



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO **25402** DE 2002

(06 AGO. 2002)

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
en uso de sus atribuciones legales y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Como resultado de la averiguación preliminar adelantada en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 11 del decreto 2153 de 1992, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia mediante resolución número 07969 de 2001,¹ abrió investigación contra la Asociación de Agentes Navieros-Asonav- y las sociedades Agencia Marítima Gran Colombiana S.A., Compañía Transportadora S.A., Eduardo Gerlein S.A., Frontier Agencia Marítima Ltda. Maritrans Ltda., Navemar S.A., Seaboard Colombia S.A., Mediterranean Shipping Company Colombia S.A., Naves S.A., Maersk Colombia S.A. y Agencia Marítima Internacional Ltda., por la presunta infracción al numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En el mismo sentido se ordenó investigar a las personas que ejercen o ejercieron la representación legal de las entidades mencionadas anteriormente, para determinar si autorizaron, ejecutaron o toleraron conductas contrarias a la libre competencia, de conformidad con los números 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO: En aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, una vez notificada la apertura de investigación y corrido el traslado de ley, mediante acto administrativo del 27 de septiembre de 2001, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia decretó la práctica de pruebas.

TERCERO: Estando en curso la investigación, la Asociación de Agentes Navieros-Asonav- y las sociedades Agencia Marítima Gran Colombiana S.A., Compañía Transportadora S.A., Eduardo Gerlein S.A., Frontier Agencia Marítima Ltda., Maritrans Ltda., Navemar S.A., Seaboard Colombia S.A., Mediterranean Shipping Company Colombia S.A., Naves S.A. y sus respectivos representantes legales, presentaron ofrecimientos de garantías los cuales se aceptaron a través de la resolución 10713 de 2002, que a su vez dispuso el cierre de la investigación para los mencionados sujetos. Respecto de Maersk Colombia S.A. y Agencia Marítima Internacional S.A. una vez culminada la etapa probatoria, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación.

¹ Mediante resolución 13328 de 2001, se adicionó y corrigió la resolución 7969 de 2001.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

CUARTO: Tal como se ordena en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, mediante oficio número 93805-140002-140003 del 26 de junio del 2002, fue trasladado el informe motivado a todos los involucrados en la investigación para que manifestaran sus opiniones.

Estando dentro del término legal para ello expresaron:

- **Gustavo Tamayo Arango, apoderado de Maersk Colombia S.A.**

"Observaciones presentadas al informe motivado por parte del doctor GUSTAVO TAMAYO ARANGO, apoderado especial de la sociedad MAERSK COLOMBIA S.A., y del Señor Kim Kennet Larsen, en su calidad de representante legal de MAERSK COLOMBIA S.A., en remplazo del Señor Malling Hartmann, anterior representante legal de MAERSK COLOMBIA S.A.

"I. ACLARACION PRELIMINAR

"Sea lo primero advertir que no es procedente la emisión del informe motivado, pues tal y como se explica a continuación, aún no ha culminado la etapa probatoria dentro de la investigación de la referencia. En efecto:

"a) De las pruebas decretadas por medio de auto del 27 de septiembre de 2001 aún faltan pruebas por practicar como lo son:

"Respecto a las solicitadas y aportadas por la Compañía Transportadora S. A. aún no se ha procedido con la designación de un perito traductor con el fin de que realice la traducción de la totalidad de los elementos aportados en idioma extranjero por la Compañía Transportadora S.A. de conformidad con lo dispuesto en el artículo 260 del CPC.

"Respecto a las solicitadas y aportadas por la sociedad Eduardo Gerlein S. A., aún no se ha procedido con la designación de un perito traductor con el fin de que realice la traducción de la totalidad de los elementos aportados en idioma extranjero por la sociedad Eduardo Gerlein S.A. de conformidad con lo dispuesto en el artículo 260 del CPC.

"Respecto a las solicitadas y aportadas por Frontier Agencia Marítima Ltda., aún no se ha procedido con la designación de un perito traductor con el fin de que realice la traducción de la totalidad de los elementos aportados en idioma extranjero por Frontier Agencia Marítima Ltda. de conformidad con lo dispuesto en el artículo 260 del CPC.

"Respecto a las solicitadas y aportadas por Maritrans Ltda., aún no se ha procedido con la designación de un perito traductor con el fin de que realice la traducción de la totalidad de los elementos aportados con idioma extranjero por Maritrans Ltda., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 260 del CPC.

"Respecto a las solicitadas y aportadas Navegar S.A., aún no se ha procedido con la designación de un perito traductor con el fin de que realice la traducción de la totalidad de los elementos aportados en idioma extranjero por Navegar S.A. de conformidad con lo dispuesto en el artículo 260 del CPC.

"Respecto a las solicitadas y aportadas por Mediterranean Shipping Company Colombia S.A., aún no se ha procedido con la designación de un perito traductor con el fin de que realice la traducción de la totalidad de los elementos aportados en idioma extranjero por Mediterranean Shipping Company Colombia S.A. de conformidad con lo dispuesto en el artículo 260 del CPC.

"Respecto a las solicitadas y aportadas por Seaboard de Colombia S.A., aún no se ha procedido con

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

la designación de un perito traductor con el fin de que realice la traducción de la totalidad de los elementos aportados en idioma extranjero por Seaboard de Colombia S.A. de conformidad con lo dispuesto en el artículo 260 del CPC.

"La falta de traducción de las pruebas documentales aportadas a la investigación por las sociedades denunciadas constituye una trasgresión a lo dispuesto en los artículos 102 del CPC.² y 260 del mismo ordenamiento³ y particularmente al artículo 6° del Código de Procedimiento Civil que textualmente consagra que '(...) las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento...', luego no le está permitiendo a la Superintendencia de Industria y Comercio desconocer el cumplimiento de normas que tienen el carácter de orden público.

"Además de lo anterior, cabe anotar que el hecho de que no repose en la actuación la traducción de los documentos aportados por las investigadas constituye una clara violación al derecho al debido proceso de mi representada, toda vez que, no obstante ser pruebas que están decretadas, las mismas no se consideran practicadas, pues no puede válidamente la Superintendencia apreciar unos documentos que carecen de traducción, y consecuentemente mi poderdante no ha tenido la oportunidad de controvertirlas. En otras palabras, no obstante que dichas pruebas obran dentro del expediente, es como si no existieran pues no puede dicha Entidad apreciar un documento que se encuentre en idioma diferente del castellano.

"Por otro lado, si bien las pruebas faltantes corresponden a pruebas que fueron aportadas por las investigadas a las que les fueron aceptadas las garantías ofrecidas, no por ello pierden su básico de derecho probatorio denominado comunidad de la prueba, es claro que las mismas una vez decretadas, pertenecen al proceso y no a las partes que las solicitaron. Al respecto, el tratadista Hernán Fabio López,⁴ señala:

'Regla técnica de comunidad de la prueba. Se explica advirtiendo que sin que importe cuál es el origen de la prueba, es decir si se aportó o practicó por iniciativa de alguna de las partes o de oficio por el juez, una vez incorporada entra a formar parte del expediente y no le es posible a quienes dentro del mismo intervienen, incluyendo el juez, prescindir de ella.

"Obsérvese que esta regla se refiere a las pruebas practicadas o incorporadas....'

"Y es que las pruebas que se dejaron de practicar se encontraban todas aportadas al expediente, y más aún, decretadas, tal y como se puede observar del auto de decreto de pruebas, numeral 1-8.3.

"b) No hubo pronunciamiento sobre las pruebas cuyo decreto fue aplazado.

"En efecto, en el numeral 3° del auto del 27 de septiembre de 2001 se dispuso el aplazamiento de dos (2) oficios solicitados por Asonav, Jaime Canal Rivas, Maritrans Ltda. y Carlos Ramírez de Arellano dirigidos al CUTMA en donde se afirmó que 'el Despacho entrará a pronunciarse respecto al decreto de la prueba, una vez el peticionario aclare la naturaleza jurídica, actividad y domicilio del CUTMA y su relación con los hechos fundamento de la presente investigación.'

² Art. 102. *Idioma.* En el proceso deberá emplearse el idioma castellano.

³ Art. 260. *Documentos en idioma extranjero.* Para que los documentos extendido en idioma distinto al castellano puedan apreciarse como prueba, se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por un traductor designado por el juez; en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser representados directamente.

⁴ López Blanco, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil, Pruebas*, 2001, p28.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

"Esta solicitud de la Superintendencia efectivamente fue atendida por ASANOAV mediante radicación No.00093805 000200015 del 4 de octubre de 2001, por lo que es y era procedente que antes de rendir informe motivado la Superintendencia se pronunciara respecto al oficio solicitado bien fuera ordenándolo o negándolo por los mismos motivos expuestos en el literal anterior.

"La misma suerte corrió el testimonio de Luis Martín Nieto prueba solicitada por Naves S.A. respecto al cual se afirmó que 'el Despacho entrará a resolver sobre el decreto del testimonio... una vez se hayan agotado previamente la práctica de las demás pruebas decretadas (...)' de manera tal que la Superintendencia debió haberse pronunciado sobre el mismo

"En conclusión, incurre ese Despacho en un error al expedir informe motivado en este momento, pues hay numerosos pruebas que se dejaron de practicar, lo cual implica que se este pretermitiendo parcialmente el periodo probatorio dentro del proceso de la referencia, y conculcando el derecho de defensa y debido proceso de mis representadas.

