



DICTAMEN - LEGAL OPINION

CONSULTOR: CONSEJO ADMINISTRATIVO DE DEFENSA ECONÓMICA
DICTAMINADOR: ELIANE M. OCTAVIANO MARTINS

**Competencia en el sector de servicios e infraestructura portuaria
en América Latina y el Caribe**

SÃO PAULO (SP)

Este estudio fue preparado por la Profesora Eliane Maria Octaviano Martins¹ a pedido del Consejo Administrativo de Defensa Económica - Cade, en ocasión de la VIII Reunión del Grupo de Trabajo sobre Comercio y Competencia SELA / UNCTAD. El trabajo fue realizado a través del proyecto de desarrollo BRA / 11/008, establecido por el Cade en asociación con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD y la Agencia Brasileña para la Cooperación - ABC.

La investigación contó con la ayuda de Paulo Enrique Reis de Oliveira y fue coordinada desde Cade por Fábio Lopes de Sousa, Valentina Rivas y Victor Oliveira Fernandes.

Las opiniones emitidas en los Documentos de Trabajo son de exclusiva y entera responsabilidad de la autora, no expresando necesariamente el punto de vista del Consejo Administrativo de Defensa Económica o del Ministerio de Justicia. El presente dictamen es elaborado con base en datos ofrecidos por las autoridades portuarias, gobiernos y concesionarios. Estructurase en 4 partes: I) Objetivo de la Pesquisa; II) Sistemas Portuarios en América Latina y el Caribe y su Regulación; III) Aspectos de Competencia de los Puertos y Servicios Agregados; IV) Perspectivas para los Puertos Latino Americanos y Caribeños - Propuestas para Integración Regional.

¹ Eliane Maria Octaviano Martins es doctora en Integración de América Latina por la USP, con pasantía postdoctoral por la Universidad Autónoma de Barcelona, maestra por la UNESP y profesora a nivel de Maestría y Doctorado.

SUMARIO

PARTE I - OBJETIVO DE LA PESQUISA.....	4
Cuadro Esquemático 1 – Presencia del Sector Portuario en las Constituciones.....	6
Cuadro Diagramático 2 - Leyes Específicas de Regulación Portuaria.....	8
PARTE II - SISTEMAS PORTUARIOS EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE Y SU REGULACIÓN	9
2.1 – República de Panamá.....	9
2.1.1 - Puerto de Colon.....	11
2.1.2 – Puerto de Balboa.....	13
2.2 – República Federativa de Brasil.....	14
2.3 - Estados Unidos Mexicanos.....	16
2.4 – República de Colombia	19
2.5 – República de Peru.....	21
2.6 – República del Ecuador.....	23
2.7- Jamaica.....	26
2.9 – República de Chile	28
PARTE III - ASPECTOS DE COMPETENCIA DE LOS PUERTOS Y SERVICIOS AGREGADOS.....	29
3.1 – Concurrencia Intraportuaria y Interportuaria.....	30
3.2 – Desafíos Logísticos para el Acceso Marítimo	31
3.3 – Desafíos Logísticos para el Acceso Terrestre	34
3.4 – Desafíos Tecnológicos.....	36
3.5 – Aspectos Económicos.....	36
3.6 – Aspectos Legales	38
3.7 – Aspectos Ambientales.....	40
PARTE IV -PERSPECTIVAS PARA LOS PUERTOS LATINO AMERICANOS Y CARIBEÑOS - PROPUESTAS PARA INTEGRACIÓN REGIONAL.....	40
4.1 – Relaciones entre Estados.....	41
4.2 – Relaciones entre Estados y Empresas	44
4.3 – Relaciones entr Empresas.....	45
CONCLUSIÓN.....	46

PARTE I - OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo fundamental analizar la competitividad portuaria latinoamericana y caribeña, con vistas al proceso de integración regional constatando bajo el prisma de la regulación de la actividad portuaria, principalmente observando como diferentes países manejan aspectos de la competencia, importante elemento en la realización del Comercio Justo. Buscase la elaboración de un estudio que auxilie en la armonización de la legislación regional para maximizar el comercio entre los países de la región.

Importante destacar que los puertos no pueden ser observados de manera separada, especialmente cuando el objeto del análisis es su competitividad. Los puertos son parte efectiva de una cadena logístico-productiva, haciendo que la inserción en el mercado sea aún más compleja que otras actividades. Más que la adecuación y modernidad de la propia actividad, el puerto tiene que garantizar su conexión con otras modalidades de transporte, la facilidad de acceso y la proximidad a los centros productivos.

A partir de esta premisa, las cuestiones de competencia son aún más relevantes, dado que las concentraciones en cualquier lugar de la cadena de suministro pueden afectar directamente el sector portuario, aislando efectivamente un puerto o imposibilitando a otros. En este sentido, la regulación de la actividad portuaria es extremadamente relevante.

Sobre la integración regional, al ser un proceso natural y resultante del propio comercio internacional, el puerto tiene un rol clave ya que recibe embarcaciones extranjeras, cargas oriundas y destinadas a otros países. Sin embargo, dado el estado actual de desarrollo del Derecho Comunitario y la comprensión del comercio justo como objetivo del desarrollo, la integración regional efectiva debe ocurrir por medio de políticas públicas planeadas y coherentes con el Derecho Internacional Contemporáneo.

No se habla aquí de la interferencia estatal en una actividad que puede ser privada en algunos sistemas jurídicos, sino del uso del aparato estatal como instrumento de planificación y cumplimiento de objetivos y medidas

internacionales que reflejan en el desarrollo nacional. Se añade también que no hay como excluir al Estado de la actividad portuaria, al ser punto de permeabilidad fronteriza, esencialmente relacionada con la seguridad y la soberanía. Por lo tanto, promover la integración por medio de mecanismos estatales asociados a capitales privados es una medida no sólo posible sino también beneficiosa para todos los involucrados en la cadena logístico-productiva.

Para los fines de este estudio, fueron seleccionados los 10 puertos más grandes de América Latina y el Caribe respecto a la manipulación de TEUs², según un estudio de la CEPAL³. Metodológicamente, ese recorte ofrece posibilidades comparativas adecuadas, visto que serán analizados puertos insertos en 9 países. De ese modo, es posible verificar la etapa de evolución y regulación de la actividad portuaria, así como presentar propuestas para la integración regional. Según orden decreciente de manipulación, los puertos analizados serán: Colon (República de Panamá); Santos (República Federativa de Brasil); Balboa (República de Panamá); Manzanillo (Estados Unidos Mejianos); Cartagena (República de Colombia); Callao (República de Perú); Guayaquil (República de Ecuador); Kingston (Jamaica); Buenos Aires (República Argentina); y San Antonio (República de Chile).

A continuación, dos cuadros diagramáticos, explican los reglamentos aplicables a la regulación portuaria.

² TEU - acrónimo de la expresión *Twenty-foot Equivalent Unit* - es una unidad de medida representativa de 20 pies y traduce el volumen de un container estándar, de 20 pies de longitud, 8 de anchura y 8 de altura.

³ <https://www.cepal.org/en/infographics/ports-ranking-top-20-latin-america-and-caribbean-2017>

CUADRO DIAGRAMÁTICO 1 - PRESENCIA DEL SECTOR PORTUARIO EN LAS CONSTITUCIONES

País	Año	Objetivo
Argentina⁴	1853 con alteración en 1994	CAPITULO CUARTO Atribuciones del Congreso 10.- Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas.
Brasil⁵	1988 con alteración en 2004	Art. 21. Compete a la Unión: [...] XII - explorar, directamente o mediante autorización, concesión o permiso: a) los servicios de radiodifusión sonora, de sonidos e imágenes y demás servicios de telecomunicaciones; b) los servicios e instalaciones de energía eléctrica y el aprovechamiento energético de los cursos de agua, en articulación con los Estados donde se sitúan los potenciales hidroenergéticos; c) la navegación aérea, aeroespacial y la infraestructura aeroportuaria; d) los servicios de transporte ferroviario y acuaviario entre puertos brasileños y fronteras nacionales, o que transpongan los límites de Estado o Territorio; e) los servicios de transporte por carretera interestatal e internacional de pasajeros; f) los puertos marítimos, fluviales y lacustre Art. 22. Compete privativamente a la Unión legislar sobre: [...] X - régimen de los puertos, navegación lacustre, fluvial, marítima, aérea y aeroespacial;
Chile⁶	1980	-
Colombia⁷	1991 con alteración en 2016	Artículo 361. Acto Legislativo 05 de 2011, artículo 2. El artículo 361 de la Constitución Política quedará así: Los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación;

⁴ Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0039.pdf>

⁵ Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

⁶ Disponible en: https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf

⁷ Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

		para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población. Los departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones, así como a ejecutar directamente estos recursos.
Ecuador⁸	2008	Art. 261.- El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: [...] 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos.
Jamaica⁹	1962	-
México¹⁰	1917 con alteración en 2017	Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes [...] XIII. Habilitar toda clase de puertos, establecer aduanas marítimas y fronterizas, y designar su ubicación. Artículo 118. Tampoco pueden, sin consentimiento del Congreso de la Unión: I. Establecer derechos de tonelaje, ni otro alguno de puertos, ni imponer contribuciones o derechos sobre importaciones o exportaciones.
Panamá¹¹	1972 con alteración en 2004	ARTICULO 258. Pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada: 1. El mar territorial y las aguas lacustres y fluviales, las playas y riberas de las mismas y de los ríos navegables, y los puertos y esteros. Todos estos bienes son de aprovechamiento libre y común, sujetos a la reglamentación que establezca la Ley. ARTICULO 316. Se crea una persona jurídica autónoma de Derecho Público, que se denominará

⁸ Disponible en:

https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf

⁹ Disponible en:

<http://moj.gov.jm/sites/default/files/laws/Ja%20%28Constitution%29%20Order%20in%20Council%201962.pdf>

¹⁰ Disponible en: <http://www.sct.gob.mx/JURE/doc/cpeum.pdf>

¹¹ Disponible en: http://www.asamblea.gob.pa/cep/const_constitucion1941.pdf

		Autoridad del Canal de Panamá, a la que corresponderá privativamente la administración, funcionamiento, conservación, mantenimiento y modernización del Canal de Panamá y sus actividades conexas, con arreglo a las normas constitucionales y legales vigentes, a fin de que funcione de manera segura, continua, eficiente y rentable. Tendrá patrimonio propio y derecho de administrarlo. A la Autoridad del Canal de Panamá corresponde la responsabilidad por la administración, mantenimiento, uso y conservación de los recursos hídricos de la cuenca hidrográfica del Canal de Panamá, constituidos por el agua de los lagos y sus corrientes tributarias, en coordinación con los organismos estatales que la Ley determine. Los planes de construcción, uso de las aguas, utilización, expansión, desarrollo de los puertos y de cualquiera otra obra o construcción en las riberas del Canal de Panamá, requerirán la aprobación previa de la Autoridad del Canal de Panamá.
Perú¹²	1993	-

CUADRO DIAGRAMÁTICO 2 - LEYES ESPECÍFICAS DE REGULACIÓN PORTUARIA

País	Año	Objetivo
Argentina¹³	1993	ACTIVIDADES PORTUARIAS LEY 24.093 Ámbito de aplicación. Habilitación, Administración y operatoria portuaria. Jurisdicción y control. Autoridad de aplicación. Reglamentación. Consideraciones finales
Brasil¹⁴	2013	LEY Nº 12.815, DE 5 DE JUNIO DE 2013.
Chile¹⁵	1997	Ley 19542 (19-DIC-1997) Moderniza el sector portuario estatal.

