



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO **57922** DE 2018

(14 AGO 2018)

Radicación No. 12 - 64145

VERSIÓN ÚNICA

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 71692 del 8 de noviembre de 2017 (en adelante Resolución No. 71692 de 2017 o Resolución Sancionatoria), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a **PILOTOS PRÁCTICOS DEL PACÍFICO S.A.S.** (en adelante, **PILOTOS DEL PACÍFICO**), **SERVICIOS DE PILOTAJE DE BUENAVENTURA S.A.** (en adelante, **SPILBUN**), **SERVICIOS TÉCNICOS MARÍTIMOS S.A.S.** (en adelante, **S.T.M.**), **BAUPRES S.A.S.** (en adelante, **BAUPRES**), **PILOTOS MARCARIBE S.A.S.** (en adelante, **MARCARIBE**), **PILOTOS DEL PUERTO DE BARRANQUILLA S.A.** (en adelante, **PILOTOS DE BARRANQUILLA**), **OPERADORES FLUVIALES Y MARÍTIMOS RÍO & MAR R.&M. PILOTOS S.A.S.** (en adelante, **RÍO & MAR**) y **PRÁCTICOS Y MARÍTIMA PRACYMAR S.A.S.** (en adelante, **PRACYMAR**), por haber infringido lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios). Por su parte, impuso sanciones a la **ASOCIACIÓN NACIONAL DE PILOTOS PRÁCTICOS** (en adelante, **ANPRA**) y a la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE PRACTICAJE** (en adelante, **ACEPRAC**), por haber infringido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

Así mismo, se impusieron sanciones a las siguientes personas naturales vinculadas con las empresas sancionadas por incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y/o tolerar la conducta anticompetitiva descrita en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992:

- **FERNANDO PAREJA VALEST**, Representante Legal de **ANPRA**.
- **LUIS HERNANDO MARTÍNEZ AZCÁRATE**, Exrepresentante Legal de **ACEPRAC**.
- **GILBERTO ASPRILLA RIVAS**, Representante Legal de **SPILBUN**.
- **CLAUDIA VIVIANA BENÍTEZ VILLAMIZAR**, Representante Legal de **PILOTOS DEL PACÍFICO**.
- **HÉCTOR ENRIQUE GONZÁLEZ INFANTE**, Exrepresentante Legal de **RÍO & MAR**.
- **LUIS ÁLVARO MENDOZA MAZZEO**, Exrepresentante Legal de **PILOTOS DE BARRANQUILLA**.
- **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO**, Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía.
- **LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR**, Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía.
- **LUIS GUILLERMO VANEGAS SILVA**, Representante Legal de **PRACYMAR**.
- **ÓSCAR ARBOLEDA GIRALDO**, Representante Legal de **BAUPRES**.
- **WILLIAM DANIEL QUIÑONES VILLAMIL**, piloto práctico afiliado a **ANPRA** y socio de **PILOTOS DE BARRANQUILLA**.

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

² Modificado por el Decreto 19 de 2012.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De acuerdo con lo expuesto en la Resolución Sancionatoria respecto de la infracción del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios), la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que:

"(...)

- *SPILBUN, PILOTOS DEL PACÍFICO, RIO & MAR, PILOTOS DE BARRANQUILLA, S.T.M., MARCARIBE, PRACYMAR y BAUPRES, con la participación activa de sus agremiaciones ANPRA y ACEPRAC, acordaron cobrar una tarifa adicional al valor de la maniobra del piloto práctico que venían cobrando a sus clientes, para cubrir los gastos administrativos derivados de la prestación del servicio público de practicaaje.*
- *El acuerdo para fijar la tarifa adicional al valor de la maniobra del piloto práctico fue celebrado en el marco de una reunión realizada el 25 de enero de 2012, la cual fue convocada por ACEPRAC.*
- *En la convocatoria a la reunión del 25 de enero de 2012 realizada por ACEPRAC se anunció que uno de los temas principales a tratar era "definir los costos fijos que por concepto de administración (Radio operación, traslado terrestre del piloto y amarre) se puede empezar a facturar en todos los puertos", por lo que para los convocados era claro que el objeto de la misma consistía en decidir iniciar concertadamente un cobro por gastos administrativos que antes no realizaban.*
- *Antes de la reunión del 25 de enero de 2012, las empresas de practicaaje investigadas no incluían el cobro de los servicios anunciados dentro de la factura que se generaba por la prestación del servicio público de practicaaje.*
- *En la reunión del 25 de enero de 2012, los afiliados a ACEPRAC efectivamente discutieron y aprobaron un cobro adicional a sus clientes por concepto de costos administrativos del 20%.*
- *En el acta de la reunión del 25 de enero de 2012 no existe reparo u objeción alguna por parte de los investigados respecto del acuerdo ilegal alcanzado o de la capacidad de los asistentes para tomar parte de la decisión.*
- *Una vez tomada la determinación de las empresas de practicaaje investigadas de iniciar mancomunadamente el cobro a las navieras de la tarifa acordada, ACEPRAC en unión con ANPRA procedieron a comunicar tal decisión a ASONAV, como representante de las navieras que sirven al comercio exterior en Colombia y agrupa a los principales agentes marítimos.*
- *Las empresas de practicaaje investigadas, así como los pilotos prácticos agremiados a ANPRA, utilizaron de manera conjunta a ANPRA y ACEPRAC para que su determinación de iniciar el cobro de una nueva tarifa fuera más efectiva y aplicada acuciosamente, para lo cual dichas asociaciones enviaron sendas cartas a ASONAV informando el nuevo cobro fruto de la cartelización.*
- *Las investigadas por cuenta propia también advirtieron a ASONAV y directamente a sus propios clientes que empezaría a regir el nuevo cobro por los costos administrativos, y que el mismo se hacía en cumplimiento a las directrices de sus agremiaciones ACEPRAC y ANPRA.*
- *En cumplimiento del acuerdo ilegal logrado por las investigadas en la reunión del 25 de enero de 2012, las navieras fueron desprovistas de la opción de contratar el servicio de practicaaje que mejor se acomodara a sus intereses, como sería en un mercado en competencia en el cual las empresas que prestan el servicio compiten por atraer la mayor cantidad de clientes, y no se comportan como un solo agente que impone un nuevo cobro sin lugar a negociación alguna.*
- *Para ASONAV, como representante de las navieras que contratan los servicios prestados por las empresas de practicaaje, la imposición del nuevo cobro del 20% por las investigadas no solo era considerado como desproporcionado e injustificado, sino que fue percibido como una "acción monopólica" que atentaba contra el libre mercado. Los carteles de precios como el acá reprochado generan precisamente efectos monopólicos al despojar a los consumidores de su derecho a tener diferentes opciones, como está llamado a ser un mercado en libre competencia.*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- En el Expediente obran pruebas de que cada una de las empresas de practicaje investigadas incluyeron en sus liquidaciones y cobraron efectivamente a sus clientes en diferentes fechas el nuevo rubro por costos administrativos en cumplimiento de lo acordado en la reunión del 25 de enero de 2012 convocada por **ACEPRAC**. Lo anterior se verificó incluso para las investigadas que no asistieron a la reunión del 25 de enero de 2012, pero que ejecutaron el acuerdo como miembros de **ACEPRAC**.
- Algunas de las empresas de practicaje investigadas incluso enviaban por separado cartas idénticas informando sobre el cobro por costos administrativos, lo que evidencia que compartieron las gestiones comerciales que adelantaron en el mercado, las condiciones de negociación que presentaban a sus clientes y las labores que emprendieron con el fin de cubrir sus gastos de operación y administración.
- De acuerdo con pruebas obrantes en el Expediente, aun para diciembre de 2015, los investigados continuaban ejecutando el acuerdo logrado en la reunión del 2 de enero de 2012."

Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio determinó la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) por parte de **ANPRA** y **ACEPRAC**, con fundamento en que (i) sus asociados acordaron, en el marco de sus actividades gremiales, un cobro equivalente al 20% adicional del valor de la maniobra del piloto práctico para cubrir los gastos administrativos derivados de la prestación del servicio público de practicaje; y (ii) las agremiaciones le comunicaron a la **ASOCIACIÓN NACIONAL DE AGENTES NAVIEROS** (en adelante, **ASONAV**) la decisión de sus asociados de cobrar un porcentaje adicional, por concepto de costos administrativos derivados de las maniobras de practicaje.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las siguientes sanciones pecuniarias a las empresas de practicaje investigadas por infringir el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios), a **ANPRA** y **ACEPRAC** por infringir el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), así como a 11 personas naturales investigadas por incurrir en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009:

PERSONAS JURÍDICAS		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	PILOTOS DEL PACÍFICO	\$393.203.161.00
2	SPILBUN	\$613.042.827.00
3	S.T.M.	\$191.068.703.00
4	BAUPRES	\$75.247.134.00
5	MARCARIBE	\$59.755.077.00
6	PILOTOS DE BARRANQUILLA	\$28.033.246.00
7	RÍO & MAR	\$53.853.341.00
8	PRACYMAR	\$22.131.510.00
9	ANPRA	\$179.265.231.00
10	ACEPRAC	\$179.265.231.00
PERSONAS NATURALES		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	FERNANDO PAREJA VALEST	\$31.721.831.00
2	LUIS HERNANDO MARTÍNEZ AZCÁRATE	\$46.476.171.00
3	GILBERTO ASPRILLA RIVAS	\$18.442.925.00
4	CLAUDIA VIVIANA BENÍTEZ VILLAMIZAR	\$8.114.887.00
5	LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO	\$77.460.285.00
6	LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR	\$73.771.700.00
7	HÉCTOR GONZÁLEZ INFANTE	\$15.492.057.00
8	LUIS ÁLVARO MENDOZA MAZZEO	\$32.459.548.00
9	LUIS GUILLERMO VANEGAS SILVA	\$24.344.661.00
10	OSCAR ARBOLEDA GIRALDO	\$99.591.795.00
11	WILLIAM DANIEL QUIÑONES VILLAMIL	\$43.525.303.00

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, las personas jurídicas y naturales sancionadas (con excepción de **HÉCTOR GONZÁLEZ INFANTE**, Exrepresentante Legal de **RÍO & MAR**, y **LUIS ÁLVARO MENDOZA MAZZEO**, Exrepresentante Legal de **PILOTOS DE BARRANQUILLA**, quien presentó su recurso de manera extemporánea) interpusieron recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

A continuación, se expondrán los diferentes argumentos planteados por cada uno de los recurrentes:

2.1. Argumentos comunes planteados por PILOTOS DEL PACÍFICO, CLAUDIA VIVIANA BENÍTEZ VILLAMIZAR (Representante Legal de PILOTOS DEL PACÍFICO), SPILBUN y GILBERTO ASPRILLA RIVAS (Representante Legal de SPILBUN)

- Los errores en la definición del mercado relevante generaron incertidumbre respecto del giro que tomaría el marco económico de la investigación, lo cual representa una falta al principio de congruencia.
- La imprecisión en la definición del mercado relevante ofrecida por la Delegatura brinda una flexibilidad que solo beneficia al acusador, en desmedro del investigado, pues a este último le fue imposible desvirtuar las acusaciones al ritmo que la Delegatura modificó las reglas de juego consignadas en la definición del mercado relevante.
- El investigador fue de lo general a lo particular en las acusaciones y guardó para sí la norma de prohibición general, para después aterrizar sobre ella cuando no logró probar el supuesto acuerdo en concreto.
- Es incorrecta la afirmación del Despacho sobre el servicio público de practicaje, en tanto que los servicios de transporte terrestre del piloto y amarre no hacen parte del servicio definido en la ley. La Delegatura incurre en un error al desligar las actividades del piloto práctico de la operación del servicio público de practicaje, pues estas actividades son en sí mismas el componente del mencionado servicio.
- Por el contrario, la Superintendencia de Industria y Comercio incluyó “servicios conexos” como el transporte terrestre del piloto, del personal de amarre y el servicio de radio operadores, sobre los cuales efectúa el reproche en materia de competencia.
- El mercado geográfico no puede ser definido como un mercado nacional dadas las características de cada puerto. Cada grupo de pilotos en una jurisdicción atiende un mercado relevante por sí mismo, en tanto que cada piloto es experto en navegabilidad, clientela y maniobras propias de su área.
- El servicio público de practicaje tiene limitada su operación al conocimiento del piloto del respectivo puerto y a la habilitación de las compañías en cada una de las capitanías o jurisdicciones marítimas, las cuales tienen características que las hacen diametralmente diferentes. Además, la oferta es única por puerto.
- En la medida en que cada jurisdicción tiene características particulares por su ubicación, facilidades de acceso, especialidades por productos y tipo de naves que puedan acceder y prestaciones, no se puede hablar de una jurisdicción nacional ni de un mercado nacional o de servicios de practicaje.
- Sumado a la imposibilidad de las empresas de prestar servicios en puertos distintos a los autorizados por la **DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA** (en adelante, **DIMAR**), la demanda (es decir, las navieras) presenta características en razón al tipo de carga, buque, origen y destino, entre otras, que determinan el puerto específico para realizar el cargue o descargue de su mercancía, lo que hace que no exista sustituibilidad entre las jurisdicciones navieras.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no puede pretender incluir en un solo mercado nacional las circunscripciones de Barranquilla, Santa Marta, Cartagena, no solo porque estas se encuentran ubicadas en el Caribe colombiano, sino porque debido a la estructura y características del transporte marítimo, no puede pretenderse advertir que exista algún grado de sustituibilidad con las jurisdicciones del Pacífico.
- El Expediente tiene dos pliegos de cargos (lo cual representa una flagrante violación a la presunción de inocencia): el de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, que se erige sobre la base de un mercado nacional, y el del Informe Motivado, que se erige la base de un mercado regional. Los investigados no tuvieron oportunidad de defenderse de esta última imputación (que es la que gravita sobre un mercado regional).

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

- Es diferente que un agente de un mercado se defienda de una supuesta cartelización entre ocho empresas, a que se defienda de una supuesta cartelización entre dos o tres, o a que se defienda de una cartelización consigo mismo (como en el caso de Turbo). Los investigados son abandonados a la presunción de una culpabilidad infundada e inconstitucional.
- Los cargos de cartelización en un mercado relevante nacional distan mucho de los cargos de cartelización en mercados definidos por jurisdicción regional. En el primer caso se plantea una cartelización “entre puertos” y, en el segundo, una cartelización “inter-puertos”, con excepción de la jurisdicción de Turbo, donde existe una única empresa. El trámite adolece de nulidades procesales como esta que fueron desestimadas por el órgano acusador.
- No existe material probatorio objetivo que permita desvirtuar la presunción de inocencia de los investigados.
- Los argumentos respecto de la no existencia de la agremiación **ACEPRAC** para la época de los supuestos hechos (25 de enero de 2012 – marzo de 2012), fueron desechados por el Despacho sin mayor reparo y análisis. No debe perderse de vista que **ACEPRAC** solo adquirió vida jurídica una vez fue notificado de la Resolución de Apertura de Investigación y Pliego de Cargos.
- Los investigados no podían ser imputados, investigados y sancionados por supuestamente haber infringido las normas de libre competencia económica mediante una supuesta capacidad que tenía **ACEPRAC** de implementar un sistema o práctica tendiente a limitar la libre competencia, pues este gremio, se reitera, no existía para ese entonces.
- A ninguno de los investigados se les debe sancionar por una conducta que no cometieron. La reunión en la que el Despacho funda el supuesto objeto de la práctica restrictiva de la competencia no obedeció a estamento jurídico alguno, toda vez que la agremiación no existía. Sin gremio, el acta que se pretendió firmar tampoco tuvo efectos para las partes.
- **ACEPRAC** no solo no existía para la época de los hechos, sino que sus actos no eran oponibles a terceros hasta tanto no se le otorgara un patrimonio. Es necesario que exista pronunciamiento de fondo al respecto y que se tengan en cuenta las teorías del patrimonio como elemento esencial de las sociedades para la obtención de personalidad jurídica.
- Como **ACEPRAC** no existía para el momento en que tuvo lugar el “primer pliego de cargos”, la reunión sobre la cual el Despacho construyó la Resolución Sancionatoria y que supuestamente dio origen a las conductas imputadas nunca existió a la luz del ordenamiento jurídico colombiano.
- El 25 de enero de 2012 se reunieron varias personas en su calidad de personas naturales, pero no en calidad de representantes legales de empresas.
- Las empresas de practicaje investigadas nunca estuvieron agremiadas sino hasta el año 2016, cuando nació a la vida jurídica **ACEPRAC** con la inclusión del patrimonio en sus estatutos sociales. No se puede sancionar a un “*nasciturus*” por una práctica restrictiva de la competencia.
- La inexistencia de **ACEPRAC** para la época de los hechos vuelve ilegal la imputación formulada en el “primer pliego de cargos”. Solo queda resolver una supuesta conducta de unas personas naturales que supuestamente facilitaron, colaboraron, ejecutaron o permitieron algo, que legalmente y de forma racional no se sabe todavía qué es.
- La prohibición general no puede ser utilizada para cercenar el derecho constitucional de asociación, la presunción de inocencia y el buen nombre de los agentes de los mercados, dentro de los cuales se encuentra **SPILBUN**. Tal vez lo que la Delegatura intentó imputar fue el artículo 16 de la Ley 1340 de 2009, que es el único que prevé el verbo rector “facilitar”, pero esto no ocurrió.
- La sanción abarca más de lo que puede legalmente. Debido a la imposibilidad geoespacial y a las características de la demanda, los investigados no participan del mismo mercado, más si existe competencia entre las empresas de practicaje que prestan servicio en el puerto de Buenaventura, identificado por la regulación independiente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

