



---

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN PRIMERA**

**CONSEJERO PONENTE: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**

**Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020)**

**Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho**

**Número único de radicación: 250002324000200300326-01**

**Demandante: Maersk Colombia S.A. y Torsten Malling Hartman**

**Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio**

**Asunto: Prácticas comerciales restrictivas – acuerdos de fijación de precios en el transporte marítimo internacional - tasa de cambio Asonav**

**SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

---

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2011 por la Subsección C, en descongestión, de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en primera instancia.

La presente sentencia tiene las siguientes partes: i) Antecedentes; ii) Consideraciones de la Sala y iii) Resuelve; las cuales se desarrollan a continuación.

**I. ANTECEDENTES**

**La demanda**

1. Maersk Colombia S.A. y Torsten Malling Hartman, en adelante la parte demandante, por intermedio de apoderado, presentaron demanda contra la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

**Pretensiones**



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

2. La parte demandante solicitó como pretensiones de la demanda lo siguiente:

*“[...] 1. Se decrete la nulidad de la Resolución número 35668 del 5 de noviembre de 2002, mediante la cual la señora Superintendente de Industria y Comercio confirmó por vía de reposición, en su integridad, la Resolución número 25402 de 6 de agosto de 2002, proferida por la señora Superintendente de Industria y Comercio, agotándose la vía gubernativa.*

*2. Se decrete la nulidad de la Resolución número 25402 de 6 de agosto de 2002, proferida por la señora Superintendente de Industria y Comercio, por medio de la cual se declaró que la conducta objeto de investigación realizada por MAERSK es ilegal por contravenir lo previsto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992; se impuso una sanción pecuniaria por la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILSETECIENTOS NUEVE PESOS (\$247 859.709.00) moneda legal colombiana a la sociedad MAERSK COLOMBIA S.A., y se declaró la responsabilidad personal del señor TORSTEN MALLING HARTMANN imponiéndole una multa por el valor de TREINTA Y SIETE MILLONES OCHENTA MIL PESOS (\$37'080.000.00) moneda legal colombiana.*

*3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se restablezca el derecho de mis poderdantes, declarando que:*

*(i) No existe acuerdo contrario a la libre competencia a través de la fijación de precios;*

*(ii) MAERSK COLOMBIA S.A. no es deudora de la multa impuesta, y por lo tanto la caución ofrecida y que se preste dentro del presente proceso con el fin de evitar el cobro coactivo de la misma, no es exigible;*

*(iii) Se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio la devolución de la suma que por concepto de la multa impuesta al Señor TORSTEN MALLING HARTMANN que este canceló, según se acredita con recibo adjunto, es decir TREINTA SIETE MILLONES OCHENTA MIL PESOS (\$37' 080.000.00) moneda legal colombiana, actualizada para la fecha en que efectúe dicha devolución, a la tasa moratoria más alta que para la fecha certifique la Superintendencia Bancaria, o en subsidio con el IPC*

*[...]”.*

### **Presupuestos fácticos**

3. La parte demandante fundamentó las pretensiones de la demanda en los hechos que se relacionan a continuación:

4. La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la Resolución núm. 07969 de 2001, inició contra los demandantes y otras sociedades, miembros de la



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

Asociación Nacional de Agentes Navieros, *-en adelante Asonav-*, una investigación para determinar si realizaron o no acuerdos contrarios al régimen de la promoción a la competencia y a las prácticas comerciales restrictivas por la presunta fijación directa o indirecta de precios de los fletes marítimos internacionales a través de la tasa de cambio denominada Asonav, para el pago de los fletes marítimos internacionales, en los términos del numeral 1.º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

5. Al ser notificado de la Resolución indicada *supra*, adujo que presentó escrito en el cual fundamentó, aportó y solicitó las pruebas correspondientes para demostrar que no existía ninguna vulneración a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

6. Señaló que la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante informe motivado, concluyó que las sociedades investigadas no habían incurrido en un acuerdo de fijación de fletes; no obstante lo anterior, indicó que existía un posible acuerdo sobre la tasa de cambio denominada Asonav, que era contrario a la libre competencia.

7. Manifestó que, en la oportunidad legal, presentó los comentarios con los que, a su juicio, desvirtuaban los argumentos expuestos en el informe motivado sobre la presunta conducta restrictiva de la competencia.

8. La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante los actos administrativos acusados, por un lado, declaró responsable a Maerks Colombia S.A. y a su representante legal por la existencia de un acuerdo contrario a la libre competencia a través de la fijación de precios, por medio de la tasa denominada Asonav; y, por el otro, impuso a Maersk Colombia S.A. una sanción por la suma de \$ 247'859.709.00 y al señor Torsten Malling Hartman, en su calidad de representante legal, una sanción por la suma de \$ 37.080.000.00.

### **Normas violadas y concepto de violación**



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

9. La parte demandante invocó en su escrito como normas violadas las siguientes:

- Artículos 13 y 29 de la Constitución Política.
- Artículos 6, 102, 187 y 260 del Código de Procedimiento Civil.
- Artículo 35 del Decreto 01 de 2 de enero de 1984<sup>1</sup>, en adelante Código Contencioso Administrativo.
- Artículo 47, numeral 1.º del Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992<sup>2</sup>.

10. La parte demandante señaló como concepto de violación los siguientes cargos:

### **Violación al derecho a la igualdad**

11. Adujo que la parte demandada, mediante la Resolución 25559 de 14 de agosto de 2002, terminó la investigación por prácticas comerciales restrictivas contra la Asociación de Líneas Aéreas Internacionales –Alaico-, por la presunta realización de un acuerdo de precios orientados a fijar el valor de la divisa (dólar de los Estados Unidos de América), utilizada para cancelar la tarifa por la prestación del servicio de transporte aéreo internacional; es decir, sobre la tasa de cambio utilizada para la cancelación de los tiquetes aéreos internacionales, argumentando que la conducta objeto de la investigación realizada no era ilegal.

12. Manifestó que, sin tener en cuenta el anterior precedente, la parte demandada determinó que en la tasa de cambio denominada Asonav, las conductas eran ilegales a pesar de tratarse de casos idénticos, en la medida que los argumentos expuestos en ambos casos se basaron en aspectos como: i) la inexistencia de una práctica comercial restrictiva de la competencia por la falta de tipicidad y ii) la excepción de facilidades comunes, esto es que el acuerdo sobre la tasa de cambio beneficiaba a los consumidores, llegando a conclusiones completamente opuestas en ambos casos, constituyéndose en una clara vulneración del derecho a la igualdad, toda vez que no motivó porqué se apartó de la posición inicialmente adoptada.

---

<sup>1</sup> Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo.

<sup>2</sup> Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones.



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

### **Violación al principio de tipicidad**

13. Adujo que, la parte demandada, al expedir los actos administrativos acusados desconoció el principio de tipicidad al adecuar la conducta en forma errónea, con base en interpretaciones subjetivas, dentro de un tipo sancionatorio que no permite subsumir la conducta desarrollada por la parte demandante.

14. En efecto, señaló que existe ausencia de restricción o limitación de la competencia, en la medida que el acuerdo sobre la tasa Asonav no tiene la potencialidad de afectar o limitar la competencia y porque la libertad del usuario del servicio no se afectó, comoquiera que:

14.1. No se coartó la libertad del usuario ni se obligó a aceptar la tasa Asonav, toda vez que los usuarios del transporte marítimo tenían la posibilidad de pagar en dólares o en pesos.

14.2. Si al usuario no estaba de acuerdo con la tasa aplicable, tenía la facultad de acudir a cualquier intermediario del mercado cambiario, casa de cambio o mercado libre de divisas y comprarlas a la tasa más favorable para cancelar el flete.

14.3. No existió un mercado de divisas con destino único para el pago de fletes, comoquiera que la fijación por parte de la Asonav de la tasa de cambio para el pago de fletes no constituía la única tasa de cambio para su pago.

14.4. Si la tasa denominada Asonav estaba por fuera de la realidad del mercado de divisas, los usuarios podían acudir a los intermediarios del mercado cambiario, donde adquirirían las divisas a los precios establecidos para dicho momento.

15. Asimismo, adujo que el acuerdo no tuvo como objeto ni como efecto la fijación directa o indirecta de precios, todo lo contrario se refirió a un procedimiento de utilización de facilidades comunes.



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

16. En suma, argumentó que no se vulneró el interés jurídicamente tutelado con las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, en la medida que, en su criterio, no se configuran los requisitos previstos en el numeral 1.º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, es decir, que no existió un acuerdo que tuvo por objeto o por efecto la fijación directa o indirecta de precios.

### **Falta y falsa motivación**

17. Indicó que la parte demandada no explicó las razones por las cuales sostuvo que el acuerdo sobre la tasa de cambio Asonav, sin ser un acuerdo de precios, se constituyó en una violación a la ley de prácticas restrictivas.

18. Adujo que existe una contradicción respecto de la motivación de la decisión lo cual, a su juicio, equivale a no motivarla, si se tiene en cuenta que la motivación que deben contener los actos administrativos a través de los cuales se adoptan las decisiones debe ser una exposición de razones con una base probatoria que le brinde solidez jurídica y que acoja los principios de legalidad y equidad.

19. En suma, señaló que los actos administrativos acusados fueron expedidos sin analizar en forma clara y concreta los razonamientos de orden fáctico, probatorio y jurídico debatidos durante la actuación administrativa.

### **Violación al debido proceso**

20. Indicó que, la parte demandada, al expedir los actos administrativos acusados no dio aplicación a las normas procesales y constitucionales al no valorar las pruebas solicitadas, decretadas y practicadas en la actuación administrativa como lo ordena la legislación.

21. Adujo que las pruebas documentales incorporadas mediante el acto administrativo que contiene el auto de 27 de septiembre de 2001, no fueron objeto de traducción en los términos del artículo 260 del Código de Procedimiento Civil, aspecto esencial para que fueran apreciadas por la parte demandada, en la medida



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

que, si bien corresponden a pruebas que fueron aportadas por las sociedades investigadas a las que se le fueron aceptadas las garantías ofrecidas y terminada la investigación, no pierden su conducencia y pertinencia, pues de acuerdo al principio de comunidad de la prueba, una vez que fueron incorporadas pertenecen al proceso y no a las partes que las solicitaron.

### **Contestación de la demanda<sup>3</sup>**

22. El apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio contestó la demanda oponiéndose a sus pretensiones porque, a su juicio, los actos administrativos acusados se expidieron conforme al Decreto Ley 2153 de 1992.

### **Sobre la presunta vulneración al debido proceso**

23. Después de realizar un recuento del procedimiento administrativo desarrollado, señaló que, contrario a lo afirmado por la parte demandante, las pruebas aportadas por 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. y Naves S.A., no fueron objeto de traducción ni fueron practicadas ni valoradas en razón a que: i) mediante la Resolución 10713 de 2002 se ordenó el cierre de la investigación respecto de dichas agencias marítimas, las cuales fueron las aportantes y directas interesadas en su práctica y ii) no resultaban pertinentes respecto de la investigación adelantada por posible acuerdo en la tasa de cambio.

24. Por último, manifestó que la parte demandante fue informada sobre la posibilidad de solicitar y aportar las pruebas que pretendieran hacer valer en su defensa y, una vez solicitadas, fueron decretadas y practicadas en su integridad, incluso de oficio, siendo analizadas en su conjunto dentro del proceso administrativo, constituyéndose en el fundamento de los actos administrativos acusados. Textualmente, manifestó:

---

<sup>3</sup> Folios 290 a 298 del cuaderno núm. 2 del expediente.



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*“[...] En efecto, en la Resolución 25402 de 2002 acusada, consta claramente que tanto las pruebas como las argumentaciones de la sociedad Maersk Colombia S.A. y su representante legal, fueron tenidas en cuenta y valoradas en su conjunto por la Superintendencia. Así mismo, en la resolución 35668 se efectuó nuevamente una explicación pormenorizada del análisis de las pruebas decretadas y practicadas dentro de la investigación, para llegar a la conclusión que obra en la página 73 de dicha providencia, según la cual, “el acuerdo sobre la tasa de conversión logró probarse, al hacerse patente que en el seno de Asonav, se convino la adopción y fijación de una tasa única de conversión legal para el pago fletes marítimos, propósito para el cual se tendría en cuenta la TRM de una fecha específica, incrementada en un porcentaje o valor determinado [...]”.*

### **Sobre la presunta vulneración del principio de igualdad ante la ley**

25. Señala que el “caso Alaico” no es análogo al caso *sub examine* en la medida en que se fundamenta en presupuestos de hecho diferentes.

26. Indicó que en ambos asuntos se aplicó el mismo criterio para determinar que *“[...] un acuerdo en la fijación de una tasa de cambio para el pago de los dólares por concepto de fletes de importación y de exportación en operaciones originadas hacia y desde Colombia, debe entenderse como un acuerdo de precios en los términos del numeral 1.º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 [...]”*, máxime, cuando, a su juicio, no logró demostrarse la adecuación de la conducta de la parte demandante a ninguna de las causales previstas en la citada normativa.

### **Sobre la presunta vulneración del principio de tipicidad**

27. Al respecto, adujo que todos y cada uno de los elementos integrantes del precepto normativo que se concluyó transgredido y que dio lugar a la correspondiente sanción, esto es, el numeral 1.º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, fueron demostrados dentro de la investigación adelantada y se encontraban previamente establecidos por la norma citada.

28. En efecto, señaló que: i) se demostró que la parte demandante incurrió en una falta previamente establecida, como es el acuerdo previsto en el numeral 1.º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992; ii) la aplicación de una sanción



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

predeterminada, establecida en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992; iii) la sanción impuesta a los responsables de la infracción, se estableció mediante una multa que guarda relación con el volumen de operaciones de los ingresos que se derivaron de la venta del servicio, atendiendo los estados financieros del 2001, de las compañías sancionadas y iv) la inexistencia de situaciones de excepción, toda vez que, tal como se afirman en las resoluciones acusadas, los investigados no acreditaron la adecuación de la conducta realizada dentro de ninguna de las excepciones definidas en el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992.

### **Sobre la presunta falta y falsa motivación**

29. Indicó que los actos administrativos acusados exponen de forma clara y detallada los fundamentos y las consideraciones de la parte demandada respecto de los hechos investigados y las pruebas aportadas y decretadas dentro de la actuación administrativa. Textualmente, manifestó:

*“[...] En efecto, contrario a la afirmación de la demandante según la cual existe una contradicción entre la motivación de la decisión emitida por la Superintendencia, la consideración expuesta en la Resolución 25402 de 2002 según la cual no existe responsabilidad de las agencias investigadas respecto del posible acuerdo sobre los fletes marítimos internacionales, por cuanto dicho fijación corresponde a las empresas armadoras, no contradice en grado alguno la conclusión de la Superintendencia, en virtud de la cual, la fijación de la tasa de cambio para liquidar el valor de los fletes marítimos internacionales por parte de las agencias marítimas investigadas, constituye un acuerdo con potencialidad suficiente para restringir el mercado, en la medida que sustrae a los usuarios del servicio de la posibilidad de acordar la aplicación de una tasa de conversión diferente, o de elegir entre varias que más le convenga [...]”.*

### **Sentencia proferida por el Tribunal, en primera instancia<sup>4</sup>**

30. La Subsección C, en descongestión, de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2011, resolvió lo siguiente:

*“[...] PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva.*

<sup>4</sup> Folios 355 a 384 del cuaderno núm. 2 del expediente.



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

**SEGUNDO:** Sin lugar a condenar en costas.

**TERCERO: DEVUÉLVASE** al actor el remanente que hubiese a su favor por concepto del depósito de expensas para atender los gastos ordinarios del proceso.

**SEXTO (sic): Ejecutoriada esta providencia, ARCHÍVESE** el expediente, previas las constancias secretariales de rigor [...].”

31. El Tribunal fundamentó su decisión con base en los siguientes argumentos:

**Sobre el cargo denominado: “Violación del principio de igualdad”**

32. Después de realizar un recuento jurisprudencial sobre el principio de la igualdad, consideró que, por un lado, los actos administrativos acusados fueron expedidos con anterioridad a las resoluciones del caso denominado –Alaico-, lo que inicialmente impedía la aplicación al derecho de igualdad, porque la resolución de la que se predica la desigualdad era inexistente; razón por la cual, tampoco podía enunciarse los motivos por los cuales se apartaba de aplicar el derecho a la igualdad. Por el otro, indicó que en el recurso de apelación presentado por la parte demandante en el procedimiento administrativo no se planteó la violación al derecho a la igualdad, motivo por el cual, la parte demandada, no tuvo la posibilidad de pronunciarse sobre el mismo.

33. No obstante lo anterior, consideró que, conforme la jurisprudencia de esta Sección, era procedente plantear aspectos no discutidos en el procedimiento administrativo y, en esa medida, procedió al estudio del cargo, señalando que no se presentó la vulneración al principio de la igualdad alegada, toda vez que aun cuando las circunstancias eran similares, cada caso se manejaba de forma independiente y conforme a lo que resulte probado en cada expediente de investigación, concluyendo que en el caso denominado –Alaico-, se demostró con las pruebas recaudadas que la situación fáctica planteada en la investigación, se encontraba descrita en la excepción contenida en el numeral 3.º del artículo 50 del Decreto 2153, por lo que no se tuvo como contraria a la libre competencia, en la medida que la tasa Alaico:



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

33.1. Surgió para establecer una tasa de cambio que le permitiera a las aerolíneas internacionales compensar la diferencia en el cambio entre la fecha de liquidación de la tasa de cambio para la determinación de las obligaciones en pesos y el día en que se reciben las divisas.

33.2. Se encuentra incrementada en un porcentaje equivalente a la devaluación prevista para el período dentro del cual se llevará a cabo la liquidación respectiva.

34. Por último, señaló que, no podía predicarse igualdad en la situación fáctica toda vez que se trata de dos formas de transporte diferentes y aunque le son exigibles las mismas normas por la parte demandada, mal podía desconocerse las situaciones particulares de cada una de ellas.

***Sobre el cargo denominado: “Violación al principio de tipicidad”***

35. Consideró que los fundamentos fácticos sobre los que se llevó a cabo la investigación, coinciden, plenamente con el tipo de conducta descrita en el numeral 1.º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que incluye la fijación directa o indirecta de precios y, a su vez, señala que no solamente se sanciona por fijar los precios, sino porque la conducta tenga por efecto la fijación de los mismos.

36. Indicó que el hecho de fijar el valor de la tasa de cambio, en pesos colombianos, cuando la misma está fluctuando, se tradujo en que no se estaban fijando directamente precios al transporte de carga marítima internacional, pero dicha conducta si influía indirectamente en la fijación de los mismos, en la medida que el efecto de su actuar conllevaba a que se fijara un precio más alto y que los usuarios no tuvieran la posibilidad de escoger el precio más favorable.

***Sobre el cargo denominado: “Falta y falsa motivación”***

37. Señaló que los actos administrativos acusados explicaron las razones jurídicas por las que se dedujo la potencialidad del daño al mercado, fundamentando



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

la decisión en las pruebas decretadas y practicadas en el procedimiento administrativo.