"II. CONCLUSIONES DEL INFORME MOTIVADO y OBSERVACIONES

"La presente investigación se abrió con el fin de investigar dos puntos básicos a) posible acuerdo de fletes y b) posible acuerdo de la tasa de cambio.

"Sobre las anteriores conductas, la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó:

- a) *"Posible acuerdo de fletes: Que 'las agencias Maersk Colombia S.A. y Agencia Marítima Internacional Ltda. no han incurrido en acuerdo de fijación de fletes para exportaciones e importaciones' y*

"Respecto a la primera conclusión a la que se arribó en el informe motivado compartimos la opinión de ese Despacho, pues tal como se señaló a lo largo del trámite de la referencia la fijación de fletes la realizan directamente las empresas armadoras, y no sus agentes, quienes no tiene ni tendrían ningún tipo de ingerencia sobre el punto.

- b) *"Posible acuerdo de la tasa de cambio: Que éstas 'habrían participado en un acuerdo orientado a fijar el valor en pesos colombianos de la divisa (dólar americano) utilizada para la cancelación del servicio de transporte marítimo internacional de carga, es decir, sobre el valor de la tasa de cambio utilizada para el pago de fletes, configurándose por esta circunstancia los elementos integradores del numeral 1° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992'.*

"Con respecto a esta conclusión a la que llegó ese Despacho, resulta a todas luces contradictoria con la primera. En efecto, si por un lado se afirma que no hubo acuerdo entre las investigadas para fijar los fletes, no se entiende como se puede afirmar posteriormente que las investigadas participaron en un acuerdo que según ese Despacho contiene los elementos del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el cual a su vez es exclusivamente a la fijación de precios.

"Independientemente de la anterior premisa general, de todas formas en el presente caso y por la conducta que se analiza, se demostrará como no se configuran los requisitos previstos en el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, es decir, que no existió un acuerdo que tuvo como objeto o por efecto la fijación directa o indirecta de precios

"b.1 Porque el acuerdo no tuvo como objeto la fijación directa o indirecta de precios.

"Se reitera que el precio, tratándose de servicios de transporte, no es otra cosa que el flete, luego si

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

ya concluyó la Superintendencia que no hubo acuerdo de fletes, ese Despacho está diciendo que no hubo acuerdo de precios, presupuesto esencial para que pueda sancionarse a una empresa por la conducta investigada, es decir la contenida en el decreto 2153 de 1992, art. 47, numeral 1. Al no existir dicho objeto la conducta investigada es inexistente.

"El objeto de un acuerdo, resulta de evaluar los fines del mismo, y en el caso en cuestión, los fines del acuerdo por el cual se investiga a mis representadas nunca fue el de 'sustraer a los contratantes del servicio, la posibilidad de acordar la aplicación de una tasa de conversión diferente, o de elegir entre varias la que mas le convenga', tal y como lo afirmó dicha entidad.

"En efecto, el acuerdo existía, no era para fijar el precio o flete que cobran las empresas de transporte marítimo (no hay que olvidar que la misma Superintendencia así lo concluyó) sino con una doble finalidad: i) Por un lado encaminado a proteger a los miembros del acuerdo de las bruscas fluctuaciones en el mercado de fletes (lo que es legítimo y no atenta contra el mercado), ii) y por el otro, y a contrario sensu de lo que opina esa entidad, encaminado a brindar claridad y libertad de escogencia a los usuarios del servicio de transporte quienes, gracias al tipo de cambio ASONAV, podían saber realmente cuanto costaban los fletes ofrecido por las diferentes empresas marítimas y quienes, con base en ese mismo parámetro, estaban en la posibilidad de escoger libremente la compañía naviera que mas les convenía.

"b.2 Porque el acuerdo no obligaba a los usuarios a aceptar única y exclusivamente la tasa de cambio Asonav.

"Por otro lado, en ningún momento se coarta la libertad del usuario ni se le obliga a aceptar la tasa ASONAV pues tal y como quedó demostrado de todos los testimonios practicados los usuarios del transporte marítimo tienen la posibilidad de pagar en dólares o en pesos. Si al usuario no le parece bien la tasa Asonav, tiene siempre la facultad, y de hecho ocurre frecuentemente, de ir a cualquier intermediario del mercado cambiario, casa de cambio o mercado libre de divisas y comprarlas a la tasa disponible para pagar así el flete.

"No existe un mercado de divisas con destino único para el pago de fletes. La fijación por parte de la ASONAV de la tasa de cambio para pago de fletes no constituye la única tasa de cambio para el pago de dichos fletes.

"Si la tasa ASONAV está por fuera de la realidad del mercado de las divisas, los usuarios siempre podrán acudir a los intermediarios del mercado cambiario donde adquirirán las divisas a los precios establecidos para ese momento.

"b.3 Porque ese Despacho ha autorizado expresamente a la agencia marítimas la fijación UNILATERAL de la tasa de cambio.

"En efecto ese Despacho autorizó que en el aviso al público por parte de las agencias que prestaron caución para la terminación anticipada de la investigación, se indicara expresamente que las agencias marítimas podían fijar unilateralmente la tasa de cambio aplicable.

"b.4 Porque el acuerdo no tuvo como efecto la fijación directa o indirecta de precio.

"La conducta desplegada por mi representada y las demás investigadas no tuvo efecto alguno en el mercado, ya que si bien las investigadas si aplicaron la tasa ASONAV esta aplicación por sí sola no puede considerarse como productora de efecto alguno en la demanda ni en la oferta. Es así como la tasa Asonav no esta probado, porque sería imposible- que la tasa Asonav hubiese limitado la prestación del servicio ofrecido por las empresas navieras en general, lo que no es así ni está

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

probado dentro de la actuación, o el haber determinado precios en perjuicio de los consumidores.

"Con todo, partiendo de la base que no existe prueba que indique que el mercado fue afectado de manera alguna es necesario realizar las siguientes consideraciones:

- *"El tipo de cambio ASONAV desde su aplicación no ha sido un elemento maléfico para los usuarios del transporte de carga marítimo. Todo lo contrario, contribuyó a la transparencia del mercado, pues el usuario sabía sobre qué bases ciertas podía negociar, si así lo quería, con todas y cada una de las empresas transportadoras, ya que la tasa Asonav evitaba que el cambio de divisas pudiese constituir un factor distorsionante de la información.*
- *"Y si se trata de la variedad de precios está claro que dicha variedad siempre se ha dado.*

III. PETICIÓN

"De todo lo anteriormente expuesto, se concluye que: (i) la etapa de investigación no ha concluido; (ii) y la conducta por la cual se investiga a mis representadas, es inexistente, motivo por el cual deberá esa superintendencia abstenerse de proferir sanción alguna y declarar cerrada la presente investigación".

- **La empresa Agencia Marítima Internacional habiendo transcurrido el término de traslado para la presentación de observaciones al informe motivado, no hizo ninguna manifestación al respecto.**

QUINTO: Habiéndose surtido todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable, este Despacho resolverá el caso en los siguientes términos:

1 **Adecuación normativa**

Es preciso señalar que, la resolución 07969 de 2001 a través de la cual ordenó la apertura de la presente investigación, estuvo enmarcada en dos aspectos cada uno de los cuales habría dado lugar a la posible infracción del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Fue así como se analizó, de un lado, un posible acuerdo sobre fletes marítimos internacionales, y de otro, un posible acuerdo sobre el valor de la tasa de cambio utilizada para la cancelación en pesos colombianos del correspondiente flete.

De suerte pues que, fueron dos supuestos distintos los que merecieron su confrontación a la luz del referido numeral 1 del artículo 47, cada uno arrojando conclusiones propias, como a continuación nos proponemos exponer.

1.1 Respecto del acuerdo de Fletes

El transporte marítimo internacional se encuentra inmerso en una serie de particularidades, que hacen imperiosa la necesidad de realizar una aproximación meridiana respecto de algunos puntos sobre los cuales se requiere pleno entendimiento, antes de adentrarnos en el análisis de esta conducta.

Bajo esta premisa tenemos que, de acuerdo con el artículo 1489 del Código de Comercio, el agente marítimo es la persona que representa en tierra al armador para todos los efectos relacionados con la nave. Siendo así, el agente es un mandatario del armador y por lo tanto ejecuta actos en nombre y por cuenta de éste. Así las cosas, es importante resaltar que quien ejerce propiamente la actividad

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

del transporte marítimo internacional es la empresa de navegación (armador),⁵ ya que la labor del agente marítimo en Colombia se circunscribe a actuar por cuenta de éste, en su representación, acatando para ello las instrucciones que le sean impartidas.⁶

Bajo esta misma perspectiva, el numeral 6° del artículo 1491 del Código de Comercio establece como requisito para ser agente marítimo, la necesidad de presentar: "declaración jurada de que no es empresario de transporte", lo cual implica que las disposiciones comerciales niegan la posibilidad de que el agente marítimo desarrolle simultáneamente su actividad principal -representación del armador- y la actividad del transporte.

En desarrollo de este punto, es importante precisar que el transporte marítimo internacional opera bajo tres distintas formas, a saber:

- El transporte de cargas ocasionales, que generalmente se hace fletando barcos apropiados, este mercado se conoce con el nombre de "Voyage Charters" y se caracteriza porque los fletes⁸ se negocian caso por caso, utilizando para el efecto a un intermediario que se denomina corredor de contratos de fletamento marítimo.⁹

- El transporte de línea, con itinerarios fijos, en modalidad de conferencias,¹⁰ el cual ofrece al mercado una continuidad de salidas, en condiciones de precio de flete acordados entre las líneas

⁵ El artículo 1473 del Código de Comercio define al armador como "es la persona natural o jurídica que, sea o no propietaria de la nave, la apareja, pertrecha y expide a su nombre propio y por su cuenta y riesgo, percibe las utilidades que produce y soporta toda las responsabilidades que la afectan."