- En el presente caso se está ante la presencia de al menos tres (3) mercados relevantes: el mercado relevante con componente geográfico nacional (primer pliego de cargos), el mercado nacional con “efectos regionales” (segundo pliego de cargos) y el mercado de Turbo, que es nacional en ambos pliegos de cargos, pues en su mercado “regional” es el único agente del mercado (es decir, es monopolístico).
- Si no existió un vehículo que, en palabras de la Delegatura, “facilitó” la conducta, entonces difícilmente pudo todo un país y los agentes que operan dentro del mismo en cada puerto ponerse de acuerdo en una concertación irracional.
- Si existió cartelización debería haber existido un margen cartelista, y de haber existido dicho margen debería ser trazable. No obstante, tal margen para el caso de **PILOTOS DEL PACÍFICO** y **SPILBUN** no existió.
- Los cobros de cargos administrativos (servicios complementarios o conexos) realizados por **PILOTOS DEL PACÍFICO** fueron fijados de manera independiente y de forma bilateral con sus clientes, y resultaron en su gran mayoría regresados a las agencias navieras vía descuentos por pronto pago. Así las cosas, tales cobros nunca fueron trasladados al consumidor final vía descuento en los fletes marítimos.
- El supuesto margen capturado fue trasladado a las navieras, quienes paradójicamente fungen como denunciantes. Por ende, si el cobro realizado por **PILOTOS DEL PACÍFICO** y **SPILBUN** fuese ilegal, el supuesto margen cartelista tiene una trazabilidad hasta el denunciante, quien habría maximizado su ejercicio contable a partir de un ingreso que proviene de un supuesto cobro ilegal.
- **SPILBUN** cobró durante el periodo de investigación una tarifa estimada en salarios mínimos, en tanto que **PILOTOS DEL PACÍFICO** cobró una tarifa en dólares. Resulta materialmente imposible configurar una conducta restrictiva de cartelización con cobros en unidades diferentes y por márgenes disímiles.
- El Despacho se refirió de forma fugaz y errática a la significatividad. El presente caso se ha debido archivar con la propia radicación de la denuncia por falta de significatividad. Aunque se afirmó en la Resolución Sancionatoria que en el punto en que se encontraba la presente investigación tal análisis de significatividad resultaba inoportuno, lo cierto es que si una investigación después de abierta deviene en no significativa lo que procede es el archivo inmediato de la actuación. De lo contrario, se estaría gastando el presupuesto de la Entidad de forma fútil, injustificada e innecesaria de cara al mercado.
- La Delegatura tomó como referente para el análisis de la significatividad de la conducta los ingresos totales nacionales que las empresas de practicaje obtuvieron en el año 2012, y respecto de ese valor calculó un porcentaje de participación individual por empresa. Sin embargo, esos análisis carecen de lógica económica, pues pasó por alto elementos propios del mercado que pudieron distorsionar los efectos de la supuesta práctica.
- Según un estudio aportado por **GILBERTO ASPRILLA RIVAS** (Representante Legal de **SPILBUN**), el servicio de pilotaje del Puerto de Buenaventura representa el 1,26% de toda la actividad portuaria, lo cual corrobora la falta de significatividad de la supuesta conducta. Esta, de haber existido, en nada habría afectado la eficiencia y el aparato productivo nacional.
- La supuesta reunión sobre la que gravita el elemento subjetivo u objetivo de la supuesta práctica ocurrió hace más de cinco (5) años. Por ende, la facultad administrativa sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio ya caducó.

2.2. Argumentos específicos planteados por PILOTOS DEL PACÍFICO y CLAUDIA VIVIANA BENÍTEZ VILLAMIZAR (Representante Legal de PILOTOS DEL PACÍFICO)

- **CLAUDIA VIVIANA BENÍTEZ VILLAMIZAR** (Representante Legal de **PILOTOS DEL PACÍFICO**) asistió a la reunión autorizada por la junta directiva de **PILOTOS DEL PACÍFICO**, pero sin poder notarial para representar tal sociedad. Además, lo discutido en la referida reunión nunca fue implementado por **PILOTOS DEL PACÍFICO**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- La empresa **PILOTOS DEL PACÍFICO** solo se encuentra habilitada en una jurisdicción. En virtud de ello, se reitera el error en que incurrió la Superintendencia de Industria y Comercio al determinar un solo mercado geográfico de la prestación de servicios de practicaaje.
- Los cobros efectuados por **PILOTOS DEL PACÍFICO** respecto de los servicios adicionales obedecieron a su estructura de costos, a solicitudes de descuentos particulares y a su propia determinación de tarifas. De la información de facturación de servicios para los años 2012 a 2015 se puede extraer que respecto de cada cliente y cada factura hay un cobro dependiendo de las negociaciones comerciales con cada usuario. Incluso, dentro de un mismo año puede haber variaciones en el porcentaje facturado a un mismo cliente.
- **PILOTOS DEL PACÍFICO** no aplicó una tarifa del 20% del valor del servicio de practicaaje en el periodo 2012 a 2016, ni en periodos anteriores, y si lo hubiese hecho esto se habría dado en un contexto de negociaciones bilaterales con sus clientes.
- Se supone que las empresas cartelizadas no tienen situaciones deficitarias. La existencia de un margen cartelista no es coherente con un ejercicio contable deficitario como el de **PILOTOS DEL PACÍFICO**.
- La situación de pérdida progresiva de ingresos, sumado a la continua pérdida del valor adquisitivo del dólar, permite vislumbrar que la situación financiera de la compañía no iba a ser conjurada bajo la ejecución de los presuntos acuerdos de precios advertidos. Igualmente, las utilidades fueron impactadas por parte de los grandes descuentos comerciales anuales que se otorgaron a los clientes de **PILOTOS DEL PACÍFICO**. Se le solicita al Despacho que observe cómo ha impactado el volumen de descuentos totales que **PILOTOS DEL PACÍFICO** ha trasladado a las agencias a lo largo de estos siete (7) años.
- Pese a que **CLAUDIA VIVIANA BENÍTEZ VILLAMIZAR** (Representante Legal de **PILOTOS DEL PACÍFICO**) contaba con autorización expresa de la junta directiva para asistir a la reunión de **ACEPRAC** y vincular a la compañía con las decisiones tomadas en ella, no tenía poder especial para asistir a dicha reunión. Por consiguiente, no contaba con las facultades legales necesarias para vincular a **PILOTOS DEL PACÍFICO** con las decisiones tomadas en tal espacio. Así las cosas, no le es imputable la responsabilidad que pretende endilgar la Superintendencia de Industria y Comercio, ya que esta responsabilidad se pretende elevar en virtud de su cargo y sus funciones.
- **CLAUDIA VIVIANA BENÍTEZ VILLAMIZAR** (Representante Legal de **PILOTOS DEL PACÍFICO**) no asistió a ninguna otra reunión de **ACEPRAC** con fecha posterior al 25 de enero de 2012.
- No se ejecutaron las decisiones tomadas en la mencionada junta directiva de **ACEPRAC**.
- No existe prueba alguna en contra de **CLAUDIA VIVIANA BENÍTEZ VILLAMIZAR** (Representante Legal de **PILOTOS DEL PACÍFICO**) posterior a junio de 2012, de tal suerte que la capacidad sancionatoria en contra de esta persona natural caducó hace más de 6 meses.
- Por no haberse demostrado la supuesta armonía en los cobros en el servicio público de practicaaje realizados por **PILOTOS DEL PACÍFICO** durante el periodo investigado, se solicita reponer la decisión y declarar la caducidad de la investigación.

2.3. Argumentos específicos planteados por **SPILBUN** y **GILBERTO ASPRILLA RIVAS** (Representante Legal de **SPILBUN**)

- **GILBERTO ASPRILLA RIVAS** (Representante Legal de **SPILBUN**) no puede ser sujeto pasivo de la Resolución Sancionatoria, toda vez que fue demostrado y reconocido por la Superintendencia de Industria y Comercio que no asistió a la reunión del gremio inexistente **ACEPRAC**, en donde se configuró la supuesta práctica restrictiva de la competencia.
- Ni **SPILBUN** ni **GILBERTO ASPRILLA RIVAS** (Representante Legal de **SPILBUN**) podían ser imputados, investigados y sancionados por supuestamente haber infringido las normas de libre competencia económica mediante una supuesta capacidad que tenía **ACEPRAC** de implementar

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

un sistema o práctica tendiente a limitar la libre competencia, pues este gremio, se reitera, no existía para ese entonces.

- Ni a **SPILBUN** ni a **GILBERTO ASPRILLA RIVAS** (Representante Legal de **SPILBUN**) se les debe sancionar por una conducta que no cometieron. La reunión en la que el Despacho funda el supuesto objeto de la práctica restrictiva de la competencia no obedeció a estamento jurídico alguno, toda vez que la agremiación no existía. Sin gremio, el acta que se pretendió firmar tampoco tuvo efectos para las partes.
- **GILBERTO ASPRILLA RIVAS** (Representante Legal de **SPILBUN**) no asistió a la reunión del 25 de enero de 2012. Por ende, ni siquiera él tenía la potencialidad de generar la afectación en el mercado que se le imputa. Además, lo discutido en la referida de la reunión nunca fue implementado por **SPILBUN**.
- La sanción resulta desproporcionada y confiscatoria, teniendo en cuenta los índices de inflación de los periodos investigados y los supuestos incrementos en la tarifa del servicio público de practicaje.
- No existe prueba alguna en contra de **GILBERTO ASPRILLA RIVAS** (Representante Legal de **SPILBUN**) posterior a abril de 2012, de tal suerte que la capacidad sancionatoria en contra de esta persona natural caducó hace más de 6 meses.

2.4. Argumentos planteados por MARCARIBE, LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR (Exrepresentante Legal Principal de MARCARIBE y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía), S.T.M. y LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO (Exrepresentante Legal Principal de S.T.M. y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía)

- Desde la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos existen contradicciones en los cargos formulados que dan cuenta de una falta de precisión. Mientras, de una parte, la Delegatura afirmó que reprochaba el hecho de implementar un cobro conjunto y coordinado del mismo valor, de otro lado justificó la apertura de investigación a tres (3) empresas distintas de un mismo puerto (Santa Marta) por el solo hecho de haber cobrado efectivamente cualquier valor por este concepto, independientemente de las diferencias en los valores que cada empresa hubiera fijado.
- No es lo mismo defenderse de haber acordado la fijación de un valor determinado para cobrar por un mismo concepto (o la forma de calcularlo), que de un acuerdo para incluir dicho concepto en la facturación (independientemente del valor que para aquel determine cada empresa), toda vez que las conductas son radicalmente diferentes.
- La defensa planteada por varios de los investigados se fundamentó en una inadecuada definición del mercado relevante desde el punto de vista geográfico.
- De acuerdo con lo señalado por la Superintendencia de Industria y Comercio, puede afirmarse cualquier cosa respecto del mercado relevante (es decir, que es local, nacional, regional o internacional), lo cual aparentemente es aceptable para el Despacho pero es un absurdo procesal y un atentado contra el derecho defensa del investigado.
- Los investigados se vieron forzados a tratar de desvirtuar una acusación imprecisa, que los obligó a realizar una defensa en abstracto, sin tener certeza sobre si la acusación versaba sobre una fijación directa o sobre una fijación indirecta de precios, entre empresas que prestaban el servicio a nivel nacional en un mercado de igual alcance o entre empresas que prestaban el servicio a nivel regional con alcance geográfico nacional.
- Los investigados no pudieron defenderse porque la imputación no fue clara. La falta de precisión de los cargos no permitió que pudiera adelantarse una defensa que cumpliera con los requisitos establecidos en las normas procesales que rigen estas actuaciones.
- Hay afirmaciones en la Resolución Sancionatoria que muestran que, en ocasiones, el Despacho entiende que la competencia en el mercado de practicaje se da a nivel regional. Sin embargo, en otras ocasiones sostiene que la misma se da a nivel nacional. No es lo mismo defenderse

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

respecto de una conducta de carácter regional que de una conducta de carácter nacional, en la medida que los sujetos y las relaciones de poder de mercado cambian totalmente.

- El Despacho no hizo un análisis juicioso de las condiciones del mercado y el alcance que pudo tener la conducta, pues de haberlo hecho, hubiera visto que este funciona, desde el punto de vista de la demanda y de la oferta, como un mercado regional en el que la competencia se libra únicamente al interior de cada puerto, entre las empresas que tengan presencia efectiva en él.
- Si se trata de un mercado nacional, el poder de mercado de una sola de las empresas investigadas sería prácticamente nulo, lo cual difiere si se trata de un mercado local. Si se trata de un mercado local, se debe verificar la conducta desplegada por cada agente local.
- En relación con el análisis de la significatividad de la conducta, el Despacho no ha realizado ningún análisis respecto del poder de mercado de la oferta y de la demanda en cada uno de los mercados presuntamente afectados, por lo cual no se entiende cómo concluyó el Despacho que se ha afectado todo el mercado en cada capitania.
- En el caso particular de **MARCARIBE** y **S.T.M.**, como no se conoce con precisión si se les imputó haber participado en un acuerdo para realizar un cobro adicional o haber participado en un acuerdo para fijar el monto específico de un cobro, tampoco se conoce si la significatividad de la conducta se analiza respecto de las empresas a las que se les realizó un cobro que no se realizaba antes o respecto de aquellas a las cuales se les realizó un cobro del 20%.
- La competencia entre las empresas se da vía precio y mantenimiento de buenas relaciones. Lo anterior, debido al poder de negociación que tienen los demandantes del servicio de practicaje. En efecto, **MARCARIBE** envió en marzo de 2012 comunicaciones a sus clientes invitándolos a negociar bilateralmente los montos que sería justo cobrarle a cada uno, teniendo en cuenta el número de buques que requieren el servicio de practicaje en Santa Marta y el tiempo de relación comercial que tienen las partes, entre otras variables competitivas.
- Tampoco se ha verificado una afectación en el mercado de Santa Marta, por cuanto no se ha analizado la factibilidad de que, en efecto, el comportamiento de cualquiera de las empresas investigadas en ese puerto pudiera generar un efecto adverso sobre la demanda.
- Desde la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se advirtió que la Delegatura había omitido el requisito esencial de la significatividad, lo cual se debe traducir en una nulidad de la actuación. No obstante lo anterior, en la Resolución Sancionatoria se afirmó que nunca se había advertido de dicha nulidad y que, por ende, esta se encuentra saneada, lo cual es incorrecto. La nulidad ha sido ignorada sistemáticamente por la Superintendencia de Industria y Comercio y se ha optado por omitirla sin siquiera debatirla.
- Se le solicita al Despacho tener en cuenta que **ACEPRAC** no representa ni ha representado las decisiones o intereses de **MARCARIBE**, **S.T.M.**, **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) o **LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR** (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía). Ninguno ha firmado nunca algún documento que los comprometa con dicha asociación o con lo decidido en su interior. Incluso, ninguno asistió ni directa ni por interpuesta persona a la reunión del 25 de enero de 2012, y tampoco han asistido a ninguna otra reunión organizada o promovida antes o después por dicha asociación.
- **ACEPRAC** siempre ha tenido cercanía con las empresas de otras capitánias de puerto, pero nunca con **MARCARIBE** y **S.T.M.**, ya que estas no vieron un valor agregado en hacer parte de dicha asociación, y por eso no tenían mayor interés en ser parte activa de esta.
- En el Expediente no obra prueba alguna de que la decisión del 25 de enero de 2012 hubiera sido comunicada a **MARCARIBE**, **S.T.M.**, **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) o **LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR** (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía), ni existe prueba de que se les haya solicitado autorización para actuar en su nombre ni para comprometerlos en comunicaciones de seguimiento. Las únicas personas autorizadas para comprometerlos son sus

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

representantes legales o sus apoderados. No se puede comprometer su responsabilidad con actuaciones que no fueron consultadas, ni aprobadas ni autorizadas por su parte.