38. En efecto, indicó que, la parte demandada: i) expuso los motivos legales por los que se requiere que las operaciones de cambio deban cubrirse en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas; ii) examinó cada uno de los componentes de la normativa que se indicaba como vulnerada, concluyendo que se presentaron los siguientes elementos:

38.1. Acuerdo: Asonav y sus asociados, convinieron establecer una tasa única de conversión para el pago de fletes marítimos establecidos, propósito para el cual tendría en cuenta la tasa de cambio representativa del mercado –TRM- de una fecha específica incrementada en un porcentaje o valor predeterminado.

38.2. Carácter de empresa: la parte demandante presta el servicio en forma organizada bajo la modalidad de actividad económica, para lo cual disponen de un conjunto de bienes, lo que equivale al carácter de empresa.

38.3. Que tenga por objeto la fijación directa o indirecta de precios: la parte demandante convino un acuerdo con potencial suficiente para restringir el mercado, en la medida que se substraer a los contratantes del servicio la posibilidad de acordar la aplicación de una tasa de cambio o conversión diferente, o de elegir entre varias la que más le convenga.

38.4. Que tenga como efectos la fijación directa o indirecta de precios: consideró que de las pruebas testimoniales y de las actas de reunión de Asonav, se obtuvo que la necesidad de crear este acuerdo, surgió del requerimiento de un mecanismo de cobertura para el riesgo cambiario que protegiera a los interesados de las fluctuaciones drásticas que sufre el mercado.

39. Asimismo, adujo que:



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*“[...] Aunque la investigación inició además con el cargo de posible acuerdo de fletes, este iba encaminado a demostrar la existencia de un acuerdo para fijar los fletes, sin embargo durante la investigación se concluyó que ‘no puede obviarse la circunstancia de que la fijación de fletes y 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’, significa que no se atribuyó responsabilidad a las investigadas por considerar que las mismas no interferían directamente con la fijación de valores de los fletes.*

*No encuentra la Sala que el acto demandado carezca de motivación, al contrario, el mismo se encuentra ampliamente motivado y no se observa contradicción alguna pues los cargos iniciales no se configuran en uno sólo, como quedó explicado, cada uno subsiste individualmente del otro por contener características diferentes y por demostrarse que en el primero de ellos no había participación directa de los investigados, y en el otro, bajo el recaudo probatorio se determinó que actuaban de manera directa, lo conlleva a una eventual responsabilidad [...]”.*

#### **Sobre el cargo denominado: “Violación al debido proceso”**

40. Adujo que, no se presenta la vulneración alegada, toda vez que la parte demandante en el procedimiento administrativo no aportó los documentos que echa de menos y no solicitó la traducción de los mismos.

41. Asimismo, indicó que la parte demandante: i) se limitó a conseguir la nulidad de los actos administrativos acusados aduciendo la violación al debido proceso por no practicar la prueba y ii) no informó el motivo por el cual la traducción de dichos documentos era de tal envergadura que pudiera servirle como medio probatorio para que la decisión de la Superintendencia pudiera ser diferente.

42. Consideró que, ante la circunstancia señalada *supra*, mal podría decirse que existió una ilicitud sustancial frente al debido proceso, en la medida que la protección al debido proceso estaba condicionada a que dentro de la vía judicial se solicitara el decreto y la práctica de las pruebas no practicadas en el procedimiento administrativo, lo cual no ocurrió.

43. Aunado a lo anterior, señaló que las pruebas que se tuvieron en cuenta por la parte demandada para expedir los actos administrativos acusados eran



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

suficientes para determinar la participación de la parte demandante en el acuerdo de fijación de la tasa Asonav.

### **Recurso de apelación<sup>5</sup>**

44. La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, en primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, por las siguientes razones:

#### **Violación al debido proceso**

45. Indicó que se presentó la violación al debido proceso administrativo y judicial por no haberse apreciado en conjunto los documentos que en idioma extranjero obraban como pruebas en el expediente, de los cuales se colige que el acuerdo sobre la tasa de cambio Asonav no restringe la competencia al no fijar los precios de los fletes en el transporte marítimo internacional.

46. Argumentó que el *a quo* se limitó a realizar una transcripción de los argumentos de las partes, pero no realizó un análisis concienzudo del acervo probatorio que reposa en el caso *sub examine*, configurándose una fragante violación a la ley, por cuanto, a su juicio, en la motivación se guardó absoluto silencio frente al examen crítico de las pruebas exigidas en la ley.

47. Señaló que de los conceptos rendidos por los señores Antonio José Núñez y Daniel Mazuera Gómez y del testimonio del señor Antonio José Núñez, se probaba que la tasa Asonav: i) no era la única tasa en el mercado, y que por el contrario, el usuario de los servicios de transporte marítimo internacional tenían la posibilidad de acceder a diversas tasas de cambio competitivas, accediendo al mercado libre para adquirir divisas y con esto pagar los fletes de transporte marítimo y ii) que dicha tasa no podía considerarse como un acuerdo que fijara los precios de los fletes de transporte marítimo internacional, toda vez que, en su

---

<sup>5</sup> Folios 386 a 407 del cuaderno núm. 2 del expediente.



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

criterio, no tienen ninguna incidencia sobre la competencia en la industria naviera.

### ***Falta de tipificación de la conducta***

48. Adujo que el *a quo* se equivocó al afirmar que el acuerdo sobre la tasa Asonav es contrario a la libre competencia, toda vez que, a su juicio, no se entiende con base en qué pruebas o en qué se fundamentó la conclusión de señalar que la conducta tuvo por objeto o como efecto fijar directa o indirectamente los precios del flete, máxime, cuando la tasa de cambio Asonav se constituía en una facilidad común, circunstancia tipificada como una excepción de acuerdos entre competidores.

49. Asimismo, indicó que las conclusiones carecen de fundamento fáctico y jurídico por cuanto la tasa Asonav no encareció el precio del servicio de transporte marítimo internacional y mucho menos imposibilitó al usuario en la escogencia de un precio más favorable, comoquiera que:

49.1. En la industria del transporte marítimo internacional está permitido que los usuarios paguen el flete en pesos colombianos o en dólares americanos, lo cual significa que la aplicación de la tasa Asonav es de carácter opcional para los usuarios.

49.2. Conforme los artículos 19 y 76 de la Resolución 8 de 2000, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, los usuarios, importadores o exportadores que deseen hacer el pago de los servicios de transporte marítimo internacional pueden efectuar sus pagos por medio de las siguientes formas:

49.2.1. Directamente ante el agente marítimo, el cual, aplicaría la tasa Asonav, siempre y cuando el usuario considere que dicha tasa le es conveniente.

49.2.2. El usuario también puede (antes o después de dirigirse al agente marítimo) acudir al mercado libre para adquirir las divisas para atender el pago del servicio de transporte marítimo internacional.



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

49.2.3. El usuario, igualmente, puede utilizar las divisas provenientes de sus exportaciones para el pago del transporte marítimo internacional asociado a la exportación.

50. En relación a la conclusión, según la cual la tasa Asonav fija un precio más alto para la adquisición de divisas, señaló que dicha afirmación no obedece a criterios económicos ciertos, en la medida que el tipo de cambio que rige el mercado puede incrementar o disminuir, dependiendo del fenómeno de la oferta y demanda que mueve el mercado de divisas.

### ***Falsa motivación***

51. Adujo que los actos administrativos acusados adolecen de un error de hecho, en la medida que se probó que tuvieron por objeto la fijación directa o indirecta de las tasas de cambio de los fletes ni la restricción del mercado, toda vez que no es cierto que los contratantes del servicio no puedan escoger la tasa que más le convenga, comoquiera que, a su juicio, los contratantes del servicio de transporte marítimo siempre tienen la posibilidad de acudir a cualquiera de los intermediarios del mercado cambiario para la adquisición de divisas lo que significa que el uso de la tasa Asonav es facultativo y no obligatorio.

### ***Aplicación del principio de igualdad***

52. Reiteró que los argumentos planteados para el caso de tasa Alaico coinciden con los antecedentes que surgieron entorno a la fijación de la tasa Asonav; luego, se tiene que las razones planteadas por el *a quo* no son suficientes para justificar el trato discriminatorio entre la tasa Asonav y la tasa Alaico, y por el contrario de inclinan aún más hacia la aplicación del mismo, en la medida que tienen características análogas y cumplen el mismo propósito que no es otro que el de contar con un mecanismo de cobertura cambiaria y al mismo tiempo suministrar información transparente al mercado que beneficie al usuario al momento del pago del flete internacional.



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

53. Por último, adujo que el *a quo* no explicó por qué debe haber un tratamiento diferente entre la industria del transporte marítimo internacional y transporte aéreo.

### **Actuaciones en segunda instancia**

54. El Despacho sustanciador, mediante la providencia proferida el 24 de mayo de 2012, admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida, en primera instancia. Asimismo, mediante el auto proferido el 1.º de diciembre de 2014, ordenó que en el término de diez (10) días las partes e interviniente presentaran los alegatos por escrito y vencido dicho término se surtiera el traslado al Ministerio Público para que emitiera su concepto, los cuales se desarrollaron en los siguientes términos:

#### **La parte demandante<sup>6</sup>**

55. El apoderado de la parte demandante reiteró los argumentos señalados en la demanda y en el recurso de apelación.

#### **La parte demandada<sup>7</sup>**

56. El apoderado de la parte demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

### **Concepto del Ministerio Público**

57. El Ministerio Público no rindió concepto.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

---

<sup>6</sup> Folios 21 a 40 del cuaderno núm. 1 del expediente

<sup>7</sup> Folios 8 a 20 del cuaderno núm. 1 del expediente.



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

58. La Sala procederá al estudio de: i) la competencia de la Sala; ii) los actos administrativos acusados; iii) los problemas jurídicos; iv) el marco normativo y desarrollo jurisprudencial del derecho al debido proceso; v) el marco normativo y desarrollo jurisprudencial de los principios de legalidad y de tipicidad en el derecho sancionatorio vi) el marco normativo y desarrollo jurisprudencial sobre el régimen probatorio en el Decreto 2153 de 1992; vii) el marco normativo y desarrollo jurisprudencial sobre el decreto, práctica y valoración de las pruebas en el Código Contencioso Administrativo; viii) el marco normativo de la solicitud, decreto y práctica de pruebas, en segunda instancia, en el Código Contencioso Administrativo; ix) el marco normativo y desarrollo jurisprudencial de los documentos en idioma extranjero; x) el marco normativo y desarrollo jurisprudencial de la falsa motivación como causal de anulación de los actos administrativos; xi) el marco normativo y desarrollos jurisprudenciales sobre el principio de igualdad en la aplicación de la ley por parte de las autoridades administrativas; xii) el marco normativo y desarrollos jurisprudenciales de los acuerdos contrarios a la libre competencia; xiii) el marco normativo y desarrollo jurisprudencial de las excepciones a las conductas contrarias a la libre competencia; xiv) el marco normativo y desarrollo jurisprudencial del transporte marítimo internacional; xv) el marco normativo y desarrollo jurisprudencial de la tasa representativa del mercado; xvi) el acervo y análisis probatorios y xvii) la solución a los problemas jurídicos planteados, los cuales se desarrollarán *infra* de la siguiente manera.

### **Competencia de la Sala**

59. Vistos el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo<sup>8</sup>, sobre la competencia del Consejo de Estado, en segunda instancia; y, el artículo 13 del Acuerdo núm. 80 de 12 de marzo de 2019, expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, en segunda instancia.

---

<sup>8</sup> “[...] Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. [...]”.



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

60. Agotados los trámites inherentes al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata este asunto y sin que se observe vicio o causal de nulidad que puedan invalidar lo actuado, se procede a decidir el caso *sub lite*, como se desarrollará a continuación.

### Los actos administrativos acusados

61. Los actos administrativos acusados son los siguientes:

61.1. La **Resolución núm. 25402 de 6 de agosto de 2002**<sup>9</sup>, mediante la cual la Superintendente de Industria y Comercio declara, por un lado, que la conducta realizada por las empresas Maersk Colombia S.A. y Agencia Marítima Internacional Ltda., es ilegal por contravenir lo previsto en el artículo 47, numeral 1.º del Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992 y, por el otro, que los representante legales de cada una de dichas sociedades tiene responsabilidad personal en la respectiva conducta, conforme a lo dispuesto en el artículo 4, numeral 16 del Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992, en consecuencia, procede a imponer las respectivas sanciones pecuniarias. En la Resolución se indicó:

*“[...] 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 Marmita 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 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*

<sup>9</sup> Cfr. Folios 83 a 105 y 172 a 194 del cuaderno principal núm. 1.



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*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 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’ (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 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.*



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*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 más económica, dado que en todo momento está aspirando a maximizar sus recursos disponibles.*

*[...]*

*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 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.*

*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 si 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 afora el acuerdo de precios.*

### *3. Autorización, ejecución y tolerancia*

*De acuerdo con lo establecido en el 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 hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional.*



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

[...]

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 853 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, habría 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.

#### 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 de transporte marítimo internacional, dando aplicación a lo acordado en el seno de Asonav en el Acta 477 de la 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:

Naviera	Sanción
Maersk Colombia S.A.	\$247.859.709
Agencia Marítima Internacional	\$29.044.738

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

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



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*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 Agencia Marítima Internacional Ltda.*

[...]

*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 Tortein Malling Hartmann y cuatro millones trescientos cincuenta y seis mil novecientos pesos (\$4.356.900.00) moneda legal al señor Fernando Elías Cajale Pérez.*

[...]

*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 la Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma [...]" (Destacado de la Sala)*

61.2. La **Resolución núm. 35668 de 5 de noviembre de 2002**<sup>10</sup>, mediante la cual la Superintendente de Industria y Comercio resolvió el recurso de reposición en el sentido de confirmar la Resolución núm. 25402 de 6 de agosto de 2002. En la parte considerativa se indicó:

*"[...] 2. Ámbito de la actuación*

[...]

*En tal virtud, ningún contrasentido hubo en concluir que los agentes investigados no incurrieron en un acuerdo sobre los fletes, pero sí que participaron de un acuerdo de precios al fijar la tasa de cambio, pues de las probanzas recaudadas pudo establecerse que la empresas investigadas no intervienen en la fijación de fletes, por ser éste un aspecto que define el armador, más no sucede así con la tasa Asonav, que fue acogida en el seno de la misma asociación por los agentes marítimos, quienes les dieron aplicación por más de seis años.*

*En este sentido, el doctor Alberto 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 para la obligación. No es que pague una obligación cambiaria en pesos sino que siempre se paga en dólares lo que pasa es que le*

<sup>10</sup> Cfr. Folios 47 a 82, 195 a 230 y 231 a 266 del cuaderno principal núm. 1.



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*precede una operación de compra y venta de divisas que por ser simultanea tiene a confundirse'.*

*Por lo tanto, la decisión recurrida lejos de adolecer de falsa motivación, guarda perfecta armonía con la resolución de apertura de investigación y lo probado frente a cada punto específico. Lo que se supondría una verdadera trasgresión al debido proceso, sería extender las conclusiones de una conducta a otra, cuando cada una ésta perfectamente definida, por esa vía argumentativa podría llegarse al extremo de considerar que, por haber probado el acuerdo sobre la tasa de cambio aplicable por parte de los agentes investigados, sería también responsables por un acuerdo frente a los fletes, lo que desde todo punto de vista carecería de lógica.*

### *3. Fijación de tasas de cambio como comportamiento restrictivo*

#### *3.1. Tipicidad y adecuación normativa*

*[...]*

*[...] la afirmación del apoderado de Maersk, en el sentido que está Entidad desconoció el 'principio de tipicidad', resulta además de antitécnica, carente de sentido, dado que ese principio como ya se ha dicho, guarda relación con una labor descriptiva propia de la actividad legislativa. Ahora, sí lo que se quiso decir fue que no se llevó a cabo un correcto proceso de adecuación típico, tampoco resulta de recibo, como quiera que todos y cada uno de los elementos integrantes, del precepto normativo que se endilgó violentado y que a la postre dio lugar a la sanción, esto es, el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, pudieron demostrarse en el transcurso de la investigación, aspecto este sobre el cual volveremos en el punto 3.3.*

#### *3.2. Fundamento legal de la sanción impuesta*

*[...]*

*[...] Lo que si era menester, era probar la concurrencia de los distintos elementos que previene el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, como efectivamente hizo esta Superintendencia al demostrar la existencia de un acuerdo, que tuvo por objeto y como efecto determinar el precio de la divisa utilizada para la cancelación de los fletes marítimos internacionales.*

*Lo anterior y dado que no logró demostrarse que la conducta realizada por las empresas investigadas pudiera encuadrarse dentro de las excepciones consagradas en el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, nos lleva a concluir que la fijación uniforme de la tasa Asonav constituye una práctica comercial restrictiva de la competencia.*

#### *3.3. Acuerdo de fijación de precios*

*[...]*

*En lo que respecta al objeto de la conducta, obran en el expediente las pruebas documentales que evidencian la participación de Maersk Colombia S.A. y*



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*Agencia Marítima Internacional en las reuniones de Asonav en que se convino la adopción de la tasa que lleva el nombre de la asociación.*

[...]

*Otro tanto puede decirse respecto al efecto que proscribe la norma, dado que pudo establecerse que ambas empresas aplican la referida tasa, como se desprende de la declaración de la gerente financiera de Maersk, quien expresara que si ‘... el cliente paga en pesos, paga aplicando el tipo de cambio Asonav vigente el día en que esté efectuando el pago’. En el mismo sentido, el señor Fernando Elías Cajale Pérez, representante legal de Marítima Internacional, sostuvo: ‘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 y para efectos de la conversión, se ha utilizado el tipo de cambio ASONAV...’.*

*Las anteriores circunstancias en ningún momento han sido negadas por las empresas sancionadas, más bien lo contrario, reconocen su participación en las reuniones en que se convino la fijación de un precio único para la divisa que es utilizada en el pago de fletes, así como estar aplicando la referida tasa.*

#### 3.4. Efecto de la norma

[...]

*Por tanto, cuando es ejecutado el acuerdo en que se fijó un precio único para una tasa de conversión, ya se está transgrediendo ese derecho o como dijéramos antes, el interés jurídico que asiste al consumidor de encontrar en el mercado una variedad de precios para la divisa que requiere y de elegir entre varias la que más le favorezca. Luego no se requiere entrar a probar, cuánto dinero pudo perder el consumidor específico o cuál pudo ser el beneficio económico percibido por los acordantes para que ese comportamiento debe ser reprimido, pues de una parte, ya se han deteriorado las condiciones de libertad y transparencia que se anhelan para el mercado, y de otra, al tratarse de un interés colectivo no podría condicionarse su tutela a la determinación de desmedros particulares.*

*Así las cosas, no cabe duda en cuanto a que quedaron demostrados los elementos integrantes e integradores del precepto contenido en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, con la adopción y aplicación de una tasa de cambio única, sin que sea necesario entrar en mayores profundizaciones, ya que no se logró demostrarse la subsunción de la conducta en ninguna de las excepciones previstas por el artículo 49 ibídem.*

*Por consiguiente, el acuerdo sobre la tasa de cambio Asonav se adecua al tipo contenido en el numeral 1 del artículo 47, motivo por el cual el cargo de falsa motivación que esgrime el doctor Tamayo, apoderado de Maersk y su representante legal, no resulta de recibo.*

#### 4. Fijación de una tasa única de cambio

##### 4.1. Repercusiones



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

[...]