⁶ Sobre el punto de la representación del agente marítimo manifestó la Doctora Maria Elvira Cubillos, en su calidad de asesora independiente:

"PREGUNTA 21: En cuanto al agente marítimo, mencionó en una de sus respuesta la obligación que tiene un buque de bandera extranjera de contar con un agente en Colombia, para qué y cuando habla de buque cuál es la relación del agente con el armador?"

RESPUESTA: El agente marítimo es el representante del armador en tierra para todos los efectos relacionados con la nave, en virtud de esta calidad desempeña funciones relacionadas directamente con la nave en nombre y representación del armador de la misma, dichas funciones para efectos del caso colombiano están previstas en el Código de Comercio y hacen referencia a aspectos tales como: el arribo de la nave a puerto, responder judicialmente por las obligaciones que adquiere la nave en el puerto, presentar la documentación de la nave ante las autoridades marítimas colombianas entre otras".

"PREGUNTA 22: Se podría decir que la representación del agente se limita a cumplir con los trámites exigidos por las autoridades y ordenados por el armador?"

RESPUESTA: No, el agente marítimo tiene funciones en relación con la carga, como es la de presentar la carga a la autoridad aduanera y a disposición del destinatario, igualmente representa al transportador en relación con los contratos de transporte, en todo momento actúa en nombre y representación de un principal que es el armador".

⁷ Se entiende por transporte marítimo internacional "aquel que se realiza entre puertos colombianos y extranjeros". Artículo 2° Decreto 804 de 2001.

⁸ De acuerdo con el artículo 40 del Decreto 804 de 2001, "se entiende como flete o precio del transporte marítimo la tarifa aumentada con los recargos o cualquier otro componente que altere el valor final del transporte".

⁹ De acuerdo con el artículo 2° del Decreto 804 de 2001, se entiende por fletamento "el contrato por el cual el armador se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir con una nave determinada uno o más viajes preestablecidos, o los viajes que dentro del plazo convenido ordene el fletador en las condiciones que el contrato o la costumbre establezcan".

¹⁰ Respecto al significado de "conferencia marítima" manifestó la Doctora Aura Violeta Jáuregui Daza:

"PREGUNTA 25: En concreto explíqueme al Despacho que son las conferencias marítimas?"

RESPUESTA: "Las conferencias marítimas son asociaciones de un grupo de transportadores marítimos que se reúnen para racionalizar servicios que establecen un tarifario común y que sirven un tráfico determinado, la conferencia no es un pacto de caballeros, lo pactado en esa conferencia es de obligatorio cumplimiento y el tráfico solamente puede ofrecer sus servicios a través de la conferencia y con los tarifarios de la conferencia a no ser que la conferencia le autorice ejercer una acción independiente por un tiempo determinado".

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

marítimas que participan en la conferencia. Sin embargo, las líneas que forman parte de las conferencias pueden apartarse de los fletes fijados por ellas en lo que se conoce como acciones independientes.

- El transporte de línea, con itinerarios fijos, ofrecido por líneas independientes que no forman parte de conferencias.¹¹

Cabe señalar que, tanto las empresas nacionales de transporte marítimo como las extranjeras, que desarrollen operaciones en Colombia, se encuentran obligadas a cumplir con las disposiciones del decreto 804 de 2001, siendo así como todas ellas están en la obligación de registrar sus fletes ante la DIMAR, por intermedio del respectivo agente que las representa.

Hechas las anteriores precisiones, corresponde ahora confrontar los hechos que se investigan con la norma que se imputa transgredida, a efectos de determinar si tuvo lugar o no la infracción. Veamos:

De conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, se consideran restrictivos los acuerdos entre dos o más empresas que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios. Así, para el caso en estudio, deben probarse los supuestos fácticos señalados en la norma transcrita, en cualquiera de los siguientes sentidos:

La existencia de un acuerdo:

- Que tenga por objeto la fijación directa o indirecta de precios.
- Que tenga como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

Veamos si los anteriores elementos se cumplen en el supuesto que se analiza:

a. Acuerdo

Por acuerdo se entiende todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela que tenga lugar entre dos o más empresas.¹² Así, las fuentes del acuerdo están conformadas por cualquiera de estas figuras, las cuales deben contener una voluntad exterior que permita colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifiquen entre sí, es decir una actuación conjunta y mancomunada.

En este punto específico se procuró dilucidar si lo establecido en junta directiva de ASONAV de 31 de marzo de 2000, respecto al incremento de fletes constituía una práctica comercial restrictiva, concretamente al haberse dejado nota que, "... el 'Colombia Discusión Agreement' y otras entidades que se ocupan del tráfico entre Estados Unidos y Sudamérica, han decidido incrementar los fletes, a partir del 1° de abril de 2000 en la cantidad de US\$500.00 por contenedor de 20' y US\$1.000.00 por contenedor de 40' para la carga de importación en Colombia y Sudamérica. En lo que respecta a las exportaciones de nuestros países hacia los Estados Unidos, el incremento es de US\$250.00 por contenedor de 20' y US\$ 500.00 por contenedor de 40' a partir también del 1° de abril de 2000".

El Capitán Publio Alfonso Medina Bernal, en relación con el tema manifestó en su declaración:

"PREGUNTA 8: Podría aclararnos el alcance de la expresión de "empresa conferenciada"?

RESPUESTA: Normalmente las empresas de servicio internacional se agrupan para establecer acuerdos, para racionalizar servicios y fijar algunos niveles de fletes y evitar la competencia desleal entre ellas. Entonces las empresas que pertenecen a estas agrupaciones se denominan empresas conferenciadas".

¹¹ Tomado del escrito radicado bajo número 93805-53, obrante a folios 777-782 del expediente No 93805, cuaderno 1.

¹² Decreto 2153 de 1992; artículo 45 numeral 1°.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Especialmente cuando en la precitada acta se dejó constancia que, "lo anterior fue respaldado por los miembros de Asonav y se convino en promover hasta donde sea posible, incrementos en los fletes por parte de otras conferencias". (Subrayado nuestro)

Sin embargo, una vez efectuado el correspondiente recaudo probatorio no puede obviarse la circunstancia que la fijación de fletes y el comportamiento del transporte marítimo internacional está sujeto a características especiales, que dada su naturaleza y forma de funcionamiento impiden atribuir el acuerdo que analiza a los agentes marítimos investigados, pues aunque coincidan los fletes que ellos cobran, se ha demostrado que quienes los adoptan y establecen son directamente las empresas armadoras.

De esta forma, los fletes, entendidos como el precio del transporte marítimo internacional, son fijados directamente por los armadores o empresas de transporte marítimo, normalmente en el seno de conferencias marítimas internacionales, las cuales, dicho sea de paso, constituyen una costumbre internacional de común aceptación.¹³

Así y teniendo en cuenta la función que cumplen los agentes marítimos como representantes del armador en tierra colombiana y su imposibilidad de fijar los fletes a que hemos venido haciendo referencia, no podría endilgarse a las agencias Maersk Colombia y Agencia Marítima Internacional una responsabilidad derivada de un acuerdo en su fijación, ya que según se ha demostrado, no intervienen en su adopción por ser éste un acto potestativo de la empresa marítima agenciada.¹⁴

¹³ Al respecto manifestó en su declaración el Capitán Publio Alfonso Medina Bernal, jefe de la División de Transporte Marítimo de la DIMAR, en respuesta a la pregunta: "La fijación de fletes por parte de conferencias corresponde a una práctica internacional de común aceptación". Contesto: "Si son prácticas internacionales de común aceptación y que se vienen practicando aproximadamente desde 1916".

En el mismo sentido la Doctora María Elvira Cubillos, en su calidad de asesora independiente, en relación con el punto manifestó: "PREGUNTA 4: Sabe usted o tiene conocimiento de cuál es el procedimiento utilizado para fijar las tarifas de transporte marítimo internacional?".

RESPUESTA: Hay varios sistemas el primero, son las conocidas como conferencias marítimas que podemos definir como un acuerdo entre las empresas de transporte marítimo con el fin de racionalizar fletes, son acuerdos internacionalmente reconocidos y aceptados por los diferentes países marítimos, de otra parte, las empresas de transporte marítimo de manera independiente pueden fijar sus propios fletes, no existe obligación alguna para que una empresa de transporte marítimo deba encontrarse conferenciadas, es más es plenamente viable que una empresa de transporte marítimo se encuentre conferenciada para un tráfico y tenga tarifas independientes para otro tráfico. (Subrayado nuestro)

¹⁴ En relación con el tema manifestaron:

- El Capitán Publio Alfonso Medina Bernal, jefe de la División de Transporte Marítimo de la DIMAR:

"PREGUNTA 5: Sabe o tiene conocimiento cómo se define la tarifa o valor del servicio de transporte marítimo internacional ?

RESPUESTA: Es el valor que fijan las empresas navieras por el transporte de la carga o pasajeros que moviliza. Las empresas extranjeras normalmente lo fijan en dólares de los Estados Unidos y los servicios de cabotaje en pesos".

"PREGUNTA 12: En términos generales podría usted ilustrar a este despacho, en cuanto a la forma operativa en que funciona el transporte marítimo internacional, haciendo alusión especialmente a quién fija el valor de los fletes y a quién lo cobra.?"