- La Superintendencia de Industria y Comercio omitió pruebas que dan cuenta de que **ACEPRAC** era perfectamente consciente de que no había socializado el contenido de su carta con **MARCARIBE** y **S.T.M.**, y de que no representaba sus intereses.
- El centro del acervo probatorio que se imputa es la reunión realizada en **ACEPRAC** el 25 de enero de 2012. Considerando que ni **MARCARIBE**, ni **S.T.M.**, ni **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) ni **LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR** (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) asistieron a tal encuentro, y teniendo en cuenta que, según la Delegatura, no hubo otro comportamiento de los investigados que se deba interpretar como un acuerdo por objeto, se debe descartar cualquier posibilidad de que estos agentes hubieran incurrido en un cartel de precios.
- Existen razonamientos económicos diferentes a un acuerdo para el caso de **MARCARIBE** y **S.T.M.** para efectos de haber incluido en su respectiva facturación el cobro de un concepto que tuviera el propósito de cubrir los gastos operativos en los que se incurre para la prestación del servicio de practicaje.
- Dejar de cubrir los costos administrativos implicaría para **MARCARIBE** y **S.T.M.** incurrir en una práctica restrictiva de carácter especial (numeral 22.1 del artículo 22 de la Ley 01 de 1991): el cobro de tarifas que no cubren los gastos de operación de una sociedad u operador portuario.
- El Despacho afirma que no reprocha el cobro de estos rubros administrativos, pero posteriormente reprocha que se cobren estos rubros administrativos sin importar el valor que se cobre, por ser siempre “resultados” de un acuerdo. Así las cosas, si hay reproche tanto si se cobra como si no se cobra, pierde sentido el ejercicio del derecho de defensa o el adelanto de la correspondiente investigación. El entendimiento del Despacho es que debe sancionar de cualquier manera.
- Tanto **MARCARIBE** como **S.T.M.** enviaron comunicaciones el 1 de junio de 2012 indicando los valores que cada empresa consideró rentable ofrecer para cada caso, y siempre fue resultado de negociaciones previas y libres con sus clientes. La inclusión de los cobros en las respectivas facturaciones obedece a razones distintas a la reunión del 25 de enero de 2012.
- El hecho de que los fundamentos jurídicos en las comunicaciones de **MARCARIBE** y **S.T.M.** sean iguales no resulta suficiente para considerar que hay acuerdo de precios entre ellas, ya que para esa época contaban con una integración operativa, compartían pilotos y tenían administración conjunta. Por ello, resultaba necesario que se hubiera establecido el cobro de un mismo monto respecto de todas las empresas.
- Según el Despacho, también sería reprochable que empresas de un mismo mercado se hubieran puesto de acuerdo para incluir un rubro en su facturación que antes no existía, cosa que no pasó en el caso de **MARCARIBE** y **S.T.M.**, ya que ambas conocieron simultáneamente de una misma razón para realizar el cobro, so pena de hacerse merecedoras de una serie de sanciones que podrían ser aplicadas por autoridades distintas (investigación a **PILOTOS PRÁCTICOS DEL CARIBE LTDA.** (en adelante, **PILCAR**)) por el deber legal de cubrir sus gastos operativos).
- Son muchas las comunicaciones enviadas por **MARCARIBE** a sus distintos clientes, y en solo una de ellas se estimó un 20% adicional a la tarifa del piloto. En las demás, la empresa fijó distintas tarifas equivalentes al 9%, 11%, 15%, 25%, 32%, entre otros porcentajes. Además, en marzo de 2012 invitó a cada cliente a negociar individualmente el monto a cobrar. Por su parte, **S.T.M.** cobró mayoritariamente un 20% y **BAUPRES** cobró un porcentaje que oscilaba entre 10% y 30%.
- Entre **MARCARIBE** y **S.T.M.** hay variación de su conducta, pese a tener una integración operativa. No se puede imaginar un cartel de precios entre empresas que, con una integración de esa naturaleza, actuaban diferente. Además, **BAUPRES**, que es la otra empresa de Santa

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Marta, tampoco actuó ni como **MARCARIBE** ni como **S.T.M.** No puede haber un cartel consistente en que cada empresa actúe diferente.

- En el Expediente obran dos comunicaciones de contenido casi idéntico que, en diciembre de 2015, enviaron respectivamente **MARCARIBE** y **BAUPRES** a **BULK MARITIME AGENCIES S.A.S.** Dichas comunicaciones no constituyen ni un acuerdo para la fijación de precios ni una continuación del acuerdo imputado. Como la prueba fue recaudada al final de la etapa probatoria, no se corrió traslado a las partes de su contenido ni se les permitió pronunciarse sobre ella.
- El contenido de tales cartas se derivó de una solicitud de **BULK MARITIME AGENCIES S.A.S.** a **MARCARIBE** y **BAUPRES** para que negociaran y enviaran su propuesta de manera conjunta (es decir, no se derivó de un cartel). Además, tales comunicaciones dejan ver que **MARCARIBE** y **BAUPRES** venían cobrándole a este cliente sumas sustancialmente diferentes.
- Estas comunicaciones muestran que en Santa Marta nunca ha habido un acuerdo para despojar al consumidor de opciones de precio en el mercado y que los demandantes de los servicios de practicaje tienen mayor poder de negociación que estas empresas en los puertos.
- Si la conducta que reprocha el Despacho es la coordinación para incluir un rubro en la facturación que cubra los gastos administrativos de las empresas de practicaje, se tendría que probar que el cobro no obedeció a un razonamiento jurídico diferente del acuerdo. Además, es preciso tener en cuenta que en realidad no se estaría afectando el mercado (ya que no se despojaría al consumidor de su derecho a tener diferentes opciones de precio), y que los agentes presuntamente infractores no tendrían la posibilidad de que haya un último momento constitutivo de la conducta, pues no pueden dejar de cobrar el rubro sin infringir automáticamente varias normas jurídicas.
- Si la conducta es tener por efecto la fijación de precios, las propias pruebas presentadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución Sancionatoria demuestran que tal efecto no se dio, pues cada una de las empresas cobraba valores diferentes. Si la conducta por efecto era cobrar una suma, no importa el valor, cabe preguntarse si un acuerdo que tiene por efecto cumplir la ley es anticompetitivo.
- La imputación de la Delegatura no versó sobre el cobro en abstracto de un valor adicional por unos servicios complementarios, sino sobre el cobro de “un mismo valor final”. Es decir, la imputación recayó en el hecho de haberse puesto de acuerdo entre todas para cobrar el mismo valor final (20%) a los clientes. Las pruebas que obran en el Expediente demuestran que nunca hubo una implementación conjunta y coordinada de un mismo valor final.
- Todas las pruebas que el Despacho tiene para imponerles sanción a **MARCARIBE** y **S.T.M.** están caducadas (las últimas son de junio de 2012).
- Hay una contradicción en relación con la caducidad de **MARCARIBE**, pues se dice que el cobro se prolongó en el tiempo por lo menos hasta el 26 de diciembre de 2014, aun cuando las facturas que se relacionan para llegar a tal conclusión son del 19 de julio de 2012 y del 6 de marzo de 2013.
- La fecha de caducidad de **BAUPRES** es más extraña, ya que se presenta una factura del 8 de junio de 2012 y se afirma que la misma demuestra que el cobro adicional fue producto del acuerdo anticompetitivo al que llegaron las empresas en la reunión de 25 de enero de 2012 (pese a que el cobro era del 35% y no del 20%). Además, a partir de la misma factura se afirma que la capacidad sancionatoria para **BAUPRES** operaría el 28 de mayo de 2018, pese a que la factura ya está caducada como prueba.
- Con referencia a **S.T.M.**, el Despacho presenta una factura del 26 de diciembre de 2014, por lo cual la caducidad operaría el 26 de diciembre de 2019. Sin embargo, si en un mismo puerto solo una empresa de practicaje cobra un porcentaje del 20%, no podría hablarse de acuerdo anticompetitivo (sería un acuerdo consigo misma).
- Contrario a lo afirmado por el Despacho, en ningún momento **MARCARIBE**, **S.T.M.** y **BAUPRES** compartieron un mismo formato de cartas ni coordinaron sus conductas para dar a conocer a sus

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

clientes las condiciones comerciales que entrarían a regir por la prestación del servicio de practicaaje; no hay una sola prueba en el Expediente que soporte esa afirmación.

- Es necesario hacer una nueva valoración integral de todas las pruebas incorporadas al Expediente que demuestran que las investigadas en Santa Marta actuaron de manera independiente de los competidores, en aplicación de variables y estrategias competitivas propias y en atención a las reglas de la oferta y la demanda.
- Tanto **MARCARIBE** como **S.T.M.** se encuentran en desacuerdo con que su presunto comportamiento haya tenido siquiera la capacidad de generar un impacto perjudicial en el mercado, pues nunca alteraron variables competitivas de manera artificial. Si todas las empresas estaban obligadas a facturar algún rubro para su sostenimiento y cada una de las tres empresas asumió una conducta competitiva diferente, no resulta claro entender cuál es el supuesto impacto que tuvo sobre el mercado la conducta desplegada.
- La apreciación del Despacho sobre el criterio de dimensión del mercado afectado es desacertada, por cuanto concluye que, como presuntamente la conducta imputada involucró a todos los agentes oferentes de estos cuatro puertos, el cartel alcanzó niveles monopólicos. Lo anterior es impreciso, pues siendo el puerto de Turbo uno de los puertos afectados, en el mismo ya había un monopolio, por lo que no habrá otro como resultado del comportamiento de las empresas. Ningún acuerdo entre **PRACYMAR** y cualquier otra empresa de practicaaje tiene la capacidad de generar un efecto monopólico en Turbo.
- No es mayor la dimensión del mercado afectado por involucrar empresas de distintos puertos que no compiten entre sí. Específicamente, en el puerto de Santa Marta resulta inapropiado hablar de un mercado afectado, pues cada una de las empresas cobraba valores diferentes.
- **PRACYMAR** no necesita acordar ni estandarizar variables competitivas con agentes de otros mercados, pues ella sola tiene la capacidad de determinar unilateralmente las condiciones del mercado de Turbo.
- En relación con el beneficio obtenido por el infractor con la conducta, es necesario que se aclare qué se quiso decir con la expresión *“iniciaron coordinadamente el cobro de una tarifa”*. El término *“tarifa”* se puede asociar a la inclusión o al cobro de un rubro por concepto de servicios complementarios, o a la fijación de un mismo precio de manera coordinada. En cuanto a la definición de *“coordinadamente”*, esta se requiere para determinar el criterio a partir del cual se considera que dos situaciones que pasan en periodos relativamente cercanos son o no coordinadas.
- Respecto del significado del término *“tarifa”*, si se refiere a la fijación de un mismo precio de manera coordinada, la afectación a los bienes jurídicos tutelados por las normas de competencia puede ser alta, mientras que, si se refiere a la inclusión o al cobro de un rubro por concepto de servicios complementarios, no lo sería.
- La falta de definición del término *“coordinadamente”* llevaría a caer en el absurdo de que cualquier empresa de practicaaje que después de enero de 2012 empiece a facturar dicho concepto, debe ser incorporada a la investigación.
- Como en Santa Marta nunca se dio el cobro de una tarifa unificada, no hubo ningún comportamiento por parte de las empresas de ese puerto que pudiera despojar al consumidor de su excedente de manera artificial para así obtener un beneficio ilícito. Además, el Despacho no probó cuánto fue el presunto beneficio obtenido.
- Es necesario que: (i) el Despacho aclare por qué es reprochable el solo hecho de que **MARCARIBE** y **S.T.M.** hubieran sido citados a la reunión del 25 de enero de 2012 y tuvieran previo conocimiento de los temas que se tratarían ahí, cuando no participaron en ese espacio, no tuvieron interés en la reunión y ni siquiera conocieron su resultado; (ii) el Despacho indique cuáles fueron los cobros del 20% que supuestamente **MARCARIBE** empezó a cobrar en marzo de 2012 (en esa fecha solo salieron comunicaciones invitando a los clientes a negociar conjuntamente el monto, lo cual es diferente); y (iii) se aclare que la última factura en la que se encuentra acreditado un cobro por el 20% es del 6 de marzo de 2013, no del 26 de diciembre de 2014 como lo afirmó el Despacho.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

- El Despacho no tuvo en cuenta el criterio de cuota de mercado de la empresa infractora y la parte de sus activos y/o sus ventas involucradas en la infracción. **MARCARIBE** y **S.T.M.** se cuestionan si la conveniencia de ignorar este criterio está en que el Despacho se vería obligado a asignar a cada agente su respectiva cuota de participación de mercado, lo cual lo habría obligado a definir un mercado relevante como de alcance nacional o alcance regional.
- En cuanto al patrimonio del infractor, este no fue usado por el Despacho para graduar la sanción, sino como un único punto de referencia a partir del cual fijó un porcentaje. A todas las empresas investigadas se les fijó una multa equivalente al 15% de su patrimonio, por más que se hubieran hecho juicios de valor distintos en cada situación. Es necesario que el Despacho tenga en cuenta la diferencia fáctica y el nivel de afectación que se pretendió o que se logró para el mercado en cada caso.
- El hecho de imponer una multa basada en el 15% del patrimonio de la sociedad, sin fijarse en el margen operacional de las sociedades ni en su liquidez, hace que la multa impuesta condene a la desaparición de las empresas, pues su escasa liquidez conlleva la imposibilidad de continuar desarrollando su operación ante el cuantioso monto de la multa impuesta.
- La desaparición de las empresas de practicaje, o de algunas de estas, traerá consigo un alto impacto en la economía del país, poniendo incluso en riesgo su comercio internacional, en la medida en que estas son necesarias para el arribo de cualquier embarcación a puertos colombianos.
- No se puede considerar que **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) y **LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR** (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) incurrieron en la conducta imputada, pues no fueron ni hicieron parte del acuerdo alcanzado en la reunión del 25 de enero de 2015. Además, nada de lo que haga la asociación los representa, pues ni avalaron lo que allí se decidió ni lo reiteraron.
- No se entiende de dónde concluye el Despacho que las comunicaciones suscritas por **LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR** (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) y **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) fueron hechas en cumplimiento de los compromisos adquiridos en la citada reunión, pues ellos ni fueron a tal espacio, ni mucho menos adquirieron compromisos derivados de aquel, ni tampoco mencionaron, en ninguna de sus comunicaciones, nada lo que el Despacho asume.
- El hecho de haber conocido de la convocatoria a la reunión no permite inferir que **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) y **LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR** (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) fueron partícipes de lo allí discutido o acordado. Por ende, no puede su comportamiento implicar una “persistencia” en la infracción de la conducta, pues no pueden persistir en una conducta en la cual no han participado.
- Respecto del criterio de impacto que la conducta tenga sobre el mercado, el comportamiento de **LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR** (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) y **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía), en particular en el mercado de Santa Marta, no tuvo nunca ni por objeto ni como efecto una fijación de precios en el mercado.
- Mediante la gestión de **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) y **LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR** (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía), sus empresas participaron en el mercado en distintas formas, lo cual mostró una dinámica competitiva en la que variables como el precio eran múltiples, según se acordara con clientes que tienen poder de mercado. Por ende,

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

no hubo como consecuencia de su actuar una afectación real ni potencial del mercado que hubiera generado o podido generar efectos perjudiciales.

- **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) y **LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR** (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) rechazan el hecho de que el Despacho haya utilizado un criterio basado en el patrimonio de las personas naturales para efectos de graduar las sanciones, ya que, a diferencia del caso de las personas jurídicas, la Ley 1340 de 2009 no previó que este fuera un criterio para tal efecto. Además, ninguno tiene un patrimonio que esté conformado exclusivamente por utilidades, salarios u otros ingresos derivados de su relación con las empresas de practicaje de las que hacen parte. Por lo anterior, la sanción impuesta podría resultar desproporcionada y expropiatoria.
- El Despacho comete un error sustancial de dosimetría al imponer las sanciones a **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) y **LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR** (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía). No hay ninguna prueba o razón para imponerles una sanción sustancialmente más alta que la que se les impuso a las personas jurídicas a las que pertenecen. De acuerdo con la Ley 1340 de 2009, la sanción de personas naturales es de una proporción de 2.000 a 100.000 respecto de la sanción para personas jurídicas. El Despacho debió cuando menos mantener esa proporcionalidad en la dosimetría de la sanción, e imponer el mismo porcentaje del total de la multa que se les impuso a las sociedades a las que pertenecen.

2.5. Argumentos planteados por BAUPRES y ÓSCAR ARBOLEDA GIRALDO (Representante Legal de BAUPRES)

- La Superintendencia de Industria y Comercio, al descartar la significatividad de la conducta, quebrantó el debido proceso constitucional y los principios de tipicidad, legalidad, seguridad jurídica, confianza legítima y competencia reglada.
- Al no aparecer la significatividad de la práctica reprochada como elemento estructurador de la tipicidad de la conducta, la Superintendencia de Industria y Comercio carece de competencia para el adelantamiento de la investigación administrativa, razón suficiente para que se revoquen las sanciones impuestas.
- No se realizó una apreciación integral de las pruebas obrantes en el Expediente respecto de **BAUPRES** y **ÓSCAR ARBOLEDA GIRALDO** (Representante Legal de **BAUPRES**).
- La Superintendencia de Industria y Comercio reconoció que **BAUPRES** no asistió a la reunión del 25 de enero de 2012, pero al momento de decidir la investigación, le dio valor al hecho de que hubiera sido invitada a tal espacio. La simple invitación no convierte a la empresa en gestora, actora ni partícipe del acuerdo.
- La Resolución Sancionatoria afirma que la declaración del representante legal de **ACEPRAC** da cuenta de que **BAUPRES** implementó el acuerdo, aun cuando no precisa de qué manera, en qué momento o con qué planteamiento o afirmación se compromete la responsabilidad de tal empresa.
- Los oficios remitidos por **S.T.M.** y **MARCARIBE** son ajenos a **BAUPRES** y carecen de aptitud demostrativa para concluir que se había enterado de las decisiones adoptadas en la reunión y que había implementado el acuerdo anticompetitivo de precios.
- Si bien existe un oficio generado por **BAUPRES** y remitido a **BULK MARITIME AGENCIES S.A.S.** que guarda identidad con otro remitido por **MARCARIBE** a la misma agencia, lo cierto es que: (i) corresponde a un hecho que tuvo lugar tres (3) años después del supuesto acuerdo; (ii) son los únicos oficios con esas características, por lo cual representan un hecho aislado; y (iii) son producto de una reunión tripartita celebrada entre **BULK MARITIME AGENCIES S.A.S.**, **MARCARIBE** y **BAUPRES**, en la que la primera le pidió a las empresas de practicaje que le generaran propuestas idénticas (incluso, los textos acreditan que **BAUPRES** y **MARCARIBE** venían cobrando diferentes valores por servicios complementarios).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El hecho de que **BAUPRES** hubiera anunciado en una comunicación del 4 de mayo de 2012 que debía incrementar sus tarifas, se debe a que esta empresa participó en una reunión donde las empresas de practicaje reconocieron que no se les estaba cancelando el 100% de la remuneración. En esa reunión, el presidente de **ANPRA** solicitó iniciar investigaciones administrativas de carácter sancionatorio contra las empresas de practicaje que no cumplieran con la retribución de los pilotos, según la resolución de la **DIMAR**.
- Es cierto que **BAUPRES** comenzó a generar un cobro adicional a partir de junio de 2012, pero este cobro lo hizo con un bajo incremento de porcentaje y solo respecto de un número ínfimo de agencias atendidas y de operaciones realizadas.
- Los precios aplicados por **BAUPRES** no son producto de un acuerdo entre empresas, sino que obedecen a valores concertados con sus clientes, que corresponden con las condiciones de mercado y que no afectan la capacidad económica del consumidor.
- Si bien **ÓSCAR ARBOLEDA GIRALDO** (Representante Legal de **BAUPRES**) suscribió una comunicación dirigida a **SEAPORT** en la que referenció que **BAUPRES** debía incrementar sus tarifas, esto no respondió a la ejecución o materialización de algún cartel. Solo se trataba de poner de presente un hecho notorio para ese momento, que era la falta de pago a los pilotos del 100% de la remuneración fijada por la **DIMAR**.
- Bajo el razonamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, cualquier incremento de tarifas efectuado por las empresas de practicaje, en cualquier época y a cualquier porcentaje, era producto de la implementación de un acuerdo de concertación de tarifas efectuado en la reunión del 25 de enero de 2012.
- Los acuerdos anticompetitivos exigen la acreditación de la concurrencia de voluntades; sin embargo, en la presente investigación no existe prueba que demuestre la manifestación de voluntades de **BAUPRES** y/o **ÓSCAR ARBOLEDA GIRALDO** (Representante Legal de **BAUPRES**) de producir, conocer, acoger o implementar un acuerdo anticompetitivo.
- Aunque quedó claro que **BAUPRES** no participó en la reunión del 25 de enero de 2012, la Resolución Sancionatoria incurrió en generalizaciones nocivas al incluir a todos los investigados como partícipes de esa reunión.
- **BAUPRES** formalizó una propuesta de negociación de tarifas a clientes en condiciones que se apartan de los términos del supuesto acuerdo, pues propuso el cobro de un 10% adicional a las tarifas de la **DIMAR** (no de un 20%) a partir de junio de 2012 (no de marzo de 2012) y el cobro de un 10% adicional a partir de enero de 2013.
- Las empresas de practicaje tienen la obligación legal de cobrar tarifas que les permitan solventar sus gastos de operación. El Estatuto de Puertos tipifica como conducta que atenta contra la libre competencia el que las empresas de practicaje cobren tarifas por debajo de tales costos.
- Al momento de decidir la Superintendencia de Industria y Comercio que cualquier cobro adicional a la tarifa señalada por la **DIMAR** es producto de la ejecución de un supuesto acuerdo ilegal, le cercenó de tajo a las empresas de practicaje la opción de subsistir como empresas comerciales.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no ha considerado que las variables que afectan las actividades necesarias para la prestación de servicios de practicaje, en cada mercado local que comporta una zona portuaria, son muy semejantes entre las empresas que allí operan. De ahí se desprende la similitud en los porcentajes del cobro de los costos de operación y gastos administrativos.
- La Superintendencia de Industria y Comercio solamente tuvo en cuenta los ingresos operativos globales y el patrimonio de la empresa para determinar el monto de la sanción y no aplicó los demás criterios para dosificarla.
- La multa debió ser tasada con base en los ingresos involucrados en la supuesta infracción y no en aquellos que se generaron por otro tipo de actividades, ni como producto de la tarifa regulada