¹² Disponible en: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>

¹³ Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/492/norma.htm>

¹⁴ Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm

¹⁵ Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=82866>

Colombia¹⁶	1991	LEY No. 01 DE 1991 (10 de enero de 1991) Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones
Ecuador¹⁷	1976	LEY GENERAL DE PUERTOS (Decreto Supremo No. 289)
Jamaica¹⁸	1972	Port Authority Act - 1972
México¹⁹	1993	LEY DE PUERTOS Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de julio de 1993 TEXTO VIGENTE Última reforma publicada DOF 19-12-2016
Panamá²⁰	2008	LEY 56 De 6 de agosto de 2008
Perú²¹	2003	LEY N° 27943 LEY DEL SISTEMA PORTUARIO NACIONAL

PARTE II - SISTEMAS PORTUARIOS EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE Y SU REGULACIÓN

En esta sesión se evaluará específicamente la estructura de los puertos y su régimen de reglamentación con el fin de facilitar un estudio comparativo y propositivo.

2.1 – REPÚBLICA DE PANAMÁ

El primer y tercer puerto más grandes en manipulación de contenedores en América Latina y el Caribe están en Panamá. Sin dudas estos números son directamente influenciados por el Canal de Panamá, convirtiendo a la región en un importante hub de trasbordo.

¹⁶ Disponible en: <https://www.mintransporte.gov.co/descargar.php?idFile=96>

¹⁷ Disponible en: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/ecu160399.pdf>

¹⁸ Disponible en: <http://moj.gov.jm/sites/default/files/laws/Port%20Authority%20Act.pdf>

¹⁹ Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/65_191216.pdf

²⁰ Disponible en:

<https://panama.eregulations.org/media/ley%2056%20del%206%20de%20agosto%20de%202008%20-%20ley%20general%20de%20puertos.pdf>

²¹ Disponible en: [http://www.enapu.com.pe/web/content/upload/files/LeyPuertos_1\(2\).pdf](http://www.enapu.com.pe/web/content/upload/files/LeyPuertos_1(2).pdf)

Panamá cuenta con una de las leyes más recientes sobre reglamentación de la actividad portuaria. De 2008, la Ley 56 busca fundamentalmente establecer trazos generales de la actividad portuaria. De un punto de vista interpretativo, se puede decir que trata de una norma no exhaustiva que busca fomentar el desarrollo portuario principalmente por el régimen de concesiones, estableciendo con claridad las contrapartidas frente al Estado.

La Ley establece la Autoridad Marítima Portuaria (AMP), responsable por la gestión de los puertos y servicios en ellos prestados. Es importante notar que la ley no se aplica a la Autoridad del Canal de Panamá, regida por régimen diverso. La Ley encarga la AMP la administración y fiscalización de un sistema portuario volcado a la competitividad, transparencia y eficiencia. Importante notar que Panamá establece planes marítimos estratégicos cada 5 años, y esos planes orientan la aplicación de la ley.

En conformidad con el artículo 7, la AMP promoverá el desarrollo de la actividad portuaria con base en la competencia libre y leal entre los operadores portuarios y prestadores de servicio, como medio de fomento de la actividad marítima. Vale destacar que los operadores portuarios no podrán adoptar tarifas discriminatorias o que atenten contra la libre competencia. En esos casos, conforme el artículo 73, la AMP podrá incrementar los precios. De ese modo, además de capacidad regulatoria, la AMP tiene atribuciones en lo que refiere a los precios y la competencia. La ley no dispone sobre concentración de mercado.

Interesante notar que la *Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia*, ACODECO, también posee capacidades en el sector portuario en lo que se refiere a los aspectos de competencia. La entidad pública estatal cuenta con autonomía en el régimen interno e independencia funcional y tiene como objetivo la defensa de la libre competencia, impidiendo prácticas de monopolio y cualquiera otro tipo de restricción de mercado. No hay norma que trate de la competencias concurrentes entre la AMP y la ACODECO, sin embargo, tampoco fue posible identificar conflictos negativos de ese solapamiento de capacidades en el ámbito de esta investigación. Insta observar que los órganos tienen su competencia original derivada de textos legales diferentes, pero en resumen se insieren en el mismo

sistema jurídico, teniendo que actuar de forma integrada para el alcance de objetivos intrínsecos al Estado de Derecho.

En el aspecto práctico, la ACODECO ya trató casos de monopolio en el sector de transportes. En el año de 2009, la ACODECO²² inició acciones legales contra la Asociación de Transporte de Carga de Colón, de la Corporación de Empresarios de Transporte de Carga de Colón, de la Cooperativa de Servicios Múltiples Serafín Niño R. L., del Sindicato de Propietarios de Transporte de Carga Independiente de Colón y del Sindicato de Camioneros de Chiriquí por fijar, manipular y/o imponer precios o tarifas en los servicios de transporte de carga por contenedores en la ruta entre los puertos del Atlántico y la Zona Libre de Colón, y entre los puertos del Atlántico y la Ciudad de Panamá, pidiendo principalmente que la práctica fuese declarada ilícita con fundamento en la Ley 45 de 31 de octubre de 2007.

Aunque no sea un caso de competencia estrictamente portuaria, esa demanda atrajo la atención de las autoridades panameñas al ser un servicio agregado muy importante para el funcionamiento de la actividad portuaria, ya que la carga debe llegar y salir del puerto y de los centros de producción. Es decir, el transporte terrestre es esencial para que el puerto reciba cargas provenientes de los centros productivos y también que las cargas importadas lleguen a los centros de consumo. Un cuello de botella en la logística y la posible práctica anticompetitiva pueden afectar el desempeño portuario.

2.1.1 - Puerto De Colón

El mayor puerto en manipulación de América Latina está formado por 3 terminales independientes. La observación de esas tres terminales como un único puerto es una posición de la CEPAL y se justifica por la proximidad geográfica entre las terminales. Sin embargo, para fines de competencia, es posible interpretarlas como directamente competidores.

²² La totalidad de la solicitud está disponible en:
http://www.acodeco.gob.pa/acodeco/uploads/pdf/nuestra_labor/Transporte_CargaPanama-Colon.02_16_2011_01_03_09_p.m..pdf

El complejo portuario presente en Colón está constituido por las siguientes terminales:

Puerto de Cristóbal – Panamá Ports Company: la explotación de la terminal es por régimen de concesión, consecuente de la Ley 5 del 16 de enero de 1997, con duración de 25 años prorrogables en caso de cumplimiento de las obligaciones por el contratante²³. Anteriormente se trataba de una terminal pública. Las contraprestaciones en favor del Estado se basan en: a) tasa de manipulación - actualmente US\$ 12,00 por movimiento y debe ser actualizada aún en 2018 - sumados a US\$ 3,00 en caso que el buque tenga como destino final Panamá en razón del impuesto de renta; b) tasa de *muellaje*; c) tasa de *fondeo*; y d) tasa de *faros y boyas*. El puerto tiene una profundidad máxima de 13,5 metros. La concesión es en favor de la *Hutchison Ports*, la mayor operadora de contenedores del mundo, parte del grupo CK Hutchison Holdings Limited, registrada en las Islas Caimán y administrada desde Hong Kong.

Colón Container Terminal: la explotación se da por medio de régimen de concesión, siendo que en ese caso la construcción de la terminal también fue consecuente del mismo contrato, teniendo en vista el proyecto aprobado por la Ley 12 de 3 de enero de 1996, con duración de 20 años automáticamente prorrogables en caso de cumplimiento de las obligaciones. La construcción se dio después de la nacionalización de una área antes ocupada por Estados Unidos de América. Las contraprestaciones en favor del Estado se basan en: a) tasa de manipulación - actualmente US\$ 12,00 por movimiento y debe ser actualizada aún en 2018 - sumados a US\$ 3,00 caso que el buque tenga como destino final Panamá en razón del impuesto de renta; b) tasa de *muellaje*; c) tasa de *fondeo*; y d) tasa de *faros y boyas*. El puerto tiene una profundidad máxima de 16,5 metros. La

²³ Debido a la Ley General de los Puertos, de 2008, la prórroga será como máximo 20 años.

concesión es en favor de la empresa controlada por el grupo Evergreen, de Taiwán.

Manzanillo International Terminal: explotado por régimen de concesión para construcción y administración aprobada por la Ley 31 de 21 de diciembre de 1993, con duración de 20 años, prorrogables por igual período. Las contraprestaciones en favor del Estado se basan en: a) tasa de manipulación - actualmente US\$ 12,00 por movimiento y debe ser actualizada aún en 2018 - sumados a US\$ 3,00 caso el buque tenga como destino final Panamá en razón del impuesto de renta; b) tasa de *muellaje*; c) tasa de *fondeo*; y d) tasa de faros y *boyas*. El puerto tiene profundidad máxima de 16 metros. La concesión es en favor de una empresa de capital privado estadounidense y panameño, controlada por la estadounidense Carrix.

2.1.2 – Puerto de Balboa

Se trata de un puerto de terminal única, por lo tanto, aisladamente es la terminal con mayor operación en América Latina. La explotación de la terminal es por régimen de concesión, consecuente de la Ley 5 de 16 de enero de 1997, con duración de 25 años prorrogables en caso de cumplimiento de las obligaciones por el contratante²⁴. Su contrato es el mismo del Puerto de Cristóbal, de ese modo, la ley que rige es la misma, visto que la concesión para Panamá Ports Company es por las dos terminales portuarias en conjunto.

Las contraprestaciones en favor del Estado se basan en: a) tasa de manipulación - actualmente US\$ 12,00 por movimiento y debe ser actualizada aún en 2018 - sumados a US\$ 3,00 en caso que el buque tenga como destino final Panamá en razón del impuesto de renta; b) tasa de *muellaje*; c) tasa de *fondeo*; y d) tasa de faros y *boyas*. El puerto tiene profundidad máxima de 15,7 metros. La concesión es en favor de la Hutchison Ports, la mayor operadora de contenedores

²⁴ Debido a la Ley General de los Puertos, de 200, la prórroga será como máximo 20 años.

del mundo, parte del grupo CK Hutchison Holdings Limited, registrada en las Islas Caimán y administrada desde Hong Kong.

2.2 – REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL

El segundo puerto más grande de América Latina y el Caribe en manipulación de contenedores está localizado en el país que cuenta con la regulación más reciente en el asunto. El Puerto de Santos es uno de los más grandes en superficie y tiene una organización extremadamente compleja: son 55 terminales marítimas y retroportuarias, que administran 72 cunas, de las cuales 18 pertenecen a terminales privados, distribuidos en dos márgenes, destinados para transporte de vehículos (1); contenedores (18); fertilizantes/abonos (5); productos químicos (6); cítricos (2); sólidos de origen vegetal (10); sal (1); pasajeros (2); productos de origen forestal (2); derivados de petróleo (1); trigo (3); productos siderúrgicos (5); carga en general (9) y multipropósito (1) jugo cítrico a granel, *roll-on/roll-off*, vehículos y contenedor y manipulación de carga *offshore* (4).

La administración local del puerto es ejercida por la Compañía Docas del Estado de São Paulo. Las normas emanan de las decisiones y resoluciones de la Agencia Nacional de Transportes Acuaviarios, ANTAQ, con fundamento principal en la ley 12.815 de 2013. Actualmente las operaciones de carga y descarga son realizadas por medio de empresas privadas cuya condición de concesionarias fue por medio de licitación pública realizada por la ANTAQ. Aunque concesionados, los servicios prestados se entienden como públicos.