RESPUESTA: En términos generales el transporte marítimo internacional en lo que respecta a Colombia está servido por empresas extranjeras en un 99% y por empresas colombianas el 1%. Para que una empresa naviera pueda prestar servicio a Colombia debe ser habilitada y contar con permiso de operación concedido por la Dirección General Marítima. En cuanto a fletes las empresas navieras lo fijan libremente y lo registran ante la dirección marítima como lo establece la ley. El flete lo cobran los representantes de las empresas extranjeras establecidas en Colombia o a través de sus agentes marítimos".

- La Doctora María Elvira Cubillos, en su calidad de asesora independiente

"PREGUNTA 25: En su opinión el agente marítimo tiene o podría tener en algún momento alguna injerencia en la fijación de los fletes de transporte marítimo internacional?".

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

De tal manera que, el denominado *Colombia Discusión Agreement* hace parte de un acuerdo entre empresas marítimas internacionales debidamente registrado ante la DIMAR, lo cual no confluye de manera alguna en la realización de un acuerdo anticompetitivo por parte de las agencias marítimas investigadas, en el entendido que su labor se encuentra ceñida al contrato de agencia comercial que ejecutan en nombre y por cuenta del armador.

Cabe señalar en todo caso, que si bien se ha previsto una responsabilidad solidaria entre el agente y el armador derivada de la ejecución del contrato, ésta se halla limitada a situaciones particulares expresamente definidas y relacionadas siempre con los efectos y derivaciones propias de la responsabilidad civil.¹⁵

En esta perspectiva y atendiendo a que no existen elementos probatorios que permitan arribar a una conclusión contraria, debe considerarse que las agencias marítimas cuestionadas no tuvieron ninguna participación ni injerencia dentro del acuerdo de fletes que se endilga en la resolución de apertura 7969 de 2001, debiendo por tanto considerar la inexistencia de acuerdo en el supuesto concreto que se analiza, y la ausencia de responsabilidad de las agencias investigadas por tal conducta, dado que este supuesto es indispensable para la estructuración del precepto que se viene comentando, razón obvia para no continuar con el análisis de los demás elementos de la norma en este primer aspecto.

1.2 Respecto del acuerdo de la tasa de referencia

En el caso que nos ocupa, se investigó si Asonav y las agencias marítimas vinculadas a la presente actuación, llevaron a cabo un acuerdo, en cualquiera de sus modalidades, orientado a establecer una tasa única de conversión para la cancelación del servicio de transporte marítimo internacional. De manera que en este último punto, el acuerdo estaría dado por la fijación de un valor idéntico de la divisa que se utiliza en el pago del servicio de transporte marítimo internacional.

En este sentido debemos precisar que, de acuerdo con el Código de Comercio, cuando no se exprese otra cosa, las cantidades que se estipulen en los negocios jurídicos se entenderán en moneda legal colombiana. De igual modo advierte el referido estatuto que, las obligaciones que se contraigan en divisas o monedas extranjeras se cubrirán en la moneda o divisa estipulada si ello

RESPUESTA: Ninguna, con el debido respeto con los agentes marítimos ellos actúan como simples mandatarios de las empresas de transporte marítimo quienes son las que fijan sus propios fletes.

¹⁵ En relación con el tema de responsabilidad solidaria, la doctora Maria Elvira Cubillos manifestó:

"PREGUNTA 23: La representación a que hace alusión involucra la solidaridad total o es excluyente en algunos casos?"

RESPUESTA: El aspecto de solidaridad hacer relación directa con la responsabilidad, la solidaridad es taxativa para dos casos específicos; en relación con el capitán de la nave agenciada, por la inejecución de la entrega o recibo de la mercancía, y en relación con el armador y el capitán para efectos de la nave agenciada en puerto obligaciones de la misma en el puerto, como puede ser el caso de pago de faros y boyas, a pesar de la norma que establece la solidaridad el agente continúa actuando en nombre y representación de un principal que es el armador.

"PREGUNTA 24: Hay solidaridad del agente marítimo cuando accede al registro de fletes?"

RESPUESTA: Como ya lo expresé la solidaridad se predica de dos casos específicos; cuando el agente procede al registro de los fletes ante la autoridad competente, lo hace en nombre y representación y por mandato de la empresa de transporte marítimo sin que en ningún momento y bajo ninguna circunstancia se puede predicar solidaridad respecto a dicho registro.

(...)

"PREGUNTA 26: Si esto es así podría aclararnos una vez más, si pudiera en evento alguno, existir solidaridad en la fijación de los fletes de transporte marítimo internacional?"

RESPUESTA: En ningún momento y bajo ninguna circunstancia la ley prevé o permite la solidaridad del agente marítimo para con su representado en materia de fijación de fletes.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

fuere legalmente posible; en caso contrario, se cubrirán en moneda nacional colombiana, conforme las prescripciones legales vigentes al momento de hacer el correspondiente pago.¹⁶

A su vez, previene el Decreto 1735 de 1993, que salvo autorización expresa en contrario, ningún contrato, convenio u operación que se realice entre residentes podrá considerarse como operación de cambio. Por consiguiente, las obligaciones que se deriven de contratos, convenios y operaciones entre residentes, deberán cumplirse en moneda legal colombiana.¹⁷

En este sentido, advierte la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República,¹⁸ que las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y no correspondan a operaciones de cambio¹⁹ deberán cubrirse en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado -TRM²⁰ en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta.

No obstante, la misma resolución ha previsto la posibilidad de pagar en el país el valor de fletes de transporte internacional utilizando según se convenga, las divisas que hayan recibido los residentes por concepto de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario,²¹ esto es, por concepto de cualquier otra operación distinta de las contempladas en el artículo 7 ibídem.²²

Ya en concreto refiriéndonos a la conducta que nos ocupa, debemos señalar que, esta Entidad estima que para que una conducta sea considerada como violatoria de las normas sobre competencia, debe cumplir con los elementos mínimos establecidos en cada precepto. Así, deben pues probarse los supuestos fácticos señalados en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en cualquiera de los sentidos ya indicados. Esto es:

¹⁶ Código de Comercio; artículo 874.

¹⁷ Decreto 1735 de 1993; artículo 3.

¹⁸ Resolución de la Junta Directiva del Banco de la República, artículo 79.

¹⁹ De acuerdo con el artículo 7 de la resolución 8 de 2000, se consideran operaciones de cambio: la importación y exportación de bienes; las operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país; las inversiones de capital del exterior en el país; las inversiones de capital colombiano en el exterior; las inversiones financieras en títulos emitidos en activos radicados en el exterior; los avales y garantías en moneda extranjera y las operaciones de derivados.

²⁰ Dispone el artículo 80 de la resolución 8 de 2000 que: "para los efectos previstos en esta resolución, se entiende por 'tasa de cambio representativa del mercado', la de las operaciones de compra y venta de divisas que calcula y certifica la Superintendencia Bancaria con base en la información disponible conforme a la metodología establecida por el Banco de la República. Para el cálculo de dicha tasa se deberán excluir las operaciones de ventanilla y las de derivados."

²¹ Resolución 8 de 2000; artículo 76.

²² Sobre este último aspecto mencionó el doctor Alberto Boada Ortiz, en respuesta a la pregunta No 8 de su declaración obrante a folios 1061 a 1066 del expediente radicado bajo el No 93805, que "el régimen cambiario permite como regla excepcional la cancelación de los fletes de transporte aéreo y marítimo en dólares cuando se trate de transporte internacional de pasajeros y mercaderías". En el mismo sentido, expresó la doctora Mariela Tamayo de Lauschus, en respuesta a la pregunta No 5 de su declaración, obrante a folios 1249 a 1258 del expediente, que "en la norma del régimen cambiario existen unos casos especiales en donde se autoriza a los residentes colombianos pagarse en moneda extranjera, estos casos son fletes, transporte internacionales, seguros según reglamentación de la superintendencia bancaria, tarjetas de crédito y dos regímenes especiales que son el de las empresas petroleras y las empresas que son constituidas en zona franca industrial. Entre todos los residentes nos podemos vender divisas". (Subrayado nuestro)

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

La existencia de un acuerdo:

- Que tenga por objeto la fijación directa o indirecta de precios.
- Que tenga como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

Veamos si los anteriores elementos se evidencian en la asignación de un valor a la divisa que es utilizada para la cancelación de los fletes marítimos internacionales.

a Acuerdo

Como ya se ha mencionado, el Decreto 2153 de 1992 le confiere un significado al término "acuerdo", al señalar que corresponde a todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.²³

Dicho lo anterior, corresponde ahora establecer si las agencias Maersk Colombia S.A. y Agencia Marítima Internacional, en su condición de miembros de Asonav, habrían participado de un acuerdo encaminado a establecer una tasa única de conversión para el pago de fletes marítimos internacionales.

En este sentido, se ha logrado establecer que, los miembros de la junta directiva de Asonav determinaron *"la necesidad de reestablecer el denominado 'Tipo de Cambio Asonav', a partir del 16 de noviembre de 1995, con el objeto de proteger a las líneas de bruscas fluctuaciones en el mercado de fletes, y de conservar el valor real del flete en el momento de realizarse el giro al exterior. Lo acordado se basa en un sistema de gran claridad para los usuarios, y de facilidad en su aplicación.*

"Los siguientes son los elementos esenciales:

3.1. Período: Semanal. El cambio se determina el día miércoles, y tiene vigencia a partir del día siguiente, o sea el jueves.