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

por **DIMAR**, pues dichos ingresos tienen como destinatarios a los pilotos prácticos y no redundan en beneficio de las empresas.

- Aplicar el criterio de graduación de la multa con base en el patrimonio del infractor resultó lesivo para los investigados, pues su patrimonio resultó convirtiéndose en elemento de agravación.
- Las prácticas reprochadas e imputadas a **BAUPRES** durante los años 2012 y 2013 le dejaron pérdidas financieras. No obstante, la Superintendencia de Industria y Comercio la castiga por cobrar sus costos operativos y agrava su condición patrimonial, exponiéndola a asumir la multa con los ingresos y el patrimonio derivado de tarifas intervenidas por el Estado y determinadas por la **DIMAR**.
- **ÓSCAR ARBOLEDA GIRALDO** (Representante Legal de **BAUPRES**) nunca recibió beneficio o utilidades de la conducta reprochada, toda vez que nunca ha recibido ingresos por cuenta de su ejercicio como gerente y representante legal de **BAUPRES**. Esto ha debido tenerse en cuenta al momento de dosificar su sanción.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta el impacto de la conducta de **ÓSCAR ARBOLEDA GIRALDO** (Representante Legal de **BAUPRES**), la insignificancia de la misma sobre el mercado y el grado de participación en el supuesto acuerdo. En lugar de ello, ignoró las pruebas y optó por sancionarlo utilizando como criterios de graduación de la multa su patrimonio y sus ingresos reportados en 2015, sin analizar el origen de esos ingresos y pese a que tales criterios que no forman parte de los previstos en la ley.
- El patrimonio de **ÓSCAR ARBOLEDA GIRALDO** (Representante Legal de **BAUPRES**) terminó convirtiéndose en elemento de agravación de la pena y no de graduación.
- La multa impuesta está castigando fundamentalmente los ingresos de **ÓSCAR ARBOLEDA GIRALDO** (Representante Legal de **BAUPRES**) como piloto práctico, cuya retribución está fijada por la ley y determinada por la **DIMAR**, y los ingresos por otras actividades no relacionadas con **BAUPRES**.
- No resulta lógico que el gerente de una empresa supuestamente cartelizada resulte sancionado con una multa más gravosa, en proporción equivalente a un 32.35% superior a la multa impuesta al agente de mercado. Se solicita realizar una nueva dosificación de la multa impuesta a **ÓSCAR ARBOLEDA GIRALDO** (Representante Legal de **BAUPRES**) según la regla trazada en la Ley 1340 de 2009, es decir, imponiendo como máximo al 2% de la multa impuesta a la empresa.

2.6. Argumentos planteados por ANPRA, FERNANDO PAREJA VALEST (Representante Legal de ANPRA), RÍO & MAR, PILOTOS DE BARRANQUILLA, y WILLIAM DANIEL QUIÑONES VILLAMIL (piloto práctico afiliado a ANPRA y socio de PILOTOS DE BARRANQUILLA)

- Se solicita resolver si la conducta imputada es significativa a la luz del artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 para definir la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, ya que, de no serlo, no se le debió dar trámite en esa Entidad por ser un asunto netamente de derecho privado.
- Tanto el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia como el Superintendente de Industria y Comercio deben analizar la significatividad de la conducta, especialmente considerando que la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos no tiene recurso.
- Si se tiene en cuenta el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 como parte de la tipicidad de la conducta, es necesario determinar el impacto real que esta tuvo en el mercado. Si el hecho investigado no es significativo, la conducta no se enmarcará dentro de la adecuación típica compleja y no habría posibilidad jurídica de imponer sanción.
- Si se interpreta el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 como contenido de la antijuridicidad en materia de competencia, es preciso tener presente que una conducta que se enmarque en una de las contenidas en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 puede no lesionar o poner en riesgo el interés general del mercado. En ese caso, no sería significativa y, por tanto, no sería reprochable bajo un esquema de responsabilidad de ninguna índole.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El contenido del artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 es imperativo y no discrecional.
- La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante **OCDE**) tiene la misma interpretación en lo que concierne a la significatividad, ya que en sus escritos alude a la aplicación de un criterio "*de minimis*". Desconocer esto implica alejarse por completo de la forma como se aplica el derecho de la competencia en el mundo.
- Siguiendo la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio, cualquier conflicto que ocurra con ocasión de una posición de dominio contractual se debe dirimir en la justicia ordinaria, pues en tales supuestos no hay significatividad por no haber afectación al interés general. Pues bien, en este caso en particular la afectación, si es que hubo, se produjo a un nivel privado.
- El comportamiento de los investigados no es significativo, ya que: (i) no condujo a una apropiación del excedente del productor de las agencias navieras ni les afectó su libre participación en el mercado; (ii) buscó recuperar el excedente del productor que ha sido expropiado por las agencias navieras y que no les permite a las empresas de practicaje ni siquiera el ingreso mínimo vital establecido por ley; y (iii) no afectó el bien jurídico tutelado ni por objeto ni como efecto.
- Se presenta una tensión entre el derecho laboral y el derecho de la competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio le dio prevalencia a las normas de competencia, pese a que los investigados buscaban darle cumplimiento a normas de carácter laboral y al derecho fundamental de los pilotos prácticos de recuperar lo que les correspondía como remuneración justa y respeto a su mínimo vital.
- Se presenta también una tensión entre el derecho de la propiedad privada y el derecho de la competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio le dio prevalencia a las normas de competencia, pese a que las empresas de practicaje y los pilotos prácticos estaban recuperando lo que por ley les correspondía: su propiedad privada (dinero). Tenían derecho a tener una utilidad pues estaban trabajando a pérdida.
- Se debe reconocer que las empresas y las personas naturales involucradas tenían un interés legítimo.
- La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la imposición de sanciones a las empresas de practicaje y a los pilotos, causó un "*resultado perverso*", pues desconoció que estos eran la parte débil de la relación económica y que el artículo 13 de la Constitución Política les otorga especial protección. Quienes estaban causando la afectación de normas laborales y constitucionales resultaron premiados y sin ningún tipo de reproche.
- **ANPRA** no puede ser calificada como responsable directa de un acuerdo de precios empresarial debido a que, al ser una agremiación de trabajadores (no de empresas), no es un "agente económico". Por ende, su comportamiento solo podría ser calificado como facilitador, ejecutor o algo similar.
- Una agremiación de trabajadores que aboga por los intereses de sus trabajadores no puede ser sancionada por tratar de ejercer labores de defensa de sus agremiados para que se les pague lo que la ley señala.
- La sanción impuesta a **FERNANDO PAREJA VALEST** (Representante Legal de **ANPRA**) es excesiva, teniendo en cuenta tanto la conducta desplegada por él como su patrimonio económico. Resulta también exagerada considerando que tiene 80 años, que trabajó muchos años sirviendo al país como piloto de la Armada, que representaba una agremiación de trabajadores y que solo pretendió luchar por sus asociados.
- No se tuvo en cuenta que el representante legal (en su momento) de **PILOTOS DE BARRANQUILLA** buscó a **RÍO & MAR** para que se firmara una carta dirigida a las navieras informándoles acerca del aumento de las tarifas, pero que **RÍO & MAR** se negó a firmar tal documento. Este hecho debe ser tenido en cuenta para reducir o anular la sanción impuesta, pues representó una negativa expresa de ejecución de cualquier acuerdo restrictivo.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

- La Superintendencia de Industria y Comercio usó un número muy reducido de facturas para acreditar que efectivamente **RÍO & MAR** había impuesto la tarifa adicional de 20%.
- La tarifa de **RÍO & MAR** y de **PILOTOS DE BARRANQUILLA** aumentó 20% en el acumulado entre 2012 y 2014, por lo cual no es cierto que haya aumentado 20% de forma anual. En este sentido, el comportamiento de las empresas no encuadra ni en tiempo ni en cuantía en el análisis de la conducta realizado en la Resolución Sancionatoria.
- En el caso de **PILOTOS DE BARRANQUILLA**, igualmente, la Superintendencia de Industria y Comercio analizó un número reducido frente al total de las facturas para evidenciar que hubo un incremento del 20%. Además, es evidente que el aumento no se hizo a todas las navieras ni se usó en todas las facturas después de la reunión del 25 de enero de 2012, por lo que no habría lugar a la imposición de la sanción.
- Frente a **PILOTOS DE BARRANQUILLA** es necesario analizar también la temporalidad del supuesto ilícito, pues la primera factura donde se evidenció un aumento del 20% es de marzo de 2013, es decir, un año y dos meses después de la reunión.
- Frente a **WILLIAM DANIEL QUIÑONES VILLAMIL** (piloto práctico afiliado a **ANPRA** y socio de **PILOTOS DE BARRANQUILLA**), se tiene que se le sancionó con base en un acta de una agremiación de empresas a la que no pertenecía. Además, según afirmó y aclaró ante la Delegatura (durante los alegatos de conclusión), él no propuso ningún aumento en tal encuentro y el contenido del acta de dicha reunión nunca le había sido comunicado. Solo cuatro (4) años después conoció su contenido y lo rechazó de forma categórica. En virtud de ello, no debe haber sanción para esta persona natural.
- Contario a lo afirmado por la Delegatura, el momento para alegar que el acta nunca fue firmada por **WILLIAM DANIEL QUIÑONES VILLAMIL** (piloto práctico afiliado a **ANPRA** y socio de **PILOTOS DE BARRANQUILLA**) y ni siquiera la conocía eran los alegatos de conclusión, pues el término del traslado de la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos es solo para aportar las pruebas que efectivamente se harán valer durante tal audiencia.

2.7. Argumentos planteados por PRACYMAR y LUIS GUILLERMO VANEGAS SILVA (Representante Legal de PRACYMAR)

- En la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, en el Informe Motivado y en la Resolución Sancionatoria se tuvieron criterios dispares sobre el mercado relevante. Mientras el primero se definió como de carácter nacional, en el segundo se dijo que era regional y en el último, pese a que se manifestó que era necesario identificar el territorio, se decidió obviar dicho aspecto. Con esto, se dejó en incertidumbre al investigado frente a qué mercado causó afectación al bien jurídico tutelado, lo cual resulta vulnerador del derecho de defensa.
- Existe incongruencia entre los cargos formulados, los recomendados en el informe motivado y aquellos por los cuales fueron sancionados.
- Teniendo en cuenta las barreras legales, técnicas y de capital humano existentes, es evidente que los mercados relevantes son regionales en el presente caso. Por lo tanto, no se puede sancionar a **PRACYMAR** y a **LUIS GUILLERMO VANEGAS SILVA** (Representante Legal de **PRACYMAR**) teniendo en cuenta que se trata de una única empresa que presta el servicio en el puerto de Turbo. La empresa no podía ser parte de ningún cartel empresarial toda vez que se trata de una situación de monopolio.
- Tal y como lo reconoció el Despacho, **PRACYMAR** nunca cobró el porcentaje del 20% presuntamente acordado en la fecha de celebración del supuesto acuerdo de precios. El aumento que se hizo por parte de esta empresa se implementó mucho tiempo después. Esto permite deducir que, pese a que **PRACYMAR** estuvo presente en la reunión, adoptó su decisión de aumentar sus precios de manera autónoma y no como futo de un cartel con otras compañías.
- El principio de “responsabilidad subordinada” se vulneró al imponerle a **LUIS GUILLERMO VANEGAS SILVA** (Representante Legal de **PRACYMAR**) una multa superior a la que se impuso a **PRACYMAR**. En subsidio de lo pedido respecto de la revocatoria de la Resolución Sancionatoria, se solicita que dosifique nuevamente la multa de **LUIS GUILLERMO VANEGAS**

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

SILVA (Representante Legal de **PRACYMAR**) y se coloque por debajo de la impuesta a la empresa que representa.

2.8. Argumentos planteados por ACEPRAC y LUIS HERNANDO MARTÍNEZ AZCÁRATE (Exrepresentante Legal de ACEPRAC)

- Según consta en el certificado de existencia y representación legal, **ACEPRAC** fue liquidada mediante acta inscrita del 7 de noviembre de 2017, inscrita en Cámara de Comercio el 28 de noviembre de 2017. Por lo tanto, se solicita reponer revocando y archivando la decisión en contra de esta agremiación y de su supuesto representante legal, por ausencia de sujeto pasivo sobre el cual recaiga la sanción.
- Los argumentos respecto de la no existencia de la agremiación **ACEPRAC** para la época de los supuestos hechos (25 de enero de 2012 – marzo de 2012), fueron desechados por el Despacho sin mayor reparo y análisis. No debe perderse de vista que **ACEPRAC** solo adquirió vida jurídica una vez fue notificado de la Resolución de Apertura de Investigación y Pliego de Cargos.
- Como prueba de la falta de existencia de **ACEPRAC**, se resalta que la Cámara de Comercio de Buenaventura se negaba a certificar la existencia de la agremiación hasta tanto no se le constituyera un patrimonio. En atención a ello, **ACEPRAC** se vio obligada a crear un patrimonio de cien mil pesos (\$100.000) para que, una vez cumplida la forma y la solemnidad, naciera a la vida jurídica.
- **ACEPRAC** no solo no existía para la época de los hechos, sino que sus actos no eran oponibles a terceros hasta tanto no se le otorgara un patrimonio. Es necesario que exista pronunciamiento de fondo al respecto y que se tengan en cuenta las teorías del patrimonio como elemento esencial de las sociedades para la obtención de personalidad jurídica.
- El registro ante Cámara de Comercio del que habla el artículo 40 del Decreto 2150 de 1995 no se completó sino hasta junio de 2016. Por lo anterior, resulta “de bulto” que no se formó una persona jurídica distinta a las empresas con intención de agremiarse con anterioridad a esa fecha. Al no existir la persona jurídica, tampoco existen sus actos, derechos ni obligaciones.
- Como **ACEPRAC** no existía para el momento en que tuvo lugar el “primer pliego de cargos”, la reunión sobre la cual el Despacho construyó la Resolución Sancionatoria y que supuestamente dio origen a las conductas imputadas nunca existió a la luz del ordenamiento jurídico colombiano.
- El 25 de enero de 2012 se reunieron varias personas en su calidad de personas naturales, pero no en calidad de representantes legales de empresas.
- Las empresas de practicaje investigadas nunca estuvieron agremiadas sino hasta el año 2016, cuando nació a la vida jurídica **ACEPRAC** con la inclusión del patrimonio en sus estatutos sociales. No se puede sancionar a un “*nasciturus*” por una práctica restrictiva de la competencia.
- **LUIS HERNANDO MARTÍNEZ AZCÁRATE** (Exrepresentante Legal de **ACEPRAC**) no podía ser imputado, investigado y sancionado por supuestamente haber infringido las normas de libre competencia económica mediante una supuesta capacidad que tenía, como representante legal, de implementar un sistema o práctica tendiente a limitar la libre competencia, pues el gremio, se reitera, no existía para ese entonces.
- **LUIS HERNANDO MARTÍNEZ AZCÁRATE** (Exrepresentante Legal de **ACEPRAC**) no tenía capacidad, en la acepción civilista más pura, para determinar la conducta de sujeto natural o jurídico alguno.
- Aun cuando el gremio hubiese existido para la época de los hechos, no existe en el Expediente ni en la Resolución Sancionatoria prueba alguna o suficiente que permita demostrar la existencia de una supuesta conducta posterior al 12 de marzo de 2012, fecha en la que se envió último correo electrónico por parte del supuesto representante legal de **ACEPRAC**. Por lo tanto, la facultad administrativa sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio frente a **ACEPRAC** y **LUIS HERNANDO MARTÍNEZ AZCÁRATE** (Exrepresentante Legal de **ACEPRAC**) caducó el 13 de marzo de 2017.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