La Ley 12.815/2013 no especifica cuestiones sobre competencia portuaria, pero marca como directriz que las tarifas y precios deben ser publicados para estimular la competencia. Actualmente la ANTAQ tiene capacidad para aprobación, homologación y fijación de tarifas con fundamento en la Ley 9.069/1995 que determina que los precios y tarifas de servicios públicos, en los que figuran los servicios portuarios, serán regidos conforme actos fijados por el Ministerio de la Hacienda. Esa capacidad también tiene fundamento en la Ley 10.233/2001, artículo 27, inciso VII (Redacción hecha por la Ley nº 12.815, de 05/06/2013) que delega a la ANTAQ la promoción de las revisiones y los reajustes de las tarifas

portuarias, siempre que sea asegurada la comunicación previa, con antecedencia mínima de quince días útiles, al poder concedente y al Ministerio de la Hacienda. En Brasil, el Consejo Administrativo de Defensa Económica, Cade, es por excelencia la autoridad responsable por la defensa de la libre competencia, actuando en conformidad con la Ley nº 12.529/2011, garantizando la libre competencia de mercado. No obstante, la Ley 10.233/2011 también atribuye a ANTAQ la tarea de velar por la competencia en el ámbito de su actuación. No hay norma o texto legal que trate los límites de la competencia de Cade y de ANTAQ en lo referente a la regulación de la competencia portuaria. O sea, al menos en el aspecto jurídico, hay un solapamiento de atribuciones en el ámbito portuario, visto que la Ley de la ANTAQ no limita su acción de manera objetiva ni la condiciona al Cade.

En ese sentido, buscando promover articulación entre las respectivas actuaciones, Cade y ANTAQ firmaron un memorándum de entendimiento en mayo de 2018, en la forma de acuerdo de Cooperación Técnica, buscando establecer cooperación técnica en el combate a las infracciones al orden económico.

Vale resaltar que Cade ya actuó en el mercado portuario, en especial en el proceso administrativo 08012.007443/1999-17²⁵, donde observó abuso de posición dominante de los operadores portuarios en el aumento de los costes de los recintos aduaneros.

Actualmente, en el aspecto de competencia brasileño, la principal discusión es acerca del THC2, que, en líneas generales, es una tasa de segregación y entrega de la unidad de carga al Terminal Retroportuario/Puerto Seco. En resumen, los usuarios y terminales aduaneras externas al puerto afirman tener doble cobranza, al ser también la retirada del contenedor en la importación una manipulación en la terminal portuaria, por tanto, la tasa está cubierta por el THC.

La cuestión del THC2 aún no fue resuelta siendo que hasta el momento autoridades como Tribunal de Cuentas de la Unión, Tribunal de Justicia de São Paulo, CODESP, CADE, ANTAQ, entre otros ya se manifestaron acerca de la

²⁵Disponible a través del Sistema Electrónico de Informaciones en https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcl9FcfMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcT5kD7elswaslV8jhGPE3S_J-rCKax9D6QFsjB51jxZW

legalidad de la tasa, por tanto, todos los actores están estableciendo un escrutinio acerca de la regulación del mercado. Si bien es encomiable la representación de tantos órganos en la protección de la libre competencia, es importante que la discusión sea centralizada y técnica, para evitar interpretaciones contradictorias o decisiones que no representan el estado del arte de la competencia. En ese sentido, es imperioso que los demás órganos aliñen su actuación según el entendimiento prosperado por Cade que es la autoridad legítima de competencia en Brasil, que afirmó que la tasa es ilegal.

2.3 - ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Se localiza en México el cuarto mayor puerto de América Latina en manipulación de TEUS. El Puerto de Manzanillo es también el principal puerto mejicano para entrada de cargas destinada al comercio exterior²⁶. Localizado en el Pacífico, su área de influencia no es solo nacional sino regional.

Las actividades iniciaron en 1971, por el gobierno federal. Desde 1995 el puerto comenzó su régimen de privatizaciones y concesiones y actualmente todos los servicios son prestados por empresas privadas, respaldando competencia saludable y reducción de tarifas. No obstante, la Administración Portuaria Integral continúa siendo responsable por la administración y atracción de inversiones, públicas y privadas, para el mantenimiento y la evolución de la administración portuaria.

El puerto actualmente tiene 23 cunas, de los cuales 2 son exclusivamente destinadas a cruceros, divididos en tres polígonos y operados por 13 empresas, todas de capital privado. Vale destacar una cuestión específica del puerto que es el compartimiento de algunas cunas por diversos operadores, o sea, una misma cuna puede ser operada por una pluralidad de operadores. Se trata de una diferencia relevante visto que en la mayoría de los regímenes de concesión las cunas son concedidas en exclusividad a un determinado contratante.

²⁶ De acuerdo con las informaciones de la Administración Portuaria Integral de Manzanillo (2015).

Sobre el régimen de concesión a entes privados es importante resaltar que en ningún momento hay transferencia de propiedad, la misma permanece con el Gobierno Federal.

En el aspecto tarifario, el puerto de Manzanillo se inserta en el contexto de la extensa regulación mejicana. El principal objetivo delimitado por la regulación arancelaria de los servicios y operaciones portuarias, en conformidad con la ley de los puertos de 1993, es evitar cargos excesivos cuando no exista un entorno razonable de competencia. Se trata de un paradigma de la reglamentación y que debe ser adoptado en su interpretación, ya que otras naciones tienen como premisa fundamental de sus regulaciones evitar valores muy bajos que conduzcan a la competencia desleal.

En resumen, los precios serán libremente regulados, sin embargo, deben ser competitivos a nivel nacional e internacional al momento de ser registrados en la Dirección General de Puertos previo a su aplicación. Por tanto, aunque los precios sean libremente establecidos, su registro y publicidad previa son una exigencia que favorece la competitividad. La Secretaría de Comunicación y Transporte tan sólo establecerá los precios caso no exista un ambiente de competencia razonable en consonancia con el capítulo VII de la Ley de Puertos. Los marcos de la regulación se detallan en el anexo publicado en el diario oficial de la unión el 22 de diciembre de 1999²⁷.

En la forma del artículo 16 de la Ley de Puertos, la competencia razonable no está presente cuando exista apenas una terminal dedicada a determinado tipo de carga o tan sólo un prestador de un determinado servicio. En esos casos, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes podrá consultar a la Comisión Federal de Competencia Económica para regulación arancelaria.

Excepción al concepto de competencia razonable se aplica al caso del practicaje, servicio en el que hay regulación arancelaria independientemente del

²⁷ Intitulado "REGULACION Tarifaria a los títulos de concesión de las administraciones portuarias integrales que se indican."

número de prestadores. La regulación se mantendrá hasta la modificación de las condiciones actuales de competencia.

La Ley de Puertos Mejicana aborda cuestiones de competencia en diversos puntos de manera clara y precisa, en especial en los artículos 59, 60 y 62. Se trata de un importante hito para la regulación del sector portuario, visto que aunque casi todos los países tengan aspectos de competencia en sus sistemas jurídicos, la aplicación directa y por medio de leyes muchas veces no existe en el contexto portuario. Se crea así mayor facilidad y efectividad en la reglamentación, con la aplicación de una única norma en oposición a la combinación de varias, como ocurre cuando la ley determinante de la actividad portuaria no trae aspectos competitivos.

En México, operadores y prestadores de servicios portuarios están sujetos a las reglamentaciones de competencia. Los precios pueden y deben ser fijados en escenarios que no exista la competencia efectiva de manera temporaria, siendo que una vez constatada la competitividad de mercado, cabe la libre regulación condicionada a los mercados nacionales e internacionales.

La participación de la Comisión Federal de Competencia Económica es tan presente que vale destacar el artículo 62 de la Ley de los Puertos:

ARTÍCULO 62.- Cuando los sujetos a regulación de precios o tarifaria consideren que no se cumplen las condiciones señaladas en el artículo anterior, podrán solicitar a la Comisión Federal de Competencia Económica un dictamen sobre el particular. Si dicha Comisión dictamina que las condiciones de competencia hacen improcedente la regulación en todo o en parte se deberá suprimir o modificar en el sentido correspondiente, dentro de los treinta días siguientes a la expedición de la resolución.

Como es posible observar, hay interrelación entre los órganos de gestión portuaria y de competencia económica, incluso con vinculación en sus decisiones, un hito importante para el “cumplimiento voluntario en la gestión.

La gestión, tanto por parte de los arrendantes como por parte de la administración integral debe ser dirigida por el plan nacional de desarrollo, cuyo

ciclo 2013-2018 prevé mejorar la conectividad de autopistas y ferroviarias a los puertos como estímulo a la competitividad sectorial.

2.4 – REPÚBLICA DE COLOMBIA

La zona portuaria de Cartagena es la principal de la República de Colombia y una de las principales de América Latina y el Caribe. Se trata de una zona portuaria constituida por atracaderos públicos y privados, cuya operación en 2009 era realizada por 19 empresas operadoras de terminal sometidas al régimen de concesión para explotación, conforme las últimas informaciones oficiales divulgadas por la administración.

Interesante notar que las terminales privadas solamente están autorizadas a exportar cargas cuyos propietarios son parte de sus grupos económicos. Sin embargo, como apunta la Superintendencia de Puertos y Transporte, esas terminales adquieren función pública al ser responsables por la manipulación de la mayor parte de la carga cuando el análisis es a nivel nacional.

Previo a la Ley 1 de 1991, la Ley de Puertos, la actividad portuaria era ejercida directamente por el Gobierno Federal, por medio de la empresa Puertos de Colombia - COLPUERTOS. En razón de dificultades administrativas y operacionales, desde 1991 los puertos pasaron a ser regidos por régimen de concesión temporal, bajo supervisión de la Comisaría de Puertos de la Superintendencia de Puertos y Transporte, regidos por las reglas generales de los contratos públicos. Es importante destacar que al momento de publicarse, la Ley de Puertos fue objeto de acción de inconstitucionalidad²⁸, pero en la sentencia de 1994, el Tribunal Constitucional afirmó su constitucionalidad y adecuación al texto constitucional.

Acerca de la reglamentación tarifaria, la Ley de Puertos trae importantes puntos a notar. El concesionario en Colombia está sometido a dos conjuntos de obligaciones para cumplir su contrato: el primero refiere a las obligaciones principales, tales como la ejecución del servicio e inversión en la zona portuaria; las segundas son obligaciones accesorias, traducidas en modelos de negocio que no

²⁸ Sentencia No. C-474/94.

afectan directamente la relación con el Estado, pero sí pueden afectar el orden económico y político. Entre esas obligaciones está la no realización de cualquier práctica que tenga como objetivo delimitar la competencia.

De ese modo, los concesionarios no pueden ejecutar actos que resulten nocivos para la competencia, como por ejemplo cobrar valores extremadamente reducidos que no cubran los costes reales de la operación. Los precios son públicos y están disponibles para consulta en la Comisaría de los Puertos como forma de evitar esa práctica.