*3.2. Notificaciones: A partir de las 3 p.m. de cada miércoles, la secretaria ejecutiva de Asonav notificará a los afiliados el cambio. De igual manera, y para prevenir cualquier falla en esta notificación, la información puede obtenerse en la secretaria ejecutiva de Asonav, teléfonos 2838484-3343159. También se puede consultar el diario 'La Republica'. (...)"*²⁴

La anterior determinación se ejecutó en repetidas oportunidades, tal y como puede apreciarse en varias de las actas de junta directiva y de asambleas generales de Asonav, en las que se da cuenta de la vigencia de la mencionada tasa, todo lo cual permite corroborar su efectiva aplicación por parte de sus miembros.²⁵

Conforme con lo expuesto, se tiene que Asonav y sus asociados convinieron establecer una tasa única de conversión para el pago de los fletes marítimos establecidos, propósito para el cual se tendría en cuenta la TRM de una fecha específica, incrementada en un porcentaje o valor predeterminado.²⁶

²³ Decreto 2153 de 1992, artículo 45, numeral 1.

²⁴ Acta 477 de Junta Directiva de Asonav del 30 de noviembre de 1995, punto 3 "Tipo de Cambio Asonav" que hace parte del numeral 2 del orden del día aprobado. Cuaderno Reservado Asonav. Expediente No 93805. Folios 121 a 127.

²⁵ Respecto a este punto pueden observarse las actas de junta directiva de Asonav No 479, 480, 485, 487, 492, 494, 506, 508, 509, 515, 519, obrantes en el expediente y Actas de Asamblea General de Asociados de fechas 23 de mayo de 1996, 15 de mayo de 1997 y 2 de junio de 1999.

²⁶ Según consta en el acta de la Asamblea Ordinaria General de Asonav de junio 2 de 1999, "con ocasión de la inestabilidad en la Tasa de Cambio que se experimentó a partir de mediados de 1998, Asonav se ocupó del tema y tomó medidas para salvaguardar los intereses tanto de los principales como de los agentes. Con el correr de los días, la

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

b. **Carácter de empresa**

Es importante tener en cuenta que, la noción de empresa contenida en el artículo 25 del código mercantil, es esencialmente objetiva y se refiere a la actividad económica que en forma organizada se desarrolla en los campos de producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o prestación de servicios.²⁷

Sobre este particular, ha sostenido la doctrina que la noción de empresa debe estar soportada en tres perfiles fundamentales; "...a) el subjetivo o empresario; b) el objetivo o actividad económica organizada para producir, transformar, comercializar, administrar o custodiar bienes o para prestar servicios a la comunidad; y c) el funcional o conjunto de bienes que el empresario destina y organiza para desarrollar o realizar dicha actividad económica. Los tres elementos jurídicamente identificados han de coexistir siempre en razón de que son estructurales de la empresa. Si falta alguno, o todos tres no están coordinados y armonizados, la configuración de la empresa resulta imposible porque el trínomio es indisoluble."²⁸

Para el caso que nos ocupa, las sociedades Maersk y Agencia Marítima Internacional, prestan servicios en forma organizada bajo la modalidad de actividad económica, para lo cual disponen de un conjunto de bienes, entre los que aparecen los establecimientos de comercio de propiedad de las personas naturales antes referidas. En tal suerte, tienen el carácter de empresa.

c. **Que tenga por objeto la fijación directa o indirecta de precios**

La norma analizada proscribía tanto el objeto como el efecto de la conducta. Para esta Entidad el objeto debe ser entendido como la potencialidad de una conducta para causar daño a un mercado, sin que sea menester que el resultado anticompetitivo se produzca.

Del material probatorio recaudado se desprende que Maersk Colombia S.A. y Agencia Marítima Internacional Ltda. como asociados de Asonav, participaron de un acuerdo orientado a establecer una tasa única de cambio para liquidar el valor de los fletes marítimos internacionales.

Atendiendo lo anterior, Maersk Colombia S.A. y Agencia Marítima Internacional Ltda. habrían convenido en un acuerdo con la potencialidad suficiente de restringir al mercado en la medida que substraía de los contratantes del servicio, la posibilidad de acordar la aplicación de una tasa de conversión diferente, o de elegir entre varias las que más le convenga.

d. **Que tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios**

La expresión efecto no se encuentra definida en la ley, por tanto debe acudir a su sentido natural y obvio, encontrando que el término "efecto" se define como lo que sigue por virtud de una causa o fin para que se hace una cosa.²⁹ La Superintendencia considera que el efecto de una conducta se traduce en el resultado que tenga la actividad desplegada dentro de un mercado.

*situación se fue estabilizando y la última medida de Asonav consistió en adoptar el sistema de fijar el Tipo de Cambio Asonav \$10.00 por encima de la Tasa Representativa del Mercado, que varía diariamente. Este método ha resultado conveniente y ya todo el mundo lo acepta sin discusión. (Subrayado nuestro)
En el diario La República aparece en primera página todos los días el tipo de Cambio Asonav".*

²⁷ Tomado de la obra "Introducción al Derecho Comercial" del Dr. Gabino Pinzón, Editorial Temis, 1985, página 150.

²⁸ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano. Editorial Legis primera edición 1997, página 209 y 210.

²⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua, página 307.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

En el presente caso, ha quedado demostrado que Maersk Colombia S.A. y Agencia Marítima Internacional aplicaron la mencionada tasa Asonav, configurándose de esta manera el efecto de la conducta que se investiga.

En este sentido, la señora Amanda Elena Castro Mahecha, en su calidad de gerente financiera de la empresa Maersk Colombia S.A., hubo de manifestar lo siguiente:

PREGUNTA 5: *Si los servicios que presta la empresa Maersk son facturados en dólares, qué mecanismos se atienden para su pago en pesos colombianos?*

RESPUESTA: Si el cliente paga en pesos, paga aplicando el tipo de cambio Asonav vigente el día en que esté efectuando el pago.

(...)

PREGUNTA 7: *Sabe desde cuando la empresa Maersk Colombia aplica la tasa Asonav?*

RESPUESTA: Siempre la compañía ha utilizado la tasa Asonav, desde su inicio de operaciones aquí en Colombia, aproximadamente desde 1995.

PREGUNTA 8: *Cuál es la razón para que Maersk Colombia aplique la tasa Asonav y no otra?*

RESPUESTA: La compañía opera en Colombia dentro del ramo de transporte internacional de carga y este es el tipo de cambio que aplican todas las navieras en Colombia para cobrar sus servicios en pesos. La compañía opera dentro de un mercado libre de oferta y demanda en donde el transportador y cliente pueden acordar las condiciones para la prestación de su servicio, incluyendo la tasa para el pago de la prestación del servicio. La tasa Asonav es un factor de conversión que se utiliza para facilitarle a nuestros clientes el pagar en pesos colombiano el servicio que le estamos prestando. Ya que como mencioné anteriormente también puede pagarlo en dólares. (Subrayado nuestro)

De igual forma, Fernando Elías Cajale Pérez, en su calidad de representante legal de Agencia Marítima Internacional Ltda., señaló en la comunicación radicada bajo número 93805-20004, de fecha agosto 13 de 2001, que: "el importador o exportador colombiano comprometido a pagar el flete puede hacerlo en dólares de los Estados Unidos de América de conformidad con lo establecido en el artículo 76 de la resolución 8 del 5 de mayo de 2000. No obstante para facilitar el pago a los colombianos se ha establecido la posibilidad de pagar en pesos colombianos y para efectos de la conversión, se ha utilizado el tipo de cambio ASONAV..."³⁰ (Subrayado nuestro)

En este orden, es importante traer a colación lo manifestado por la doctora Tamayo, experta en el tema cambiario, en el sentido que "...la tasa de cambio es el precio de una divisa, es lo que me vale a mí comprar un dólar, lógicamente los precios es lo que acuerden las partes por el valor de un bien o servicio"³¹ En esta misma perspectiva encontramos que el doctor Boada, funcionario del Banco de la República, manifestó que, "...en el caso de pago de operaciones de cambio lo que existe son dos pasos; en primer lugar, el que paga debe adquirir unas divisas en el mercado libre y segundo proceder a pagar. Entonces en mi criterio cuando se paga el flete se debe pagar en dólares no en pesos, lo que hace el particular es comprar unos dólares en este caso puede ser ante el agente marítimo y una vez adquirida la divisa paga la obligación. No es que se pague una obligación cambiaria en pesos sino que siempre se paga en dólares lo que pasa es que le precede una operación de compra y venta de divisas que por ser simultánea tiende a confundirse"³² (Subrayado nuestro)

Siendo así, el valor de la tasa de cambio debe provenir del libre juego de las fuerzas del mercado y no de un acuerdo entre los diferentes agentes marítimos, que luego será impuesto a los usuarios del servicio. Sobre este punto, manifestó la doctora Tamayo que "el actual régimen cambiario prevé la libre negociación de la tasa de cambio para el pago de operaciones de cambio de los residentes con los intermediarios del mercado cambiario, prevé la libre negociación de divisas entre residentes para compra o venta entre ellos y prevé la libre negociación del valor del contrato entre los residentes y

³⁰ Ver folio 867, punto 1 literal b) de la comunicación citada.