*Ahora bien, es de simple sentido común que una deuda en divisas (dólares o cualquier moneda extranjera considerada como tal) por un valor cualquiera, liquidada a una misma y mayor tasa de cambio, diseñada e implementada por agentes particulares sin ninguna autorización legal de fijarla, tiene el efecto para el importador o para el exportador de pagar un mayor valor en moneda nacional por este servicio, con lo cual no es posible que en el mercado exista variedad de precios del valor de la divisa. Dentro de los beneficios que se derivan de un sistema de libre mercado está la presión de los precios hacia abajo, derivada de un intento por aumentar el número de unidades vendidas, todo lo cual tiende a favorecer al consumidor o usuario final.*

*De manera alguna se pretende decir que la fijación y aplicación de una tasa de conversión, sea en sí misma y por sí sola una práctica restrictiva de la libre competencia, sin embargo, cuando la tasa es fijada de consuno para ser presentada como 'única', impidiendo a quien desea cancelar en pesos colombianos una obligación determinada por elegir entre varias tasas la que más le convenga, la conducta rebasa los límites de la autonomía privada al desconocer una norma de orden público como lo es el numeral 1 del artículo 47.*

[...]

## *5. Apreciación probatoria*

### *5.1. Sucesión de actos procesales*

[...]

*Partiendo de lo anterior, esta Superintendencia llevó a cabo el juicio de admisibilidad de las pruebas solicitadas y aportadas, analizando su pertinencia y conducencia frente a cada uno de los hechos que estaban siendo investigados. Así, en relación a los conocimientos de embarque que fueran aportados en idioma extranjero por varios de los investigados, aduciendo que en los mismos constaba que los correspondientes armadores liquidaban sus fletes generalmente en dólares americanos, esta Superintendencia estimó que guardaban relación con el acuerdo de fletes que estaba siendo analizado dado que en ellos podía establecerse quien fijaba los fletes, si era el armador o el agente marítimo, motivo por el cual se consideró que entre ese tema específico y los documentos aportados mediaba una relación de pertinencia.*

*Empero, estando en curso la etapa instructiva las empresas Navemar S.A., Mediterranean Shipping Company Colombia S.A., Cia. Transportadora S.A., Eduardo L. Gerlein S.A., Seaboard de Colombia S.A., Frontier Agencia Marítima Ltda., justamente las mismas que aportaron los mencionados conocimientos de embarque para su posterior traducción, presentaron ofrecimiento de garantías que fuera aceptado que fuera aceptado en consecuencia el cierre de la investigación para las empresas correspondientes.*

### *5.2. Pérdida de la razón de la prueba*

*Dado que quienes aportaron los conocimientos de embarque habían perdido interés en su traducción, en razón a que ya había concluido la investigación*



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*para ellos, mal pudo esta Superintendencia ordenar que se sufragaran los costos de la traducción y los honorarios del perito respectivo, cuando ya habían perdido su condición de sujetos procesales en esta actuación.*

*Así y como quiera que para esta Entidad ya existía ilustración suficiente, en cuanto a la manera en que se fijaban los fletes marítimos internacionales por parte de los armadores y que la misma llevaba a exonerar de responsabilidad a los investigados frente al acuerdo de fletes que estaba siendo investigado, se consideró bajo el amparo de los principios de celeridad y economía que gobiernan la actuación administrativa, innecesario continuar oficiosamente con la traducción de dichos documentos, especialmente cuando las empresas que seguían siendo investigadas no los habían solicitado, ni tampoco expresaron su voluntad de que fueran traducidos al idioma castellano.*

#### *5.3. Ausencia de relación entre los conocimientos de embarque y el acuerdo sobre la Tasa Asonav*

*No era necesario que los citados documentos estuvieran traducidos para que pudieran concluirse que ninguna relación guardaban con la tasa Asonav, ya que por ser justamente conocimientos de embarque provenientes del armador, que expide el mismo tipo de certificado independientemente del país de origen o de destino de las mercancías, estableciendo según la práctica internacional el pago de los fletes generalmente en dólares o en otra divisa, no había motivo alguno que hiciera pensar que en dichos documento se hiciera alguna referencia a la tasa de cambio aplicable para el pago de fletes y mucho menos que esta tasa debiera resultar del acuerdo de los asociados de Asonav.*

*[...]*

*Luego, la tasa de cambio aplicable para la conversión de las divisas que se utilizan para el pago de fletes, no aparece dentro de los aspectos que deben incluirse por ley en los conocimientos de embarque. Ello aunado a la circunstancia de que la tasa Asonav es el valor de la divisa fijada por el agente marítimo, nos lleva a concluir que dichos documentos ninguna relación tiene con la fijación mancomunada de una tasa de cambio.*

#### *5.4. Pertinencia de la prueba como requisito para su valoración*

*Siendo que los documentos de embarque no tenían relación con el acuerdo sobre la tasa de cambio que establecieron los agentes marítimos afiliados en Asonav, carece de aplicación el artículo 260 del Código de Procedimiento Civil [...].*

*[...]*

*Bajo este entendido, debe observarse que el acto administrativo de pruebas proferido por la Delegatura [...]" (Destacado de la Sala)*

## **Problemas jurídicos**



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

62. Corresponde a la Sala de la Sección Primera del Consejo de Estado, con fundamento en los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, determinar:

62.1. Si es procedente o no declarar la nulidad de las Resoluciones 25402 de 6 de agosto de 2002 y núm. 35668 del 5 de noviembre de 2002, expedidas por la Superintendente de Industria y Comercio por presuntamente vulnerar el derecho al debido proceso por: i) no practicarse la traducción oficial de los documentos otorgados en idioma diferente al castellano que obraban en el expediente administrativo; ii) no valorar las pruebas documentales obrantes en el expediente, en especial, los documentos en idioma extranjero y los conceptos rendidos por los señores Antonio José Núñez y Daniel Mazuera Gómez; además del testimonio del señor Antonio José Núñez; iii) por presuntamente ser expedidos con falsa motivación y con vulneración del principio de tipicidad, en la medida que, en su criterio, la conducta se constituye en una facilidad común, circunstancia tipificada como una excepción de acuerdos entre competidores.

62.2. Si es procedente o no declarar la nulidad de las Resoluciones 25402 de 6 de agosto de 2002 y núm. 35668 del 5 de noviembre de 2002, expedidas por la Superintendente de Industria y Comercio por presuntamente vulnerar el principio de igualdad, al expedirse los actos administrativos acusados en un sentido contrario al acogido en la Resolución núm. 25559 de 14 de agosto de 2002, denominado caso Alaico.

62.3. Por último, si prospera alguno de los cargos planteados por la parte demandante, determinar si es procedente o no el restablecimiento del derecho solicitado. En consecuencia, si se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia proferida por la Subsección C, en descongestión, de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en primera instancia, para lo cual se desarrollarán los siguientes asuntos:

### **Marco normativo y desarrollo jurisprudencial del derecho al debido proceso**



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

63. El derecho fundamental al debido proceso se encuentra señalado en el artículo 29 de la Constitución Política, que dispone lo siguiente:

*“[...] Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso [...].”*

64. En ese orden de ideas, el derecho al debido proceso se aplicará a todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas, en donde además se deberán observar con plenitud las formas propias de cada juicio.

65. La Corte Constitucional frente al núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso administrativo ha dicho<sup>11</sup>:

*“[...] Una de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas. Ello demuestra la intención constituyente de establecer un orden normativo en el que el ejercicio de las funciones públicas se encuentra sujeto a límites destinados a asegurar la eficacia y protección de la persona, mediante el respeto por sus derechos fundamentales. El Estado Constitucional de Derecho es, desde esta perspectiva, un conjunto de garantías de esos derechos, al tiempo que las normas que determinan la estructura del Estado y sus instituciones deben interpretarse en función de esas garantías. En la sentencia C-980 de 2010, señaló la Sala Plena:*

*“Así entendido, en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las*

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-034 de 29 de enero de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en cuanto éstas se encuentran obligadas a “actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción [...]”*

66. En la citada sentencia se señaló que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a: i) ser oído durante toda la actuación; ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley; iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas; iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; v) que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; vi) gozar de la presunción de inocencia; vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción; viii) solicitar, aportar y controvertir pruebas, y ix) impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.

### **Marco normativo y desarrollo jurisprudencial de los principios de legalidad y de tipicidad en el derecho sancionatorio**

67. La Corte Constitucional<sup>12</sup>, consideró que las disposiciones administrativas que establecen conductas sancionables deben satisfacer el principio de legalidad y, en consecuencia, el principio de tipicidad que le es inmanente. Esto es, que la norma administrativa sancionatoria debe prescribir la conducta objeto de sanción con la previsión de todos sus elementos estructurales.

68. En la citada sentencia, se indicó que el principio de legalidad alude a que una norma con fuerza material de ley establezca con anterioridad la descripción de las conductas sancionables, así como las clases y cuantías de las sanciones a ser impuestas. Textualmente, consideró:

*“[...] El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma con anterioridad a los hechos materia de la investigación -lex previa-.*

<sup>12</sup> Corte Constitucional, sentencia C -699 de 18 de noviembre de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del Artículo 29 de la Constitución Política que consagra el principio de legalidad, al disponer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)”, es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación [...]”.*

69. Por su parte, el principio de tipicidad implícito en el de legalidad hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutivo de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que le permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión.

70. De esta manera, para satisfacer el principio de tipicidad, deben concurrir los siguientes elementos: i) que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; ii) que exista una sanción cuyo contenido material este definido en la ley; iii) que exista correlación entre la conducta y la sanción.

71. En suma, son elementos esenciales del tipo sancionatorio administrativo: i) la descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción; ii) la determinación de la sanción, incluyendo el término o la cuantía de la misma, iii) la autoridad competente para aplicarla y iv) el procedimiento que debe seguirse para su imposición.

### **Marco normativo y desarrollo jurisprudencial sobre el régimen probatorio en el Decreto 2153 de 1992**

72. Visto el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, sobre el procedimiento para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, que textualmente señala:

*“[...] ARTICULO 52. PROCEDIMIENTO. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y*



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.*

*Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.*

*Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad.*

*Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.*

*Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.*

*Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.*

*En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo [...]”.*

73. De la anterior transcripción, se colige que en el procedimiento para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, no se reguló el tema probatorio en esta clase de actuaciones. Por tanto, según lo señalado *supra*, debe aplicarse en el caso *sub examine* el Código Contencioso Administrativo, el cual, en su artículo 57, señala que en materia de pruebas en las actuaciones administrativas “[...] serán admisibles todos los medios de pruebas señalados en el Código de Procedimiento Civil. Los gastos que ocasione la práctica de una prueba serán de cargo de quien las pidió y



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*si son varios, o si se decretan de oficio, se distribuirán en cuotas iguales entre todos los interesados [...].”*

74. Asimismo, en materia jurisdiccional, el artículo 168 de esa misma normativa, sobre pruebas admisibles, señala que: “[...] *en los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto sean admisibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración [...].”*

75. En suma, en la medida que el Decreto 2153 de 1992 no reguló el tema probatorio, debe acudir al Código Contencioso Administrativo para su decreto y práctica, el cual señala lo siguiente:

75.1. En materia de procedimiento administrativo serán admisibles los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil (normativa aplicable al caso concreto). Asimismo, que los gastos de las pruebas serán asumidas por quien las pidió.

75.2. En materia jurisdiccional, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración

### **Marco normativo y desarrollo jurisprudencial sobre el decreto, práctica y valoración de las pruebas en el Código Contencioso Administrativo**

76. Vistos los artículos 168, del Código Contencioso Administrativo, sobre las pruebas admisibles en los procesos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; 174, 175, 177, 178, 179, 180 y 181<sup>13</sup> del Código de Procedimiento Civil, sobre la necesidad de la prueba, los medios de prueba, la carga de la prueba, el rechazo *in limine* de las pruebas legalmente prohibidas o ineficaces, las que

---

<sup>13</sup> Aplicables en virtud de los artículos 168 y 267 del Decreto 01 de 1984, sobre régimen probatorio.



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

versen sobre hechos notoriamente impertinentes, las manifestaciones superfluas, la prueba de oficio y a petición de parte y el juez que debe practicar las pruebas.

77. Visto especialmente el artículo 169 del Código de procedimiento Civil, sobre la prueba de oficio y a petición de parte, que señala que “[...] *Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes [...]*”.

78. Visto especialmente el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, sobre la necesidad de la prueba, que establece que “[...] *toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso [...]*”.

79. Visto especialmente el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, sobre el rechazo *in limine*, que establece que el juez debe rechazar las pruebas “[...] *legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas [...]*”.

80. Atendiendo a que, conforme lo ha señalado esta Corporación<sup>14</sup> para verificar si se deben o no rechazar *in limine* las pruebas: i) legalmente prohibidas o ineficaces, ii) versar sobre hechos notoriamente impertinentes o iii) ser manifiestamente superfluas, de conformidad con el artículo 178 *ibidem*, “[...] *el juez debe analizar si estas cumplen con los requisitos legales, esto es, con los requisitos de conducencia, pertinencia, utilidad [...]*”.

81. Conforme con el criterio jurisprudencial establecido por el Consejo de Estado en las providencias citadas *supra*, para analizar si una prueba es legalmente prohibida o ineficaz, o si versa sobre hechos notoriamente impertinentes o es manifiestamente superflua, se debe verificar si cumple con los requisitos de pertinencia, conducencia, utilidad y licitud.

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, providencia de 7 de febrero de 2013, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, número único de radicación 25000232700020100016201; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia de 1.º de marzo de 2016, C.P. Guillermo Vargas Ayala, número único de radicación 25000232400020029000303.



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

82. Conforme a la jurisprudencia señalada *supra*, se considera que para verificar: **i) la pertinencia** de una prueba se debe revisar que la prueba guarde relación con los hechos que se pretenden demostrar; **ii) la conducencia** de una prueba se debe revisar que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho; para lo cual: a) el medio probatorio respectivo debe estar autorizado y no prohibido expresa o tácitamente por la ley; y b) el medio probatorio no debe estar prohibido en particular para el hecho que con él se pretende probar<sup>15</sup>; **iii) la utilidad** de una prueba se debe revisar que no sea manifiestamente superflua, es decir, que no tenga razón de ser, porque ya están probados los hechos o porque el hecho está exento de prueba<sup>16</sup>; y **iv) la licitud** de la prueba se debe revisar que no haya sido obtenida con violación de derechos fundamentales<sup>17</sup>.

83. Sobre la valoración probatoria, debe tenerse en cuenta que en aplicación del principio de unidad de la prueba, el juez está en la obligación de hacer un análisis unitario, es decir, estimar cada una de las pruebas obrantes en el proceso, para darle el mérito que corresponda frente a la controversia, y, luego de ello, en aplicación del principio de comunidad probatoria, manifestar su criterio frente al conjunto de pruebas, teniendo en cuenta que éstas pertenecen al proceso y no a la parte que la solicitó.

### **Marco normativo de la solicitud, decreto y práctica de pruebas, en segunda instancia, en el Código Contencioso Administrativo**

84. Vistos: i) el artículo 212 del Código Contencioso Administrativo, sobre la oportunidad para solicitar pruebas, en segunda instancia y ii) el artículo 214 *ibidem*

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B providencia de 23 de julio de 2009, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, número único de radicación 25000 23 25 000 2007 00460 02.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de 3 de marzo de 2016, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, número único de radicación 11001 03 25 000 2015 00018 00.

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Providencia de 11 de abril de 2018. M.P. Eugenio Fernández Carlier, número único de radicación 43533. “[...]en la jurisprudencia se ha distinguido desde hace tiempo entre prueba ilegal y prueba ilícita, división con la que se alude, en el primer caso, a aquéllas que padecen yerros en las formas propias de ordenación, práctica y/o incorporación a la actuación (debido proceso probatorio), y en el segundo, a aquéllas obtenidas, en general, con desconocimiento de las garantías fundamentales de las personas, por ejemplo, por violación de los derechos a la no autoincriminación, a la solidaridad íntima, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, etc. [...]”.



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

sobre la procedencia excepcional para solicitar pruebas en segunda instancia, que dispone lo siguiente:

*“[...] **Artículo 214.** Cuando se trate de apelación de sentencia, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:*

*1.- Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.*

*2.- Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.*

*3.- Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.*

*4. Cuando con ellas se trate de desvirtuar los documentos de que trata el numeral anterior [...].”*

85. De conformidad con las normas citadas, la Sala considera que: i) la oportunidad para solicitar pruebas, en segunda instancia, es dentro del término de ejecutoria del auto que admite el recurso de apelación contra la sentencia; ii) la posibilidad de solicitar pruebas en segunda instancia es excepcional, por lo tanto, únicamente procede en los casos taxativamente enunciados en el artículo 214 *ibidem*; y iii) una vez acreditada alguna de las circunstancias excepcionales previstas en la ley para solicitar pruebas en segunda instancia, el Juez debe evaluar la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba.

### **Marco normativo y desarrollo jurisprudencial de los documentos en idioma extranjero**

86. Vistos los artículos 102 del Código de Procedimiento Civil, sobre el idioma en que debe desarrollarse el proceso que indica que *“[...] En el proceso deberá emplearse el idioma castellano [...].”* y el artículo 260 *ibidem*, sobre documentos en idioma extranjero que indica:

*“[...] **ARTÍCULO 260. DOCUMENTOS EN IDIOMA EXTRANJERO.** Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse*



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*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 traductor designado por el juez; en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente [...].”*

87. A su vez, esta Sección<sup>18</sup> ha considerado que para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba se requiere:

87.1. Que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez.

87.2. En los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente.

87.3. En caso de presentarse controversia sobre el contenido de la traducción, el juez designará un traductor.

88. En la citada sentencia se consideró que para apreciarse como prueba los documentos extendidos en idioma distinto al castellano, no puede considerarse que la potestad oficiosa del juez señalada en el artículo 169 del Código de Procedimiento Civil, tenga por objeto subsanar, mejorar o perfeccionar una prueba que alguna de las partes ha presentado de manera deficiente; su finalidad es esclarecer puntos oscuros o dudosos de la controversia. Además, no debe olvidarse que conforme al artículo 177 *ibidem* incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que determinan el efecto jurídico que ellas persiguen. De manera que no puede considerarse que la facultad oficiosa del juez en materia probatoria supla el principio de la carga de la prueba.