La Ley de los Puertos menciona que el Estado no podrá obligar a las sociedades portuarias a cobrar precios que no cubran apropiadamente los costes o que no permitan remunerar adecuadamente a sus accionistas. Por otro lado, las sociedades deben evitar privilegios y discriminación entre los usuarios, absteniéndose de practicar competencia desleal o de crear restricciones a la competencia, siendo civilmente responsables por los perjuicios consecuentes de sus prácticas anticompetitivas. El artículo 22 describe las restricciones:

ARTÍCULO 22º. Restricciones indebidas a la competencia. Se prohíbe realizar cualquier acto o contratos que tenga (sic) la capacidad, el propósito, o el resultado, de restringir en forma indebida la competencia entre las sociedades portuarias. Se entiende por restricciones indebidas a la competencia, entre otras, las siguientes: 22.1. El cobro de tarifas que no cubra (sic) los gastos de operación de una sociedad u operador portuario; 22.2. La prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa; 22.3. Los acuerdos para repartirse cuotas o clases de carga, o para establecer tarifas; 22.4. Las que describe el título V del libro 1 del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) sobre competencia desleal, y las normas que lo complementen o sustituyan.

Acerca de la libertad tarifaria, el artículo 20 de la Ley de Puertos trae disposiciones claras. Las sociedades portuarias tendrán autorización para fijar libremente sus precios cuando el gobierno, por medio de un Plan de Expansión

Portuaria, confirme que el número de terminales y oferta de servicios es suficientemente amplio. Actualmente la fijación de tarifas es delimitada solamente por reglas de competencia.

En el contexto de los monopolios naturales, la Superintendencia de Puertos y Transportes podrá determinar directamente las tarifas, pero solamente cuando sea comprobado que las tarifas aplicadas son discriminatorias y perjudican a los usuarios o afectan la competencia, conforme el artículo 21.

Cabe destacar también la actuación de la *Superintendencia de Industria y Comercio, SIC*, que desde 2016 viene ejecutando y presentando estudios acerca del sector portuario colombiano con vistas a realizar un análisis de la regulación y de la competencia del mercado portuario. La SIC concluyó que el sector portuario está afectado por un alto nivel de concentración, pocos agentes envueltos y riesgo de monopolio. Estudios como ese son extremadamente relevantes para la elaboración de políticas públicas efectivas.

2.5 – REPÚBLICA DE PERÚ

El Puerto de Callao es el sexto mayor puerto en manipulación de TEUs en América Latina y el Caribe. Cuenta con 11 terminales, siendo 1 de ellas destinada a la Marina de Guerra. Las demás son concesiones, entre las cuales, dos son en favor de empresas estatales de régimen cerrado y privado concebidas en la forma de sociedades anónimas, la PetroPerú y la ENAPU. La administración de las concesiones es de responsabilidad de la Autoridad Portuaria Nacional, responsable por la administración de 7 zonas portuarias concedidas, con un total de 81 instalaciones, de las cuales apenas 26 son de uso público. Las concesiones son regidas por la Ley del Sistema Portuario de 2003 y por el Reglamento del Sistema Portuario Nacional de 2004, siendo orientadas por el principio de la libre y leal competencia, con objeto de fomentar una logística mejor y más competitiva, conforme artículo 62 del Reglamento y artículo 3 de la Ley de Puertos.

En ese contexto, cabe resaltar que el mismo artículo 3, de la Ley de Puertos, tiene como objetivo fundamental la creación de un escenario que permita a los

puertos peruanos la inserción efectiva en la cadena logística internacional, por medio de condiciones físicas de competencia efectiva.

En el reglamento hay disposiciones exactas acerca de la competencia entre los puertos de uso público y los puertos de uso privado. Los puertos de uso privado deben informar en los primeros días del año su manipulación del año anterior, clasificada en carga propia, carga de terceros vinculados y en carga de terceros no vinculados. En los casos en los que la carga de terceros no vinculados superar 75% de la manipulación anual el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), por medio de la Comisión de Libre Competencia será consultado para emitir opinión técnica. Si la competencia es verificada, los precios de los puertos de uso público serán desregulados y en caso que la desregulación no ocurra, la terminal de uso privado no podrá cobrar precios superiores a los cobrados por la terminal de uso público²⁹. Se trata de una clara disposición que protege a los usuarios de los servicios portuarios.

En lo que se refiere a aspectos de competencia, la Ley de Puertos, en su artículo 22 vincula la competencia portuaria a las decisiones del INDECOPI, con capacidad para evaluar infracciones y para adoptar medidas cautelares cuando sea probado por la Autoridad Portuaria Nacional o Regional. Las medidas cautelares deben ser pronunciadas hasta 10 días, mientras la decisión final puede ocurrir hasta en 60 días.

²⁹ Artículo 20.- Los Administradores Portuarios de puertos de titularidad pública o priva deberán comunicar a la Autoridad Portuaria Nacional dentro de los 15 (quince) días hábiles del mes de enero de cada año, el volumen anual de carga movilizada en sus instalaciones portuarias en el ejercicio anterior, disgregando el porcentaje que corresponda al administrador portuario y terceros vinculados de aquel que corresponda a terceros no vinculados. En los casos que en un puerto o terminal portuario de uso privado el porcentaje de servicios portuarios prestados a terceros no vinculados supere el 75% del volumen anual de carga movilizada en las instalaciones portuarias, la Autoridad Portuaria Nacional solicitará a la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI, opinión técnica respecto a la existencia de competencia entre los servicios prestados por los puertos de uso público y los puertos de uso privado en la zona de influencia comercial. De verificarse la existencia de competencia se determinará la desregulación de los servicios prestados en los puertos de uso público durante el resto del ejercicio; en caso contrario, el administrador portuario del puerto de uso privado no podrá durante el resto del ejercicio cobrar por los servicios que preste a terceros, precios mayores a aquellos e establecidos para servicios portuarios en puertos de uso público en su zona de influencia comercial.

2.6 – REPÚBLICA DE ECUADOR

A pesar de que es el séptimo puerto más grande en movimientos de TEUs de América Latina y el Caribe, el Puerto de Guayaquil presenta algunas deficiencias como la profundidad de apenas 10 metros. Se trata de un puerto en régimen de concesión administrado por la Autoridad Portuaria de Guayaquil. Realizada en 1999, con duración contractual de 25 años, la primera concesión fue de la terminal de graneles y carga general, teniendo como concesionaria la empresa Andipuerto Guayaquil S.A.

En 2007 fue celebrada la segunda concesión, con duración de 20 años. En ese caso la concesionaria Contecon Guayaquil S.A., controlada por la empresa filipina de alcance mundial ICTSI, se comprometió a cumplir un plan de inversiones y desarrollo de la terminal. Importante notar que hay disposición legal explícita para que el concesionario sea una sociedad ecuatoriana, lo que puede ser observado de ópticas jurídicas diferentes.

En lo que se refiere a las barreras de mercado para participación de sociedades extranjeras en actividades portuarias hay dos entendimientos. Los juristas constitucionalistas creen ser justificada la medida al ser los puertos inherentes al interés y seguridad pública. Por otro lado, los de raíz internacionalista entienden ser una barrera a la competencia que impide el ejercicio del libre mercado y la participación de empresas detenedores de ciertas tecnologías. Por su lado, el mercado empresarial ha solucionado la cuestión creando empresas nacionales controladas por fondos de inversión extranjeras.

En el aspecto de competencia, hay poca reglamentación específica. La Ley de Puertos, decreto 289, no trata en ningún momento las bases de la competencia leal o las políticas de precios.

El reglamento general de la Actividad Portuaria, decreto 467, determina el principio del coste mínimo para el usuario como fundamental para la actividad portuaria, debiendo incluso constar en el contrato de concesión, siendo actividad delegada a la entidad portuaria establecer el control de ese cumplimiento, estableciendo incluso precios máximos. El reglamento determina que cabe al Consejo Nacional de Marina Mercantil y Puertos aprobar los precios máximos para

prestación de servicios, principalmente buscando evitar posiciones dominantes de mercado, comprobadas por profesionales técnicos independientes, objetivando la protección de los usuarios. Vale resaltar que el Consejo Nacional de Marina Mercantil y Puertos fue suprimido por el decreto ejecutivo 1087y todas sus competencias y atribuciones fueron transferidas a la Subsecretaria de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial.

La competencia leal está presente en las atribuciones de la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo Fluvial en el lugar vigesimoséptimo. Prevé la fiscalización del cumplimiento de los principios contenidos en la legislación nacional. No hay ninguna atribución específica o dirigida a los servicios portuarios.

Por su parte, el artículo 335 de la Constitución de la República impone al Estado obligaciones de control, regulación e intervención, incluso pudiendo establecer precios y mecanismos de sanción para evitar cualquier monopolio u oligopolio, o abuso de posición de dominio o cualquiera otra práctica que afecte la competencia leal.

A su vez, la estructura tarifaria para los puertos comerciales es fijada por la resolución 33/06 que no indica métodos o directrices para facilitar la libre competencia.

No obstante esas reglamentaciones, es posible verificar descontento de los concesionarios con las políticas de competencia. Diversos reportajes y entrevistas apuntan a una insatisfacción de las terminales con aspectos de competencia internacionales y domésticos. En ese punto vale resaltar como una preocupación de los actuales concesionarios, la construcción de una nueva estructura portuaria de mayor profundidad. Ya que los puertos actuales no consiguen recibir grandes embarcaciones por tener profundidad extremadamente reducida, inferior a 10 metros en varios trechos.

El gerente general de la Contecon, José Contretas, incluso ha dado entrevistas hablando que desde 2016 la competencia salió de los límites legales, obligando su concesionaria a invertir 30% más de lo que estaba previsto para intentar evitar la fuga de carga lo que aún ocurre. Noticias también demuestran que hay una renegociación en curso por parte de la Subsecretaria con la Concesión de

CONTECON, la cual entre varios puntos aborda fijación de precios para auxiliar el mercado exportador.

Tan latente está el problema de la competencia portuaria en Ecuador que un proyecto de Ley de los Puertos de 2012³⁰ dedica incluso un capítulo a la cuestión. El