- Los supuestos de hecho que se le imputan a **LUIS HERNANDO MARTÍNEZ AZCÁRATE** (Exrepresentante Legal de **ACEPRAC**) no pueden nutrir una adecuada aplicación del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Lo anterior, ya que no existe prueba de constreñimiento de su parte a empresas de practicaje, de seguimiento de la supuesta conducta de cartelización, o de estrategia para la repartición de unos supuestos márgenes cartelistas.
- Se solicita recalcular y dosificar nuevamente la sanción impuesta a **ACEPRAC** en razón a su patrimonio de cien mil pesos (\$100.000). La sanción impuesta, considerando el patrimonio de la agremiación, no solo es desproporcionada sino confiscatoria.
- Se solicita recalcular y dosificar nuevamente la sanción impuesta a **LUIS HERNANDO MARTÍNEZ AZCÁRATE** (Exrepresentante Legal de **ACEPRAC**) en razón a su patrimonio del año 2012, época para la cual la Superintendencia de Industria y Comercio pretendió demostrar la supuesta conducta restrictiva de la competencia. No es proporcional ni ajustado sancionarlo en razón a su patrimonio actual, cuando lo único que se pudo demostrar en su contra fueron algunas comunicaciones firmadas por él en el primer semestre de 2012.
- La Superintendencia de Industria y Comercio investigó y realizó una imputación en contra de **LUIS HERNANDO MARTÍNEZ AZCÁRATE** (Exrepresentante Legal de **ACEPRAC**) en desmedro de su presunción de inocencia. Lo anterior, ya que resulta evidente la inexistencia de un nexo causal entre la conducta desplegada por él y el supuesto efecto en el mercado que hubiese podido generar. Además, era formalmente imposible representar lo inexistente.

TERCERO: Que de conformidad con el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA), este Despacho procederá a resolver los recursos de reposición interpuestos, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

3.1. Consideraciones preliminares

Antes de entrar a analizar los argumentos específicos que se presentaron en los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución Sancionatoria, es importante llamar la atención respecto del hecho de que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están encaminadas a velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales, previsto especialmente en los artículos 88 y 333 de la Constitución Política, los cuales catalogan expresamente esta prerrogativa como un interés colectivo, establecen que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, y señalan que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

En esa medida, mientras el artículo 88 de la Constitución Política alude expresamente al derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica, el artículo 333 *ibídem* les impone a los agentes del mercado una serie de obligaciones y deberes, entre los que se destacan, para efectos del presente trámite administrativo, aquellos relacionados con la imposibilidad de incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia económica, tales como acuerdos anticompetitivos o carteles empresariales, o incluso, actos de naturaleza unilateral, como los actos de abuso de posición dominante en el mercado, entre otras conductas.

Las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio pretenden proteger un derecho colectivo de rango constitucional que le pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos, incluyendo a consumidores finales y a empresarios, que incluso también pueden ostentar la calidad de “consumidores” en algún punto de la cadena de valor a la luz de lo establecido en el régimen de protección de la libre competencia económica.

En consecuencia, se reitera lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria, en relación con que cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia **viola un derecho de todos**, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena. Es precisamente por eso que, protegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los distintos mercados, se garantiza una condición más equitativa para todos los colombianos.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Se reitera igualmente que, en las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos competitivos tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per capita* respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia³.

De acuerdo con la OCDE⁴:

“Resulta claro que los sectores con mayor competencia experimentan crecimientos de la productividad, una tesis confirmada por numerosos estudios empíricos en diferentes sectores y empresas. Algunos estudios han intentado explicar las diferencias en el crecimiento de la productividad entre los diferentes sectores a la luz de la intensidad de la competencia a la que se enfrentan. Otros se han centrado en los efectos de intervenciones favorecedoras de la competencia concretas, en particular en las medidas de liberalización del comercio o la introducción de la competencia en sectores previamente regulados y monopolísticos (como el de la electricidad).

Cabe decir que esta tesis no se cumple solamente en las economías «occidentales», sino que también se ha demostrado en estudios sobre las experiencias japonesas y surcoreanas, así como de ciertos países en vías de desarrollo.

Además, los efectos de una competencia más fuerte se hacen patentes más allá de donde se ha introducido efectivamente una mayor competencia. En concreto, una fuerte competencia aguas arriba en la cadena de producción puede entrañar una mejora «en cascada» de la productividad y el empleo aguas abajo en la misma cadena, y en la economía en general.

Parece que esto se explica principalmente porque la competencia conlleva una mejora en la eficiencia de asignación al permitir que las empresas más eficientes entren en el mercado y ganen cuota, a expensas de las menos eficientes (el llamado efecto entre empresas). Por ende, la regulación o los comportamientos contrarios a la competencia y a la expansión pueden ser particularmente perjudiciales para el crecimiento económico. Además, la competencia también mejora la eficiencia productiva de las empresas (el llamado efecto dentro de la misma empresa), pues parece que las que enfrentan competencia están mejor gestionadas. Esto es aplicable incluso en sectores con fuerte trascendencia social y económica: por ejemplo, cada vez existen más pruebas de que la competencia en la prestación de servicios de salud puede mejorar la calidad de los servicios”⁵.

Según la OCDE, los carteles (como en el que en esta oportunidad se analiza) **constituyen la más escandalosa violación a las normas de competencia**, ya que perjudican a los consumidores a través del incremento en los precios y la restricción de la oferta, haciendo los bienes y servicios completamente inaccesibles para algunos compradores (por lo general los más pobres) e innecesariamente costosos para otros.

En efecto, la libre competencia constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios (consumidores) reciban precios más bajos y bienes de mayor calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. En últimas, la sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas derivan en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica.

En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afectan los recursos de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los productos y servicios que adquieren, bienes con menor calidad, con menor innovación, con menor funcionalidad, con menor servicio al cliente,

³ Centre for Competition, Investment, and Economic Regulation, “*Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?*”. No. 4. 2008. Citado en: Consejo Privado de Competitividad. “*Informe Nacional de Competitividad 2011-2012*”. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia”. 2012.

⁴ OCDE corresponde a la sigla en español para *Organisation for Economic Cooperation and Development* (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos).

⁵ OCDE. “*Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia*”. 2014. Págs. 2 y 3.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

entre otras. Estudios recientes sobre el impacto de los carteles empresariales afirman que, en promedio, los productos sometidos a estas conductas sufren aumentos del 20% de su valor real, por lo que se hace necesario aumentar la capacidad investigativa de las autoridades de competencia, así como el monto de las sanciones a imponer en orden a prevenir que se sigan cometiendo estas prácticas ilegales⁶. Otros documentos académicos hablan de incrementos de hasta el 60%⁷ en los productos o servicios afectados por los carteles o acuerdos anticompetitivos, e igualmente muestran cómo los Estados deben contar con normas y capacidad sancionatoria suficientes que les permitan reprimir las prácticas anticompetitivas, de tal forma que los agentes del mercado no tengan incentivos para incurrir en ellas.

La OCDE estima que, en promedio, los carteles empresariales aumentan el 30% del valor de un producto en el mercado⁸. De allí que la efectiva protección de la libre competencia económica y la aplicación eficiente de sus normas y sanciones sean necesarias para el adecuado funcionamiento de los mercados, la eficiencia económica y, sobre todo, el bienestar general de los consumidores, entre los que se encuentran tanto consumidores finales como compradores intermedios, quienes tienen derecho a que sus proveedores de materias primas, insumos o servicios se ajusten a las normas de protección de la libre competencia económica para poder ellos acceder a más y mejores bienes y servicios.

Como puede verse de todo lo anteriormente dicho, la libre competencia es un derecho colectivo de naturaleza económica y de rango constitucional. Por su lado, este derecho constitucional es desarrollado, entre otras disposiciones, por la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 3 establece los propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por la posible violación de las normas de protección de la libre competencia económica y que tienen como eje central el buen funcionamiento de los mercados. En efecto, los propósitos de las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia económica son: (i) la libre participación de las empresas en el mercado; (ii) el bienestar general de los consumidores; y (iii) la eficiencia económica.

En línea con cada uno de los propósitos contenidos en la Ley 1340 de 2009, es preciso resaltar que la libre competencia económica beneficia el adecuado funcionamiento de los mercados y sectores de la economía y, por esta vía, se protege a los empresarios, generándoles ambientes competitivos. En efecto, en la medida en que las empresas crezcan y se desarrollen en ambientes competitivos, cada día producirán más y mejores productos, lo cual les permitirá conquistar mercados internacionales y ganar, mantener o incrementar cuotas de participación en los mercados locales.

Por otro lado, la libre competencia económica genera eficiencia económica, lo cual parte de la base de que los recursos que la sociedad tiene para adquirir bienes y servicios serán siempre recursos limitados. Así, la eficiencia económica consiste en poder adquirir cada vez más y mejores bienes con esos siempre escasos recursos. Cuando hay sectores con problemas de competencia, coludidos o cartelizados, se extraen ilegítimamente rentas de la economía que terminan acaparadas por los miembros del cartel empresarial. Por el contrario, si hay mercados competitivos, los ciudadanos podrían destinar sus recursos limitados a adquirir más o diferentes bienes y, por la otra parte, los empresarios podrían contar con más consumidores dispuestos a adquirir los bienes y servicios que producen.

En relación con la última finalidad de la Ley 1340 de 2009, la libre competencia económica garantiza los derechos de los consumidores a recibir más y mejores bienes, a mejores precios, con más tecnología e innovación y con un mejor servicio al cliente. Sobre el particular, es preciso resaltar, por ejemplo, que esta Superintendencia ha indicado que el concepto de consumidor para efectos de las normas sobre protección de la libre competencia abarca tanto a consumidores intermedios como finales.

Ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio al respecto:

⁶ Connor, J.M. y Lande, R.H. "Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays". *Cardozo Law Review* 427. 2012.

⁷ Levenstein, M., y Suslow, V. "Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy". *Antitrust Law Journal* 71 (3). 2004. Págs. 801-852.

⁸ OCDE. "Fighting hard core cartels in Latin America and the Caribbean". Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38835329.pdf>

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

“El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener.

(...)

La razón por la que cualquier comprador en la cadena se entiende como consumidor para el derecho de la competencia, parte de la base de que cualquier distorsión generada por conductas ilegales en un eslabón aguas arriba afecta toda la cadena y, por consiguiente, a aquellos que intervengan en la misma, aguas abajo. Tan es cierto esto que, como bien lo señalan los investigadores, los economistas han diseñado herramientas cuantitativas para estimar el pass through y determinar los daños sufridos por compradores indirectos – ubicados en otros eslabones-, derivados de conductas anticompetitivas ocurridas aguas arriba, sin que esto implique que los compradores directos también hayan sufrido daños que no hayan llegado al consumidor final.

En conclusión, el término consumidor en el análisis de prácticas restrictivas de la competencia no es equivalente al establecido en el Estatuto del Consumidor, e incluye compradores que no adquieren para uso personal o privado sino para incorporar el producto o servicio en su cadena de producción”⁹.

Vale indicar que estos mismos criterios han sido reiterados por la jurisprudencia constitucional:

“En este sentido debe recordarse que el propósito de las leyes de intervención “no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella”. Asimismo, es necesario reiterar que la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: “de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos”¹⁰.
(Negritas y subrayas fuera de texto).

De tal manera, los fines y propósitos perseguidos en este tipo de actuaciones conforme con la Constitución y la ley no son otros que la protección del derecho colectivo de la libre competencia económica y, con ello, la protección de la columna vertebral de la economía social de mercado y del bienestar general de los consumidores, entendidos por tales todos los agentes económicos que adquieren un determinado bien o servicio.

Bajo este contexto, vale la pena insistir en que la presente investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio dio cuenta de que **PILOTOS DEL PACÍFICO, SPILBUN S.T.M., BAUPRES, MARCARIBE, PILOTOS DE BARRANQUILLA, RÍO & MAR y PRACYPAR**, con la facilitación y participación activa de sus agremiaciones **ANPRA** y **ACEPRAC**, acordaron cobrar y efectivamente, en el marco del acuerdo, implementaron una tarifa adicional al valor de la maniobra del piloto práctico que venían cobrando a sus clientes, con la alegada finalidad de cubrir los gastos administrativos derivados de la prestación del servicio público de practicaje, comportamiento con el cual las empresas infringieron el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios), y las agremiaciones infringieron el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

De conformidad con las pruebas obrantes en el Expediente, el acuerdo de precios imputado, representado en la concertación para fijar el mencionado cobro adicional, fue celebrado en el marco de una reunión realizada el 25 de enero de 2012. Este encuentro fue convocado por **ACEPRAC** mediante el correo electrónico que se expone a continuación, en el cual tal agremiación les anunció

⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 de 2014.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-172 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

expresamente a sus afiliados y demás invitados que uno de los objetivos de tal sesión era el de definir los costos administrativos que se empezarían a cobrar en todos los puertos:

"From: aceprac@hotmail.com
 To: bauprespilotos@bauprespilotos.com; gvacca1@gmail.com¹¹; practimar@gmail.com;
claudiab@pilotosdelpacifico.com¹²; Gilberto.asprilla@spilbun.com¹³;
Igvanegas@live.com¹⁴; larara30@yahoo.com; lmcp3@yahoo.com; pilotbaq@yahoo.com;
pilotosmarcaribe@telecom.com.co; rodrigoquinteror@gmail.com;
gerencia@stmpilotos.com; asociadosacepracc@groups.live.com
 Subject: Reunión
 Date: Sat, 14 Jan 2012 11:36:13 -0500

Estimados Asociados feliz año nuevo para ustedes, sus colaboradores y sus familias, esperamos que este año esté lleno de gran prosperidad para todo el gremio del practicaje, este es el momento de reunirnos y propongo que sea en un lugar central Bogotá el próximo miércoles 25 de enero a las 10:00 horas en el Club Militar, para concretar el pasar la lancha y amarre a SMLMV y definir los costos fijos que por concepto de administración (Radio operación, traslado terrestre del piloto y amarre) se puede empezar a facturar en todos los puertos, quedo a la espera de su confirmación.

Atentamente,

Luis Hernando Martínez Azcarate
 Presidente ACEPRAC¹⁵. (Subrayas y negrilla fuera de texto).

El Despacho señaló que a partir del contenido de tal convocatoria era claro para todos los invitados que uno de los objetivos de la reunión consistía en discutir y decidir poner en marcha, de manera concertada, un cobro por gastos administrativos, lo cual deja ver que, de entrada, el encuentro tenía un fin abiertamente anticompetitivo. El Despacho también puso de presente que, para la fecha en la que fue enviada esta invitación, las empresas de practicaje investigadas no incluían el cobro de tales gastos en sus correspondientes facturas.

La reunión efectivamente tuvo lugar y sus resultados fueron consignados en el "Acta No. 002 de Junta Directiva de ACEPRAC". De conformidad con lo dispuesto en este documento, el encuentro contó con los siguientes asistentes:

Tabla No. 1. Asistentes a la reunión del 25 de enero de 2012 convocada por ACEPRAC

Nombre	Cargo ¹⁶
CLAUDIA VIVIANA BENÍTEZ VILLAMIZAR	Representante legal de PILOTOS DEL PACÍFICO
CARLOS ARTURO VICTORIA BOTERO ¹⁷	Piloto práctico vinculado con SPILBUN
LUIS GUILLERMO VANEGAS SILVA	Representante legal de PRACYMAR
ROBERTO BUSTAMANTE GÓMEZ	Piloto práctico vinculado con SPILBUN
FERNANDO PAREJA VALEST	Representante legal de ANPRA

¹¹ Dirección de correo electrónico de GERMÁN ELÍAS VACA MEDINA, quien para la fecha de los hechos era piloto práctico maestro de Puerto Bolívar (Uribe, La Guajira).

¹² Dirección de correo electrónico de CLAUDIA VIVIANA BENÍTEZ VILLAMIZAR, quien para la fecha de los hechos era representante legal de PILOTOS DEL PACÍFICO.

¹³ Dirección de correo electrónico de GILBERTO ASPRILLA RIVAS, quien para la fecha de los hechos era representante legal de SPILBUN.

¹⁴ Dirección de correo electrónico de LUIS GUILLERMO VANEGAS SILVA, quien para la fecha de los hechos era el representante legal de PRACYMAR.

¹⁵ Folio 1241 del Cuaderno Reservado PILOTOS DEL PACÍFICO No. 1 del Expediente.

¹⁶ Los cargos mencionados están directamente relacionados con aquellos que ocupaban las personas naturales para la época de la reunión del 25 de enero de 2012 convocada por ACEPRAC.