### **Marco normativo y desarrollo jurisprudencial de la falsa motivación como causal de anulación de los actos administrativos**

<sup>18</sup> Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 31 de julio de 2014, C.P. María Elizabeth García González, número único de radicación 08001 23 31 000 2010 00541 01



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

89. Visto el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, la nulidad “[...] *procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió [...]*”.

90. Atendiendo a que esta Sección<sup>19</sup>, en relación a la motivación del acto como requisito para su legalidad ha considerado:

*“[...] En ese sentido, esta Sección ha determinado que la validez del acto administrativo depende, entre otros elementos, de que los motivos por los cuales se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante el mismo se haya tomado, valga decir, que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho jurídicamente necesarios para la toma de la decisión de que se trate, y que se den en condiciones tales que conduzcan a adoptar una y no otra determinación, por lo que se trata de un requisito material, en cuanto depende de la correspondencia de lo que se aduzca en el acto administrativo como motivo o causa del mismo, con la realidad jurídica y/o fáctica del caso.*

*La motivación constituye, entonces, uno de los elementos esenciales o fundamentos de legalidad del acto administrativo, a tal punto que cuando se pretermite, o cuando se demuestra que las razones que sustentan la decisión no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que lo invalida.*

*Ahora bien, teniendo en cuenta la presunción de legalidad de la cual goza el acto administrativo, **conciérne a quien pretende desvirtuarlo por la causal de falsa motivación demostrar el vicio en el elemento causal de la decisión, es decir, la inexistencia o el error de los antecedentes de hecho y derecho que facultan su expedición o, en otras palabras, que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad [...]***”.

91. En suma, en relación con los supuestos para la configuración de la causal de nulidad por falsa motivación, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que ella tiene ocurrencia cuando: i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la administración pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 11 de julio de 2019, C.P. Roberto Serrato Valdés, número único de radicación 25000-23-24-000-2012-00509-01.



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión.

### **Marco normativo y desarrollos jurisprudenciales sobre el principio de igualdad en la aplicación de la ley por parte de las autoridades administrativas**

92. Visto el artículo 13 de la Constitución Política, en grado de derecho fundamental, se reconoce que toda persona recibirá la misma protección y trato de las autoridades, en los siguientes términos:

*“[...] Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la **misma protección y trato de las autoridades** y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica [...]”*

93. Visto el artículo 209 *ibidem*, el principio de igualdad constituye también fundamento esencial para el ejercicio de la función administrativa.

94. Visto el artículo 4.º del Decreto 01 de 1984, el principio de imparcialidad en la función administrativa involucra garantizar los derechos de todas las personas a quienes las autoridades administrativas deberán darles igualdad de tratamiento.

95. El principio de igualdad se materializa en una garantía para los ciudadanos, en virtud de la cual, en primer lugar, una autoridad administrativa debe aplicar de manera uniforme los supuestos y consecuencias de una norma jurídica a situaciones de hecho idénticas, y en segundo lugar, la autoridad administrativa debe justificar de forma clara y suficiente cualquier interpretación o aplicación diferencial de una norma jurídica, para permitir a los ciudadanos conocer la razón o causa de dicha interpretación o aplicación, así como controvertirla ante las autoridades judiciales.

96. La Corte Constitucional<sup>20</sup> ha considerado que la igualdad es un concepto

<sup>20</sup> Corte Constitucional, sentencia T-030 de 24 de enero de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

multidimensional en la medida que es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos construidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras. Textualmente, señaló:

*“[...] En materia administrativa, la igualdad forma parte del derecho fundamental a una buena administración, pues las personas tienen el derecho a que sus asuntos sean tratados de modo equitativo, imparcial y proporcional a las finalidades que justifican la intervención de la administración. Este trato equitativo no solo exige un trato igualitario durante los procedimientos administrativos, sino que prohíbe todo tipo de discriminación injustificada entre los administrados. De manera que la igualdad, como principio esencial de la actuación administrativa, garantiza, por un lado, que “las personas que se encuentren en la misma situación sean tratados de manera igual”, y, por otro lado, que la Administración no discrimine por alguna de las razones consagradas en el artículo 13 de la Constitución Política. Esto, nos permite afirmar que la Administración se encuentra vinculada al principio de igualdad desde una concepción positiva y negativa.*

*Esta doble concepción de la igualdad en las actuaciones administrativas trae consigo enormes problemas en otros dos supuestos: la igualdad en la ilegalidad y la desigualdad en las actividades discrecionales. Y es que, durante muchos años se ha discutido si las personas pueden alegar una vulneración al principio de igualdad por no recibir un trato igualitario con respecto a casos similares que reciben una respuesta distinta por privilegios o excepciones discrecionales de la Administración. En principio, la jurisprudencia se ha inclinado en afirmar que “no cabe pedir igualación en la ilegalidad”. Por tanto, “en ningún caso aquel a quien se aplica la ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido”. Esto, sin duda alguna, ha instaurado un principio general según el cual no existe igualdad en la ilegalidad, por lo que los tribunales no pueden amparar una situación contraria al ordenamiento jurídico. Sin embargo, en muchos casos, esto equivale a legitimar las actuaciones arbitrarias de la Administración, permitiendo que ésta otorgue discrecionalmente soluciones distintas a circunstancias semejantes [...]”.*

97. Con el objetivo de determinar cuándo existe una vulneración del derecho a la igualdad, bien sea en su modalidad formal o material, es necesario precisar si ante situaciones iguales se está otorgando un trato diferente, sin justificación alguna, o por el contrario, si a personas o circunstancias distintas se les brinda un trato igual,



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

la jurisprudencia constitucional ha diseñado el test integrado de igualdad, compuesto por tres etapas de análisis a saber: i) criterios de comparación, esto es, determinar si se trata de sujetos de la misma naturaleza; ii) definir si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y iii) concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente.

### **Marco normativo y desarrollos jurisprudenciales de los acuerdos contrarios a la libre competencia**

98. Visto el artículo 1.º de la Ley 155 de 24 de diciembre de 1959<sup>21</sup>, sobre la protección integral del derecho a la libre competencia, modificado por el Decreto 3307 de 1963, que contiene la prohibición general de atentar contra la libertad de competencia y de acuerdo con el cual:

*“[...] Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos [...]”.*

99. Con posterioridad a la norma citada *supra*, el artículo 333 de la Constitución Política de 1991 establece:

*“[...] Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

*La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.*

*La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.*

*El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.*

<sup>21</sup> “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación [...].”*

100. Esta Sección<sup>22</sup> ha considerado que la libre competencia implica que los agentes (oferentes y demandantes) tengan la posibilidad de acceder y/o participar en el intercambio de bienes y servicios en el mercado, sin restricciones o ataduras que beneficien a alguno o algunos de aquellos que participan en el mismo mercado afectando los derechos de otros agentes. Textualmente, expresó:

*“[...] La libre competencia económica ha de entenderse no en un sentido absoluto o total sino atemperado o enmarcado dentro de los límites propios del bien común, de la prevalencia del interés colectivo o general, y de los principios de proporcionalidad y racionalidad. Por tanto, dicho derecho no excluye la injerencia del Estado para alcanzar los fines que le son propios y en virtud de ello regular las actividades económicas que realicen de alguna manera estos intereses, más aun tratándose de la prestación de servicios públicos esenciales como el transporte [...].”*

101. En efecto, la libre competencia no implica que el Estado carezca de competencia para intervenir en el mercado, pues incluso en aras de alcanzar los fines estatales el Estado tiene la facultad de regular las actividades económicas. En ese mismo orden de ideas, el artículo 334 de la Constitución Política dispone que el Estado tiene la dirección general de la economía. Al respecto, esta Corporación se pronunció así<sup>23</sup>:

*“[...] La libre competencia y la libertad económica que reconocen los artículos 333 y 334 de la Constitución Política no son absolutas. Deben ejercerse «dentro de los límites del bien común» y, desde luego, con estricta sujeción a sus mandatos. En criterio de esta Sala, la fijación del Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología con miras a «promover en los mercados la seguridad, la calidad y la competitividad del sector productivo o importador de bienes y servicios y proteger los intereses de los consumidores» (artículo 1º), lejos de desconocer la libertad económica y la libre competencia, es cabal expresión de los límites y condicionamientos constitucionales que al ejercicio de los derechos económicos imponen la protección del interés general, la prevalencia del bien común y la protección de los consumidores. De ahí que tampoco sea cierta la afirmación según la cual solo el Legislador puede restringirlas, pues ello puede resultar de un mandato de intervención como ocurre en el presente caso. El Constituyente de 1991 elevó a la categoría de mandato constitucional la protección de los consumidores y usuarios en el artículo 78 de la Carta; y en el inciso final del artículo 333 señaló que «la ley*

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de noviembre de 2009, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, número único de radicación 25000 23 27 000 2004 02049 01

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 3 de junio de 2004, C.P. Camilo Arciniegas Andrade, número único de radicación 11001-03-24-000-2001-00192-01



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.» Es este el sentido del artículo 333 de la Constitución Política cuando preceptúa que «la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común» y que «la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades [...]».*

102. Ahora, visto el Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992<sup>24</sup>, determinó que la Superintendencia de Industria y Comercio continuaría ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas de la Ley 155 de 1959. Asimismo, el artículo 4.<sup>º</sup> *ibídem* determinó como funciones del Superintendente de Industria y Comercio, entre otras, las contenidas en los numerales 15 y 16, que textualmente señalan:

***[...] Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio.***  
*Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo (sic), le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:*

*[...]*

*15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto.*

*[...]*

*16. 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 el presente 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. Así mismo, imponer la sanción señalada en este numeral a los administradores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren prácticas contrarias a la libre competencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, en estos eventos hasta tanto la ley regula las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos [...]*

103. Aunado a lo anterior, se tiene que el artículo 44 del Decreto citado *supra*, sobre ámbito funcional, determinó que la Superintendencia de Industria y Comercio *[...] continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas*

<sup>24</sup> por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante [...]”.*

104. A su vez, el artículo 45 *ibidem*, realizó las siguientes definiciones:

*“[...] ARTICULO 45. DEFINICIONES. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:*

- 1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.*
- 2. Acto: Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica.*
- 3. Conducta: Todo acto o acuerdo.*
- 4. Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.*
- 5. Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.*
- 6. Producto: Todo bien o servicio [...]”.*

105. Señaló en su artículo 46 que *“[...] están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito [...]”.*

106. Ahora bien, para el caso en concreto, incumbe señalar que dentro del marco jurídico aplicable se reprocha la celebración de acuerdos restrictivos de la competencia, entre otros, en los siguientes términos:

*“[...] ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:*

- 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios [...]”.*



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

107. La jurisprudencia reiterada de la Sección ha sostenido que para determinarse si un acuerdo incurrió o no en conductas que restrinjan la competencia se debe tener en cuenta la relevancia de los efectos que pudo o no haber causado, verificándose la existencia de al menos una de las siguientes situaciones:

107.1. Verificar si el acuerdo tenía como objeto o propósito la fijación directa o indirecta de precios. De verificarse el propósito restrictivo del acuerdo, existiría fundamento suficiente para aplicar las consecuencias de la norma a la conducta analizada.

107.2. En caso que el acuerdo no ostente un propósito restrictivo de la competencia, resultaría pertinente verificar las consecuencias o los efectos de su adopción, pues independientemente de su propósito, si se encontrare que el acuerdo tuvo como consecuencia la fijación directa o indirecta de precios, y por ende una restricción o afectación a la libre competencia, también resultarán aplicables las consecuencias de la norma.

108. En los eventos, en que se encuentre que, entre otras, una conducta (Acto o Acuerdo es contraria a la libre competencia o que constituyen prácticas comerciales restrictivas a la competencia, se impondrán las sanciones pecuniarias señaladas en los numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992.

### **Marco normativo y desarrollo jurisprudencial de las excepciones a las conductas contrarias a la libre competencia**

109. Visto el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 sobre las excepciones a las conductas contrarias a la libre competencia que determinó, como excepciones, entre otras, la siguiente:

*[...] **ARTICULO 49. EXCEPCIONES.** Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:*

*[...]*



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

3.- *Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes [...]”.*

110. Esta Corporación, ha considerado que para que se configure la tercera excepción de la normativa citada *supra*, deben confluir principalmente lo siguiente:

110.1. Que no se trate de cualquier acuerdo entre agentes económicos, debe demostrarse la presencia de procedimientos, sistemas y formas de utilización de un determinado bien o servicio.

110.2. Que dicho bien o servicio debe ser considerado como una facilidad común en el mercado, entendida como cualquier bien o servicio que, no perteneciendo a uno o más competidores puede ser utilizado por diversos actores en un mismo mercado.

111. En suma, es válido concluir que: i) las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo al reproche a las prácticas comerciales restrictivas, entre ellas, los acuerdos contrarios a la libre competencia, frente a los cuales se ha otorgado a la Superintendencia de Industria y Comercio, facultades administrativas que incluyen la de imponer sanciones pecuniarias y ii) no se tendrán contrarias a la libre competencia las conductas que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes para ser utilizado por diversos actores en un mismo mercado.

### **Marco normativo y desarrollo jurisprudencial del transporte marítimo internacional**

112. Visto el artículo 1666 del Código de Comercio, sobre fletamento que señala:

*“[...] ARTÍCULO 1666. <DEFINICIÓN DE FLETAMENTO>. El fletamento es un contrato por el cual el armador se obliga, a cambio de una prestación, 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 [...]”*



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

113. La configuración de los elementos del contrato de fletamento se dejan a la libre autonomía privada de las partes, toda vez que el artículo 1666 del Código de Comercio, tras definir este tipo contractual, señala en forma expresa que en virtud de este contrato las obligaciones se establecen en el mismo contrato o en forma supletiva por la costumbre.

114. Ahora, otra modalidad lo constituye el contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque, el cual, no encuentra una definición legal, siendo procedente acudir a la definición que el artículo 981 del Código de Comercio señala para el contrato de transporte, en los siguientes términos:

*“[...] **ARTÍCULO 981. <CONTRATO DE TRANSPORTE>**. El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar éstas al destinatario.*

*El contrato de transporte se perfecciona por el solo acuerdo de las partes y se prueba conforme a las reglas legales.*

*En el evento en que el contrato o alguna de sus cláusulas sea ineficaz y se hayan ejecutado prestaciones, se podrá solicitar la intervención del juez a fin de que impida que una parte se enriquezca a expensas de la otra [...].*

115. Esta Corporación, acogiendo jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>25</sup>, en sentencia de fecha 24 de junio de 1988, definió el contrato de transporte marítimo de mercancías, así: El contrato de transporte marítimo de carga, es aquella especie de contrato de transporte en virtud del cual una de las partes se obliga con otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro por mar, en embarcaciones (determinadas o indeterminadas) mayores o menores y en el plazo fijado, ciertas cosas o mercancías (carga total o parcial) y entregarlas al destinatario.

116. En la citada jurisprudencia se señaló que en el contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque, a diferencia del fletamento, las partes no están en libertad de determinar las condiciones de ejecución del contrato, sino que sus derechos y obligaciones están determinadas

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de junio de 1988. M. P.: PEDRO DE LAFONT PIANETTA



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

en la ley, específicamente, en el Título IX, Capítulo I, del Código de Comercio que trata sobre el Transporte Marítimo.

117. Ahora, visto el artículo 36 del Decreto 804 de 8 de mayo de 2001<sup>26</sup> señala que las empresas colombianas de transporte marítimo podrán participar en conferencias marítimas que contemplen como objetivo principal la racionalización de fletes y los servicios de transporte marítimo, siempre que se ajusten a los principios de libre acceso y a las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal.

118. A su vez, el artículo 40 *ibidem* definió el flete como el “[...] *precio del transporte marítimo, la tarifa aumentada con los recargos o cualquier otro componente que altere el valor final del transporte [...]*”, señalando que el sistema tarifario aplicable al transporte marítimo es de libertad controlada.

119. El artículo 52 del citado Decreto señaló que “[...] *las empresas de transporte marítimo, los usuarios, agentes marítimos, los corredores de contratos de fletamento y en general, todo aquel que participe en actividades relacionadas con el transporte marítimo, están sujetos a las disposiciones generales sobre prácticas comerciales restrictivas y de competencia desleal contenidas en las Leyes 155 de 1959, 256 de 1996 y 446 de 1998, en la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina y en el Decreto 2153 de 1992, y el Decreto Ley 2324 de 1984 y la Ley 336 de 1996 y demás normas que regulan la materia [...]*”.

### ***Tratados internacionales***

120. Respecto al régimen jurídico internacional sobre el contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque es preciso señalar que en el orden internacional se han adoptado diversos instrumentos y aunque no han sido ratificados por el Estado colombiano, de ellos se derivan principios relevantes para la comunidad internacional mercantil, en especial, la marítima, que pueden orientar la decisión que se adopta en el caso *sub examine*.

---

<sup>26</sup> Por el cual se reglamenta el servicio público de servicio marítimo



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

***Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque de 1924***

121. El *Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque*, suscrita en Bruselas el 25 de agosto de 1924<sup>27</sup>, unificó reglas en materia de conocimientos de embarque. El convenio fue modificado parcialmente por los protocolos modificatorios suscritos en Bruselas los días 23 de febrero de 1968 y 21 de diciembre de 1979; el texto integrado es conocido internacionalmente como Reglas de La Haya-Visby;

***Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978***

122. El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías 1978, conocida como Reglas de Hamburgo; aprobado por una conferencia diplomática el 31 de marzo de 1978 en Hamburgo y entró en vigor internacional el 1.º de noviembre de 1992. El Convenio propone un régimen distinto al de las Reglas de La Haya Visby pero conserva su característica de constituirse en normas inmodificables por acuerdos privados entre las partes.

***Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo de 2008***

123. El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo adoptado en New York por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 2008; más conocido como Reglas de Rotterdam.

***Conclusiones sobre los tratados internacionales***

---

<sup>27</sup> Reglas de la Haya



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

124. De los instrumentos internacionales indicados *supra* se pueden abstraer algunos principios internacionales que pueden orientar la decisión que se adopta en el caso *sub examine*, entre ellos: i) **la autonomía de la voluntad contractual**: que implica el reconocimiento de la potestad de las partes de autorregular las condiciones de sus relaciones contractuales; ii) **libertad de contratación reglada**, que implica el establecimiento de una regulación imperativa a través de diversas normas internas e internacionales que permiten el equilibrio entre las partes del contrato, reconociendo con ello que en esta clase de contratos alguna de las partes se encuentra en una posición dominante frente a la otra; iii) ***pacta sunt servanda***: según el cual los acuerdos entre las partes o pactos deben cumplirse; y iv) **buena fe y lealtad negocial**, según el cual las partes de un contrato debe actuar prevalidos de una conducta lealtad y correcta en todas las fases del contrato.

### **Marco normativo y desarrollo jurisprudencial de la tasa representativa del mercado**

125. Visto el artículo 874 del Código de Comercio, sobre estipulaciones en moneda extranjera que señala:

**“[...] ARTÍCULO 874. ESTIPULACIONES EN MONEDA EXTRANJERA.** Cuando no se exprese otra cosa, las cantidades que se estipulen en los negocios jurídicos serán en moneda legal Colombiana. La moneda nacional que tenga poder liberatorio al momento de hacer el pago se tendrá como equivalente de la pactada, cuando ésta no se halle en circulación al tiempo del pago.