³⁰ PROYECTO DE LEY GENERAL DE PUERTOS 2012

Artículo 60. Libre competencia en los servicios portuarios en los puertos comerciales. 1. En los puertos de uso público, la actividad portuaria de los operadores portuarios y empresas de servicios complementarios se desarrollará en un marco de libre y leal competencia. 2. Se reconoce la libertad de acceso a la prestación de servicios y al desarrollo de actividades económicas en los puertos comerciales estatales, en los términos establecidos en la presente Ley. Artículo 61. Prestación de los servicios portuarios. La prestación de los servicios portuarios estará regulada reglamentariamente, con la finalidad de garantizar condiciones de seguridad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad, calidad, respeto al ambiente y precios adecuados. CAPITULO 7. Normas de resguardo de la leal competencia Artículo 62. Restricciones a la leal competencia. 1. Se prohíbe expresamente realizar actos que limiten o restrinjan la libre competencia entre puertos y entre operadores portuarios. Para estos efectos, se entenderán como restricciones a la leal competencia, las siguientes: a. El cobro de precios que no cubran los costos de operación correspondientes, por parte de un puerto o un operador portuario. b. Los acuerdos de cualquier naturaleza para repartirse cuotas de servicios o suministros a naves o cargas o para establecer niveles de precios interrelacionados. c. Los acuerdos escritos o verbales, formales o informales, entre empresas competidoras, con el objeto de fijar precios u otros términos comerciales. d. Todas las transacciones, con sus precios, rebajas o descuentos, que no se contemplen en una factura oficial. e. Todas aquellas que se contemplen en las normas generales sobre libre competencia vigentes en el país y las determinadas en las Regulaciones de la Competencia en las Actividades Portuarias, emitidas por el Consejo Nacional de Marina Mercante y Puertos. f. Se considerará práctica contra la leal competencia opuesta a los objetivos prioritarios de la Política Portuaria Nacional, cualquier monopolio u oligopolio que exista o se constituya, en materia de prestación de servicios o suministros portuarios en cualquiera de sus modalidades, partes o actividades. 2. La práctica de actos que limiten o restrinjan la libre competencia antes nombrados, debidamente comprobada por la Autoridad Portuaria correspondiente, deberá ser puesta en conocimiento de la Dirección General de la Marina Mercante y Guardacostas, quien en caso de confirmar dicha práctica, sancionará de acuerdo con lo establecido en la presente Ley. Artículo 63. Funciones de los organismos públicos portuarios en la libre competencia. 1. Con el fin de salvaguardar la competencia efectiva en el mercado de los servicios portuarios, el Consejo Nacional de Marina Mercante y Puertos ejercerá, sin perjuicio de las competencias de otros organismos, las siguientes funciones: a. Desarrollar normas que protejan la libre competencia. Dichas normas se aplicarán sin perjuicio de lo establecido en los contratos de concesión vigentes. b. Promover la competencia efectiva y defender el funcionamiento del mercado de servicios portuarios. c. Controlar los efectos distorsionantes provocados por situaciones en las que existen “posiciones de dominio” en el mercado o funcionamiento deficiente del mismo, estableciendo mecanismos preventivos, correctivos y sancionadores de mayor o menor alcance. d. Proteger los intereses y expectativas básicas de los usuarios, particularmente respecto a las variables “calidad” y “precio” de los servicios prestados. 2. Corresponderá a la Dirección General de la Marina Mercante y Guardacostas: a. Elaborar informes periódicos al Consejo Nacional de Marina Mercante y Puertos sobre la situación de la competencia en este sector. b. Autorizar y controlar los servicios portuarios que excepcionalmente sean prestados subsidiariamente por las Autoridades Portuarias, de acuerdo con esta Ley. c. Controlar el cumplimiento en los Terminales Portuarios privados de las normas de Regulación de la Competencia en las Actividades Portuarias d. Mantener el Registro General de los operadores portuarios y empresas de servicios complementarios. e. Mediar en los conflictos que puedan surgir entre operadores portuarios de servicios, a solicitud de éstos, cuando trasciendan la jurisdicción de una Autoridad Portuaria y, en su caso, entre dos Autoridades Portuarias o entre estas y los Terminales Privados, por razón de los servicios prestados en cada una de ellas o entre ellas. 3. Las Autoridades

proyecto aún está pendiente de aprobación, pero su versión disponible trae marcos específicos y relevantes para la dinamización de la actividad portuaria con la premisa de competencia justa y leal. Aún existiendo en Ecuador una agencia de competencia, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), no tiene atribuidas capacidades en el proyecto de ley de los puertos, ni siquiera es público si la SCPM fue invitada a analizar el proyecto.

Aunque no exista previsión constitucional que obligue la revisión del proyecto por la SCPM, es importante su participación en la elaboración de un hito legal en el sector portuario, principalmente en lo que se refiere a los aspectos relativos a la competencia, tan evidentes en Ecuador. La integración entre los órganos del Gobierno es esencial para el efectivo cumplimiento normativo, la elaboración de leyes adecuadas a la realidad y técnicamente justas.

2.7- JAMAICA

El Puerto de Kingston es uno de los principales puertos latinoamericanos y caribeños por su localización favorecida y formación geográfica propicia. También es uno de los puertos más antiguos de la región.

Su régimen de administración es regido por la Port Authority of Jamaica, establecida por el Port Authority Act de 1972. Actualmente todas las cunas son operadas por empresas. En el puerto hay 10 cunas privadas, operadas por 10 terminales privados. Las 16 cunas públicas son operadas por dos empresas, la Kingston Wharves Ltd opera 9 cunas y los otros 7 son operados por Kingston

Portuarias velarán por la libre competencia en su jurisdicción, a cuyo fin ejercerán, sin perjuicio de las facultades de otros organismos, las siguientes funciones: a. Aprobar los precios máximos para los servicios portuarios abiertos al uso general de los usuarios del puerto. b. Controlar la transparencia de los conceptos y los precios que se facturen. c. Adoptar las medidas necesarias para evitar prácticas contrarias a la libre competencia. d. Aplicar las Normas de Regulación de la Competencia en las Actividades Portuarias. e. Informar a la Dirección General de la Marina Mercante y Guardacostas sobre los actos, acuerdos, pactos o conductas de las que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios contrarios a la normativa de defensa de la competencia. f. Mediar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores portuarios en su zona de jurisdicción, a solicitud de éstos, g. Presentar informes periódicos a la Dirección General de la Marina Mercante y Guardacostas sobre la competencia en su zona de jurisdicción.

Container Terminal. El servicio de practicaaje es obligatorio y prestado directamente por la Port Authority of Jamaica.

No hay en la Port Authority Act ninguna disposición acerca de la regulación de precios y competencia. La Port Authority of Jamaica tampoco divulga ningún acto en ese sentido.

Mientras, la competencia y la regulación no dejan de ser objeto de análisis. La Fair Trading Commission está elaborando un estudio acerca de los servicios portuarios en Jamaica para identificar impedimentos a la libre competencia. El estudio tiene como objetivo la elaboración de un plan de trabajo y desarrollo portuario, basado en los principios de la economía local y políticas legales. En las investigaciones realizadas en este estudio no fue posible identificar una versión pública del estudio.

2.8 – REPÚBLICA ARGENTINA

El Puerto de Buenos Aires figura entre los más grandes de la región de América Latina y el Caribe con base en la manipulación de contenedores. Localizado en el país que en la región experimentó mayor transformación en el sector portuario, en lo que se refiere a la transmisión de la ejecución de servicios desde la iniciativa pública para la iniciativa privada. Hasta los años de 1991 todos los puertos argentinos eran administrados, operados, controlados, centralizados y monopolizados por el Estado por medio de la Administración General de Puertos.

La privatización data de los años 70, cuando fueron promulgadas las leyes 22.080 y 22.108. Desde entonces, pasó a existir la posibilidad de terminales específicas y los ascensores de granes pudieron actuar de forma privada. La intensificación del proceso de privatización, concesión y desregulación solo vendría a profundizarse en 1990 con la ley 23.696 de reforma del Estado. Con el decreto 817/1992 la Administración de Puertos fue disuelto y el practicaaje y remolque fueron privatizados.

En 1992, entra en vigor la ley 24.093 de actividades portuarias, inspirando varios otros países. Con esa ley, los propietarios u operadores de cada puerto deben ofrecer servicios propios de dragado, practicaaje, remolque y manipulación.

También permitió que las personas y las empresas construyesen y operasen libremente los puertos, clasificando entre públicos o privados en razón de la carga que desearían mover. El desarrollo de la actividad portuaria debe respetar la libre competencia tanto en la admisión de usuarios como en el establecimiento de precios.

En ese sentido, el Puerto de Buenos Aires ahora tiene su funcionamiento bajo supervisión de la *Administración General de Puertos Sociedad del Estado* y tiene sus terminales operadas por 4 empresas privadas.

En la ley de Puertos no hay premisas objetivas sobre precios, sólo se determina el régimen de libre competencia. Seguramente el año de 2018 traerá nuevos contornos para actividad portuaria en la Argentina, visto que la Nueva Ley de Defensa de la Competencia crea la Autoridad Nacional de Competencia, con tribunal jurídico, secretaría para medidas anticompetitivas y secretaría para concentraciones económicas.

El gran cambio con relación al actual régimen de defensa de la competencia en la Argentina para la nueva ley es el establecimiento objetivo de algunas conductas como no competitivas, mientras que la ley anterior, las conductas dependían de la observación de potenciales perjuicios al interés económico. Otras alteraciones como el plazo para notificación de fusiones y el refuerzo de actividades de abogacía también amplían la funcionalidad de la ley.

2.9 – REPÚBLICA DE CHILE

El décimo mayor puerto de América Latina y el Caribe en manipulación de TEUs es el Puerto de San Antonio, en Chile. Se trata de un puerto administrado por la Empresa Portuaria San Antonio (EPSA), creada por ley en 1997 y de control estatal.

Con base en la Ley 19.542, hay concesiones y arrendamientos vigentes en el puerto. Son 4 terminales, siendo 3 concesionadas para explotación y administración: 1) San Antonio Terminal Internacional, presentada como la más eficiente de América del Sur por la EPSA; 2) Puerto Central; y 3) Puerto Panul. El

sitio 9, aquí entendido como la cuarta terminal, es administrada directamente por la EPSA y es explotada por medio de concesiones de uso a diversos agentes.

La coordinación nacional es regida por el Departamento de Transporte Marítimo, Fluvial y Lacustre. La Ley de Puertos es la ley 19.542 y tiene como principal objetivo la modernización del sector portuario estatal. Determina tarifas públicas sin discriminación arbitraria, regidas por la libre competencia en su artículo 21.

Los procesos de licitación deben basarse en la libre competencia y condiciones de equidad entre los concesionarios de puertos públicos y privados en conformidad con artículo 51 de la Ley de Puertos.

Actualmente el Ministerio del Desarrollo tiene grupos de estudio destinados al aumento de la competitividad portuaria a nivel internacional.

PARTE III - ASPECTOS COMPETITIVOS DE LOS PUERTOS Y SERVICIOS AGREGADOS

La competencia en la infraestructura y los servicios portuarios es una temática compleja, cuyo análisis demanda la verificación de niveles diversos de integración y acceso, siendo necesario observar múltiples aspectos que están conectados. Analizar el puerto como una actividad comercial separada impide la percepción de su complejidad.

Los puertos son parte importante de una cadena logística afectada directamente por la globalización y sus nuevas tecnologías. De ese modo, la actividad portuaria es esencial para hacer viable la industria y el comercio en nivel mundial. En la actualidad, aunque existan mayores y menores niveles, el comercio internacional es una actividad necesaria para la viabilidad económica y social de la gran mayoría de las naciones.

3.1. – COMPETENCIA INTRAPORTUARIA Y INTERPORTUARIA

En América Latina y el Caribe es posible observar una inclinación a la concesión de terminales y servicios portuarios a empresas privadas. Aunque los puertos continúen presentes incluso en los textos constitucionales en razón de su importancia, es cada vez menor la ejecución directa de servicios por parte de los Estados.

Es importante diferenciar el régimen de concesión portuaria de las privatizaciones de otras actividades. En algunos casos el Estado vende a una iniciativa privada determinado bien, cabiendo al comprador el libre ejercicio de la actividad, regido apenas por leyes generales acerca de las actividades económicas. Esa situación no ocurre en el sector portuario, al ser los puertos un instrumento fundamental de interés y seguridad nacional. La permeabilidad de las fronteras de un país no es solamente cuestión de equilibrio económico, sino también seguridad y salud pública.

De ese modo, como se extrae de la lectura de las Constituciones, los países continúan previendo un régimen especial para los puertos, siendo que no hay transferencia de propiedad, apenas concesión para que las empresas privadas administren un servicio público, dando más importancia al aspecto regulatorio, como será visto adelante.

Estos puntos son importantes, pues es de ese régimen de concesión que emerge la competencia a dos niveles:: la competencia intraportuaria y la competencia interportuaria. La competencia intraportuaria sólo existe en razón de la pluralidad de agentes que administran terminales y servicios, se trata de una competencia dentro del mismo puerto, diferente de la competencia interportuaria que ocurre entre puertos diversos, espacialmente distantes, por tanto, sujetos a condiciones diversas de acceso.