¹⁷ De conformidad con la información consignada en el Acta No. 002 de 25 de enero de 2012, CARLOS ARTURO VICTORIA BOTERO asistió en nombre propio y en representación de GILBERTO ASPRILLA RIVAS y ROBERTO BUSTAMANTE GÓMEZ.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

HÉCTOR GONZÁLEZ INFANTE	Representante legal de RIO & MAR
WILLIAM DANIEL QUIÑONES VILLAMIL	Piloto práctico vinculado con PILOTOS DE BARRANQUILLA
ANTONIO RODRÍGUEZ CASTELLANOS	Socio de PRACTIMAR

Fuente: Información obrante en el Expediente¹⁸

El acta referida dejó ver también que durante la mencionada reunión efectivamente se llegó a un acuerdo por parte de las empresas de practicaaje investigadas, para iniciar un cobro coordinado a sus clientes de un 20% adicional por costos administrativos, tal y como se muestra a continuación:

**"REUNIÓN DE JUNTA DIRECTIVA ORDINARIA
ACTA No. 002
ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE PRACTICAJE**

En la ciudad de Bogotá, siendo las 10:00 a.m. del día 25 de enero de 2012, en el Club Militar ubicada (sic) en la Cra 50 No. 15-20, previa convocatoria por escrito realizada por su Presidente de acuerdo con los estatutos y la Ley se da inicio a la Junta Directiva Ordinaria de Socios.

Orden del día

1. Verificación de Asistencia y Confirmación del Quórum
2. Nombramiento Secretario y Presidente de la reunión
3. Lectura y aprobación Orden del día
4. Temas:

4.1. Pasar la lancha y el amarre a SMLMV

4.2. Definir los costos fijos que por concepto de administración (Radio operación, traslado terrestre del Piloto y amarre) se puede empezar a facturar en todos los puertos.

(...)

Se ha determinado llamar a los costos de radio operador, traslados terrestres de los Pilotos y traslado terrestre de amarre como COSTOS ADMINISTRATIVOS, el Cap Pareja explica que las empresas de practicaaje tienen libertad para poner sus tarifas nos lo da el art. 20 de la Ley Primera/91 y con ello cubrir los costos para poderle pagar a los pilotos tal y como la Ley lo exige el 100% de las tarifas, los asistentes aprueban realizar el cobro de estos conceptos (...).

✓ **La Sra. Claudia Benítez propone facturar los Costos Administrativos como una tarifa plena de 200USD (sic) por buque ó (sic) \$200.000 pesos por maniobra para un total de \$400.000 por buque,** lo que se justifica en que de acuerdo con análisis internos propios de dicha compañía de practicaaje (Pilotos del Pacífico) así se le podría pagar al Piloto el 100% de la maniobra y además porque los gastos de trasladar a los Pilotos, amarre y de radio operación son iguales sin importar el tamaño del buque y se aumenta anualmente con el IPC.

✓ El Cap. Pareja propone facturar los Costos Administrativos como una tarifa según el Gross Tonage diferencial y por ejemplo se toma el promedio de tonelaje de cada puerto como referencia.

✓ **El Cap William Quiñones adiciona a esta propuesta que se aumente el 20% de la tarifa del Piloto así, por ejemplo si el buque es de 15500 ton y para este caso la tarifa es de 733USD (sic) el 20% de esta sería 146,6 USD (sic) y este sería el valor a cobrar. La mayoría de los asistentes aprobaron esta última propuesta adicionando que anualmente se haga un incremento de esta Tarifa del IPC y que se empiece con los buques TRAMP y luego con los containeros.**

(...)¹⁹. (Subrayas y negrilla fuera de texto).

¹⁸ Folios 1219 y 1220 del Cuaderno Reservado PILOTOS DEL PACÍFICO No. 1 del Expediente.

¹⁹ Folios 1219 y 1222 del Cuaderno Reservado PILOTOS DEL PACÍFICO No. 1 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Así las cosas, para el Despacho quedó claro que en el marco de la citada reunión las empresas afiliadas a **ACEPRAC** acordaron mancomunadamente cobrar un nuevo rubro que denominaron “costos administrativos”, con lo cual evadieron su obligación de decidir libre e independientemente si iniciaban el cobro de una tarifa adicional para sus clientes, y en caso de decidir hacerlo, su obligación de definir su monto también de forma libre e independiente, de acuerdo con su posición en el mercado y sus circunstancias económicas particulares. Adicionalmente, el Despacho resaltó que en la mencionada acta no se consignaron reparos u objeciones por parte de los investigados respecto del acuerdo ilegal alcanzado o la capacidad de los asistentes para tomar parte de la decisión, lo cual da cuenta de su conformidad y aceptación frente a tal concertación.

Después de dejar claro de dónde surgió el acuerdo anticompetitivo y de demarcar su objeto ilegal, el Despacho procedió a analizar su efectiva ejecución, para lo cual presentó cada una de las evidencias que daba cuenta de la implementación del cobro mancomunado por parte de los investigados. En efecto, cada una de las empresas de practicaje investigadas incluyó en sus liquidaciones y cobró efectivamente a sus clientes, en diferentes fechas, el nuevo rubro por costos administrativos, en cumplimiento de lo acordado en el encuentro convocado por **ACEPRAC**. Lo anterior se verificó incluso para las empresas investigadas que no asistieron a la reunión en mención pero que ejecutaron el acuerdo como miembros de **ACEPRAC**, lo cual deja ver que los resultados del encuentro fueron conocidos y acatados incluso por fuera del ámbito de tal sesión. A continuación, se resumen las principales consideraciones hechas al respecto.

Frente a **ACEPRAC** y **ANPRA**, el Despacho puso de presente su responsabilidad por las actuaciones que desplegaron con el objeto de que las empresas de practicaje se reunieran el 25 de enero de 2012, y por las acciones que adelantaron para comunicar, socializar, justificar e implementar posteriormente los compromisos adquiridos en virtud del acuerdo celebrado, comportamientos que, se resalta, resultan demostrativos no solo de la existencia, sino también de la ejecución y continuidad del acuerdo de fijación de precios imputado.

Las pruebas que se tuvieron en cuenta respecto de la gestión adelantada por estas agremiaciones fueron principalmente las siguientes: (i) oficio del 24 de febrero de 2012, mediante el cual tales agremiaciones le informaron a **ASONAV** que a partir del 15 de marzo de ese año se adicionaría en un 20% la liquidación de las maniobras de practicaje para cubrir los costos administrativos de las empresas de practicaje afiliadas²⁰; (ii) correo electrónico del 12 de marzo de 2012, en el que **ACEPRAC** le informó tanto a sus afiliados como a los de **ANPRA** sobre el descontento manifestado por **ASONAV** frente a las nuevas tarifas fijadas y donde incluso advirtió que dicha conducta podría ser considerada ilegal²¹; (iii) carta del 14 de marzo de 2012, en la que **ASONAV** le manifestó directamente a **ACEPRAC** la inconformidad generalizada de sus afiliados frente a las nuevas tarifas impuestas, las cuales calificó como desproporcionadas e injustificadas y producto de una “acción monopólica”²²; (iv) correo electrónico del 14 de marzo de 2012, en el que **ANPRA** instó a seguir adelante con su objetivo de iniciar el cobro de 20% por costos administrativos y donde les aclaró a sus afiliados que no eran un monopolio “pero estaban unidos”²³; (v) comunicación del 20 de marzo de 2012, en la que **ANPRA** le manifestó a **ASONAV** nuevamente su intención de seguir adelante con el cobro anunciado, profundizó en las razones para ello y reconoció que para esa fecha ya varias navieras habían aceptado por escrito el mencionado aumento²⁴; y (vi) comunicación del 19 de abril de 2012, en la que **ASONAV** le manifestó nuevamente a **ACEPRAC** y **ANPRA** su rechazo frente al cobro impuesto, y en el que incluso precisó que lo correcto en un mercado en libre competencia sería que cada empresa ofreciera a cada naviera sus servicios y tarifas de manera individual²⁵.

²⁰ Folios 1 a 3 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²¹ Folio 1258 del Cuaderno Reservado **PILOTOS DEL PACÍFICO** No. 1 del Expediente.

²² Folios 9 y 10 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²³ Folio 1118 (CD) del Cuaderno Público No. 6 del Expediente, archivo “Imprimir 59”.

²⁴ Folios 11 y 12 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁵ Folio 13 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Teniendo en cuenta que el cobro mancomunado de la tarifa que fue promovido por estas agremiaciones tuvo una ejecución continuada, su responsabilidad se extendió igualmente hasta el último cobro registrado por tal concepto (diciembre de 2014).

En relación con **PILOTOS DEL PACÍFICO** y **SPILBUN** (empresas de practicaje que operan en el puerto de Buenaventura), el Despacho comprobó que, en cumplimiento de lo acordado en la referida reunión, se coordinaron para incluir dentro de su facturación cobros por conceptos administrativos, socializaron tal determinación y asignaron valores iguales por concepto de dichos servicios.

Las principales pruebas que se tuvieron en cuenta en relación con estas empresas fueron las siguientes: (i) comunicación del 6 de marzo de 2012, mediante la cual ambas empresas le informaron directamente a **ASONAV** que, en cumplimiento de las directrices de **ACEPRAC** y **ANPRA**, todos los servicios terrestres tendrían un costo correspondiente al 20%²⁶; (ii) comunicación del 12 de marzo de 2012 de **PILOTOS DEL PACÍFICO** dirigida a la naviera **BROOM COLOMBIA S.A.**, en la que esta empresa informó nuevamente que, en cumplimiento de las directrices de **ACEPRAC**, el cobro del 20% que empezaría a regir en la fecha indicada²⁷; (iii) tres comunicaciones del 5 de abril de 2012, procedentes de **SPILBUN** y dirigidas a **MARITRANS LTDA**²⁸, **BULK MARITIME AGENCIAS S.A.S. (BULK MARITIME)**²⁹ y **SEAPORT S.A. (SEAPORT)**³⁰, mediante las cuales, efectivamente, se dio a conocer la inclusión del rubro por “servicios terrestres complementarios” por un valor del 20% y se advirtió que el cobro estaba en “proceso de socialización”; (iv) carta del 17 de abril de 2012, en la que **PILOTOS DEL PACÍFICO** les informó **BROOM COLOMBIA**, **BULK MARITIME** y otros clientes que aplazaba la entrada en vigencia de las nuevas tarifas hasta el 15 de mayo de 2012, atendiendo la solicitud de algunas de las navieras³¹; y (v) carta del 17 de mayo de 2012, en la que **SPILBUN** le informó a **BULK MARITIME** que la nueva tarifa estaba siendo exitosamente aplicada en el puerto de Buenaventura a partir del 15 de mayo de 2012, “gracias a la comprensión y colaboración” de todos sus clientes³².

De acuerdo con las facturas que obran en el Expediente, **PILOTOS DEL PACÍFICO** empezó a cobrar un 20% adicional a sus clientes por concepto de gastos administrativos desde el 21 de junio de 2012³³ hasta por lo menos el 22 de septiembre de 2014³⁴, y cobró porcentajes variables por el mismo concepto desde el 1 de junio de 2012³⁵ hasta por lo menos el 21 de octubre de 2014³⁶. Por su parte, **SPILBUN** empezó a cobrar un 20% adicional a sus clientes por concepto de gastos

²⁶ Folio 3059 y 3060 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente.

²⁷ Folio 3268 y 3269 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente.

²⁸ Folio 3061 a 3063 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente.

²⁹ Folios 7396 a 7398 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente.

³⁰ Folios 7487 a 7489 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente.

³¹ Folio 3267 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente.

³² Folio 7399 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente.

³³ Factura No. 12674 del 21 de junio de 2012 expedida por **PILOTOS PRÁCTICOS DEL PACÍFICO** a **NAVES S.A.** Folio 8412 (USB) del Cuaderno Público No. 30 del Expediente. Archivo “6. Junio” de la carpeta “2012”, pág. 204.

³⁴ Factura No. 15749 del 22 de septiembre de 2014 expedida por **PILOTOS PRÁCTICOS DEL PACÍFICO** a **DEEP BLUE SHIP AGENCY S.A.S.** Folio 8412 (USB) del Cuaderno Público No. 30 del Expediente. Archivo “9. Septiembre” de la carpeta “2014”, pág. 85.

³⁵ Factura No. 12520 del 1 de junio de 2012 expedida por **PILOTOS PRÁCTICOS DEL PACÍFICO** a **LBH COLOMBIA LTDA.** Folio 8412 (USB) del Cuaderno Público No. 30 del Expediente. Archivo “6. Junio” de la carpeta “2012”, pág. 3.

³⁶ Facturas No. 15826, 15828, 15830, 15833, 15835 del 21 de octubre de 2014. Folio 8412 (USB) del Cuaderno Público No. 30 del Expediente. Archivo “10. Octubre” de la carpeta “2014”, pág. 59, 61, 63, 66 y 68.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

administrativos desde el 18 de mayo de 2012³⁷ hasta por lo menos el 26 de diciembre de 2014³⁸, y cobró porcentajes variables por el mismo concepto desde el 24 de octubre de 2012³⁹ hasta por lo menos el 17 de diciembre de 2014⁴⁰.

En cuanto a **S.T.M.**, **MARCARIBE** y **BAUPRES** (empresas de practicaaje que operan en el puerto de Santa Marta), el Despacho corroboró que ninguna de las tres asistió a la reunión del 25 de enero de 2012, pero que no obstante lo anterior, les comunicaron a sus clientes las decisiones adoptadas en tal espacio y actuaron de manera coordinada y consecuente con lo allí acordado, al punto que incluyeron dentro de su facturación un rubro por gastos administrativos al cual en varias oportunidades asignaron un incremento equivalente al 20%. Aunque en ocasiones hubo variaciones frente al monto facturado, lo cierto es que actuaron mancomunadamente para efectuar el cobro en mención y de acuerdo con el comportamiento que en igual sentido efectuaron las otras empresas de practicaaje aquí investigadas.

Las principales pruebas que se tuvieron en cuenta en relación con estas empresas fueron las siguientes: (i) carta del 4 de mayo de 2012, en la que **BAUPRES** le informó a uno de sus clientes (**SEAPORT S.A.**) que, al igual que las otras empresas de practicaaje y a partir de la “propuesta” de cobrar adicionalmente un porcentaje “de manejo comercial y administrativo”, iniciaría con el cobro de un 20% adicional por tales conceptos, el cual dividiría en dos cobros para facilitar el pago de sus clientes, uno del 10% a partir del 1 de junio de 2012 y otro 10% a partir del 1 de enero de 2013⁴¹; (ii) carta del 1 de junio de 2012, en la que **MARCARIBE** le informó a uno de sus clientes (**EDUARDO L. GERLEIN S.A.**) que a partir de esa fecha iniciaría con el cobro del 20% por costos administrativos⁴²; (iii) dos cartas del 1 de junio de 2012 de **S.T.M.** idénticas a la enviada a **MARCARIBE**, en la que **S.T.M.** les informó a sus clientes (**NAVENAL LTDA.**⁴³ y **SEAPORT LTDA.**⁴⁴) que también a partir de esa fecha iniciaría con el cobro del 20% por costos administrativos; y (iv) dos cartas idénticas del 4 y 9 de diciembre de 2015, enviadas por **BAUPRES** y **MARCARIBE** a un mismo cliente (**BULK MARITIME AGENCIES LTDA.**), en las que informaron que en desarrollo del cobro del 20% iniciado en 2012 y del cobro del 30% iniciado en 2013 –respectivamente– por costos administrativos, estos se incrementarían hasta alcanzar un 35% final a partir del 1 de enero de 2016⁴⁵.

De acuerdo con las facturas que obran en el Expediente, **BAUPRES** empezó a cobrar un 20% adicional a sus clientes por concepto de gastos administrativos desde el 13 de junio de 2012⁴⁶ hasta por lo menos el 27 de mayo de 2013⁴⁷, y cobró porcentajes variables por el mismo concepto desde

³⁷ Factura No. 35076 del 18 de mayo de 2012 expedida por **SPILBUN** a **AGENCIA MARÍTIMA TRANSMARES S.A.S.** Folio 8414 (USB) del Cuaderno Público No. 30 del Expediente. Archivo “2. MAYO A AGOSTO DE 2012”, carpeta “REQUERIMIENTO SIC FACTURAS 2011-2014” - “FACTURACIÓN POR CADA AÑO” - “AÑO 2012”, pág. 49.

³⁸ Factura No. 38653 del 26 de diciembre de 2014 expedida por **SPILBUN** a **AGENCIA OCEANICA S.A.S. “OCEANIC”**. Fuente: Folio 8414 del Cuaderno Público No. 30 del Expediente. Archivo “4. SEPTIEMBRE A DICIEMBRE DE 2014”, carpeta “REQUERIMIENTO SIC FACTURAS 2011-2014” - “FACTURACIÓN POR CADA AÑO” - “AÑO 2014”, pág. 501.

³⁹ Factura No. 35657 del 24 de octubre de 2012 expedida por **SPILBUN** a **MEDITERRANEAN SHIPPING CO. S.A.** Folio 8414 (USB) del Cuaderno Público No. 30 del Expediente. Archivo “3. SEPTIEMBRE A DICIEMBRE DE 2012”, carpeta “REQUERIMIENTO SIC FACTURAS 2011-2014” - “FACTURACIÓN POR CADA AÑO” - “AÑO 2012”, pág. 250.

⁴⁰ Facturas No. 38610 a 38617, 38619 y 38620 del 17 de diciembre de 2014, Folio 8414 (USB) del Cuaderno Público No. 30 del Expediente. Archivo “4. SEPTIEMBRE A DICIEMBRE DE 2014”, carpeta “REQUERIMIENTO SIC FACTURAS 2011-2014” - “FACTURACIÓN POR CADA AÑO” - “AÑO 2014”, pág. 452 a 459, 461 y 462.

⁴¹ Folio 7469 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente.