*Las obligaciones que se contraigan en monedas o divisas extranjeras, se cubrirán en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible; en caso contrario, se cubrirán en moneda nacional colombiana, conforme a las prescripciones legales vigentes al momento de hacer el pago [...].”*

126. En ejercicio de las facultades de regulación del mercado cambiario previstas en la Ley 9 de 1991 y el artículo 16 de la Ley 31 de 29 de diciembre de 1992<sup>28</sup>, la

<sup>28</sup> Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasarán los Fondos de Fomento que administra el Banco y se dictan otras disposiciones.



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

Junta Directiva del Banco de la República expidió la Resolución Externa 21 de 2 de septiembre de 1993<sup>29</sup>, sobre obligaciones en moneda extranjera, en el cual, se estableció:

*“[...] Artículo 95o. OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA. Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y no correspondan a operaciones de cambio serán pagadas en moneda legal colombiana a la "tasa de cambio representativa del mercado" en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta. Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y correspondan a operaciones de cambio, se pagarán en la divisa estipulada.*

*Parágrafo 1. Para efectos judiciales que requieran la liquidación en moneda legal colombiana de obligaciones pactadas en moneda extranjera, que correspondan a operaciones de cambio, se aplicará la "tasa de cambio representativa del mercado" de la fecha de pago [...].”*

127. A su vez, el artículo 21, *ibidem*, sobre reintegro neto determinó:

*“[...] Artículo 21o. REINTEGRO NETO. Los residentes en el país podrán utilizar las divisas provenientes de sus exportaciones para la cancelación directa de los fletes, seguros y demás gastos en moneda extranjera asociados a la exportación [...].”*

128. Estas mismas normas fueron señaladas en la Resolución Externa 8 de 2000, *“por la cual se dictan normas generales a las que debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales y se adoptan medidas complementarias”*, la cual, en el artículo 79 señala que las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y que no correspondan a operaciones de cambio se deben pagar en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta.

129. Ahora, visto el artículo 80 *ibidem*, se tiene que la tasa de cambio representativa del mercado es *“[...] el promedio ponderado por monto de las operaciones de compra y venta de dólares de los Estados Unidos de América a cambio de moneda legal colombiana, pactadas para cumplimiento en ambas monedas el mismo día de su negociación, efectuadas por los Intermediarios del*

<sup>29</sup> Por la cual se expiden regulaciones en materia cambiaria.



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*Mercado Cambiario dentro del horario que establezca el Banco de la Republica mediante reglamentación general [...]”.*

130. Según lo expuesto, se tiene que, por regla general, existe libertad de estipulación para la conversión de divisas, de modo que la tasa de cambio representativa del mercado aplica de manera supletiva cuando las partes que intervengan en la celebración del contrato respectivo no hayan acordado sujetarse a otra distinta de aquella para el cumplimiento de sus contraprestaciones.

131. Por último, el artículo 76 de la citada Resolución sobre utilización de divisas señala:

*“[...] Artículo 76. UTILIZACIÓN DE LAS DIVISAS. Las divisas que reciban los residentes por concepto de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario sólo podrán utilizarse para su venta a otros residentes y, según se convenga, para pagar en el país compras de mercancías a los depósitos francos, fletes y tiquetes de transporte internacionales, gastos personales efectuados a través de tarjetas de crédito internacionales, primas por concepto de seguros denominados en divisas de que trata el Decreto 2821 de 1991 y normas concordantes y para el pago de obligaciones provenientes de reaseguros con el exterior o para efectuar pagos en el exterior o en el país del valor de los siniestros que las empresas de seguros establecidas en Colombia deban cubrir en moneda extranjera, de conformidad con lo que determine el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto por el artículo 14 de la Ley 9a. de 1991. Así mismo, podrán utilizarse para realizar en el exterior inversiones financieras y en activos, y cualquiera otra operación distinta de aquellas que deban canalizarse a través del mercado cambiario, o canalizarlas voluntariamente a través de dicho mercado [...]”.*

132. En suma, si bien, por regla general, las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y que no correspondan a operaciones de cambio se deben pagar en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta, las divisas que reciban los residentes por concepto de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario podrán utilizarse, entre otras, para cancelar en el país fletes y tiquetes de transportes internacionales.



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

### **Acervo y análisis probatorios**

133. La Sala procederá a apreciar y valorar las pruebas aportadas de conformidad con las reglas de la sana crítica, aplicando para ello las reglas de la lógica y la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que en derecho corresponda, en relación con los problemas jurídicos planteados, en los siguientes términos:

### **Actuación administrativa**

134. En la investigación preliminar se estableció que la Asociación de Agentes Navieros –Asonav- es un ente gremial que agrupa a los agentes marítimos que representan en el Estado Colombiano a las empresas navieras prestadoras del servicio de carga marítima internacional en Colombia.

135. Mediante la Resolución núm. 07969 de 2001 expedida por la Superintendente Delegada para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio se dio apertura a una investigación contra la Asociación de Agentes Navieros –Asonav y las sociedades que la integraban, entre las cuales se encuentra la parte demandante, por la presunta infracción contenida en el numeral 1.º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por: i) un posible acuerdo sobre fletes marítimos internacionales y ii) posible acuerdo sobre el valor de la tasa de cambio utilizada para la cancelación en pesos colombianos del correspondiente flete.

136. Por la Resolución de 27 de septiembre de 2001<sup>30</sup>, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se decretó la práctica de las siguientes pruebas. Respecto a las pruebas solicitadas por la parte demandante, se determinó:

*“[...] 1.6.- Maerks Colombia S.A. y Torsten Malling Hartman*

*1.6.1.- Documentales*

<sup>30</sup> Folios 191 a 206 del cuaderno núm. 6 del expediente



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

- Ténganse como pruebas los documentos aportados al expediente escrito radicado bajo el número 93805-51 de 18 de abril de 2001 [...].”

137. Además de lo anterior, las demás agencias que conforman Asonav aportaron documentos en idioma extranjero, solicitando la respectiva traducción. Frente a estas solicitudes la parte demandada, en el acto administrativo señalado *supra* determinó:

*“[...] De conformidad con lo preceptuado en el artículo 260 del Código de Procedimiento Civil, el Despacho procederá a nombrar el perito traductor requerido, con el fin de que realice la traducción al español de la totalidad de los documentos aportados en idioma extranjero [...] De conformidad con el artículo 57 del Código Contencioso Administrativo los honorarios del experto serán asumidos directamente por quien solicitó la prueba [...].”*

138. La Resolución 10713 de 3 de abril de 2002<sup>31</sup>, expedida por la Superintendente de Industria y Comercio, mediante la cual se aceptaron unas garantías de la siguiente manera:

*“[...] **ARTÍCULO PRIMERO:** Aceptar el ofrecimiento de garantías que conlleva la suspensión de las conductas por las cuales se abrió la investigación de que se ocupó la resolución 7969 de 2001 [...]*

***ARTÍCULO SEGUNDO:** Aceptar como garantía del compromiso de que trata el artículo anterior, los comportamientos descritos en la parte considerativa de esta resolución, así como el esquema de seguimiento a las pólizas de cumplimiento que se detallan.*

*En consecuencia: Navemar S.A., Mediterraeen Shopping Company Colombia S.A.; Cia. Transportadora; Eduardo L Gerlein S.A.; Seaboard de Colombia S.A. Frontier Agencia Marítima Ltda; Naves S.A.; Agencia Marítima Grancolombiana; y Maritrans Ltda. deberá constituir por separado en una compañía de seguros autorizada legalmente para el efecto y a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio póliza que garantice el cumplimiento de los compromisos de que trata la presente resolución, por una suma asegurada de \$ 247.200.000.00 m/cte, con vigencia de un año prorrogable por otro año más a criterio de esta Entidad. Asimismo, los señores Christian Alexander Streubel, Juan Carlos Rueda Estévez, Luis Alfredo Parody Bermúdez, Francisco Ulloa Vega, Gabriel Eduardo Mejía Cuellar, Juan Sanz de Santamaría, Juan José Saldarriaga, Fernando Buitrago Gutiérrez y Carlos Ramírez de Arellano, deberán constituir por separado en una compañía de seguros autorizada legalmente para el efecto y a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio póliza que garantice el cumplimiento de los compromisos de que trata la presente resolución, por una suma asegurada de \$ 37.080.000.00 m/cte [...]*

<sup>31</sup> Folios 268 a 279 del cuaderno núm. 6 del expediente



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

**ARTÍCULO TERCERO:** Ordenar la terminación de la investigación abierta mediante la Resolución 7969 de 2001 [...] Cabe señalar que el fiel cumplimiento de lo dispuesto en esta resolución, parte considerativa y resolutive es fundamento para la terminación de la investigación en los términos del artículo 66 del código contencioso administrativo [...].”

139. Informe motivado presentado al Superintendente de Industria y Comercio en el cual después de realizar un recuento de las actuaciones desarrolladas y de las pruebas decretadas y practicadas señaló:

*“[...] para los anteriores efectos, la Delegada para la Promoción de la Competencia presenta informe sobre la investigación por infracción a las normas sobre promoción de la competencia iniciada mediante Resolución 07969 de 2001, en contra de las sociedades antes mencionadas y de sus representantes legales para la época en que ocurrieron los hechos.*

*No obstante, es preciso aclarar que aun cuando la citada resolución también vinculó a [...] y sus respectivos representantes legales, estos presentaron ofrecimiento de garantías los cuales finalmente se aceptaron a través de la Resolución 10713 de 20025; que a su vez dispuso el cierre de la investigación para los mencionados sujetos. Es por ello, que las conclusiones del presente informe se circunscriben para las agencias Maerks Colombia S.A. y Agencia Marítima Internacional Ltda y los señores Malling Hartmann Trorslen y Fernando Elías Cajale Pérez, respecto a quienes se mantiene vigente la actuación.*

### **Conclusiones**

*Como resultado de la actuación adelantada logró establecerse que las agencias Maerks Colombia S.A. y Agencia Marítima Internacional Ltda. no han incurrido en fijación de fletes para exportaciones e importaciones, en contenedores de 20 y 40, para las rutas con EEUU y Sudamérica.*

*Sin embargo, a partir del material probatorio, recaudado durante la averiguación preliminar y la instrucción, logró establecerse que las agencias señaladas en el párrafo anterior 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 los fletes, configurándose por esta circunstancia los elementos integradores del numeral 1.º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.*

*[...]*

*Respecto del acuerdo de fletes*

*[...]*

*Sin embargo, no puede este despacho, después de haber realizado el correspondiente recaudo probatorio dejar de advertir que la fijación de fletes y*



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*el comportamiento del transporte marítimo internacional tiene diversas características, que por su naturaleza y forma de funcionamiento impiden atribuir el acuerdo que analiza a los agentes marítimos investigados, pues aunque coincidan los valores que ellos cobran, se ha demostrado que quienes adoptan y establecen tales tarifas 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 en el seno de conferencias marítimas internacionales las cuales, sea dicho de paso, constituyen una costumbre internacional de común aceptación.*

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

[...]

*Respecto del acuerdo de la tasa de referencia*

[...]

*Acuerdo*

*Se ha logrado establecer que los miembros de la junta directiva de Asonav determinaron la necesidad de establecer el denominado "Tipo de Cambio Asonav" a partir del 16 de noviembre de 1995 con el objeto de proteger a las líneas de brucas 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.- Periodo semanal: El cambio se determina el día miércoles y tiene vigencia a partir del día siguiente o sea jueves.*

*3.2.- Notificaciones: A partir de las 3 pm 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 [...] También se puede consultar el diario La República [...].*

*La anterior determinación fue puesta en práctica 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.*

[...]



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

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

[...]

*Tal y como se dijo, del material probatorio se desprende que Maerks Colombia y Agencia Marítima Internacional, 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, Asonav y sus afiliados (entre ellos Maerks Colombia S.A. y Agencia Marítima Internacional Ltda.) habrían adoptada una decisión conjunta con la potencialidad suficiente para afectar el mercado, en la medida que substraer de los contratantes del servicio, la posibilidad de acordar la aplicación de una tasa de conversión diferente o de elegir entre varias las que mas les convenga.*

[...]

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

[...]

*En el presente caso ha quedado plenamente demostrado que Maerks Colombia S.A. y Agencia Marítima Internacional Ltda. como afiliados a la Asociación Nacional de Agentes Navieros aplicaron la mencionada tasa Asonav, configurándose de esta manera el efecto de la conducta que se investiga.*

[...]

*En todo caso, aunque fue la necesidad de 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 dicha tasa, pues esta circunstancia resulta nociva para la libre competencia al desconocer uno de sus principales objetivos, que consiste en asegurar que en el mercado exista variedad de precios [...].”*

140. Los comentarios al informe motivado<sup>32</sup> presentado por la parte demandante, en el que indicó que:

140.1. No era procedente la expedición del informe, en la medida que no se habían practicado la totalidad de las pruebas decretadas. Específicamente, no se habían traducidos los documentos aportados por: i) la Compañía Transportadora S.A.; ii) sociedad Eduardo Gerlein S.A.; iii) Frontier Agencia Marítima Ltda; iv) Maritans Ltda.; v) Navemar S.A. y vi) Mediterranean Shping Company Colombia S.A., lo cual,

<sup>32</sup> Folios 149 a 155



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

en su criterio, constituía una violación al debido proceso y del principio de comunidad de la prueba.

141. Insistió en que no hubo acuerdo de precios, conducta tipificada en la ley, máxime cuando el acuerdo no obligaba a los usuarios a aceptar única y exclusivamente la tasa de cambio Asonav; es decir, señaló que no tuvo los efectos que la parte demandada le atribuye.

142. Las actas de la Junta Directiva de Asonav de los años 1995 a 2000, en los cuales frente a la aplicación de la denominada tasa de cambio Asonav determinó:

*“[...] Términos del pago de fletes*

*1.3.- En todo caso el pago **deberá** hacerse a la Tasa de Cambio Asonav vigente en el momento del pago.*

*[...]*

### *3.- TIPO DE CAMBIO ASONAV*

*Se determina la necesidad de restablecer el denominado “Tipo de cambio Asonav” a partir del 16 de noviembre de 1995 con el objeto de proteger a las líneas de brúscas 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.- Periodo semanal: El cambio se determina el día miércoles y tiene vigencia a partir del día siguiente o sea jueves.*

*3.2.- Notificaciones: A partir de las 3 pm 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 [...] También se puede consultar el diario La República [...].*

### *Fórmula y base de cambio*

*Con base en el periodo aritmético del tipo de cambio para venta de la divisa en los últimos 5 días hábiles, publicado en la República, se le aplica el factor resultante de la fórmula matemática expresada en términos de porcentaje y para cada semana.*

*FD= factor de devaluación anualizada en lo corrido del año, del día miércoles, publicado por el diario la República.*



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*El resultado es el tipo de cambio esperado durante un periodo de 8 días, que es el que transcurre normalmente entre la expedición de la factura, su pago, y el pago de las divisas al exterior.*

Otros

*-Se producirá un comunicado a los importadores y exportadores, publicado en un diario de circulación nacional. Igualmente se producirá la publicación diaria del tipo de cambio semanal en el diario La República.*

*-En los B/L se estampará un sello que diga: “El presente flete se liquidará al tipo de cambio Asonav vigente el día del pago.*

*-La fijación del tipo de cambio semanal se efectuará por la Secretaría, previa consulta con el Presidente [...]”.*

142.1. En el Acta núm. 479 de 29 de enero de 1996 se estableció lo siguiente:

*“[...] Tipo de cambio Asonav*

*Estudiada con profundidad por parte de la Junta Directiva el desarrollo que ha tenido la reimplantación del tipo de cambio Asonav, la Junta Directiva estuvo de acuerdo en afirmar las ventajas que ello había tenido.*

*Sin embargo, puede presentarse esporádicamente un problema, y es el que se refiere a un salto brusco de la tasa de cambio, lo cual, ninguna fórmula por perfecta que sea puede prever.*

*Por consiguiente y para conjurar posibles distorsiones, la Junta Directiva aprobó introducir las siguientes cláusulas adicionales al Acuerdo vigente:*

*PRIMERO: Cuando el promedio aritmético de los cinco días anteriores al día del cálculo del promedio ponderado de venta, sea inferior a la TRM (Tasa Representativa del Mercado), del día del cálculo, se tomará este último a manera de promedio.*

*SEGUNDO: El índice de devaluación que se utilizará será el de la devaluación de los doce últimos meses.*

*TERCERO: Cuando el mercado fluctúe fuertemente, se establece una cláusula de salvaguardia, según la cual en una misma semana y/o mes se podrían emitir más de un tipo de cambio Asonav que neutralice el efecto perturbador.*

*CUARTO: Con los insumos de los ítems primero y segundo y la aplicación de la fórmula prevista, se determinará el tipo de cambio Asonav para la primera semana de un mes tipo, la cual se convertirá en la base para determinar el tipo de cambio de Asonav para la segunda semana del mes (mediante la aplicación del porcentaje de devaluación de los últimos doce meses), y con el mismo procedimiento para la tercera y cuarta semana [...]”.*



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

142.2. En el Acta núm. 506 de 2 de septiembre de 1998 se determinó:

*“[...] Tipo de Cambio Asonav*

*Se examinaron las consecuencias de la devaluación decretadas por las autoridades monetarias, se fijó un nuevo Tipo de cambio Asonav y se acordó hacer un ajuste a las facturas ya distribuidas, las cuales implican facturación adicional.*

*En este tema el gremio debe continuar actuando de forma uniforme. Con el propósito de salvaguardar los intereses de los principales, se acordó facturar en dólares y aceptar el pago en pesos al tipo de cambio Asonav el día del pago. En ese sentido se resolvió hacer una circular Asonav y un aviso de prensa en La República.*

*Mientras dure la inestabilidad de la Tasa de Cambio, se harán modificaciones al Tipo de Cambio Asonav diariamente se así resulta necesario.*

*Se acordó que los clientes que tengan carga liberada y que no paguen el ajuste serán objeto de cancelación de la liberación automática, pues como se dijo las facturas que estén en manos de los clientes deben ser objeto de ajuste con motivo de la devaluación. En esto no podrá haber excepciones.*

*Para el pago de demoras en la reentrega de contenedores se aplicará el Tipo de Cambio Asonav después de 30 días [...].*

142.3. En el Acta 509 de 24 de noviembre de 1998 se determinó:

*“[...] Tipo de Cambio Asonav*

***Se acordó mantener el sistema actual y, en principio subir el diferencial entre la tasa representativa del mercado y el tipo de cambio Asonav de \$ 5.00 a \$ 10.00 a partir del 1 de enero de 1999 [...].”*** (Destacado fuera de texto).