En el contexto intraportuario el principal diferencial es la tecnología empleada para la reducción de tiempo de carga y descarga, y el valor cobrado por los servicios, ya que los aspectos intrínsecos al acceso marítimo y terrestre son comunes a los diferentes competidores. Se genera una creciente especialización, siendo cada vez más común ver terminales especializadas en determinado tipo de

carga, volviéndose más ágiles. Un ejemplo es el Puerto de San Antonio, Chile, donde cada una de las terminales se dedica a un tipo específico de carga, mientras en Colombia, en Cartagena, aún no hay cunas especializadas. Terminales especializadas reflejan directamente en la disminución del tiempo de operaciones y en hacer disponible mejores equipos. Ese es un aspecto típico de la competencia dentro de la misma zona portuaria, mientras, también es necesario considerar aspectos de competencia entre puertos, principalmente localizados en naciones distintas.

Un importante factor para la determinación de la competitividad internacional portuaria en América Latina y el Caribe es la profundidad del canal de Panamá, uno de los más importantes trechos de navegación de la actualidad, siendo responsable por la conexión de dos grandes océanos y diversos mercados extremadamente relevantes. Eso también justifica la gran manipulación de los puertos panameños, siendo el único país que tiene dos puertos entre los 10 con mayor movimiento.

3.2 – DESAFÍOS LOGÍSTICOS PARA EL ACCESO MARÍTIMO

La cuestión de la profundidad es central para la competitividad de los puertos cuando se considera el acceso marítimo. Ejemplo cristalino es la recepción de embarcaciones de calados cada vez más grandes, siendo que esas solamente hacen el trecho que envuelve América Latina y el Caribe estando en proceso de sustitución en el mercado Europeo y Asiático. Se explica.

En Europa y Asia la evolución de la profundidad de los puertos es requisito previo esencial para el aumento del calado de los buques, visto que si no existe puerto capaz de recibir las embarcaciones la últimas pierden su función primordial. O sea, una embarcación es construida para operar desde que haya puerto capaz de recibirla. Entonces, los puertos europeos y asiáticos en su etapa natural de desarrollo van evolucionando en su profundidad como un importante atractivo comercial.

En América Latina y el Caribe el proceso es inverso. Hay una presión de las empresas transportadoras para ampliar la profundidad de los puertos para que consigan recibir embarcaciones ya en operación en otros mercados. Así, los puertos

necesitan en cortos intervalos de tiempo ampliar su profundidad para recibir embarcaciones más modernas y consecuentemente que mueven más carga. En Brasil, por ejemplo, hay embarcaciones que no consiguen llegar al Puerto de Santos en razón de su calado y fueron dirigidas al Puerto de Itaqui, en São Luís, donde la profundidad es superior. Otras veces, los puertos dejan de recibir importantes líneas de navegación por el hecho de que los buques de esas líneas tienen calado superior al operacional portuario.

Por tanto, la competencia se ve perjudicada por la imposibilidad, momentánea o perenne, de recibir embarcaciones de gran calado, visto que puede generar necesidad de trasbordo a otro hub portuario, aumentando el coste del flete, o aún reducir el número de opciones de líneas marítimas disponibles.

También, recibir embarcaciones que mueven más carga representa aspectos positivos y negativos para los puertos. Un aspecto positivo es que las terminales amplían su capacidad de manipulación, pudiendo exportar e importar más. Un aspecto negativo es que los rendimientos son afectados, visto que la gran mayoría de los servicios portuarios son cobrados por embarcación. El Estado, en caso de existir impuesto con base de cálculo por embarcación, también pasa a recibir menos.

Embarcaciones más grandes también afectan la frecuencia de carga, siendo necesaria la adaptación del almacenaje en la región portuaria, al haber mayor volumen embarcado y desembarcado de una solo vez. Como consecuencia directa, el acceso terrestre también tiene que ser adaptado como será visto adelante.

Nuevas embarcaciones y tecnologías también afectan el empleo de personal, al estar cada vez más automatizadas, absolviendo trabajos manuales. Aunque sea importante la sustitución de actividades nocivas o potencialmente nocivas a la salud de los trabajadores, aquéllos que las ejercían anteriormente en pocos casos son reubicados en posiciones de operación de equipos. La mayoría de las veces por ausencia de conocimiento técnico, generando un gran número de empleados sin asignación profesional.

Grandes embarcaciones generalmente son operadas por fusiones o transportadoras asociadas, lo que afecta directamente la competencia portuaria. En la gran mayoría de los casos, las transportadoras firman contratos de largo y

mediano plazo con una determinada terminal, de ese modo, cuanto menos transportadoras en el mercado, menor es el número de contratos firmados y de terminales contratadas. Los contratos son firmados generalmente en Europa con cláusula de sigilo, lo que impide un análisis más pormenorizado. Es imperativo que las transportadoras busquen concentrar sus actividades en el menor número de terminales posible para incluso hacer la operación más cómoda para sus clientes, de ese modo, desde que existan menos transportadoras en el mercado, mismo con más operaciones, menos terminales son contratadas.

La competencia portuaria típica queda directamente perjudicada por las grandes fusiones de los últimos años. Sin embargo, las terminales han trabajado en su especialización como medio de garantizar su posición en el mercado. La gran mayoría de las terminales ha anunciado la adquisición de equipos y su especialización, principalmente en la carga de contenedores, como medio de diferenciarse y conseguir conquistar nuevos contratos.

Las terminales son contratadas de dos maneras, en general: la primera se trata de contratos de largo y mediano plazo firmados con las transportadoras que operan en línea, por lo que la especialización, las facilidades y el tiempo de operación son más importantes. La segunda manera se trata de los contratos por operación, firmados en el mercado *trump*, o sea, de los buques sin línea constante, para quienes el mayor diferencial es el precio y la facilidad de contratación.

Por lo tanto, hay necesidad de comportarse de manera eficaz para los dos tipos de contratación, siendo que los factores que impulsan la competencia serán observados de manera diferente.

Entre los servicios prestados en los puertos, uno de los que despierta mayor discusión es el servicio de practicaje³¹, esencial para la seguridad de la navegación.

³¹ OCTAVIANO MARTINS, E. M. Curso de Derecho Marítimo. Manole: Barueri, 2013. Página 532-533 define: Los servicios de practicaje o pilotaje (*marine o maritime pilotage*) y el remolque marítimo (*remolque, marine towage*) son actividades de apoyo a la navegación que influyen fuertemente los costes operacionales y logísticos, y consecuentemente causan impacto en el desarrollo y en la competitividad de la industria *shipping* y del comercio exterior [...]En la generalidad, el ejercicio de la actividad de practicaje envuelve tipos de acciones distintas relacionadas a las maniobras náuticas: el pilotaje o practicaje de singladura o de atracar, desatracar y fondear los barcos, y otras maniobras.

En todos los puertos abordados en este estudio el servicio de practicaaje es obligatorio, o sea, las embarcaciones deben tener práctico a bordo para adentrar en las cunas. Diferentes países han tratado de manera diversa el servicio de practicaaje.

En Jamaica el práctico es contratado directamente con la autoridad portuaria, en la Argentina el práctico puede ser vinculado a la terminal y en Brasil las asociaciones de practicaaje tienen cobertura geográfica predelimitada. En general es una prestación con poca o ninguna competencia, siendo que existen varios reclamos acerca del precio cobrado. En especial en Brasil, hay un reclamo acerca de los valores que para muchos son extremadamente elevados, motivando proyectos de ley para regular el precio. Consecuentemente, estos precios generan insatisfacción de las asociaciones de practicaaje, que alegan que el servicio tiene el precio proporcional a la responsabilidad y conocimiento empleado. En México, el servicio de practicaaje tiene el precio regulado buscando dar mayor competitividad y acceso a los puertos.

En ese contexto, en competitividad internacional demarcada por puertos localizados en países diferentes, pero con poca distancia geográfica, el valor de servicios como el practicaaje puede ser un factor importante en la elección de transportadores.

El acceso marítimo también es dependiente de los servicios de dragado. El mantenimiento y ampliación de la profundidad de los puertos es esencial para su competitividad e inserción en el contexto logístico internacional. En canales compartidos por diferentes terminales de diversos grupos económicos, alinear inversiones es muy complejo, por eso muchas veces el servicio de dragado depende únicamente de las autoridades portuarias.

3.3 – DESAFÍOS LOGÍSTICOS PARA EL ACCESO TERRESTRE

El acceso terrestre es tan importante para la competitividad de un puerto como el acceso marítimo. La gestión y tecnología de autopistas, ferrocarriles, camiones y trenes no está bajo control de los concesionarios portuarios. De ese modo, se acentúa la importancia de la elaboración de políticas públicas por parte de los Estados para garantizar la evolución de la cadena logística.

Sea en operaciones de importación o exportación, la carga nunca tiene el puerto como destino final o unidad productiva, por tanto, la integración con los centros de producción y distribución de mercaderías es esencial. Por más moderna que una terminal sea, si no está correctamente integrada a otras modalidades de transporte, su actividad queda fundamentalmente perjudicada.

Con el aumento del volumen medio transportado por embarcación, aumentó también la necesidad de salida de las terminales. Muchas veces, las ciudades portuarias no están correctamente consideradas en la gestión portuaria pública y se vuelven un obstáculo para el acceso a las terminales, visto que muchas veces las vías de circulación no toleran tantos camiones o no cuentan con infraestructura suficiente para el mantenimiento y abastecimiento de los camiones.

En general, América Latina y el Caribe no cuentan con redes ferroviarias tan desarrolladas. Emblemático es el caso brasileño donde hay pocas líneas ferroviarias y además los trillos no son capaces de recibir tipos diversos y composiciones. Muchas veces la concesión de los ferrocarriles también es en favor de grupos que controlan terminales específicas y que no tienen interés en ampliar sus servicios para otros terminales.

La gestión pública, por tanto, debe elaborar planes de desarrollo integrales, pensando en toda la cadena logística. Países como México, Ecuador y Perú tiene planes de desarrollo en ese sentido, demostrando la importancia de un desarrollo planeado e integrado.

Los accesos terrestres, así como los accesos marítimos, deben ser eficientes, adaptados e integrados. Es importante la gestión logística eficiente, principalmente para la reducción de combustibles fósiles y garantizar el desarrollo sostenible.

La integración de las modalidades representa reducción en los costes de transporte, visto la posibilidad de contratación de transporte multimodal, reduciendo costos y riesgos de transferencia de modalidad.

Es más, creando canales de salida de carga efectivos, los países se vuelven polos de atracción para el desplazamiento a los centros productivos, parte de un movimiento iniciado en los años 90 y aún existente, que promueve la instalación de

empresas de procesamiento cerca de las regiones de materias primas, como América Latina.

3.4 – DESAFÍOS TECNOLÓGICOS

Tomando la cuestión portuaria en América Latina y el Caribe como objeto, se vuelve aún más urgente verificar las condiciones de conectividad tecnológica. De antemano, es posible definir los países de América Latina y el Caribe como países importadores de tecnología de navegación y servicios portuarios. Eso significa que los países objeto de este informe no son centros de creación y desarrollo de embarcaciones y equipos, siendo necesario adoptar innovaciones que surgen en mercados como el Europeo y el Asiático.