³¹ Declaración de la doctora Mariela Tamayo de Lauschus, obrante a folios 1249 a 1258, respuesta a la pregunta No. 28

³² Declaración del doctor Alberto Boada Ortiz, obrante a folios 1061 a 1066, respuesta a la pregunta No. 15

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

los no residentes y también prevé que los residentes pueden hacer contratos en moneda extranjera pagaderos en pesos a la tasa que libremente acuerden.³³ (Subrayado nuestro)

Lo anterior guarda relación con lo expresado por el doctor Boada al señalar que, "el Banco de la República no puede autorizar, o dentro de sus funciones no puede ofrecer tasas oficiales de cambio, dado que el propósito del régimen cambiario es que las tasas sean fijadas libremente por el juego de la oferta y la demanda, de esta forma no puede avalar ninguna tasa de cambio fijada por los particulares a efectos de establecerla como oficial o de obligatoria referencia",³⁴ consideración esta última sobre la cual señaló la doctora Tamayo manifestó: "estoy completamente de acuerdo con lo que dijo Alberto, en el entendido que el hecho de que el Banco de la República no avala una tasa no quiere decir que la prohíba sino que simplemente deja a las partes en libertad de pactarla".³⁵ (Subrayado nuestro).

Ahora Bien, aunque fue la necesidad buscar un mecanismo de cobertura para el riesgo cambiario el factor que inspiró la creación y adopción de la tasa de conversión por parte de Asonav y sus asociados, no existe argumento alguno que justifique la univocidad de su valor, pues esta circunstancia resulta lesiva para la libre competencia al desconocer uno de sus principales objetivos, que consiste en asegurar que en el mercado exista variedad de precios, que garantice la libre escogencia del consumidor.³⁶

Ningún reparo encuentra esta Entidad a la adopción de mecanismos de cobertura de riesgo, como una tasa de conversión, que protejan al vendedor o prestador de un servicio de las pérdidas que puedan derivarse como consecuencia de la fluctuación de la moneda. Sin embargo, cuando tal conducta no proviene de un proceder unilateral sino de una decisión concertada entre diferentes competidores, se tiene entonces que lo que en principio correspondía a la orbita de la autonomía privada de la voluntad se torna en una verdadera práctica restrictiva de la competencia.³⁷

No deben excluirse los intereses del armador de recibir el pago integro en la divisa estipulada, con los del usuario del servicio de transporte marítimo internacional quien debe mantener la prerrogativa de pactar o cuando menos escoger la tasa de cambio que de mejor manera satisfaga sus intereses. En consecuencia, no existen motivos que justifiquen, ni otorguen la legalidad al acuerdo a que nos venimos refiriendo, razón por la cual se mantiene la ilegalidad de la conducta.

³³ Declaración de la doctora Mariela Tamayo de Lauschnus, obrante a folios 1249 a 1258, respuesta a la pregunta No. 27

³⁴ Declaración del doctor Alberto Boada Ortiz, obrante a folios 1061 a 1066, respuesta a la pregunta No. 11

³⁵ Declaración de la doctora Mariela Tamayo de Lauschnus, obrante a folios 1249 a 1258, respuesta a la pregunta No. 35

³⁶ Ver numeral 1 del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992.

³⁷ El Tribunal de Defensa de la Competencia Español, al analizar un acuerdo mediante el cual se unificaba el precio para los gastos administrativos generados por la adopción de la tasa E-2 (impuesta a expedidores o transitarios de los aeropuertos españoles que realicen operaciones de carga y descarga de mercancías) y la posibilidad de que tal conducta constituyera una infracción al artículo 1° de la ley 19 de 1989 -ley de defensa de la competencia de ese país-, advirtió: "Por una parte, las imputadas sostienen que la repercusión de la tasa E-2 a transitarios y expendedores está expresamente amparada por la Ley 25/1998, lo que impediría declarar prohibido un acuerdo destinado a hacer eficaz dicha repercusión. El Tribunal considera equivocado este enfoque de la cuestión porque, si bien es verdad -según el propio Servicio admite en su Informe- que la traslación nominal de la tasa estaba permitida en la fecha de autos, no es menos cierto que eso no puede servir para amparar decisiones colectivas de los competidores al respecto; el que la repercusión esté permitida da a cada compañía la libertad para decidir individualmente su propia política de repercusión (en el cuánto y en el cuándo), pero no abre un camino franco a las compañías competidoras ni a las entidades colectivas que las integran para uniformizar sus políticas en relación con la repercusión de la tasa, en perjuicio de la competencia". Ver: RESOLUCIÓN Expte. 496/00, Operadores aeroportuarios, adoptada en Madrid, a 4 de julio de 2001. (Subrayado nuestro)

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

En tal virtud, considera este Despacho que han quedado demostrados los elementos consagrados por el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, con la adopción y aplicación de una tasa de cambio única para el pago del servicio de transporte marítimo internacional de mercancías.

2 Respecto a las consideraciones de los investigados

2.1 Legalidad de la actuación adelantada

La presente actuación administrativa se surtió en observancia plena del debido proceso, al haberse aplicado el procedimiento previsto para el efecto, esto es, el consagrado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, agotando sus distintas etapas procesales y permitiendo en todo momento la materialización efectiva del derecho a la defensa que asiste a los implicados.

Por tanto, no es como afirma el apoderado de la empresa Maersk Colombia S.A., que por haberse culminado la etapa instructiva sin haber practicado algunas pruebas de otras empresas respecto de las cuales se decidió aceptar el ofrecimiento de garantías y de las que dispuso el cierre de la investigación, y que por lo mismo carecían ya de relación procesal con la actuación que se promovía, se haya pretermitido alguna etapa del procedimiento y mucho menos que como consecuencia de ello se haya violado el derecho de defensa a la empresa que apodera.

Al respecto valga señalar que, a la empresa Maersk le fue notificado en debida forma la resolución de apertura de investigación, en la cual se le informaba de la posibilidad de solicitar de aportar y solicitar pruebas que pretendiera hacer valer en su defensa, como en efecto hiciera según consta en la comunicación radicada bajo número 93805-51 y obrante a folios 472 a 488 del expediente, mereciendo destacar que las pruebas que solicitó fueron decretadas y practicadas en su integridad.

Ahora bien, no puede perderse de vista que el fin que se pretende por el investigado cuando realiza un ofrecimiento de garantías no es otro que el de procurar su aceptación, y en forma coetánea lograr el cierre de la investigación, evitando con ello que la Administración emita un pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto.

En tal suerte, no cabe duda que quien ofrece garantías y le son aceptadas está desistiendo de las pruebas que solicitó, por cuanto si éstas van dirigidas al ejercicio del derecho de defensa y a procurar una decisión favorable de la Administración en la resolución del fondo del asunto, por substracción de materia pierden su razón de ser, como quiera que frente a ese investigado ya no se emitirá un pronunciamiento sobre su responsabilidad por los hechos que se analizan. Puede decirse entonces, que las pruebas que habían sido decretadas siguen la suerte del sujeto procesal que las solicitó, pues la única posibilidad de haberlas mantenido habría sido volverlas a decretar pero de manera oficiosa, lo que no sucedió, ya que para ese momento existían suficientes elementos que permitían tener claridad acerca de lo ocurrido.

Tampoco puede decirse, como erradamente lo plantea el Dr. Tamayo, que en virtud del principio de la comunidad probatoria no podía prescindirse de las pruebas que habían sido decretadas por pertenecer éstas no ya a las partes sino al proceso. Recuérdese entonces, que este principio guarda relación directa con el deber que impone el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido que la valoración de las pruebas debe hacerse de manera conjuntiva y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, lo cual y como es apenas obvio, no podría realizarse con una valoración parcial de los elementos probatorios que obran dentro del expediente. Es por ello justamente, que a las partes no les está permitido la renuncia a una prueba "*practicada*" aún cuando ésta les resulte desfavorable o adversa para lo que se pretende.

Sobre este último aspecto, ha manifestado el Dr. Jairo Parra Quijano que "*el resultado de la actividad probatoria de cada parte se adquiere para el proceso y ésta no puede pretender que solo a*

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

ella lo beneficie. No se puede desistir de la prueba practicada; no se puede estar tan solo a lo favorable de la declaración de un testigo, ya que ésta afecta conjuntamente a las partes, tanto en lo favorable como en lo desfavorable. En otras palabras, este principio consiste en que las pruebas son sustraídas a la disposición de las partes, para pertenecer objetivamente al proceso".³⁸ Nótese bien que las pruebas a que se refiere el autor, es a las practicadas y no a las decretadas.

Incluso, el mismo autor que cita el Dr. Tamayo, el Dr. Hernán Fabio López, dice expresamente que la regla de la técnica de la comunidad de la prueba, "...se refiere a las pruebas practicadas o incorporadas, no a las que apenas han sido solicitadas, pues cuando así sucede le es dable a las partes, de común acuerdo o autónomamente, desistir de la práctica de las pruebas que solicitaron, sin perjuicio obviamente de la facultad del juez de decretarlas de oficio".³⁹ (Subrayado nuestro)

Conforme a lo dicho, se tiene entonces que las pruebas que se entienden incorporadas al proceso son las practicadas dado que son precisamente éstas las llamadas a ser objeto de valoración.