142.4. Posteriormente, se estableció que dicha Asociación adoptó el sistema de fijar el tipo de cambio denominado Asonav, que corresponde a quince pesos M/cte. (\$15,00) por encima de la tasa representativa del mercado.

143. El concepto del Banco de la República solicitado por la parte demandante, en los siguientes términos:

*“[...] Me refiero a su comunicación, en la cual formula consulta acerca sobre la posibilidad legal de implantar para el transporte de carga marítimo un tipo de cambio específico que cubra razonablemente la eventual modificación del tipo de cambio que normalmente ocurre entre la fecha de la facturación y la de pago de los servicios que ha prestado la línea.*



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

[...]

*Como se puede ver, si su consulta se refiere a operaciones que no sean de cambio, es decir a operaciones internas, la regla general es que las obligaciones pecuniarias que se derivan de las mismas deben ser pagadas en moneda legal, aun cuando se hayan pactado en moneda extranjera. Como es necesario encontrar un índice para hacer la conversión a moneda legal de las obligaciones en referencia, la regla consiste en que los contratantes pueden pactar dicho índice, pero ante su silencio, la ley contempla una norma supletoria que consiste en fijar la tasa de cambio representativa del mercado de la fecha en que haya sido contraída la obligación.*

*Ahora bien, dado que su consulta se refiere a la “implantación” de una tasa de referencia por parte del gremio de los agentes navieros, la cual presumiblemente será incorporada a los respectivos contratos, creo conveniente informar a ustedes que en dichos contratos se aplica el principio de autonomía de voluntad previsto en nuestro Código Civil para todos los contratos del derecho privado y por tanto, la tasa calculada por el gremio al que usted representa podrá ser de aplicación en tanto las demás partes de esos contratos la acepten o se adhieran a ella, previo el conocimiento de la tasa de referencia por parte de quien conciente en su aplicación y la incidencia de ella tendrá en el precio final que se está comprometiendo a pagar.*

*Lo anterior, sin perjuicio de los límites que se establezcan en otras reglas que en materia de tarifas haya establecido el Estado colombiano [...].”*

144. Los actos administrativos acusados los cuales fueron expuestos en los numerales 61.1 y 61.2. de esta providencia.

### **Pruebas solicitadas, decretadas y practicadas en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho**

145. La parte demandante solicitó, entre otras, el decreto de las siguientes pruebas<sup>33</sup>:

*“[...] A.- DOCUMENTALES*

*Solicito se tengan como pruebas los documentos que relaciono a continuación*

*1.- Copia del concepto rendido por el Dr. Daniel Mazuera Gómez para el caso particular cuyo original obra dentro del expediente administrativo.*

*2.- Hoja de Vida del Dr. Daniel Mazuera Gómez.*

<sup>33</sup> Folios 35 y 36 del cuaderno núm 2 del expediente



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

3.- Original del Concepto rendido por el Dr. Antonio José Núñez para el caso particular.

#### B.- TESTIMONIO

*Solicito al Honorable Magistrado se señale fecha y hora con el fin de recibir el testimonio del Dr. Antonio José Núñez, en calidad de testigo técnico quien dará testimonio sobre el concepto emitido y aportado como prueba documental dentro del presente proceso, en especial sobre el grado de competencia de la industria naviera y los agentes marítimos, e incidencia de la Tasa Asonav sobre la libre competencia*

*[...]*

146. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia de 24 de junio de 2004 decretó la práctica de las pruebas solicitadas por la parte demandante de la siguiente manera:

146.1. Concepto de Daniel Mazuera Gómez, del cual se extraen los siguientes apartes:

*"[...] El Pago de los Fletes de Transporte Internacional.- Es muy importante señalar que tratándose de un servicio de transporte internacional el precio de los fletes es fijado por las navieras en dólares de los Estados Unidos y no en moneda local. Por eso las facturas con las que se cobran los fletes se expiden en dólares norteamericanos pues se trata de obligaciones cuyo pago, en principio, debe hacerse también en dólares.*

*Al ser los fletes internacionales convenidos y cobrados en dólares deben pagarse, de acuerdo con el Código de Comercio, "en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible". Nótese que la ley no utiliza la expresión "podrán cubrirse" sino "se cubrirán" para significar que el pago debe hacerse en la moneda estipulada para que se le reconozca poder liberatorio, salvo el caso de que esto no "fuere legalmente posible".*

*Ahora bien, en el caso de los fletes de transporte internacional, ¿es esto posible? La legislación cambiaria vigente es muy clara al respecto. Sí bien se establece como regla general la prohibición para residentes en Colombia de realizar operaciones y efectuar pagos entre sí en moneda extranjera<sup>34</sup>, distintas de aquellas que, de acuerdo con la ley, se consideren operaciones de cambio<sup>35</sup>, también prevé la posibilidad de pagar el valor de los fletes de transporte internacional con divisas compradas a residentes en el país provenientes de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario<sup>36</sup>. La razón de ser de este trato excepcional que cobija entre otros también a los pagos de tiquetes internacionales, los gastos personales efectuados a través*

<sup>34</sup> Resolución Externa No. 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República; artículo 75.

<sup>35</sup> Ibídem artículo 7.

<sup>36</sup> Ibídem artículo 76.



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*de tarjetas de crédito , algunas primas de seguros, reaseguros y algunos siniestros que deban pagarse en moneda extranjera, no es arbitraria. Obedece por el contrario al reconocimiento que hace la autoridad cambiaria de que hay pagos de obligaciones que, como los fletes de transporte internacional, por su propia naturaleza se formulan en divisas extranjeras y deben satisfacerse en la misma moneda.*

*El mercado de transporte marítimo es un mercado internacional y sus tarifas, es decir, sus precios, son fijados y convenidos por los sujetos económicos que participan en él, compañías navieras y usuarios o dueños de la carga. Los agentes navieros son simplemente mandatarios comerciales de las navieras y en esta condición no pueden fijar los precios de este mercado.*

*4.- El usuario del servicio puede comprar los dólares para hacer el pago a cualquier residente colombiano que tenga divisas que no deban canalizarse a través del mercado cambiario. Entre estos se encuentran desde luego, las agencias marítimas. Pero así como no puede colegirse que el mayor costo derivado de una tasa de cambio cobrada por alguna de estas personas sea imputable al precio del servicio de transporte marítimo, -ya que se trata de una compraventa de divisas distinta del contrato de transporte--, tampoco podría concluirse que esta misma transacción celebrada con el agente marítimo," previa a la cancelación en dólares del flete, forme parte del precio del transporte.*

*5.- La utilización de la "Tasa de Cambio ASONAV" no es en manera alguna obligatoria y por lo tanto no hay "univocidad (sic) de dicha tasa " como concluye el informe de la investigación ni tampoco establece 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 pagara el valor en pesos colombianos del flete de transporte marítimo internacional ..." como equivocadamente, en mi opinión, afirma la Resolución No. 25402 de 2.002 en su página 14.*

*[...]*

*En la vida real la incidencia que tuvo la aplicación de la tasa ASONAV en el costo de los fletes fue tan pequeña que resulta muy difícil creer que haya significado una genuina alteración de la transparencia en la formación de los precios. Veámoslo con un ejemplo aplicable a un flete contratado por valor de US\$ 10.000.00. El recargo originado en la liquidación (\$150.000.00) hubiera representado apenas el 0.56% del valor del servicio, en nuestro ejemplo, \$26.795.100.00, (resultado de multiplicar la TRM de hoy por US\$10.000) [...]."*

146.2. Concepto del señor Antonio José Núñez Trujillo, en los siguientes términos:

***"[...] La Tasa Asonav no tuvo como objeto la fijación directa o indirecta de precios:***

*La Tasa Asonav no tuvo como objeto la fijación directa o indirecta de precios sino que dicha tasa constituía una herramienta para dar más transparencia al mercado, y de hecho fue promovida por el propio Estado hace casi 50 años para reducir los costos de transacción del sector. Es claro que el objeto de las*



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*empresas navieras y el de los agentes marítimos no es la intermediación en el mercado de las divisas por lo cual no es razonable suponer que deban ofrecerlo al mismo costo que quienes se dedican a esta actividad profesionalmente como las casas de cambio o los bancos, y que otras industrias, tales como las aerolíneas, han tenido prácticas similares por razones análogas (recuérdese las tasas ALAICO y IATA, que siguen vigentes, y de hecho la primera de ellas fue declarada ajustada a la ley para la prevención de la competencia desleal, a pesar de ser más restrictiva que la tasa Asonav.*

***La Tasa Asonav no tuvo como efecto la fijación directa o indirecta de precios:***

*Lo anterior, puesto que dicha Tasa no tuvo como efecto, directo ni indirecto, la fijación de los fletes en dólares ni la de la tasa de cambio dólar peso, que son los dos extremos de los que dependen los fletes (que son el precio del transporte) para los usuarios nacionales.*

***La tasa de Cambio Asonav fue indiferente para la competitividad de los transportes marítimos en Colombia***

*He demostrado que la situación del transporte marítimo en Colombia es un microcosmos del mercado mundial. Están presentes muchos de los grandes competidores. Existen algunos de los mismos mecanismos para establecer algunas reglas de juego (tales como el Colombia Discussion Agreement, que es una especie de conferencia regional). Y existe libertad contractual controlada, dentro del marco de algún tipo de control estatal. Todo lo anterior permite suponer que, en ausencia de otras variables, el mismo resultado debe producirse, que es una competencia intensa y una tendencia descendente en las tarifas (precios) de los fletes. Así lo observamos en efecto de conformidad con testimonios que obran en el expediente adelantada por la Superintendencia, lo cual permite suponer que el comportamiento de los fletes en Colombia es similar al indicado en la Tabla 2 (supra) para la región Iberoamericana. Es evidente que la Tasa Asonav no pudo tener ningún impacto en esta situación, puesto que dicha Tasa era un fenómeno doméstico (una tasa fijada por una organización gremial de agentes marítimos cuya historia se resumirá más adelante) y las tarifas de los fletes son fijadas internacionalmente por las compañías navieras o por las conferencias navieras según el caso.*

*Desde el punto de vista de los competidores extranjeros era indiferente el mecanismo que los contratantes locales utilizaran para adquirir las divisas que utilizarían para pagar sus fletes. Tampoco podía la Tasa Asonav reducir la intensidad de la competencia vista desde la perspectiva doméstica de los usuarios del transporte, como se demostrará en el Numeral 6., infra. Por ahora quiero anticipar que la razón principal para ello es que la Tasa Asonav no era parte en modo alguno de los fletes ni de su manera de pago, sino apenas una opción entre muchas otras para que los usuarios de los servicios de transporte adquirieran las divisas necesarias para pagar sus fletes, y que dicha Tasa Asonav era una tasa de cambio más en un mercado competitivo como lo es el mercado de divisas en Colombia desde la vigencia de la Ley 9 de 1991, por lo cual los oferentes en dicho mercado carecían de poder suficiente para determinar el precio final. Es decir que la Tasa Asonav no reducía el nivel de la competencia ni permitía a los agentes marítimos ni a sus representadas, las empresas navieras, fijar los precios en ninguno de los dos mercados: el de fletes de transporte marítimo internacional y el de divisas en Colombia. Por esta*



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*razón dicha Tasa no reducía la intensidad de la competencia en el primero de tales mercados, razón por la cual considero probado el aserto que sirve de título a esta sección y le doy fin a la misma.*

***La Tasa Asonav no tuvo como objeto la fijación directa o indirecta de precios:***

*[...] Si se tiene en cuenta que el objeto en la norma es entendido como la potencialidad de una conducta para causar daño a un mercado, sin que sea menester que el resultado se produzca, tenemos entonces que este elemento se hace plausible con el comportamiento realizado, pues sin más miramientos surge de bulto un acuerdo por parte de los distintos agentes marítimos investigados para fijar un valor único de divisa que es utilizada para la cancelación de fletes.*

*Esta interpretación podría ser controvertida intensamente, por cuanto infiere la voluntad de causar el perjuicio (la fijación directa o indirecta de precios) a partir de la "potencialidad" de generarlo. Pero no será necesario entrar en tal debate porque en el expediente adelantado ante la Superintendencia obran suficientes pruebas de que la Tasa Asonav fue creada hace casi 50 años, a iniciativa de las autoridades públicas, con clara justificación en el deseo de hacer más eficiente la contratación de transportes haciendo más transparentes sus costos y dotando a los usuarios del transporte de una especie de cobertura contra el riesgo cambiario, y que, de hecho, no es la única tasa de esta clase que existe, y que no es Colombia el único país donde se han aplicado este tipo de tasas. Luego, es lícito concluir que la Tasa Asonav no tuvo realmente por objeto la fijación directa o indirecta de los fletes, y que por tanto no era necesario, y por tanto no era lícito, en tratándose de materia punitiva así fuera administrativa (Artículo 29, Constitución Política), sancionar a ciertas empresas por esta razón, puesto que existía una explicación distinta de presumir su mala intención, y esta explicación contaba con soporte probatorio además reiterado, el cual se basaba en el principio de la buena fe de los particulares, que es constitucional entre nosotros (Artículo 83 de la Constitución Política). Si todo esto es cierto, entonces también debe serlo el título de esta sección.*

*De otra parte, consta igualmente en el expediente que todos los participantes que fueron o son autoridades gubernamental conocían de la existencia de la Tasa Asonav. De lo anterior es lícito concluir que la Tasa Asonav no era consecuencia de un acuerdo subrepticio que tuviera por objeto fijar precios directamente o indirectamente, sino un mecanismo creado hace mucho tiempo a instancias del Banco de la República (es decir, del Estado) para cumplir determinados fines de interés general a los que paso a referirme.*

*[...]*

***La Tasa Asonav no es la única de su clase entre nosotros:***

*Es un hecho conocido, no sólo de quien firma este Concepto, sino de varios de los testigos interrogados en la Superintendencia, que existían, y existen, otras tasas similares a la Tasa Asonav. Existe la Tasa ALAICO, que aparentemente fue evaluada por la Superintendencia y no fue encontrada contraria a derecho. Me consta que existe la tasa IATA (que es posible que sea la misma ALAICO, pero que en las agencias de viajes se sigue conociendo como tasa IATA), la*



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*cual sigue certificándose por esta organización y utilizándose para liquidar pasajes aéreos. ¿No resulta probable que estas tasas, propias de industrias similares entre sí, se hayan originado por motivos similares, y que estos motivos no fueron la intención de los transportadores de aprovecharse de los usuarios de sus servicios mediante la fijación de precios superiores a los que resultarían en un mercado libre? ¿El hecho de que numerosas autoridades estatales los hayan sugerido, conocido o avalado, no es una razón adicional para creerlo así?*

***La Tasa Asonav no tuvo como efecto la fijación directa o indirecta de precios:***

*Sería posible dedicar algún tiempo a considerar cómo la Superintendencia, sin haber probado la intención de causar daño (el objeto del acuerdo restrictivo de la competencia, que es fijar precios directa o indirectamente), tal como se vio en el Numeral 5 precedente, opta por aplicar igual método a la prueba del efecto del acuerdo restrictivo de la competencia la (determinación directa o indirecta de precios) y simplemente presumirla.*

*No deben ser muchas las normas que las personas pueden violar sin tener la intención de hacerlo y además sin que externamente pueda observarse alguna consecuencia de tal violación. ¿Qué se castigaría en tal caso, la intención de causar el daño, o el daño causado? y si ninguno puede probarse, ¿cuál es la base para la sanción? Pero tales reflexiones me llevarían más lejos de lo conveniente de mi objetivo, que es demostrar que la Tasa Asonav no tuvo como efecto determinar directa o indirectamente el precio de los fletes.*

*Esto es fácil de demostrar. Si es cierto que el precio en pesos de unos fletes internacionales es igual a la multiplicación de los fletes (en dólares) por la tasa de cambio a pesos colombianos, entonces, si es cierto también que la Tasa Asonav no determinó los fletes en dólares, ni la tasa de cambio en pesos, debe concluirse necesariamente que la Tasa Asonav no fijó directa ni indirectamente los fletes, que son el precio del transporte.*

***La Tasa no determinó directa ni indirectamente los fletes en dólares:***

*La Tasa Asonav no pudo haber determinado directa ni indirectamente los fletes en dólares, puesto que, como ya se dijo, tales fletes son establecidos por las compañías navieras multinacionales, que controlan la casi totalidad del mercado colombiano, y éstas muy probablemente toman sus decisiones al margen de cualquier tasa de cambios entre el dólar y una moneda marginal globalmente como el peso colombiano. De otra parte, es fácil percatarse de que las compañías mismas no determinan sus propios fletes (con o sin Tasa Asonav), porque si así fuera tenderían a incrementarlos y no a reducirlos, como ha ocurrido en los últimos años en todo el mundo (recuérdese la Tabla 3, supra).*

*Luego la Tasa Asonav no determinó ni directa ni indirectamente los fletes en dólares.*

***La Tasa Asonav no determinó directa ni indirectamente la tasa de cambio peso-dólar:***



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*Está suficientemente demostrado en el expediente adelantado por la Superintendencia que los fletes se denominan en dólares u otras divisas y no en pesos. Luego la tasa de cambio peso-dólar en sentido preciso no son parte del precio de los fletes, puesto que la obligación del que contrata el servicio es pagarlos en divisas, y el lugar y modo en que los adquirirá es asunto suyo y no del transportador ni del agente. Cosa distinta es que los agentes, por las razones vistas en el Numeral anterior de este Concepto, hayan resuelto ofrecer a sus clientes la posibilidad de adquirir de ellos las divisas necesarias para pagar los fletes. Para quien escribe es claro que éste es un negocio distinto del primero, que se mueve en un mercado completamente diferente. ¿En qué mercado se mueve? En el mercado de las divisas. ¿Cómo es este mercado? Libre. ¿Cómo se fijan los precios en los mercados libres? Por la libre competencia de la oferta y la demanda. Para demostrar que la Tasa Asonav violó la ley (Decreto 2153 de 1992 en la norma citada por la Superintendencia) habría que demostrar que de alguna forma los transportadores o sus agentes pudieron determinar la tasa de cambio peso-dólar (puesto que las transacciones entre el peso y otras monedas fuertes como el Euro normalmente pasan por el dólar) directa o indirectamente. Esta es una tarea de una ambición tal que no sorprende que la Superintendencia haya decidido omitirla simplemente presumiéndola hecha. Daré alguna evidencia de que mi afirmación (que la Tasa Asonav no determinó directa ni indirectamente la tasa de cambio peso-dólar) es acertada.*

*Habiéndose probado hasta donde ello debe hacerse que la premisa mayor (que el flete en pesos del transporte marítimo es el resultado de multiplicar dos términos distintos: (1) el precio en dólares o divisas, que es el verdadero precio de los fletes internacionales, puesto que éstos se cotizan en dólares o divisas; y (2) la tasa de cambio de los dólares o divisas a pesos colombianos) y la menor (que la Tasa Asonav no determinó ni directa ni indirectamente el precio en dólares o divisas de los fletes internacionales, ni tampoco determinó directa o indirectamente la tasa de cambio del mercado) se cumplen, queda igualmente probado a suficiencia que la Tasa Asonav no fijó directa ni indirectamente los fletes, que son el precio del transporte. [...]”.*