De ese modo, las peculiaridades de los puertos latinoamericanos y caribeños no son consideradas para el desarrollo de nuevas embarcaciones y equipos, obligando a las terminales a que se adapten a una realidad distinta para mantenerse en actividad. Los equipos son en su gran mayoría importados de Asia con coste medio muy elevado. En ese sentido, programas de incentivo fiscal para la modernización de las estructuras portuarias y compra de equipos se muestran eficientes y necesarios. En Brasil, el régimen especial REPORTO trae exenciones y reducciones de tributos para la modernización de los Puertos.

La adquisición de equipos es esencial para el desempeño de las terminales y servicios portuarios, como por ejemplo el remolque y la manipulación de contenedores. La formación de personal también es requisito esencial, para el mantenimiento y operación de los equipos portuarios. América Latina y el Caribe están experimentando la automatización portuaria, ya que en la actualidad está ocurriendo un cambio en el perfil del trabajador portuario. El conocimiento técnico y operacional se ha vuelto más importantes que la fuerza física.

3.5 – ASPECTOS ECONÓMICOS

Del punto de vista económico los puertos tienen que ser analizados sobre sus costes operacionales y los precios trasladados a los usuarios. Las estructuras portuarias exigen inversiones de alto valor, cuya recuperación es de largo plazo, al

mismo tiempo, por ser servicios de utilidad pública tienen que ser moderados en el cobro. Se muestra, por tanto, como esencial la participación del ente público para estímulo y gerenciamiento de las inversiones.

Los números de la UNCTAD ³² apuntan que América Latina y el Caribe es la región que recibe mayor participación privada. Se justifica por ser no solamente un importante mercado consumidor como también una área proveedora de materias primas. Es interesante notar también la concentración en la concesión de las terminales a lo largo de América Latina y el Caribe. El mismo grupo económico explora terminales en diversos países y en varios sistemas jurídicos no hay limitación para empresas extranjeras. En contraposición, sistemas como el ecuatoriano, exigen empresa establecida en el país, pero mismo así se observa concentración de capital internacional en el control de la empresas.

La mayoría de las empresas explotadoras de terminales y servicios portuarios pertenece a grupos económicos que actúan en otras fases del comercio exterior, tanto en el transporte marítimo como en la producción de productos o explotación de recursos naturales. Incluso la participación de los inversionistas en los puertos comenzó con las terminales privadas, donde se construían estructuras adaptadas a sus necesidades en una época en la que la inversión estatal en terminales públicas no conseguía ofrecer competitividad suficiente.

En el aspecto económico, los regímenes jurídicos de los países presentan reglas generales sobre concesiones. Sin embargo, es importante que los contratos firmados establezcan planes de metas para garantizar inversiones económicas en las regiones portuarias y regulen la competencia aún en la fase precontractual, garantizando una competición justa para las terminales.

Con relación a los precios cobrados al consumidor, es importante que la regulación estatal exista de modo de garantizar precios adecuados, tanto por el valor mínimo, evitando competencia desleal, como por el valor máximo, evitando la imposibilidad de contratación o formación de cárteles.

³² UNCTAD. Review of Maritime Transporte. 2017. Pág 75.

En el aspecto económico, es extremadamente relevante la intervención de los órganos de defensa económica en la evaluación de los precios, formación de alianzas y sociedades, garantizando el cumplimiento de un comercio justo y competencia leal, importantes instrumentos del desarrollo regional.

3.6 – ASPECTOS LEGALES

En todas las actividades desempeñadas la regulación jurídica es importante. En el escenario portuario su relevancia es aún más acentuada, visto que se trata de una actividad desempeñada, casi siempre, de manera internacional. Sea por el origen y destino de las cargas, pabellón del buque, nacionalidad del comandante, local del contrato, entre otros, la llegada de un buque al puerto siempre puede ser analizada bajo la óptica de diversos sistemas jurídicos.

La regulación de la actividad portuaria debe ofrecer seguridad jurídica y no representar un coste. Para el correcto desempeño del comercio exterior es imperioso un sistema jurídico claro y bien fundamentado, con reglas bien establecidas y en consonancia con los acuerdos internacionales firmados por cada país.

Todos los países objeto de este estudio presentan leyes propias para la actividad portuaria, aunque hay grandes diferencias en el abordaje y en la pormenorización de situaciones. En algunos casos, como en Jamaica, la ley es bien antigua y aborda pocas situaciones, por otro lado, la Ley mejicana trae una serie de situaciones muy precisas y aborda temáticas importantes como la competencia y su control.

Otro aspecto fundamental para competitividad portuaria son las cuestiones aduaneras, esenciales para la inserción de los mercados en el comercio internacional, y consecuente utilización de sus puertos. Los comerciantes internacionales se sienten más atraídos no solamente por países en los que los tributos sean menores, sino principalmente por aquéllos en que existe seguridad jurídica efectiva, o sea, el Derecho Aduanero de los países necesita ser fácilmente comprendido por los contratantes. Integración regional también es un factor importante para la superación de barreras aduaneras y consecuente estímulo de la

actividad portuaria con manipulación de cargas no solo para los mercados europeo y asiático, sino también intracontinental. Muchas veces los países de América Latina y el Caribe adquieren productos fuera del continente, siendo que hay producción en la región.

Hay tres bloques de relevancia en la región que han buscado la efectiva integración comercial: Mercosur, CARICOM y CAN.

Mercosur es un bloque de integración que tiene como objetivo la unión aduanera, incluso el establecimiento de una tarifa externa común, sin pretensiones de unión económica. Es importante documentar el Código Aduanero Común de Mercosur, elaborado en 2010 y aún en fase de cumplimiento, cuyo principal objetivo es evitar la imposición doble y facilitar la circulación de mercaderías.

A su turno, el CARICOM tiene como objetivo la unión aduanera y económica, sin que haya conseguido hacer efectiva la última. La CAN también busca promover una unión aduanera. En la actualidad esos bloques han tenido dificultades para consolidar las normas que abarcan aspectos aduaneros que amplíen la competitividad de América Latina y el Caribe frente a otros mercados. Actualmente los esfuerzos están dirigidos a evitar la doble tasación. Aparte del Código Aduanero de Mercosur, aún no vigente, no es posible identificar otros acuerdos que busquen uniformizar el tratamiento dado al sector portuario influenciando la competencia regional.

Es importante que los bloques en el cumplimiento de sus objetivos no establezcan tan sólo políticas conjuntas, pero también verifiquen la compatibilidad de los sistemas jurídicos, visto que un posible conflicto normativo puede impedir la consolidación de políticas regionales.

En lo que se refiere a los aspectos jurídicos, también es importante que los demás servicios, no sólo aquéllos prestados directamente por las terminales, tengan la competencia garantizada. Son ejemplos el remolque, el agenciamiento marítimo, la limpieza de embarcaciones, entre otros, cuyo correcto y efectivo ejercicio son necesarios al éxito de la operación portuaria.

3.7 – ASPECTOS AMBIENTALES

En la actualidad, adoptados los Objetivos del Desarrollo Sostenible como paradigma, es de gran importancia para su competitividad que los puertos y servicios adecuen sus actividades a los estándares más elevados de protección ambiental, ejerciendo un verdadero autocumplimiento

La conservación del medio ambiente y la promoción de políticas de desarrollo justas y socialmente inclusivas representan un aspecto relevante para la competencia leal y la integración regional. Aunque a primera vista parezcan temas desvirtuados, su conexión es objetiva. Naciones en las que hay mayor distribución de renta y calidad de vida, principalmente por medio de la conservación del ambiente, tienden a consumir más productos y presentar sistemas de educación más evolucionados, formando profesionales aptos a promover mejoras en la logística portuaria latinoamericana y caribeña.

En esa área, la prestación de servicios como los de gestión marítima son muy relevantes. El abastecimiento de insumos y la gestión de los residuos de las embarcaciones es un servicio de impacto global, con influencia tanto en la salud de la tripulación como en la población de la región portuaria.

La logística sostenible es una inclinación mundial, mientras, de momento no se observa estímulo al desarrollo verde en América Latina y el Caribe de forma sistémica e integrada.

PARTE IV - PERSPECTIVAS PARA LOS PUERTOS LATINO AMERICANOS Y CARIBEÑOS - PROPUESTAS PARA INTEGRACIÓN REGIONAL

Aunque sea posible verificar varios desafíos para los puertos latinoamericanos y caribeños, las perspectivas son promisorias y apuntan a un desarrollo regional mismo en época de crisis económica en gran parte de los países de la región. En la actualidad, con la intensificación del flujo de informaciones y mercaderías, los puertos se afirmaron como el principal medio de transporte

internacional, esencial para el cumplimiento del comercio internacional justo, factor importante para el desarrollo y el equilibrio de la balanza comercial.

América Latina y el Caribe están efectivamente conectados al comercio internacional, siendo que los puertos investigados reciben líneas que alcanzan todas las regiones del globo. De ese modo, las perspectivas de evolución e integración regional son más concretas, estando principalmente relacionadas a la colocación de nuevas tecnologías y productividad.

La región ya presta un gran volumen de servicios portuarios, todavía, la elaboración de una política común y el intercambio de experiencias puede maximizar no solamente el potencial de servicio, sino también los márgenes de beneficios.

Al reflexionar sobre la cuestión, es posible dividir perspectivas y sugerencias en tres grandes grupos: 1) Relaciones entre Estados; 2) Relaciones entre Estados y Empresas; 3) Relaciones entre Empresas. Esta división permite identificar y construir planes de acción a través de la relación de los sujetos más relevantes en la organización portuaria.

4.1 – RELACIONES ENTRE ESTADOS

Aunque la prestación de servicios sea ejecutada esencialmente por empresas privadas, los puertos permanecen como tema central de interés nacional. La planificación estratégica para la elaboración de un plan de integración regional depende de la actuación estatal.

Es necesario adoptar planes de metas y desarrollo, como ya hace México y Ecuador, además de Perú, cuyos planes insieren específicamente la cuestión de la integración regional. Los planes plurianuales establecen un conjunto de objetivos, transformándose en un proyecto de gobierno multinivel. Además, su propia elaboración exige un estudio complejo del escenario portuario, lo que es muy relevante, visto que muchas naciones no tienen la dimensión exacta de sus puertos.

Imperioso notar que a lo largo de esta investigación, el principal obstáculo para su elaboración fue la ausencia de informes sistematizados de los puertos y servicios portuarios. La gran mayoría de los datos son presentados por las propias

concesionarias, siendo difícil delimitar si se trata de información científica o informe publicitario.

En ese contexto, es preciso que los Estados elaboren y actualicen periódicamente estudios de sus terminales y prestadores de servicios conexos, observando principalmente aspectos de competencia. En las legislaciones analizadas, pocas abordan aspectos de competencia de manera pormenorizada y específicamente volcado al contexto portuario. Son ejemplos positivos de legislaciones afines a aspectos de competencia las de México y Perú.

No obstante, hay leyes de puertos que ni siquiera tratan aspectos de competencia o regulación de precios. Aunque existen en los sistemas jurídicos cuestiones acerca de la competencia, es necesario establecer un estándar normativo para una actividad tan específica como la portuaria.

En esa área, es posible observar que los sistemas jurídicos al establecer la regulación de tarifas tienen destinatarios de la protección de la norma diferenciados. Se explica. Las normas jurídicas protegen un valor y buscan reprimir o incentivar determinada conducta con vista a determinado público destinatario de esa norma. Ni siempre estará expresamente en el texto legal el objetivo de protección y el titular de aquel derecho, pero el análisis del texto legal permite, por criterios hermenéuticos, comprender la cuestión.