⁴² Folio 7273 (Anexo 2 USB) del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

⁴³ Folio 7367 (CD) del Cuaderno Público No. 25 del Expediente.

⁴⁴ Folios 7467 y 7468 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente

⁴⁵ Folio 7463 (USB) del Cuaderno Público No. 26 del Expediente. Archivo “BULK MARITIME AGENCIES SAS RAD 12-64145-432-2 NOV 2016”, págs. 9 a 12.

⁴⁶ Factura No. 7353 del 13 de junio de 2012 expedida por **BAUPRES** a **OCEANS MARITIME AGENCY COLOMBIA S.A.S.** Folio 5722 del Cuaderno Reservado **BAUPRES** No 4.

⁴⁷ Factura No. BPP-000739 del 27 de mayo de 2013 expedida por **BAUPRES** a **MARADUANA LTDA.** Folio 5222 del Cuaderno Reservado **BAUPRES** No 2.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

el 8 de junio de 2012⁴⁸ hasta por lo menos el 28 de mayo de 2013⁴⁹. Por su parte, **MARCARIBE** empezó a cobrar un 20% adicional a sus clientes por concepto de gastos administrativos desde el 8 de marzo de 2013⁵⁰, y cobró porcentajes variables por el mismo concepto desde el 18 de julio de 2012⁵¹ hasta por lo menos el 26 de diciembre de 2014⁵². En cuanto a **S.T.M.**, esta empresa empezó a cobrar un 20% adicional a sus clientes por concepto de gastos administrativos desde el 6 de junio de 2012⁵³ hasta por lo menos el 26 de diciembre de 2014⁵⁴, y cobró porcentajes variables por el mismo concepto desde el 6 de junio de 2012⁵⁵ hasta por lo menos el 23 de diciembre de 2014⁵⁶.

Frente a **RIO & MAR** y **PILOTOS DE BARRANQUILLA** (empresas de practicaaje que operan en el puerto de Barranquilla), el Despacho verificó que estas empresas implementaron igualmente el cobro de los costos complementarios durante en el año 2013, y que a pesar del lapso ocurrido entre la reunión referida y la aplicación de la tarifa, el incremento en el cobro no obedeció a un hecho aislado sino que tuvo correspondencia con el acuerdo alcanzado en el mencionado espacio, ya que se dio en los mismos términos dispuestos en la reunión del 25 de enero de 2012, a la cual, de hecho, efectivamente asistieron.

Las principales pruebas que dieron cuenta de lo anterior son las siguientes: (i) factura No. 5003 del 7 de marzo de 2013, expedida por **RIO & MAR** y dirigida a **BROOM COLOMBIA**, que da cuenta del cobro de un 20% adicional sobre la remuneración dispuesta por la **DIMAR** como contraprestación de la actividad ejercida por el piloto práctico⁵⁷; (ii) factura No. 14260 del 26 de marzo de 2013, expedida por **PILOTOS DE BARRANQUILLA** y dirigida a **BULK MARITIME**, que da cuenta del referido cobro del 20% por el concepto denominado “*Servicio terrestre complementario al pilotaje*”; y (iii) más de 40 facturas similares a la anterior que dan cuenta de este cobro por parte de **PILOTOS DE BARRANQUILLA**⁵⁸.

De acuerdo con las facturas que obran en el Expediente, **RIO & MAR** empezó a cobrar un 20% adicional a sus clientes por concepto de costos complementarios desde el 18 de febrero de 2013⁵⁹,

⁴⁸ Factura No. 7337 del 8 de junio de 2012 expedida por **BAUPRES** a **OCEANS MARITIME AGENCY COLOMBIA S.A.S.** Folio 5729 del Cuaderno Reservado **BAUPRES** No 4.

⁴⁹ Folio 5058 a 5126 del Cuaderno Reservado No 1; Folio 5127 a 5631 del Cuaderno Reservado No. 2; Folio 5362 a 5558 del Cuaderno Reservado No. 3; Folio 5560 a 5858 del Cuaderno Reservado No. 4; Folio 5859 a 6144 del Cuaderno Reservado No. 5 de **BAUPRES**.

⁵⁰ Factura No. 6474 del 8 de marzo de 2013 expedida por **MARCARIBE** a **FRONTIER AGENCIA MARÍTIMA DEL CARIBE**. Folio 4895 (CD) del Cuaderno Reservado de **MARCARIBE**.

⁵¹ Factura No. 5986 del 18 de julio de 2012 expedida por **MARCARIBE** a **BULK MARITIME AGENCIES S.A.S.** Folio 4895 (CD) del Cuaderno Reservado de **MARCARIBE**.

⁵² Folio 4896 (CD) del Cuaderno Reservado de **MARCARIBE**.

⁵³ Factura No. 11843 del 6 de junio de 2012 expedida por **S.T.M.** a **ISACOL S.A.** Folio 4977 (CD) del Cuaderno Reservado de **S.T.M.**

⁵⁴ Factura No. 13097 del 26 de diciembre de 2014 expedida por **S.T.M.** a **COLOMBIAN SHIPPING AGENCY S.A.S.** Folio 4977 (CD) del Cuaderno Reservado de **S.T.M.**

⁵⁵ Factura No. 11835 del 6 de junio de 2012 expedida por **S.T.M.** a **DEEP BLUE SHIP AGENCY S.A.S.** Folio 4977 (CD) del Cuaderno Reservado de **S.T.M.**

⁵⁶ Factura No. 113096 del 23 de diciembre de 2014 expedida por **S.T.M.** a **OCEANS MARITIME AGENCY COLOMBIA S.A.S.** Folio 4977 (CD) del Cuaderno Reservado de **S.T.M.**

⁵⁷ Folio 6863 del Cuaderno Reservado **RIO & MAR** No. 1.

⁵⁸ Otros ejemplos de este cobro por parte de **PILOTOS DE BARRANQUILLA** pueden apreciarse en las facturas No. 14260, 14259, 14258 Y 14250 de marzo de 2013; 14388, 14377, 14359, 14350, 14345, 14317, 14286 y 14273 de abril de 2013; 14516, 14506, 14498, 14488, 14487, 14484, 14470, 14433 y 14422 de mayo de 2013; 14647, 14646, 14579, 14561, 14560, 14548 y 14532 de junio de 2013; 14773, 14760, 14722, 14721, 14713 y 14661 de julio de 2013; 14890, 14889, 14860, 14859, 14853, 14841, 14806, 14790 y 14787 de agosto de 2013; y otras facturas obrantes en el folio 6897 (CD) del Cuaderno Reservado **PILOTOS BARRANQUILLA** No. 1.

⁵⁹ Factura No. 4971 del 18 de febrero de 2013 expedida por **RIO & MAR** a **BROOM COLOMBIA S.A.** Folio 6863 (2 CD) del Cuaderno Reservado de **RIO & MAR**.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

hasta por lo menos el 4 de noviembre del año 2014⁶⁰. Por su parte, **PILOTOS DE BARRANQUILLA** empezó a cobrar un 20% adicional a sus clientes por concepto de gastos administrativos desde el 22 de marzo de 2013⁶¹, hasta por lo menos el 28 de noviembre del año 2014⁶².

Respecto de **PRACYMAR** (empresa de practicaaje que opera en el puerto de Turbo, Antioquia), el Despacho encontró demostrado que esta empresa igualmente participó en la reunión referida y que a partir del 4 de abril de 2012, además de expedir sus facturas regulares por la prestación del servicio de practicaaje, generó facturas adicionales por un cobro extra bajo las denominaciones “Gastos Administrativos” y “Transporte Terrestre y Comunicaciones”, cobro que se prolongó en el tiempo por lo menos hasta diciembre de 2014.

Además, a partir del estudio de las demás facturas obrantes en el Expediente, se comprobó que a partir de abril de 2012 se incluyó una tasa fija de 105 dólares que se liquidaba de conformidad con la tasa representativa del mercado vigente para la fecha de arribo del buque⁶³. A partir de diciembre de 2012, se empezó a facturar por concepto de “gastos administrativos” o “Transporte Terrestre del Piloto” un porcentaje equivalente al 83% de un salario mínimo mensual legal vigente, el cual se reajustó de acuerdo al aumento anual del salario mínimo en Colombia. De esta forma, quedó comprobado que **PRACYMAR** inició el cobro por concepto de gastos administrativos y de traslados terrestres del piloto o de comunicaciones, el cual efectivamente no cobraba antes.

De acuerdo con las facturas que obran en el Expediente, **PRACYMAR** empezó a cobrar porcentajes adicionales a sus clientes por concepto de gastos administrativos desde el 4 de abril de 2012⁶⁴ hasta por lo menos el 29 de diciembre del mismo año⁶⁵.

Finalmente, el Despacho concluyó que la evidencia obrante en el Expediente prueba con suficiencia que **ACEPRAC** y **ANPRA** infringieron lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general de competencia), ya que, como se dispuso líneas atrás, tuvieron un rol determinante en la celebración y ejecución del acuerdo de precios realizado por las empresas de practicaaje investigadas. Lo anterior, por cuanto fungieron como el vehículo empleado para discutir, fijar y aplicar de manera coordinada el cobro de una tarifa o porcentaje adicional al valor previsto en la ley, como remuneración del piloto práctico por el servicio de practicaaje.

Esta conclusión se soportó en las actas de los órganos de dirección y administración de las agremiaciones citadas, las cuales acreditaron su participación en el acuerdo; en las comunicaciones de los clientes de las empresas de practicaaje que dan cuenta de su descontento por el cobro mancomunado; y en las demás pruebas documentales (cartas, correos y facturas) que muestran de forma irrefutable que el acuerdo investigado existió y se ejecutó. En consecuencia, la conducta desplegada por las agremiaciones en cita, constituyó una práctica que afectó la libre competencia económica.

3.2. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos presentados por los recurrentes

3.2.1. Argumentos relacionados con la inexistencia de ACEPRAC para la época de los hechos

Algunos de los investigados presentaron argumentos relacionados con la inexistencia de **ACEPRAC** para la época de los hechos investigados y la presunta imposibilidad de haber cometido

⁶⁰ Factura No. 6390 del 4 de noviembre de 2014 expedida por **RIO & MAR** a **CARIBBEAN WORLD WIDE SHIPPING SERVICES AGENCY S.A.** Folio 6863 (2 CD) del Cuaderno Reservado de **RIO & MAR**.

⁶¹ Factura No. 14250 del 22 de marzo de 2013 expedida por **PILOTOS DE BARRANQUILLA** a **BULK MARITIME AGENCIES**. Folio 6897 (CD) del Cuaderno Reservado de **PILOTOS BARRANQUILLA**.

⁶² Factura No. 16572 del 28 de noviembre de 2014 expedida por **PILOTOS DE BARRANQUILLA** a **BULK MARITIME AGENCIES**. Folio 6897 (CD) del Cuaderno Reservado de **PILOTOS BARRANQUILLA**.

⁶³ Se aclara en este punto que respecto de algunas maniobras prestadas a la agencia **NASER LTDA**, se aplicó una tarifa distinta por este concepto, equivalente a 139,28 dólares. Ver facturas Nos. 6973, 6927, 6925 de abril de 2012 y otras, obrantes en el folio 6905 del Cuaderno Reservado **PRACYMAR** No. 1 del Expediente.

⁶⁴ Factura No. 6884-6885 del 4 de abril de 2012 expedida por **PRACYMAR** a **TURBADUANA LTDA Y CIA C.S.** Folio 6905 del Cuaderno Reservado de **PRACYMAR** No. 1.

⁶⁵ Factura No. 9841 (maniobra) 9842 (cobro adicional) del 29 de diciembre de 2014 expedida por **PRACYMAR** a **NASER LTDA**. Folio 6905 del Cuaderno Reservado de **PRACYMAR**. No. 1

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

una conducta anticompetitiva a partir de ello, en la medida en que tal asociación representaba el medio necesario para concretar el comportamiento ilícito imputado. En este sentido, sostuvieron que no se puede sancionar a un "*nasciturus*" por una práctica restrictiva de la competencia y que la inexistencia del gremio para la época de la imputación de cargos tornaba la imputación en ilegal.

En línea con lo anterior, argumentaron que en razón de la presunta la inexistencia del gremio, la reunión en que se "fundó" el supuesto objeto de la práctica restrictiva de la competencia no obedeció a estamento jurídico alguno, y que el acta que se pretendió firmar tampoco tuvo efectos para las partes.

Adicionalmente, y como prueba de la falta de existencia del gremio para el momento en que la investigación se abrió formalmente, **ACEPRAC** y **LUIS HERNANDO MARTÍNEZ AZCÁRATE** (Exrepresentante Legal de **ACEPRAC**) anotaron que el registro ante Cámara de Comercio del que habla el artículo 40 del Decreto 2150 de 1995 no se completó sino hasta junio de 2016. Por lo anterior, resultaría "de bulto" que no se formó una persona jurídica distinta de las empresas con intención de agremiarse con anterioridad a esa fecha. Al no existir la persona jurídica, tampoco existirían sus actos, derechos ni obligaciones.

Igualmente, anotaron que la Cámara de Comercio de Buenaventura se negaba a certificar la existencia de la agremiación hasta tanto no se le constituyera un patrimonio. Esto corroboraría que **ACEPRAC** no solo no existía para la época de los hechos, sino que sus actos no eran oponibles a terceros para el momento en que la imputación tuvo lugar. En virtud de lo expuesto, solicitaron que esta Superintendencia emitiera un pronunciamiento de fondo sobre este argumento que tuviera en cuenta las teorías del patrimonio como elemento esencial de las sociedades para la obtención de personalidad jurídica.

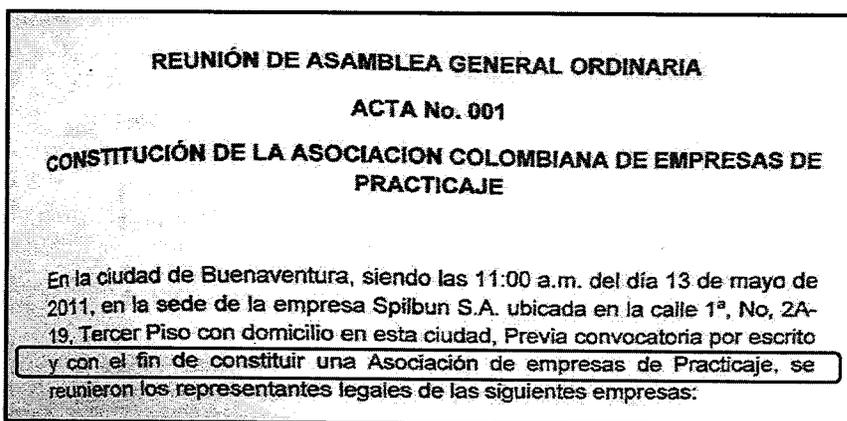
Pues bien, en relación con estos argumentos el Despacho considera necesario aclarar, de entrada, que la conducta que esta Autoridad calificó como anticompetitiva fue específicamente el acuerdo que realizaron los investigados para cobrar una tarifa adicional al valor de la maniobra del piloto práctico que venían cobrando a sus clientes, lo cual deja ver que el juicio de reproche jamás versó sobre, ni se condicionó a, la naturaleza o formalidad societaria del agente económico que promovió o sirvió de medio para la realización de tal conducta. En últimas, si bien es cierto que en este caso el acuerdo anticompetitivo nació en una reunión promovida por **ACEPRAC**, también lo es que la existencia o inexistencia de este gremio no determina ni incide en el carácter ilegal de la conducta realizada, pues la ilegalidad de la conducta no versó sobre la formalidad o informalidad de la asociación o del encuentro, sino sobre el contenido de lo acordado. Así las cosas, aun si el acuerdo descrito hubiera surgido en el marco de un espacio diferente (como una convención, una celebración, un evento deportivo o un encuentro casual), igualmente habría sido merecedor de investigación y sanción por parte de esta Superintendencia, ya que no fue la forma sino el fondo de la reunión aquello sobre lo cual el Despacho "fundó" la práctica anticompetitiva, la cual, incluso, no fue sancionada únicamente por su objeto, sino también por su efecto.

Es precisamente por lo anterior que ninguna incidencia sobre el juicio de reproche tiene el hecho de que la reunión obedeciera o no a estamentos jurídicos reconocidos en el ámbito societario. En el mismo sentido, se aclara que los resultados de la reunión no resultan sancionables para esta Autoridad por el simple hecho de haber sido consignados en un "acta". Tales resultados, que reflejan el alcance de un acuerdo de fijación de precios entre los miembros de **ACEPRAC**, habrían sido igualmente reprochables si hubieran estado contenidos en una nota informal, en "una servilleta", en un correo electrónico o en cualquier otro medio probatorio. Así las cosas, los argumentos en este sentido deben ser rechazados por improcedentes.

Ahora bien, considerando que algunos de los investigados cuestionaron la legalidad de la Imputación con Pliego de Cargos con base en una aparente "inexistencia" de la agremiación en mención, y en vista de que algunos otros incluso manifestaron que esta Entidad había "desechado sin mayor reparo y análisis" los argumentos relacionados con la existencia de **ACEPRAC**, resulta preciso recordar que el Despacho, en la Resolución Sancionatoria, realizó todo un análisis sobre diferentes aspectos de derecho societario que, a criterio de los investigados, incidirían en la presente actuación administrativa.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En el marco de dicho análisis, el Despacho recordó que según la información que obra en el Expediente, **ACEPRAC** se creó mediante Acta No. 001 del 13 de mayo de 2011⁶⁶, autenticada el 24 de mayo de 2011 en la Notaría Segunda de Buenaventura e inscrita el 8 de julio de 2011 en la Cámara de Comercio de Buenaventura. El acta en mención dispone expresamente lo siguiente:



Fuente: Folio 1326 del Cuaderno Reservado **PILOTOS PRÁCTICOS DEL PACÍFICO** No. 1 del Expediente.