143.3 El testimonio del señor Antonio José Núñez Trujillo del cual se extrae lo siguiente

*“[...] PREGUNTADO.- Sírvase decir el declarante, si usted ha trabajado o asesora a la sociedad MAERSK Colombia S.A, en caso afirmativo en que época. CONTESTÓ.- No he tenido vínculo con la sociedad mencionada. PREGUNTADO.- Sírvase decir el declarante, si ha asesorado al señor Torsten Malling Hartmann, en caso afirmativo en que época y por qué concepto. CONTESTÓ.- No. PREGUNTADO.- Sírvase decir el declarante, si usted ha trabajado o asesora a la Asociación Nacional de Navieros, en caso afirmativo en que época y en que materias. CONTESTÓ.- No. PREGUNTADO.- Sírvase decir el declarante, si usted es asesor en Transporte Marítimo. CONTESTÓ.- Si, he trabajado como consultor en la ciudad de Londres en la firma ACCENTURE, entre 1999 y 2002 y tuve la oportunidad de tener contacto con esta Industria, En abril do 2003, preparé para el doctor Gustavo Tamayo, abogado de este proceso un concepto sobre la tasa ASONAV y la libre competencia en el mercado de transportes marítimos de Colombia, el cual obra en el expediente, PREGUNTADO.: Sírvase manifestarle al Despacho, teniendo en cuenta su capacitación profesional y su experiencia en la Industria naviera sírvase decir, que*



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

competencia legal tiene la Industria naviera y los agentes marítimos para fijar la tasa ASONAV, CONTESTÓ,- Aunque en mi concepto, no me refiero estrictamente a temas de legalidad sino aspectos de negocios y financieros, estimo personalmente que quienes fijan la tasa ASONAV, **seguramente** lo hacen con la misma facultad de que disponen todos los particulares, para establecer las condiciones en que están dispuestos a contratar con terceros. [...] PREGUNTADO.- Sírvase decir el declarante, desde el punto de vista técnico, en su concepto cuál es el grado de competencia dentro de la industria naviera y los agentes marítimos. CONTESTÓ.- La industria naviera global a la que me refiero primero es intensamente competitiva. Con esto quiero decir, que las empresas que la componen compiten intensamente entre sí, para aumentar sus ventas y utilidades. Una industria altamente competitiva se caracteriza por que no tiene jugadores dominantes, es decir, empresas que dominen el mercado, por los márgenes de rentabilidad son bajos y porque muchos de los factores de costos no son controlados por la industria, sino que son ajenos a esta, me refiero a la tabla 1, visible a folio 133 del expediente, muestra que en la industria naviera hay muchos jugadores de tamaño significativo, y que ninguno de ellos tiene un porcentaje importante de la capacidad instalada. Los cinco más grandes transportadores del mundo, tienen menos del 50 por ciento de la capacidad instalada. Esta industria tiene elevados requisitos de capital, debido al gran volumen de los barcos y su creciente sofisticación técnica, dirijo la atención del Despacho a la gráfica No. 1, a folio 135 del expediente, dicha gráfica muestra los indicadores de bolsa de USA, para el mercado en general y para la industria naviera, esta tiene peor rentabilidad para sus inversionistas que el mercado en general, como puede verse en la gráfica No. 4 a folio 138 del expediente, el crecimiento en las ventas del sector ha sido muy bajo, y como puede verse en la gráfica No 5 las variaciones de ventas son sumamente erráticas. Una dificultad de esta industria, es que tiene exceso de capacidad instalada y en eso se parece a la industria aeronáutica o ensambladoras de carros. Este tipo de industria puede ser rentable si trabaja con un nivel elevado de utilización, es decir, los barcos viajan llenos y no pasan nada de tiempo en el muelle. En una industria de estas características en la cual además el margen financiero como puede verse en la gráfica 7 de mi concepto, visible a folio 142 del expediente es muy bajo, la competencia es intensa por llenar los barcos al máximo, mantenerlos en continuo funcionamiento. De hecho las empresas, muchas de las cuales tienen capital Estatal, tienen incentivo para ofrecer sus servicios incluso a pérdida siempre que los fletes sean suficientes para cubrir los costos variables. De allí la figura de las conferencias que son acuerdos globales entre las empresas navieras para fijar condiciones de prestación de sus servicios y que tienen respaldo legal, internacional y también en Colombia. La industria naviera Colombiana es sustancialmente una versión a escala de la industria global y está controlada por la misma dinámica, las empresas activas en Colombia son las mismas que están activas en los mercados globales, la presencia de empresas locales es mínima y por tanto el grado de competencia en Colombia es similar al que se conoce globalmente, que es alto. Respecto a los agentes marítimos, mi concepto no se refiere expresamente a ellos, pero entiendo que este mercado debe ser similar al de las agencias de viajes, y por lo tanto debe ser intensamente competitivo. PREGUNTADO.- Sírvase decir el declarante, en su concepto cual es el objeto, de la tasa ASONAV. CONTESTÓ. El objeto en realidad no es único, su objeto histórico es decir anterior a la supresión del régimen de control cambiario en 1991, era establecer una tasa de cambio especial para los usuarios de los servicios de transporte naviero para establecer las condiciones de pago, de los fletes. Los fletes están estipulados en dólares y la moneda legal de Colombia es el peso dado que había control de cambios. Los usuarios del transporte estaban autorizados para hacer los pagos en pesos, a la tasa ASONAV, establecida para el efecto. Después de 1991, la tasa ASONAV, perdió esta justificación por que los usuarios del transporte naviero, podían adquirir los dólares



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*en el mercado libre, a la mejor tasa que consiguieran. Si la tasa se conservó después de 1991, es porque era útil tanto a los transportadores como a los usuarios de sus servicios, Si así no hubiera sido los usuarios hubieran optado por comprar los dólares en el mercado libre en todos los casos, con lo cual la tasa ASONAV hubiera desaparecido. La tasa se justificaba después de 1991, porque por un lado le daba a los usuarios una señal fácil de conocer de la tasa a la que estaban aceptando pesos los transportadores. Eso reducía los costos de transacción y les facilitaba la toma de decisión. Respecto de los transportadores debe tenerse en cuenta que ellos no son profesionales del mercado cambiario, la tasa les ayudaba a establecer una conversión aceptable en términos de la estructura de costos del transportador promedio. Creo que en la época de la sanción, por la superintendencia de Industria y Comercio, la tasa aun cumplía ese objeto.- PREGUNTADO.- Sírvase decir el declarante, en su concepto que incidencia tiene la tasa ASONAV sobre la libre competencia. CONTESTÓ. No creo que tenga ninguna incidencia digna de mención sobre la competencia en la industria naviera, en cuanto a los fletes se da en dólares por que en esa moneda están denominados tales fletes. En un contexto de libre mercado cambiario, la existencia de la tasa ASONAV, no impedía a los usuarios adquirir los dólares como mejor quisieran y en las condiciones que les fueran favorables. Hay que tener en cuenta que la equivalencia en pesos de los fletes no es un factor del mercado del transporte naviero puesto que los fletes se denominan en dólares. Luego el mercado naviero, no puede verse afectado en su competitividad por dicha tasa —. PREGUNTADO.- Sírvase decir el declarante, que factores hacen parte de la tasa ASONAV. CONTESTÓ.- No conozco la forma como se calcula pero creo que se determina según la estructura de costos de la obtención de las divisas y el riesgo cambiario del transportador promedio. Se le otorga el uso de la palabra a la apoderada. PREGUNTADO.- Sírvase decir el declarante, si en la industria de transporte marítimo en Colombia, es posible que uno o varios competidores tengan tanto poder en el mercado para fijar precios. CONTESTÓ.- No lo creo, como dije antes la estructura de la industria domestica de transporte naviero, es muy similar a la industria global, los participantes son los mismos y ninguno parece tener capacidad de dominio sobre la industria. PREGUNTADO.- Sírvase decir el declarante, si considera que en el mercado de transporte marítimo, Colombiano hay o no posición dominante y por qué. CONTESTÓ. Según mi conocimiento, en el mercado de transporte marítimo en Colombia no hay posición dominante, sino de que se trata de un mercado competitivo, por las razones mencionadas en la respuesta anterior.- PREGUNTADO.- Sírvase decir el declarante, indicar si en su concepto la tasa ASONAV, le resta trasparencia y libertad a la industria de transporte marítimo en Colombia. CONTESTÓ.-En mi concepto, la tasa ASONAV, es un mecanismo que sobrevivió después de la liberación cambiaria en 1991, porque resultaba útil para los participantes en el mercado de transporte naviero en Colombia, no creo que la tasa tenga los efectos nocivos señalados en la pregunta, porque entiendo que los usuarios del transporte, conservan la facultad de adquirir las divisas para pagar los fletes en el mercado libre y dicho mercado es enteramente autónomo respecto de la tasa ASONAV. PREGUNTADO,- Sírvase decir el declarante, de acuerdo a su respuesta anterior, considera usted que la Tasa ASONAV, reporta beneficio a los consumidores y usuarios en términos de practicidad. CONTESTÓ.- En la medida en que la tasa ASONAV, facilita a los transportadores, la prestación del servicio de cambio de divisas para el pago de los fletes, y en cuanto dicha tasa, sirve como señal para los usuarios del servicios en su toma de decisión, sobre la compra de las divisas, la tasa ASONAV, en mi concepto, es beneficiosa para este mercado. . PREGUNTADO.- Sírvase decir el declarante, indicar si en su concepto la tasa ASONAV, tuvo como objeto la fijación directa o indirecta de precios. CONTESTO.-. En mi concepto, la tasa ASONAV, no tuvo tal objeto, ni dentro de un mercado de libre competencias de*



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

*divisas, tuvo tal efecto. No siendo otro el objeto de la presente diligencia se firma una vez leída y aprobada por los que en ella intervinieron [...].*

147. La parte demandante, en la segunda instancia, no solicitó el decreto y práctica de pruebas.

### **Solución a los problemas jurídicos planteados**

148. Visto el marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales en la parte considerativa de esta sentencia, la Sala procede a realizar el análisis del acervo probatorio, para posteriormente, en aplicación del silogismo jurídico, concluir el caso concreto, de la siguiente manera:

#### **Primer cargo de apelación: vulneración del debido proceso**

149. La parte demandante sostiene que se **vulneró su derecho fundamental del debido proceso** por: i) la falta de traducción de los documentos expedidos en idioma distinto al castellano; ii) la falta de valoración probatoria, los conceptos rendidos por los señores Antonio José Núñez y Daniel Mazuera Gómez y del testimonio del señor Antonio José Núñez, lo que, en su criterio, produjo: a) una falsa motivación de los actos administrativos acusados toda vez que los contratantes del servicio de transporte marítimo siempre tienen la posibilidad de acudir a cualquiera de los intermediarios del mercado cambiario para la adquisición de divisas lo que significa que el uso de la tasa Asonav es facultativa y no obligatoria y b) la presunta vulneración de los principios de legalidad y tipicidad, en la medida que la tasa de cambio denominada Asonav se constituía en una facilidad común, circunstancia tipificada como una excepción de acuerdos entre competidores.

#### ***La falta de traducción de las pruebas documentales expedidas en idioma distinto al castellano***

150. En la actuación administrativa, las sociedades: i) Compañía Transportadora S.A.; ii) la sociedad Eduardo Gerlein S.A.; iii) Frontier Agencia Marítima Ltda; iv) Maritans Ltda.; v) Navemar S.A. y vi) Mediterranean Shipping Company Colombia



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

S.A., aportaron como pruebas documentos en idioma distinto al castellano.

151. A su vez, solicitaron a la parte demandada que nombrara a los respectivos peritos para que realizaran la traducción de los respectivos documentos, señalando que los gastos para la práctica de las pruebas serían asumidos por quien solicitó la prueba, conforme lo señala el artículo 57 del Decreto 01 de 1984.

152. Durante el término para la práctica de las citadas pruebas, las sociedades señaladas *supra*, sin que hubieran cancelado el dinero para la práctica de la traducción de los documentos, presentaron garantías para la suspensión de la conducta investigada, las cuales fueron aceptadas por la parte demandada, mediante la Resolución 10713 de 3 de abril de 2002, lo que implicó la terminación de la investigación de dichas sociedades.

153. Determinado lo anterior, es claro que a pesar de que se había decretado como prueba la traducción de los documentos expedidos en idioma distinto al castellano, lo cierto es que dicha prueba no se practicó, toda vez que:

150.1. En primer orden, las sociedades solicitantes de la prueba no realizaron el pago de los honorarios de los peritos, lo que genera que no se cumplan los requisitos señalados en el artículo 57 del Código Contencioso Administrativo para ser apreciadas como pruebas dentro de la actuación administrativa.

150.2. En segundo orden, la parte demandante, en la actuación administrativa, no realizó ninguna actuación tendiente a lograr la práctica de las mismas; por lo tanto, no se vulneran los principios de unidad y comunidad de las pruebas, en la medida en que existe la obligación de valorar las pruebas obrantes en la actuación administrativa para darles el mérito que corresponda frente a la controversia solo de aquellas que cumplan los requisitos señalados en la ley para ser valoradas y así determinar la conducencia, pertinencia, utilidad y licitud de las mismas, lo cual, se repite, no ocurrió en el caso *sub examine*.

150.3. En tercer orden, la parte demandante, en las oportunidades probatorias, en



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

primera y en segunda instancia, no solicitó la práctica de la traducción oficial de los documentos que soportaban el supuesto de hecho que invoca como fundamento del cargo; es decir, que el contenido de los documentos extendidos en idioma distinto del castellano no ha sido traducido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 260 del Código de Procedimiento Civil y, por lo tanto, para la Sala no es procedente apreciarlos con el objeto de determinar si demuestran los hechos que la parte demandante afirma demostrados.

150.4. Por último, como se indicó *supra*, no puede considerarse que la potestad oficiosa del juez señalada en el artículo 169 del Código de Procedimiento Civil tenga por objeto subsanar, mejorar o perfeccionar una prueba que alguna de las partes ha presentado de manera deficiente, ni mucho menos que supla el principio de la carga de la prueba señalado en el artículo 177 *ibidem*.

***La vulneración al debido proceso por la falta de valoración de pruebas, la falsa motivación y la vulneración del principio de tipicidad***

154. La Sala considera que la sentencia impugnada no valoró en forma expresa las pruebas invocadas por la parte demandante, ni expresó sus consideraciones sobre el examen o apreciación de las mismas. Ahora bien, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, la omisión relativa al examen crítico de las pruebas en la sentencia proferida en primera instancia resultará en motivo suficiente para su revocatoria siempre que, en la segunda instancia, la valoración de dichas pruebas y del mérito de los argumentos que las mismas soportan, arroje una conclusión contraria a la ofrecida por el *a quo*.

155. Por tanto, la Sala procederá a valorar los conceptos rendidos por los señores Antonio José Núñez y Daniel Mazuera Gómez y el testimonio del señor Antonio José Núñez<sup>37</sup>, para determinar si desvirtúan o no la legalidad de los actos acusados en los siguientes términos:

152.1. El señor Daniel Mazuera en su concepto: i) reiteró la forma en que son fijados

---

<sup>37</sup> Los cuales fueron transcritos por la Sala en acápites precedentes



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

los valores de los fletes en el transporte marítimo de carga internacional; es decir, por las compañías navieras y las posibilidades para su pago en el mercado de divisas conforme lo señala el Código de Comercio y las resoluciones del Banco de la República; ii) indicó de manera general que la tasa de cambio denominada Asonav no era obligatoria ni existía univocidad; sin embargo, no aportó elementos que sustentaran su afirmación; asimismo, indicó que dicha tasa no incidía en el costo de los fletes, lo cual no es objeto de discusión, sin especificar la manera cómo dicho acuerdo, como precio único en el mercado, no producía un efecto en la tasa de conversión ni el interés jurídico que le asiste al consumidor de encontrar en el mercado una tasa diferente y su posibilidad de aplicación.

152.2. Del testimonio del señor Antonio José Núñez se desprende que desconocía la forma como se calculaba la tasa denominada Asonav. Asimismo, no se refirió a temas sobre la legalidad de la tasa sino aspectos de negocios y financieros, asegurando que “[...] quienes fijan la tasa ASONAV, seguramente lo hacen con la misma facultad de que disponen todos los particulares, para establecer las condiciones en que están dispuestos a contratar con terceros [...]”;

señalando que la tasa de cambio Asonav se adoptó por iniciativa gubernamental en el año de 1960 y que tal circunstancia legitimaba su adopción; es decir, que las mencionadas pruebas no desvirtuaron que dentro del mercado de cambio de divisas, en el cual existe una libertad para su fijación, las partes del contrato de transporte marítimo de carga internacional tenían la posibilidad de escoger y aplicar una tasa diferente a la de Asonav.

156. Por tanto, la Sala considera que el testimonio y los conceptos señalados *supra* no desvirtúan la legalidad de los actos administrativos acusados; por el contrario, valoradas las demás pruebas obrantes en el expediente, se pudo establecer lo que se explica a continuación.

157. Las agencias marítimas miembros de la Asociación Nacional de Agentes Navieros - Asonav, entre ellas la parte demandante, obran en el marco de un contrato de mandato comercial en favor de las líneas navieras y frente a los clientes y usuarios de los servicios ofrecidos por dichas líneas; en ese sentido, las agencias



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

obran como representantes de verdaderos competidores en el mercado del transporte marítimo internacional y, en su relación de competencia, cada agencia está llamada a maximizar sus utilidades bajo el principio de la libre competencia. Además, en procura de adjudicarse el favor de su clientela, cada una es libre de adoptar políticas, métodos y precios.

158. El resultado esperado de este comportamiento no debe ser otro que el beneficio común de las partes y, en especial, de los usuarios y clientes, quienes deben encontrar en un mercado de libre competencia suficiente oferta de servicios de calidad y condiciones de venta para acceder al mejor servicio a precios justos y es que, se reitera, la libre competencia económica debe entenderse dentro de los límites propios del bien común, de la prevalencia del interés general y de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

159. Lo anterior implica, conforme con la normativa indicada *supra*, que, por un lado, se encuentran prohibidos los acuerdos o convenios y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos, conductas o sistemas tendientes a limitar o afectar la libre competencia en los mercados como, por ejemplo, aquellos que, desde una posición de control o de dominio, realicen actos o conductas tendientes a, entre otros: i) “[...] *determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado [...]*” o ii) “[...] *que tengan por objeto o [...] efecto la fijación directa o indirecta de precios [...]*” en relación con un bien o servicio.

160. Para efectos de determinar si el acuerdo tuvo o no como propósito la fijación directa o indirecta de precios se debe establecer, por un lado, **si el acuerdo tenía como objeto o propósito específico, directo o indirecto, la fijación de precios;** y, en el evento en que el acuerdo no ostente un propósito restrictivo de la competencia, conforme con la jurisprudencia indicada *supra*, **se deben verificar las consecuencias o los efectos de su adopción** porque, como se explicó, independientemente de su propósito, si se encuentra que el acuerdo tuvo como consecuencia la fijación directa o indirecta de precios y, por ende, una restricción o afectación a la libre competencia, también resultarán aplicables las consecuencias de la norma.