La posición doctrinaria coincide con la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia, quien al respecto ha señalado: "...el principio de la apreciación en conjunto de las pruebas instituido en el artículo 187 del C. de P. C., halla su origen en el de la comunidad de las mismas. Por virtud de este último, una vez practicadas, las pruebas pertenecen al proceso y no a quien las solicitó. De modo que al pasar a corresponder al proceso, y, por ende, a servirle a todas las partes que en él intervienen, aparece como lógico señalar que su apreciación no se puede cumplir de manera aislada, que, por el contrario, esa labor, para que sea cabal, tiene que realizarse a partir de la comparación recíproca de los distintos medios, con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse", agregando a renglón seguido que "establecidos los aspectos en los cuales las pruebas concuerdan, o se contradicen, el juzgador se podrá dirigir a concretar aquellos hechos que, en su sentir, hubieren quedado demostrados como fruto de la combinación o agrupación de los medios, si es que en estos nota la suficiente fuerza de convicción para ese propósito".

Así y como quiera que las pruebas a que alude el apoderado de Maersk no habían sido practicadas no estaban llamadas, en los términos ya indicados, a formar parte de la comunidad probatoria. Se llama la atención en que las pruebas que ya habían sido practicadas sí integraban dicha comunidad y sobre todas ellas se produjo una valoración conjunta resultado de la cual el respectivo informe motivado.

De cualquier modo, se hace claridad en que la traducción por peritos expertos de los documentos aportados por las empresas Compañía Transportadora S.A., Eduardo Gerlein S.A., Frontier Agencia Marítima Internacional, Maritrans Ltda., Navemar S.A., Mediterranean Shipping Company Colombia S.A., Seaboard de Colombia S.A., así como el testimonio del señor Luis Martín Nieto, eran elementos probatorios todos éstos que iban encaminados a ilustrar o demostrar aspectos concernientes a la adopción de fletes marítimos internacionales por parte de los armadores, aspecto éste que como habrá de recordarse se consideró suficientemente probado en el informe motivado, a tal punto que se concluyó la ausencia de responsabilidad de las agencias investigadas en relación con el posible acuerdo sobre los fletes marítimos internacionales.⁴⁰ Respecto al oficio dirigido al

³⁸ Manual de Derecho Probatorio, Jairo Parra Quijano. Ediciones Librería del Profesional. Décima Segunda Edición. Pagina 65.

³⁹ Procedimiento Civil Tomo III Pruebas. Hernán Fabio López Blanco. Editores Dupré. Año 2001

⁴⁰ El objeto de las pruebas documentales y testimoniales cuestionadas por el apoderado de Maersk Colombia eran:

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

CUTMA, aunque pudiera guardar relación con la Tasa Asonav, lo cierto es que lo que se pretendía a través del mismo resultaba innecesario para ese estadio de la actuación, en que se tenía claridad suficiente de la concurrencia del efecto de la norma.

Por ello y atendiendo los principios orientadores que gobiernan la actuación administrativa, especialmente los de economía y eficacia, se hacía innecesario continuar de oficio la práctica de unas pruebas que tendían a recabar sobre aspectos en los que ya se tenía la claridad suficiente, y que además no eran vitales en el curso de la actuación.

Así las cosas, no se advierte ilegalidad alguna en la actuación adelantada y mucho menos violación al derecho de defensa de las empresas Maersk Colombia S.A. y Agencia Marítima Internacional, cuya responsabilidad frente a lo ocurrido se estructuró a partir de la valoración conjuntiva de las pruebas practicadas que integraban el acervo probatorio, entre las que estaban las que ellos solicitaron.

Bajo esta premisa, la decisión adoptada por este Despacho se erige en una comunidad probatoria, de la que participaron todos los investigados desde el momento mismo en que se les corrió traslado de la resolución de apertura para que aportaran y solicitaran las pruebas que pretendían hacer valer en su causa propia.

- Los documentos aportados en ingles por la Compañía Transportadora S.A. consistían en copias no negociables y debidamente anuladas de los conocimientos de embarque expedidos por las empresas de transporte marítimo extranjeras Kie Hung Shipping Co., Ltd. H. Stinnes Linien GMBH, Kawasaki Kisen Kaisha, Ltd., TCA-SRL. Obrantes a folios 386 a 390 del Cuaderno principal del Expediente No 93805.
- Los documentos aportados en ingles por la sociedad Eduardo L. Gerlein S.A. consistían en copias no negociables y debidamente anuladas de los conocimientos de embarque expedidos por las empresas de transporte marítimo extranjeras Mitsui O.S.K. Lines Ltd., Hapagloyd, Alianca, Hambirg Süd/Colombus Line, Crowley American Transport. Obrantes a folios 414 a 419 del Cuaderno principal del Expediente No 93805.
- Los documentos aportados en ingles por la sociedad Frontier Agencia Marítima Ltda., consistían en copias no negociables y debidamente anuladas de los conocimientos de embarque expedidos por las empresas de transporte marítimo extranjeras American President Line -APL- y Frontier Liner Service, Inc. Obrantes a folios 460 a 461 del Cuaderno principal del Expediente No 93805.
- Se aclara que Maritrans no aportó documentos en idioma extranjero. Ver folios 489 a 499 del cuaderno principal del expediente No 93805.
- Los documentos aportados en ingles por la sociedad Navemar S.A. consistían en copias no negociables y debidamente anuladas de los conocimientos de embarque expedidos por las compañías Sud Americana de Vapores S.A., Nordana Lines AS. Obrantes a folios 522 a 528 del Cuaderno principal del Expediente No 93805.
- Los documentos aportados en ingles por la Compañía Mediterranean Shipping Company Colombia S.A. consistían en copias no negociables y debidamente anuladas de los conocimientos de embarque expedidos por las empresas de transporte marítimo extranjeras Mediterranean Shipping Company Colombia S.A. MSC S.A. Obrantes a folios 565 a 571 del Cuaderno principal del Expediente No 93805.
- Los documentos aportados en ingles por la sociedad Seabord de Colombia S.A., consistían en copias no negociables y debidamente anuladas de los conocimientos de embarque expedidos por las empresas de transporte marítimo extranjeras Seabord Marine Ltd. Obrantes a folios 632 a 635 del Cuaderno principal del Expediente No 93805.

De otra parte el testimonio del señor Luis Martín Nieto, tenía como objeto *"confirmar que Naves S.A. no hace parte del Colombia Discussion Agreement"*.

En el mismo sentido el oficio destinado al CUTMA y solicitado por Asonav y Maritrans Ltda., tenía por objeto que se certificará *"si esa Asociación recibió cada semana por cerca de varios años el tipo de cambio Asonav, y qué destino dio a dicha información"*.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

2.2 Acuerdo sobre la tasa de conversión

Tal como se explicó, a través de la resolución 07969 de 2001 se abrió investigación por considerar que entre Asonav y algunas de sus agremiadas, entre ellas Maersk y Agencia Marítima Internacional, tuvo lugar un posible acuerdo de fijación de precios frente a dos conductas diferentes cada una en apariencia restrictiva, la primera enmarcada en el acuerdo de fletes y la segunda en el acuerdo de la tasa de conversión. De suerte pues que, una de las conductas que generó sospechas y a la postre dio origen a esta investigación, fue la realización de un presunto acuerdo tendiente a fijar el valor de la divisa (dólar americano) utilizada para cancelar la obligación que corresponde al usuario del servicio.

En este orden, los fletes acordados y registrados ante la DIMAR por los distintos armadores no tienen ninguna relación frente a la conducta que se investiga, que como se dijo consiste en fijar un valor único de cambio a la divisa en que debe procurarse el pago de las obligaciones contractuales adquiridas por parte del usuario del servicio.

En este sentido, la configuración del acuerdo sobre la fijación de una tasa única de cambio no presupone ni está condicionada a que exista una coincidencia en el valor del fletes, pues se trata de dos aspectos diferentes, uno el valor de la tarifa, y otro, el valor de la tasa de cambio utilizado para su conversión a moneda legal colombiana.

Así las cosas, el apoderado de Maersk trata de correlacionar dos conductas diferentes que no tienen punto de comparación, ya que una cosa es el acuerdo de fletes y otra el acuerdo en la fijación del valor de cambio, pues como se explicó, en el primer evento no existe la intervención de los agentes marítimos y por lo tanto su actuación es totalmente ajena a la fijación del valor final del transporte.

Sin embargo, y en lo que se refiere al valor de cambio, es claro para este Despacho que existió una conducta que vulnera las normas de la competencia, en la medida en que se le coarta al usuario final su posibilidad de acordar la tasa de conversión a la cual pagará el valor en pesos colombianos del flete del transporte marítimo internacional, y se le impone un valor de cambio único, denominado Tasa Asonav, para que realice la operación a que nos hemos referido anteriormente.

Frente a las distintas inferencias del apoderado de la investigada en relación con las posibilidades de utilizar dólares americanos para la cancelación de los fletes respectivos por parte del usuario del servicio, es preciso indicar que la existencia o no de tal circunstancia no desvirtúa la realización del acuerdo para determinar el valor de la divisa que está siendo adquirida para la cancelación del servicio, pues como manifestara en su declaración el Dr. Alberto Boada Ortiz, experto en temas cambiarios, *"...en el caso de pago de operaciones de cambio lo que existe son dos pasos; en primer lugar, el que paga debe adquirir unas divisas en el mercado libre y segundo proceder a pagar. Entonces en mi criterio cuando se paga el flete se debe pagar en dólares no en pesos, lo que hace el particular es comprar unos dólares en este caso puede ser ante el agente marítimo y una vez adquirida la divisa paga la obligación. No es que se pague una obligación cambiaria en pesos sino que siempre se paga en dólares lo que pasa es que le precede una operación de compra y venta de divisas que por ser simultánea tiende a confundirse"*.⁴¹ (Subrayado nuestro)

Recuérdese en todo caso que, el hecho que se está sancionando es la realización de un acuerdo para determinar el valor de los dólares americanos que son utilizados en el pago de los fletes marítimos internacionales. Si el hecho a investigar hubiera sido la existencia de un acuerdo encaminado a no aceptar dólares americanos para el pago de esta obligación, la investigación se

⁴¹ Declaración del doctor Alberto Boada Ortiz, obrante a folios 1061 a 1066, respuesta a la pregunta No. 15

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

habría abierto entonces por la presunta realización de un acuerdo de fijación de las condiciones de venta del servicio de transporte marítimo internacional, en los términos previstos por el numeral 2 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y no frente a un supuesto acuerdo de precios como en efecto sucedió.