De ese modo, se verifica dos tendencias distintas en la regulación de tarifas. Una de las tendencias es la imposición de regulación de precios para evitar tarifas muy altas protegiendo así el usuario del puerto, garantizando o buscando garantizar tarifas razonables, imponiendo incluso un régimen de publicidad y prohibición a la discriminación. Por otro lado, hay también sistemas cuya regulación se orienta a la protección de los demás concesionarios y prestadores de servicio, imponiendo un régimen de competencia justo principalmente por la prohibición de precios extremadamente bajos.

En lo que se refiere específicamente las relaciones con otros gobiernos, es importante el intercambio de información y la elaboración de planes de desarrollo conjuntos, buscando compartir tecnologías y objetivos, principalmente en los

aspectos de gestión para permitir que los puertos latinoamericanos y caribeños se beneficien de un sistema de trabajo supranacional.

La elaboración de normativas comunes amplía la seguridad jurídica regional y posibles acuerdos multilaterales facilitan la circulación interna de mercaderías y también el tránsito de mercaderías extranjeras entre *hubs* y puertos secundarios. Aspectos uniformes en el trato de mercaderías y exigencias laborales y ambientales facilitan el costo-beneficio y estimulan el tránsito regional de embarcaciones.

No obstante, el alineamiento intergubernamental permite el desarrollo de planes de inversión comunes y formación de centros de estudios, incentivando la integración regional y también al intercambio con otras regiones.

Ejemplo de esa situación es la Unión Europea, reservadas las especificidades de ser un bloque de integración económica sin paralelo regional. En el ámbito de la UE la integración portuaria es una prioridad que constantemente elabora planes de desarrollo. El ejemplo más claro y de aplicación posible en los bloques de integración regional son las nuevas reglas aprobadas en 2016 por el Consejo Permanente para ampliar la transparencia en el sector portuario, que crea condiciones adecuadas de comercio y competencia³³. La reforma busca hacer más eficiente y transparente la gestión de recursos, principalmente los incentivos recibidos de órganos públicos, además de ampliar las condiciones de acceso al mercado de servicios portuarios. La norma lleva en cuenta las especificidades de los países del bloque, estableciendo una calidad mínima en el que los países pueden ampliar las exigencias para respetar particularidades internas relacionadas al cumplimiento de la legislación social y laboral. También hay estándares de seguridad, protección y sostenibilidad diferenciados, lo que amplía la posibilidad de norma análoga en América Latina y el Caribe por reconocer las diferencias entre los países de la región.

En resumen, la participación activa de los Estados en la elaboración de planes comunes es requisito esencial para una cooperación regional que respete la

³³ Disponible en: <http://www.consilium.europa.eu/media/24295/st10579-re01en16.pdf>

autodeterminación de los pueblos y fomenta la economía, empleando nuevas tecnologías y supliendo contradicciones jurídico-económicas entre las naciones.

4.2 – RELACIONES ENTRE ESTADOS Y EMPRESAS

La relación entre los Estados y las empresas es también esencial para la integración regional y el desarrollo de la competencia en los puertos. Como visto, la UNCTAD marca que América Latina y el Caribe reciben las inversiones privadas más grandes en desarrollo portuario. Establecer relaciones justas, duraderas y bien reguladas entre Estados y empresas fomenta el desarrollo y trae seguridad para que las empresas inviertan en la región.

La participación de los Estados en Cámaras Arbitrales internacionales dedicadas a las inversiones trae seguridad a los inversionistas internacionales acerca de la seguridad jurídica de sus inversiones.

Es importante también incluir las empresas en la elaboración de los informes regionales, de modo a identificar problemas comunes y soluciones que pueden ser compartidas. Entender las necesidades y las posibilidades de cooperación de la iniciativa privada para elaborar planes de desarrollo convierte a los planes más pasibles de realización completa, además de fomentar políticas de autocumplimiento ambiental que ya son tendencia en el mercado europeo.

Incluso muchas empresas que actúan en América Latina y el Caribe adoptan en su actuación y en los contratos que firman, estándares ambientales y de gestión compatibles con la legislación de sus países de origen, aun cuando representan mayores exigencias que los países receptores en América Latina y el Caribe. Es posible ejemplarizar con la actuación de Carrefour, cuyos actos propios y contrataciones de terceros se adecuan a políticas de gestión ambiental y económica impuestas en Francia y superiores a las legislaciones regionales.

Establecer a nivel regional requisitos claros y sistemas de competencia pública aportan confianza en los gobiernos regionales, así como cumple con la publicidad de los actos gubernamentales exigidos en casi todas constituciones de la región. La adopción de políticas transparentes en el contexto latinoamericano y

caribeño es una señal importante de la superación de gobiernos con tendencias paternalistas y vinculados a incentivos inadecuados.

En ese contexto, la elaboración de contratos de concesión es de extrema relevancia. La adopción de cláusulas bien redactadas, en consonancia con las tendencias del derecho internacional de las inversiones y de la competencia estimula la recepción de nuevas empresas y tecnologías. Elaborar también planes de inversión entre Estados y empresas garantiza la explotación de las estructuras portuarias en manos de la sociedad.

Aún en lo que se refiere a la relación entre Estados y empresas, la seguridad jurídica es pilar vital para el desarrollo económico y para el cumplimiento de políticas públicas. Sin embargo, una cuestión muy relevante llama la atención y representa un escenario de inseguridad jurídica, tanto para la efectividad de la ley como para que los empresarios se adapten. Casi todos los países aquí abordados tienen agencias reguladores de la actividad portuaria y agencias de competencia económica, sin embargo, con excepción de México, las leyes portuarias no previenen la actuación de los órganos de defensa de la competencia, así como no existe una norma que trate la interacción de la esfera reglamentaria y de competencia.

En ese sentido, establecer criterios claros de interacción, además de evitar conflictos de competencia, garantiza el cumplimiento más efectivo y adecuado de cuestiones de competencia en el área portuaria. La comunicación y el alineamiento entre las agencias es esencial para el establecimiento de una política uniforme y combativa frente a los inversionistas, empresarios, usuarios y al mercado como un todo.

4.3 – RELACIONES ENTRE EMPRESAS

Las relaciones entre empresas a nivel de un Estado y también a nivel regional representan importantes posibilidades para la consolidación de un sistema logístico adecuado. En razón de la imposibilidad de desarrollar el puerto de manera separada, asociaciones con empresas de diversos sectores garantiza la aproximación de mercados consumidores y fuentes productoras, facilitando el acceso portuario y la gestión de cargas.

La fidelización de mercados, principalmente en un contexto de grandes fusiones de las empresas transportadoras, buscando la inclusión del mayor número de países y la facilitación de operaciones de trasbordo reduce costes y aumenta la efectividad regional.

CONCLUSIÓN

A lo largo de este estudio fue posible identificar que los puertos latinoamericanos y caribeños están recibiendo sucesivas inversiones y cada vez están más adecuados a la realidad del comercio exterior. Sin dudas la alteración en los marcos regulatorios en los años 90 y la presencia de la iniciativa privada ha hecho más efectiva la administración portuaria.

La correcta inserción de América Latina y el Caribe en el eje de los traslados de mercaderías por vías marítimas trae resultados positivos regionales incluso para los países que no tienen acceso directo al mar y también a aquellos que no tienen sus puertos entre los estudiados aquí. La efectividad de las operaciones de compra y venta más justas y con costos inferiores debido al ahorro en operaciones y servicios portuarios se reflejan casi directamente en la región, lo que incluye ayudar a lograr los objetivos de los bloques de integración regional.

Como un todo, la región aún es carente de mecanismos jurídicos que garanticen la integración. A pesar de una serie de acuerdos bilaterales y multilaterales, los sistemas jurídicos latinoamericanos y caribeños aún desarrollaron poco los mecanismos de aplicación y cumplimiento de esos tratados y acuerdos. Es importante observar el Derecho como un instrumento relevante en el cumplimiento de acuerdos políticos. América Latina y el Caribe deben contar con esos mecanismos para que las políticas públicas sean entendidas cómo de Estado y no de gobierno.

Históricamente, por ser una región de tradición presidencialista, es común la no continuidad de algunas políticas públicas en razón del cambio de partido en el poder. En ese sentido, buscando valorar también la integración regional, es

importante que los estados adopten mecanismos que garanticen la continuidad de las políticas adoptadas en el sector portuario. El mantenimiento de políticas también es importante en el ámbito de los bloques regionales, visto que garantiza seguridad jurídica.

En esta área, la adopción de agencias, tanto de regulación como de competencia, con carácter técnico e independencia funcional, auxilia en el establecimiento de planes de gestión duraderos y adecuados. Junto al estudio del Derecho Comparado y de prácticas logísticas internacionales, el trabajo de las agencias puede presentar una transformación en el paradigma de la regulación y competencia portuaria.

Sin embargo, hay mucho para hacer. Es crucial publicitar las medidas de las agencias, o sea, que sean ampliamente divulgadas y difundidas, tanto para el establecimiento de alianzas estatales, como para orientar la actuación de los entes privados. A lo largo de este estudio, se volvió evidente que la publicidad debe ser perfeccionada, así como las soluciones adoptadas frente a las prácticas anticompetencia y restrictivas de mercado. No fue posible identificar casos en la íntegra o al menos enmiendas en la mayoría de las agencias.

La comunicación de las agencias con la comunidad, obviamente con algunas excepciones, aún es un desafío. La regulación y la competencia tienen como objetivo vital el desarrollo y la garantía de derechos del usuario, en ese contexto, publicidad y diálogo con la comunidad confieren mayor estabilidad a las decisiones.

La elaboración de un estudio técnico comparativo vuelto para las condiciones físicas de las terminales portuarios también se muestra imprescindible para una planificación estratégica regional. Ciertamente, la región evolucionará más con la adopción de políticas regionales en vez de entender a los países vecinos solamente como competidores. La comunidad internacional suele dividirse entre países transportadores y transportados. En América Latina y el Caribe pocas son las transportadoras establecidas, y ninguna de las más grandes tiene su centro de actividad en la región - aunque aquí registren algunas embarcaciones por razones económicas.

Por ser una región transportada, son importantes los mecanismos regionales de integración que auxilian en la reducción de los costos de prestación de servicios portuarios, cuya cobranza refleja directamente en el consumidor final. Con base en los Objetivos del Desarrollo Sostenible, es necesario adoptar políticas que tengan como objetivo mejorar las condiciones de vida de la población, bajo el prisma económico y ambiental. De ese modo, mayor poder de compra y un ambiente menos contaminado son factores esenciales y directamente influenciados por las políticas de gestión portuaria.

Por último, América Latina y el Caribe es una región extremadamente privilegiada con riquezas naturales, culturales y geográficas. En resumen, el producto está disponible en abundancia así como las condiciones territoriales, lo que es necesario es el establecimiento de políticas de gestión y control adecuadas para el desarrollo amplio, no solamente económico, sino también cultural, educativo y ambiental.

ELIANE M. OCTAVIANO MARTINS

Doctora por la USP con posdoctorado por la Universidad Autónoma de Barcelona
Maestra del Curso de Doctorado y Maestría en Derecho de la Universidad Católica de Santos - UNISANTOS
Autora de las obras Curso de Derecho Marítimo, Volúmenes 1, 2 y 3 y del Vademécum de Derecho Marítimo
Presidente de la Cámara de Arbitraje Marítimo de Rio de Janeiro (CAMRJ)
Abogada