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

161. En el marco de la oferta de servicios de transporte marítimo, el precio del flete es fijado y facturado en dólares de los Estados Unidos de América; por tanto, en virtud de la autorización legal establecida en el artículo 21 de la Resolución Externa núm. 21 de 1993 y el artículo 76 de la Resolución Externa núm. 8 de 2000, expedidas por el Banco de la República, el cliente de una agencia marítima puede realizar **el pago del servicio en dólares de los Estados Unidos de América o en pesos colombianos.**

162. Ahora bien, según las actas de la Junta Directiva de Asonav, se encuentra acreditado que **los miembros de dicha Asociación** suscribieron un acuerdo con el objeto de **establecer la tasa de cambio para la cancelación de los fletes correspondiente al transporte marítimo internacional**, en el evento en que el usuario decidiera realizar el pago de los fletes en pesos colombianos, para lo cual, se tendría en cuenta la tasa de cambio representativa del mercado de una fecha específica, **incrementada en un porcentaje o valor predeterminado.**

163. En dichas Actas, se determinó que en estos eventos “[...] el pago **deberá** hacerse a la Tasa de Cambio Asonav vigente en el momento del pago [...]”.

164. La acepción “*deberá*”, contenida en las Actas de la Asociación, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española<sup>38</sup> significa “[...] **estar obligado a algo por la ley divina, natural o positiva** [...]”; lo que denota el carácter imperativo y obligatorio de dicho acuerdo, cuando se decida realizar el pago en pesos colombianos, no obstante la libertad en el mercado cambiario, conforme lo señalan el Código de Comercio y las diferentes resoluciones del Banco de la República, indicadas *supra*.

165. Esta conducta de obligatoriedad para aplicar la tasa de cambio Asonav fue reiterada por la Junta Directiva de Asonav en el Acta núm. 506 de 2 de septiembre de 1998, al señalar que: i) debido a la devaluación decretada por las autoridades monetarias “[...] se fijó un nuevo Tipo de cambio Asonav y se **acordó hacer un**

---

<sup>38</sup> <https://dle.rae.es/deber>



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

**ajuste a las facturas ya distribuidas, las cuales implican facturación adicional** [...] y ii) al señalar que los clientes que “[...] **no paguen el ajuste serán objeto de cancelación de la liberación automática**, pues como se dijo las facturas que estén en manos de los clientes deben ser objeto de ajuste con motivo de la devaluación. **En esto no podrá haber excepciones** [...]” (Destacado fuera de texto).

166. La Sala considera que la decisión de realizar el pago en dólares de los Estados Unidos de América o en pesos colombianos **debe ser una decisión libre, acordada y espontánea del usuario y del agente, en el marco del acuerdo suscrito entre ellos, que no puede ser condicionado desde una posición dominante**, como ocurrió en el caso *sub examine* en tanto los miembros de la Asociación Nacional de Agentes Navieros - Asonav -*asociación que agremia diversos e importantes agentes marítimos que operan en Colombia*- acordó de forma unilateral el establecimiento de una tarifa adicional cuando el pago se realice en pesos colombianos, aplicable incluso a las facturas ya distribuidas, so pena de la “[...] *cancelación de la liberación automática* [...]”.

167. Ello constituye una práctica restrictiva de la competencia en la medida en que, en **primer orden**, el acuerdo surge con el objeto de determinar en forma general, las condiciones del mercado, en detrimento de la libre competencia y, en especial, de los usuarios del servicio de transporte naviero.

168. En **segundo orden**, se trata de la decisión unilateral de una asociación nacional naviera que agremia diversos agentes marítimos en Colombia que, desde una posición dominante, limita no solamente la potestad de cada agente sino también la de los usuarios, generando una suerte de contrato de adhesión en la que, por efecto del acuerdo realizado entre los integrantes de Asonav, el agente únicamente podía ofrecer al usuario la conversión del flete a pesos colombianos, en aplicación de la tasa de cambio Asonav.

169. Es decir, por efecto del acuerdo, el agente no está en libertad de ofrecer el precio en pesos colombianos a una tasa de cambio diferente a la acordada como tipo de cambio Asonav. Además, si el usuario acude a otro agente encontrará



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

idéntica situación, por efecto del mismo acuerdo, lo cual implica que la medida determina las condiciones del mercado y constituye, en ese sentido, una restricción indebida de la libre competencia, en beneficio de los agentes navieros y en detrimento de los usuarios.

170. Por lo tanto, en los términos señalados por la parte demandada, se sustrae a los contratantes del servicio la posibilidad de acordar la aplicación de una tasa de cambio o conversión diferente en la medida en que, conforme lo señalan el artículo 95 de la Resolución Externa 21 de 1993 y el artículo 79 de la Resolución 08 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, si bien las partes pueden convenir una tasa de referencia distinta a la Tasa Representativa del Mercado, debe entenderse que es por acuerdo mutuo de las partes y no unilateralmente señalada por una de ellas, como ocurre en el presente caso, con la tasa de Cambio denominada Asonav.

171. Por último, el acuerdo generó un impacto en el precio del servicio y en los ingresos de los agentes marítimos, en detrimento de los usuarios del servicio. En efecto, se demostró que el método adoptado por Asonav para la fijación de la tasa de cambio derivó posteriormente en el aumento uniforme y gradual de la tasa de cambio: en principio a \$5 pesos, posteriormente a \$10 pesos y finalmente a \$15 pesos, por encima de la tasa representativa del mercado.

172. Por lo tanto, la tasa de cambio Asonav siempre resultaría mayor a la tasa representativa del mercado, sin que esta pudiera ser inaplicada, en ningún momento, en virtud del acuerdo objeto de estudio. Prueba de ello, se reitera, se encuentra en las actas de la Junta Directiva de la Asociación en la que periódicamente se acordó realizar un ajuste a las facturas ya distribuidas, las cuales implicaban una facturación adicional, realizando modificaciones diarias a la tasa de cambio Asonav, lo cual como consecuencia lógica, derivó en el aumento unilateral y desde una posición asociativa dominante del valor pagado por los fletes.

173. Ahora, si bien es cierto la parte demandante aportó un concepto del Banco de la República según el cual en la República de Colombia existe libertad del



Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

mercado cambiario, también es cierto que en el mismo se estableció “[...] [l]o anterior, sin perjuicio de los límites que se establezcan en otras reglas que en materia de tarifas haya establecido el Estado colombiano [...]”. Al respecto, con posterioridad a la expedición de la Ley 9 de 1991, el mercado abierto ofrecía suficiente claridad sobre las condiciones de oferta y demanda de divisas como parámetros que fijaban diariamente el valor de la tasa representativa del mercado, y que dicho parámetro resultaba más que suficiente para que **cada agencia, en ejercicio de su propia libertad negocial**, adjudicara a sus operaciones una tasa de cambio que se tornara adecuada para su propio negocio y para los usuarios.

174. Para la Sala, el propósito de la tasa de cambio Asonav derivó en un método que por defecto encareció de manera artificiosa, unilateral y prevalida de una posición dominante, la tasa de cambio adoptada para el pago de los fletes en pesos pues la tasa de cambio influye directamente en la mayor cantidad de moneda legal colombiana que se debe pagar por el servicio de transporte marítimo internacional.

175. La estabilidad que presuntamente justificaba la adopción de la tasa Asonav derivó en la fijación discrecional y desde una posición dominante de una tasa de cambio en beneficio de los agentes y sus mandantes, deslegitimándose la excepción de facilidad común como excepción a los acuerdos contrarios a la libre competencia.

176. En suma, se considera que los actos administrativos acusados no fueron expedidos con vulneración al derecho del debido proceso por falsa motivación en la medida en que, valoradas las pruebas en su conjunto y con fundamento en las reglas de la sana crítica, se pudo establecer que la conducta de la parte demandante y demás miembros de Asonav, desde una posición dominante, constituyó un acuerdo que tenía por efecto establecer las condiciones del mercado en relación con el pago de fletes en pesos colombianos a través de la limitación de la facultad de negociación de las partes; todo ello reflejado en la adopción de una tasa de cambio que se debía aplicar en forma obligatoria por los miembros de la asociación, para la conversión a pesos colombianos de los valores de los fletes establecidos en



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

dólares de los Estados Unidos de América, por contratos de transporte marítimo internacional.

177. Es decir, los motivos de hecho y de derecho que sirven de fundamento a los actos administrativos acusados justifican la decisión adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio y, en consecuencia, el cargo de apelación no está llamado a prosperar.

***La vulneración del derecho al debido proceso por la trasgresión del principio de tipicidad***

178. Sostiene la parte demandante que la tasa de cambio Asonav involucraba un método que garantizaba estabilidad en la tasa adoptada para las operaciones de los agentes marítimos y que, con ello, se buscaba establecer un parámetro de referencia que garantizaba transparencia del mercado, no siempre en beneficio de los agentes y podía abrir escenarios de beneficio a los usuarios del servicio, constituyéndose en una facilidad común, circunstancia tipificada como una excepción de acuerdos entre competidores.

179. Al respecto, la Sala encuentra que los argumentos citados, en principio, justificarían económicamente la necesidad de acoger una tasa de cambio para una operación de transporte marítimo internacional, en el marco de la negociación entre el agente marítimo y el usuario del servicio; sin embargo, dichas consideraciones no justifican la adopción de un acuerdo entre un número importante de agentes marítimos en la que, en forma general, se obligaran a renunciar a su libertad de negociación con el usuario y, en ese orden, a fijar la tasa bajo un método único.

180. Las realidades de cada agente y de sus usuarios deben ser diferentes y la formación de la tasa de cambio a reconocer por el pago en pesos colombianos debía estar sujeta a su libertad de negociación, en procura de la libre y leal competencia, más aún cuando el mercado mismo reconoce una tasa representativa del mercado, fijada naturalmente por las fuerzas de oferta y demanda, y suficiente para informar a unos y otros sobre el valor más conveniente para adoptar en sus operaciones.



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

181. Como se indicó *supra*, se encuentra probado que en una etapa temprana de su aplicación, el método adoptado por Asonav desarrolló una fórmula en la que se consideraba la **devaluación o revaluación** proyectada para el periodo de vigencia de la tasa de cambio Asonav y, en dicho evento, podría presentarse la situación favorable para el usuario que alega la parte demandante.

182. No obstante lo anterior, también es cierto que dicho método fue sustituido por la adopción de una **fórmula de obligatoria ejecución** en la que la tasa de cambio Asonav se constituyó para agregar un valor adicional al valor de la tasa representativa del mercado y su vigencia estuvo sujeta a intervalos irregulares de tiempo, a discreción de Asonav, todo en procura de beneficiar a las agencias marítimas, deslegitimándose la *facilidad común* entendida como “[...] cualquier bien o servicio que, no perteneciendo a uno o más competidores puede ser utilizado por diversos actores en un mismo mercado [...]”.

183. En suma, en el entendido que: i) la tasa de cambio Asonav es un precio que un usuario paga por adquirir una divisa; ii) cada agencia está en libertad de aplicar una tasa de cambio por la operación de compra de divisas y iii) el acuerdo analizado tuvo como consecuencia la restricción de la libertad de negociación para que los miembros de Asonav adoptaran una tasa de cambio fijada por dicha asociación: la Sala concluye, conforme a todo lo anterior que dicha conducta se adecúa como típica al tener por objeto o efecto la fijación directa de precios, conforme el numeral 1.º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, lo cual derivó en la imposición de las sanciones señaladas en los numerales 15 y 16 del artículo 4.º *ibídem*.

### **Segundo cargo de apelación: vulneración del principio de igualdad**

184. La parte demandante sostiene que la parte demandada vulneró el principio de igualdad “[...] al considerar esa entidad bajo los mismos presupuestos de hecho, a la aplicación de la tasa ALAICO-IATA como una práctica permitida, mientras que la llamada tasa ASONAV la declaró ilegal [...]”.



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

185. Al respecto, la Sala reitera que la administración debe a los ciudadanos un tratamiento igualitario, en particular en la aplicación de la ley, y que, por lo tanto, la aplicación de una misma norma jurídica a una misma situación de hecho debe arrojar una misma consecuencia. Además, le es exigible a la administración justificar de manera razonada y suficiente cualquier trato diferente.

186. Ahora, la Sala se adentrará en el análisis de los supuestos de hecho de cada uno de los casos que se acusan análogos, y de los elementos probatorios que obran en el expediente para su sustento, para así resolver esta cuestión, de la siguiente manera:

#### ***Supuestos de hecho y valoración probatoria frente al caso Alaico***

187. En cuanto a la naturaleza y objeto del acuerdo analizado, no se discute que el caso Alaico como el presente caso hacen referencia a un acuerdo entre competidores para aplicar de manera paralela y general a los usuarios de sus servicios, una tasa de cambio de dólares de los Estados Unidos de América a pesos colombianos para la realización de transacciones propias de las actividades comerciales de estos competidores.

188. No obstante lo anterior, la Sala encuentra condiciones de mercado y circunstancias económicas y legales que ofrecen diferencias suficientes frente a la necesidad y justificación de una u otra tasa y el propósito que pretenden servir, como se explica a continuación.

#### ***El riesgo cambiario para el usuario final del servicio***

189. Se demostró en este proceso que el usuario final del servicio de transporte marítimo internacional debe, por defecto, realizar el pago del precio del servicio (flete) en dólares de los Estados Unidos de América, ello, en virtud de lo establecido en el artículo 76 de la Resolución Externa núm. 8 de 5 de mayo de 2000, ratificado por el declarante Daniel Mazuera Gómez.



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

190. *Contrario sensu*, al analizar el caso Alaico, la Sala encuentra que en dicho asunto se concluyó que si bien el valor de la tarifa del servicio se fija oficialmente en dólares de los Estados Unidos de América, el usuario final del transporte aéreo, por defecto, realiza el pago del precio del servicio, únicamente, en pesos colombianos. Así lo sostiene y reitera la parte demandante<sup>39</sup>

#### *Los actores en la cadena de servicios*

191. Se demostró en este proceso que el servicio de transporte marítimo internacional involucra, por regla general, dos partes, una compuesta por la línea naviera (armador) y el agente marítimo, que actúa en calidad de mandatario comercial (que compromete a su mandante a cambio de un precio fijado en dólares de los Estados Unidos de América), y la otra compuesta por el usuario final<sup>40</sup>, que puede eventualmente cancelar en la moneda legal colombiana.

192. *Contrario sensu*, en el caso Alaico, el servicio de transporte aéreo involucra multiplicidad de partes, en las que se encuentran el usuario final, el agente, y la aerolínea o las aerolíneas involucradas en ofrecer el servicio en el trayecto requerido por el usuario.

193. Es decir, se trata de una transacción en donde surge una cadena de obligaciones entre unos y otros, donde el precio para el contrato entre el usuario y la agencia se debe fijar en pesos colombianos, mientras los acuerdos entre agencia y aerolíneas o entre aerolíneas se puede fijar y normalmente se fija en dólares de los Estados Unidos de América.

#### *La necesidad de la tasa de cambio de referencia*

194. Se demostró en este proceso que la tasa de cambio Asonav se adoptó por los efectos que podrían tener las fluctuaciones en el valor de las divisas para las líneas navieras, en caso que el usuario final decidiera pagar el flete al agente en

---

<sup>39</sup> Folio 83 del cuaderno principal núm. 1

<sup>40</sup> Folio 74 del cuaderno principal núm. 1



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

pesos colombianos, cuando en principio el pago se debía en dólares de los Estados Unidos de América<sup>41</sup>.

195. *Contrario sensu*, en el caso Alaico, la Sala considera que la necesidad de adoptar una tasa de cambio de referencia obedecía a la necesidad de ofrecer al usuario final del servicio un precio sostenible en pesos colombianos, que a su vez permitiera ofrecer certeza a los actores de la cadena contar con condiciones claras frente a la remuneración de los servicios acordados entre agentes y aerolíneas y entre diferentes aerolíneas (acuerdos “interline”).

#### *El método de fijación de la tasa de cambio*

196. Se demostró en este proceso que el método adoptado por Asonav, si bien partió de una fórmula en la que se adoptaba como principal variable la devaluación estimada del dólar americano, derivó posteriormente en cierta cantidad de pesos adicionales a la tasa representativa del mercado. Por lo tanto, la tasa de cambio Asonav **siempre resultaría mayor a la tasa representativa del mercado.**

197. *Contrario sensu*, en el caso Alaico, la Sala considera que la fórmula adoptada para su cálculo **de manera sostenida ha considerado la devaluación o revaluación estimada del dólar de los Estados Unidos de América**, por lo que permitiría, dependiendo de las circunstancias macroeconómicas, que **la tasa Alaico fuera mayor o menor a la tasa representativa del mercado.**

198. Por tanto, del análisis desarrollado *supra* la Sala permite concluir que no existen razones para juzgar que la parte demandada se encontraba frente a situaciones de hecho análogas que ameritaran resultados idénticos. Lo anterior, al considerar que se trata de dos formas de transporte diferentes y aunque les son exigibles las mismas normas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, mal podría desconocerse las situaciones particulares de cada una de ellas.

---

<sup>41</sup> Testimonio del señor Antonio José Núñez Trujillo, folio 320 del cuaderno núm. 1 del expediente



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

199. En consecuencia, considera la Sala que el cargo por violación del principio de igualdad no está llamado a prosperar, tal como se decidió en la sentencia impugnada.

### **Conclusiones de la Sala**

200. La Sala confirmará la sentencia proferida, en primera instancia, que denegó la nulidad de los actos administrativos acusados, en la medida que: i) no existió vulneración del debido proceso por no haberse ordenado la traducción oficial de documentos otorgados en idioma diferente al castellano que obraban en el expediente administrativo; ii) porque no se produjo la falsa motivación alegada, en la medida que los actos acusados fueron expedidos con base en los hechos puestos a consideración y con la adecuada valoración del material probatorio; iii) porque la parte demandada, a través de los actos administrativos acusados, adjudicó de manera adecuada las consecuencias jurídicas establecidas en el artículo 47, numeral 1.º, del Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992<sup>42</sup> a una conducta que se adecuaba como típica frente a la norma mencionada y iv) porque no vulneró el principio de igualdad en la medida que la situación referida como caso Alaico, resultaba diferente a la decidida a través de los actos administrativos acusados.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley**

### **III. RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida, en primera instancia, el 12 de diciembre de 2011 por la Subsección C, en descongestión, de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

---

<sup>42</sup> “[...] por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones [...]”.



---

Núm. único de radicación:  
250002324000200300326-01  
Demandante: Maersk  
Colombia S.A. y otro

**SEGUNDO:** En firme esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

**NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN**  
Consejera de Estado  
Presidenta

**OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**  
Consejero de Estado

**HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**  
Consejero de Estado

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**  
Consejero de Estado