2.3 La causación del efecto restrictivo

Como ya se ha mencionado, la configuración de la norma atinente al acuerdo de precios puede estructurarse tanto por la verificación de su objeto como de su efecto, de manera que la simple presencia del resultado anticompetitivo proveniente del acuerdo en cualquiera de sus expresiones, ya de por sí da lugar a la infracción.

En este contexto, ha considerado esta Superintendencia que el efecto se traduce en el resultado que tenga la actividad desplegada dentro de un mercado, con lo cual se produce una modificación o alteración en el mundo exterior.

En el caso *sub-examine*, esa modificación o alteración del mundo exterior habrá de presentarse cuando quiera que se adopte un único tipo de cambio para el pago en pesos colombianos del flete de transporte marítimo internacional, pues de no mediar dicha conducta, cada usuario tendría la posibilidad de encontrar en el mercado diferentes tasas de cambio o cuando menos la posibilidad de negociar una diferente a aquella en que conciliaron Maersk y Agencia Marítima Internacional, lo que propiciaría una contienda sana por el favorecimiento de los clientes, y consecuentemente, la posibilidad para el consumidor de elegir la alternativa mas económica, dado que en todo momento está aspirando a maximizar sus recursos disponibles.

Como ya dijera la Corte Constitucional, la *"...libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.*

"La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundando en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. (...). La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores".⁴² (Subrayado nuestro)

Por tanto y volviendo al punto que nos ocupa, debemos señalar que el efecto del acuerdo de precios se registra desde el momento mismo en que los agentes que lo integran alinean su comportamiento cobrando la denominada Tasa Asonav. Es en ese preciso momento cuando se exterioriza su acto dispositivo de voluntad y se produce una afectación en el mundo exterior, ya que a partir de ese instante a el mercado en general y a cada usuario del servicio en particular, se le cercena de tajo la posibilidad de tomar en cuenta el valor de la tasa como criterio de selección en sus alternativas de consumo.

⁴² Corte Constitucional; Sentencia C- 537/97, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Está claro en todo caso que cuando el efecto del acuerdo consiste en anular el precio como elemento o factor de competencia, ya se le está causando un detrimento al mercado representado en cada uno de los consumidores actuales y potenciales de ese bien o servicio, quienes ante la ausencia de alternativas deberán acogerse al precio resultante de la cartelización.

Es con fundamento en lo anterior que este Despacho disiente del criterio aducido por el Dr. Tamayo, apoderado de Maersk, pues a diferencia suya consideramos que el efecto del acuerdo sí se registró en la medida en que la Tasa Asonav tuvo aplicación.

Por manera que no se requerían estudios ni observaciones adicionales respecto al impacto del acuerdo en el mercado, y mucho menos haber tenido que establecer los perjuicios económicos que éste había ocasionado, pues no es lo que exige la norma, ya que como se ha dicho, el efecto tiene lugar desde el instante mismo en que se exterioriza o aflora el acuerdo de precios.

3 Autorización, ejecución y tolerancia

De acuerdo con lo establecido en número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio se haya facultado para imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude dicho decreto, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional.

En este punto es necesario definir los verbos rectores de la conducta que se proscribe, así:

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende por autorizar, "*dar a una autoridad o facultad para hacer alguna cosa*",⁴³ así mismo, el término ejecutar es definido como "*poner por obra una cosa*",⁴⁴ en tanto que el verbo tolerar aparece definido como: "*disimular algunas cosas que no son lícitas, sin consentirlas expresamente*".⁴⁵

Así pues, respecto de cada uno de los representantes legales investigados, es necesario establecer si los mismos incurrieron en alguna de las conductas que atrás se mencionan, con el fin de determinar si tienen algún grado de responsabilidad, veamos:

Respecto de los representantes legales de las sociedades Maersk Colombia S.A. y Agencia Marítima Internacional Ltda., se encontró que ejercían la representación legal al momento de la ocurrencia de los hechos objeto de la denuncia, tal y como obra a folios 472 a 474 y 863 a 864 de los cuadernos No 1 y 2 del expediente. Por tanto, y teniendo en cuenta que dentro de sus funciones estaba la de cobrar los fletes de transporte marítimo internacional de sus armadores - empresas de transporte internacional que representan en Colombia, y que utilizaron la tasa de cambio denominada Asonav, se desprende que al haberse presentado el acuerdo sobre este aspecto, habrían ejecutado, permitido o cuando menos tolerado el comportamiento que dio lugar a la infracción del número 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

⁴³ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Décimo Octava Edición, página 147.

⁴⁴ *Ibidem*, página 509.

⁴⁵ *Ibidem*, 1269.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

4 Monto de la Sanción

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer a las empresas infractoras de las normas sobre libre competencia, sanciones pecuniarias hasta por 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción.

Ahora bien, para el caso concreto es preciso tener en cuenta que la conducta que ahora se sanciona tuvo efectos reales sobre el mercado, toda vez que las agencias navieras aplicaron el denominado tipo de cambio Asonav a sus operaciones relacionadas con el mercado del transporte marítimo internacional, dando aplicación a lo acordado en el seno de Asonav en el Acta 477 de Junta Directiva de Asonav del 30 de noviembre de 1995, y limitando con ello la posibilidad para los usuarios del servicio de elegir entre varias tasas de cambio la más favorable a sus intereses.

Con fundamento en lo anterior, este Despacho considera la necesidad de imponer a cada una de las agencias investigadas y que fueron encontradas responsables de la infracción al número 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, una multa que guarde relación con el volumen de operaciones y de los ingresos que se derivaron de la venta del servicio, atendiendo sus estados financieros del 2001, de la siguiente manera:

Navieras	Sanción
Maesk Colombia S. A.	\$247.859.709
Agencia Marítima Internacional	\$29.044.738

SEXTO: De conformidad con lo ordenado en el artículo 24 del decreto 2153 de 1992, concordante con los números 13 y 15 del mismo texto legal, el 5 de agosto de 2002 se escuchó al Consejo Asesor.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la conducta objeto de investigación realizada por la empresas Maersk Colombia S.A., Agencia Marítima Internacional Ltda., es ilegal por contravenir lo previsto en el número 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar probada la responsabilidad personal del señor Torstein Malling Hartmann y Fernando Elías Cajale Pérez, según lo tipificado en el número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO TERCERO: Imponer una sanción pecuniaria por la suma de doscientos cuarenta y siete millones ochocientos cincuenta y nueve mil setecientos nueve pesos (\$ 247.859.709.00) moneda legal, a la sociedad Maersk Colombia S. A. y veintinueve millones cuarenta y cuatro mil setecientos treinta y ocho pesos (\$ 29.044.738.00) moneda legal, a la sociedad Agencia Marítima Internacional Ltda.

PARÁGRAFO: El valor de las sanciones pecuniarias que por esta resolución se imponen deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00110-6 código rentístico 5005 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO CUARTO: Imponer una sanción pecuniaria por la suma de treinta y siete millones ochenta mil pesos (\$ 37.080.000.00) moneda legal, al señor Torstein Malling Hartmann y cuatro millones trescientos cincuenta y seis mil novecientos pesos (\$ 4.356.900.00) moneda legal al señor Fernando Elías Cajale Pérez

PARÁGRAFO: El valor de las sanciones pecuniarias que por esta resolución se imponen deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00110-6 código rentístico 5005 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO QUINTO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a los señores Gustavo Tamayo Arango, Torstein Malling Hartmann y Fernando Elías Cajale Pérez, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los **06** AGO. 2002

El Superintendente de Industria y Comercio,


MÓNICA MURCIA PÉREZ

Notificaciones:

Doctor
GUSTAVO TAMAYO ARANGO
C. C. No 79.152.549 de Usaquén
Apoderado
MAERSK COLOMBIA S.A.
Calle 72 No 5-83 Piso 5
Bogotá D.C.

Señor
TORSTEIN MALLING HARTMANN
C. E. 298.375
Representante Legal
MAERSK COLOMBIA S.A.
Nit 8002350531
Calle 98 No 22-64 Oficina 409
Ciudad

Señor
FERNANDO ELÍAS CAJALE PEREZ
C. C. No 7.415.152 de Barranquilla
Representante Legal
AGENCIA MARITIMA INTERNACIONAL LTDA
Nit. 000890107200
Calle 37 No 46-150
Barranquilla (Atlántico).

10385

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIAS Y
EL SECRETARIO GENERAL ADMINISTRATIVO
CERTIFICADO

Que fue remitido despacho comisorio No 4148
Dirigido a la alcaldía municipal de B. Quirpa.

El día _____

Con el fin de notificar el contenido de la presente
Resolución conforme a lo dispuesto en el código
contencioso administrativo.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL

Certifica que la resolución 25402 de fecha 06/08/2002
fue notificada mediante edicto número 17445
fijado el 26/08/2002 y desfijado el 05/09/2002