupa, y por el estado del contrato de concesión que se encuentra ejecutado, esta Autoridad no está en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas de un hecho consumado; y, peor aún, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse. Adicionalmente, el informe de la Intendencia y la resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, no han encontrado la necesidad de adoptar medidas preventivas de un supuesto daño que se pretenda evitar, respecto de la afectación al interés general; afirmaciones que emanan de la evaluación realizada cuyo resultado no evidenció la pertinencia para la adopción de medidas preventivas, en virtud de que las mismas deberán ponerse claramente en manifiesto en las siguientes situaciones: **1)** Eliminar o reducir el riesgo, en el origen del contrato, o en la organización lícita de la empresa que concede el proyecto, **2)** Para proteger el interés de la colectividad sobre el interés individual. Puntualmente el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en el Art. 73, especifica las clases de medidas preventivas que se podrían adoptar en los casos que amerite, basándose a su vez en lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley, y también establece que No se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales. En ese sentido, se entiende que las medidas preventivas, siempre son de naturaleza cautelar, de modo que no constituyen un fin en sí mismas, ya que están sujetas a la condición jurídica determinante, en este caso estaban sujetas al contrato de concesión que ya fue firmado, por tanto no son aplicables. p) El Art. 314 de la Constitución de la República del Ecuador otorga la responsabilidad al Estado para la provisión de los servicios públicos de



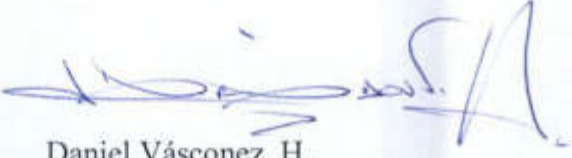
Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

43
- 62 -
Pérez
Luz

infraestructuras portuarias, bajo principios de generalidad, eficiencia, accesibilidad, continuidad y calidad, entre otros; así también da la posibilidad para que el Estado disponga que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, estableciendo para el efecto, control y regulación. Al ser el puerto de Posorja considerado como estratégico por su trascendencia y magnitud, tiene decisiva influencia económica, social, política y ambiental, por tanto, se orientan al pleno desarrollo del interés social, y al Plan de Desarrollo Nacional, es así que el Art. 335 de la misma norma, manifiesta que *"El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos"*. (el subrayado y negrilla me pertenece). q) Finalmente, las inversiones se proyectan como diversificaciones productivas, que generan equilibrios nacionales, regionales y sectoriales, y se aplicarán según las necesidades del país, siempre orientadas a proteger el interés común; lo que desemboca en que las inversiones que se realicen cumplan con los objetivos del régimen de desarrollo. En este contexto, dentro de las medidas preventivas solicitadas por el recurrente, se expone la posibilidad de un daño inminente, respecto de la próxima ocurrencia de un supuesto perjuicio al firmar el contrato de concesión, manifiesto que, como se dejó establecido, atañe a un hecho que va a suceder, situación jurídica que no existe, en virtud que la concesión para el puerto de Posorja, ya fue firmado el 06 de junio de 2016. **SEPTIMO.-** Por todo lo expuesto, amparado en las disposiciones del Art. 44, numeral 2 y Art. 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE: Primero.-** NEGAR el Recurso de Apelación planteado por el operador económico CONTENCON GUAYAQUIL S.A., en consecuencia, negar la adopción de las medidas preventivas y ratificar en todas sus partes, la resolución de 03 de junio de 2016, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia. **Segundo.-** Póngase en conocimiento de lo actuado a las partes procesales y al órgano de resolución de primera instancia.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**


Pedro Páez Pérez

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO


Daniel Vásquez H.
SECRETARIO AD-HOC