De conformidad con lo dispuesto en la misma acta de constitución, entre los representantes legales –para la época de los hechos– que se unieron para crear la mencionada asociación estaban **LUIS ÁLVARO MENDOZA MAZZEO**, representante legal de **PILOTOS DE BARRANQUILLA** y de la empresa **PILOTOS DEL PUERTO DE BARRANQUILA**; **GUILLERMO ASPRILLA RIVAS**, representante legal de **SPILBUN** (empresa que, incluso, sirvió de sede de constitución para la asociación); y **CLAUDIA VIVIANA BENITEZ VILLAMIZAR**, representante legal de **PILOTOS DEL PACÍFICO**⁶⁷. Cabe anotar en este punto que para el Despacho resulta llamativo que las personas que hoy alegan la inexistencia de la asociación sean quienes, precisamente, hayan participado en su creación.

Por su parte, vale la pena resaltar que el correspondiente certificado de existencia y representación legal de **ACEPRAC** –allegado por la misma asociación en sus descargos frente a la Resolución de Apertura de Investigación y Pliego de Cargos–, dispone lo siguiente:

⁶⁶ Folios 1326 a 1328 del Cuaderno Reservado **PILOTOS PRÁCTICOS DEL PACÍFICO** No. 1 del Expediente.

⁶⁷ Folios 1326 a 1328 del Cuaderno Reservado **PILOTOS PRÁCTICOS DEL PACÍFICO** No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"



CODIGO DE VERIFICACION: 0616BVAHRL
NUMERO DE RADICACION: 20160039724-PRI
FECHA DE IMPRESION: MARTES 26 JULIO 2016 10:22:05 AM
PAGINAS: 1 - 4

REPUBLICA DE COLOMBIA
**CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION DE ENTIDADES PRIVADAS SIN ANIMO DE LUCRO
 EL SUSCRITO SECRETARIO DE LA CAMARA DE COMERCIO DE BUENAVENTURA**

CERTIFICA

NOMBRE: ASOCIACION COLOMBIANA DE EMPRESAS DE PRACTICAJE

CLASE PERSONA JURIDICA: ASOCIACION CIVIL

DOMICILIO:

DIRECCION NOTIFICACION JUDICIAL: CLL 1 # 2A-19 P 3 BRR EL CENTRO BUENAVENTURA

DIRECCION ELECTRONICA : aceprac@hotmail.com

CERTIFICA

NIT : 900449744-4

CERTIFICA

QUE POR ACTA NRO. 001 DEL 13 DE MAYO DE 2011 ASAMBLEA GENERAL, INSCRITA EN LA CAMARA DE COMERCIO EL 08 DE JULIO DE 2011 BAJO EL NRO. 309 DEL LIBRO I, SE CONSTITUYO LA ENTIDAD DENOMINADA ASOCIACION COLOMBIANA DE EMPRESAS DE PRACTICAJE

Fuente: Folios 4618 a 4619 del Cuaderno Reservado ACEPRAC No. 1 del Expediente.

ACEPRAC también allegó copia del certificado de existencia y representación de entidades privadas sin ánimo de lucro que corresponde a tal asociación, la cual corrobora que esta última nació a la vida jurídica en julio de 2011:

109107-RET
 MARTES 12 JULIO 2011 11:40:45 AM / Pág. 1 - 3 1079341

REPUBLICA DE COLOMBIA
**CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION DE ENTIDADES PRIVADAS SIN ANIMO DE LUCRO
 EL SUSCRITO SECRETARIO DE LA CAMARA DE COMERCIO DE BUENAVENTURA**

CERTIFICA

NOMBRE: ASOCIACION COLOMBIANA DE EMPRESAS DE PRACTICAJE
CLASE PERSONA JURIDICA: ASOCIACION CIVIL
DOMICILIO:
DIRECCION NOTIFICACION JUDICIAL: CLL 1 # 2A-19 P 3 BRR EL CENTRO BUENAVENTURA

CERTIFICA

NIT : 900449744-4

CERTIFICA

QUE POR ACTA NRO. 001 DEL 13 DE MAYO DE 2011 ASAMBLEA GENERAL, INSCRITA EN LA CAMARA DE COMERCIO EL 08 DE JULIO DE 2011 BAJO EL NRO. 309 DEL LIBRO I, SE CONSTITUYO LA ENTIDAD DENOMINADA ASOCIACION COLOMBIANA DE EMPRESAS DE PRACTICAJE

Fuente: Folio 6874 del Cuaderno Público No. 23 del Expediente.

Igualmente, ACEPRAC allegó copia del Registro Único Tributario (RUT) con el que se identificaba para efectos tributarios (RUT No. 14212493368), el cual indica que, incluso, esta asociación inició sus actividades en junio de 2011:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

económico, en pro de la satisfacción de su objeto social. Este hecho, aunado al correspondiente registro mercantil, permite concluir que no hubo ilegalidad alguna al momento de vincular a esta agremiación a la actuación administrativa e imputarle cargos en la correspondiente Resolución de Apertura de Investigación.

Ahora bien, en relación con el argumento según el cual la asociación no nació a la vida jurídica en estricto sentido sino hasta junio 2016 ya que carecía de patrimonio hasta antes de ese momento, es preciso reiterar que el nacimiento de las asociaciones se fundamenta en el acuerdo de las voluntades de sus asociados, encaminada a la consecución de un fin determinado en provecho de los sujetos individualmente considerados. Esto, debido a que las asociaciones son personas jurídicas cuya base fundamental es, precisamente, el elemento personal.

No obstante lo anterior, aun si en gracia de discusión se hubiera presentado alguna irregularidad en relación con la creación y/o el registro del patrimonio de la asociación, se reitera que esta situación no desmeritaría en forma alguna el juicio de reproche emitido por esta Autoridad. Lo anterior debido a que, primero, como se anotó líneas atrás, la calificación de la conducta como ilegal no obedeció a la naturaleza o formalidad societaria del agente económico que promovió su realización, y segundo, cualquier agente del mercado, con prescindencia de su forma o naturaleza jurídica (la cual puede ser formal o informal, regular o irregular, perfecta o imperfecta, etc.), puede ser sujeto de las normas de protección de la competencia, según lo dispuesto en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009.

En efecto, establece el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 lo siguiente:

*"**Artículo 46. Prohibición.** En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presentes Decreto 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.*

Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico. (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Es precisamente en razón de lo anterior que no resulta necesario ahondar sobre el estudio del patrimonio de las asociaciones en la presente actuación administrativa. Ni la eventual ausencia de este elemento, ni los potenciales errores de su registro, ni las irregularidades societarias que hubieran podido derivarse de estos hechos habrían tenido la posibilidad de exonerar a ACEPRAC de la aplicación de las normas de protección de la competencia. Es un hecho indiscutible que este gremio existió (regular o irregularmente), que reunió a una serie de personas naturales y jurídicas alrededor de intereses comunes atados al servicio público de practicaaje, y que por su intermedio se adelantaron discusiones y reuniones que, en ocasiones como la que aquí se analiza, tuvieron un contenido abiertamente anticompetitivo (como el acuerdo de fijación de precios objeto de reproche). En virtud de lo anterior, los argumentos se rechazan por improcedentes.

Por otro lado, se pone de presente un argumento presentado por ACEPRAC y su representante legal relacionado con la existencia del gremio al momento de imposición de la sanción (la Resolución Sancionatoria fue expedida el 8 de noviembre de 2017). Estos investigados manifestaron que, según consta en el certificado de existencia y representación legal, ACEPRAC fue liquidada mediante acta del 7 de noviembre de 2017, inscrita en Cámara de Comercio el 28 de noviembre de 2017. Por lo tanto, solicitaron que se revocara y archivara la decisión en contra de esta agremiación y de su representante legal, por ausencia de sujeto pasivo sobre el cual recaiga la sanción.

Frente a este argumento, el Despacho procedió a revisar el certificado actual de Cámara de Comercio de ACEPRAC y encontró que tal documento establece lo siguiente:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

	<p align="center">CAMARA DE COMERCIO DE BUENAVENTURA ASOCIACION COLOMBIANA DE EMPRESAS DE PRACTICAJE Fecha expedición: 2018/04/26 - 17:49:30 **** Recibo No. S000656800 **** Num. Operación. 90-RUE-20180426-0041</p>
	<p align="center">*** CERTIFICADO EXPEDIDO A TRAVES DEL PORTAL DE SERVICIOS VIRTUALES (SII) *** CODIGO DE VERIFICACION PGdVsUbRw</p>
<p>CERTIFICA</p>	
<p>**** LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO SE ENCUENTRA CANCELADA ****</p>	
<p>CERTIFICA - DISOLUCIÓN</p>	
<p>POR ACTA NÚMERO 001 DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 2017 DE LA ASAMBLEA EXTRAORDINARIA, REGISTRADO EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO BAJO EL NÚMERO 1779 DEL LIBRO I DEL REGISTRO DE ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO EL 23 DE NOVIEMBRE DE 2017, SE DECRETÓ : DISOLUCION</p>	
<p>CERTIFICA - LIQUIDACIÓN</p>	
<p>POR ACTA NÚMERO 002 DEL 07 DE NOVIEMBRE DE 2017 DE LA ASAMBLEA EXTRAORDINARIA, REGISTRADO EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO BAJO EL NÚMERO 1786 DEL LIBRO I DEL REGISTRO DE ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO EL 28 DE NOVIEMBRE DE 2017, SE DECRETÓ : LIQUIDACION</p>	

Fuente: Información disponible en el RUES.

De lo anterior se colige que, aunque el acta que decretó la liquidación de esta asociación en efecto tuvo lugar un día antes de la expedición de la Resolución Sancionatoria (acta No. 002 del 7 de noviembre de 2017), lo cierto es que tal documento solo fue registrado hasta el 28 de noviembre de 2017, es decir, veinte (20) días después de que la decisión de sanción tuvo lugar (la Resolución Sancionatoria se expidió el 8 de noviembre de 2017). Considerando que la existencia de las sociedades termina únicamente con la inscripción de la cuenta final de la liquidación en el registro mercantil, el argumento del investigado relacionado con la inexistencia de la asociación al momento de la imposición de la sanción carece de veracidad y por ende debe ser rechazado por esta Superintendencia. En últimas, es un hecho que la asociación existía en el mundo jurídico para el momento en que se impuso la sanción, pese a que su liquidación se hubiera hecho efectiva pocos días después, por lo cual el argumento alegado en este sentido no tiene lugar.

Adicionalmente, la inexistencia sobreviniente que sufrió **ACEPRAC** no incide en absoluto en la multa impuesta a **LUIS HERNANDO MARTÍNEZ AZCÁRATE** (Exrepresentante Legal de **ACEPRAC**). Independientemente de que después de impuesta la sanción se haya extinguido la asociación que anteriormente esta persona representó, está demostrado que, en virtud del cargo y las funciones que ejerció durante el periodo de investigación, convocó a las empresas de practicaje afiliadas a la reunión del 25 de enero de 2012, adelantó distintas labores de comunicación de los compromisos allí adquiridos y realizó seguimiento de tales acuerdos y de las diferentes reacciones que se presentaron por parte de las agencias marítimas en la implementación de las nuevas tarifas, por lo cual no cabe duda de que facilitó y ejecutó la conducta anticompetitiva objeto de reproche. En virtud de lo expuesto, la multa impuesta a esta persona natural se mantendrá y el argumento se rechazará por improcedente.

3.2.2. Argumentos relacionados con la naturaleza de ANPRA

ANPRA, FERNANDO PAREJA VALEST (Representante Legal de **ANPRA**), **RÍO & MAR, PILOTOS DE BARRANQUILLA**, y **WILLIAM DANIEL QUIÑONES VILLAMIL** (piloto práctico afiliado a **ANPRA** y socio de **PILOTOS DE BARRANQUILLA**) manifestaron que **ANPRA** no podía ser calificada como responsable directa de un acuerdo de precios empresarial debido a que, al ser una agremiación de trabajadores (no de empresas), no es un "agente económico". Por ende, su comportamiento solo podría ser calificado como facilitador, ejecutor o algo similar.

En la misma línea, argumentaron que una agremiación de trabajadores que aboga por los intereses de sus agremiados no puede ser sancionada por tratar de ejercer labores de defensa de sus agremiados para que se les pague lo que la ley señala.

En respuesta a estos argumentos, el Despacho considera pertinente recordar que un agente económico es cualquier operador que ejerza alguna acción en el mercado. Es precisamente en

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

consonancia con lo anterior que el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 adicionado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 establece que lo dispuesto en las normas sobre protección de la libre competencia económica se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica. Nótese que la norma no hace distinción alguna respecto del carácter profesional o empresarial que eventualmente puedan tener los agentes del mercado, por lo cual no cabe duda de que todas las asociaciones, independientemente de sus formalidades propias y naturaleza, son sujeto pasivo del régimen que nos ocupa.

Adicionalmente, es preciso poner de presente lo dispuesto por esta misma Superintendencia en su *“Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia frente a las asociaciones de empresas y asociaciones o colegios de profesionales”*⁶⁹, donde señaló expresamente que *“[l]as asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales son personas diferentes de los miembros que las conforman, y se constituyen con el fin de perseguir objetivos comunes en el sector económico donde se desempeñan”*⁷⁰ (subrayas fuera del texto).

En línea con lo anterior, esta Autoridad dejó por sentado que las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales están obligadas a desarrollar sus actividades dentro del marco del régimen de protección de la competencia, ya que, una vez integrada la asociación por un número plural de sujetos, esta adquiere los mismos deberes que cualquier otro particular en relación con este régimen⁷¹.

En este punto, se reitera lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria en el sentido de que, si bien las agremiaciones y asociaciones contraen obligaciones y adquieren derechos en representación de sus asociados en procura de la protección de intereses y la persecución de objetivos comunes, deben observar en el giro ordinario de sus actividades el cumplimiento de las normas de la libre competencia.

Así las cosas, aunque la Superintendencia de Industria y Comercio tiene presente que estos grupos son importantes para la lucha de intereses legítimos propios de su sector, también reconoce que, por las funciones que desempeñan, pueden verse expuestas a ciertos riesgos relacionados con la eventual transgresión de las normas de libre competencia económica. En efecto, como se dispuso en la Resolución Sancionatoria, las asociaciones o gremios pueden incurrir en una transgresión de las normas de competencia en razón del tipo de funciones que desarrollan, especialmente al agrupar agentes económicos que compiten entre sí. Vale la pena poner de presente nuevamente lo señalado por la **OCDE** al respecto:

*“Por otro lado, como las asociaciones de empresarios ofrecen repetidas oportunidades de contacto entre competidores directos, también podrían servir como un vehículo para actividades que restrinjan la competencia. Un buen número de casos de cartelización traídos por las autoridades de competencia del mundo involucran directa o indirectamente una asociación de empresas. Una asociación puede por sí misma organizar, orquestar y motivar violaciones a la competencia directas, o simplemente facilitarlas”*⁷². (Subrayas fuera del texto).

Se reitera también que, respecto del marco jurídico que rige las actividades de las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales, la Corte Constitucional ha señalado que:

“Cuando el derecho de asociación gira en torno a proyectos económicos y se ejerce con propósitos lucrativos, su reconocimiento se enmarca en el derecho de libertad de empresa, esto es, en el artículo 333 de la Constitución Política. Esta norma superior consagra el derecho al libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común; prohíbe que para su ejercicio se exijan permisos previos y requisitos sin autorización de la ley; concibe la libre competencia como un derecho que supone responsabilidades; afirma la función social que tiene la empresa; le impone al Estado el deber de impedir la obstrucción de la libertad económica y evitar el abuso de la posición

⁶⁹ Disponible en: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/CARTILLA_GREMIOS.pdf

⁷⁰ *Ibidem*. Pág. 4.

⁷¹ *Ibidem*. Pág. 6.

⁷² OCDE: “Trade Associations [Policy Roundtables]” 2007, pág. 16.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

dominante y, finalmente, sujeta el ejercicio de ese derecho a los límites que imponga la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”⁷³.
(Subrayas fuera de texto).

En virtud de ello, es necesario que las asociaciones de empresas o de profesionales, en el marco de sus fines altruistas, eviten a toda costa promover o ejecutar directamente acuerdos contrarios a la libre competencia, o servir de plataforma para que los mismos se pacten o ejecuten, o influenciar de cualquier forma a sus afiliados o asociados para que pacten o ejecuten dichos acuerdos, como sucedió en el caso que nos ocupa.

En conclusión, contrario a lo que afirman los investigados, **ANPRA** sí es un agente económico en la medida en que ejerce acción en el mercado en su calidad de asociación de profesionales y, por lo tanto, es sujeto pasivo de las normas de protección de la libre competencia económica. El hecho de que, en su calidad de gremio, promueva la defensa de los intereses de sus asociados en la actividad de practicaje no lo exime de cometer prácticas anticompetitivas y de ser sancionado por tal efecto, ya que el régimen es claro en extender su aplicación a todo agente que participe en el mercado, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y al margen de los fines que persiga. En virtud de lo expuesto, los argumentos se descartan por resultar a todas luces infundados.

3.2.3. Argumentos relacionados con la asistencia de los convocados a la reunión del 25 de enero de 2012

Algunos de los investigados manifestaron que no asistieron a la reunión del 25 de enero de 2012 convocada por **ACEPRAC** en la que se había realizado el acuerdo anticompetitivo, y que en virtud de tal inasistencia no era procedente imponerles responsabilidad por haber incurrido en la conducta de fijación de precios sancionada.

Así, por ejemplo, **GILBERTO ASPRILLA RIVAS** (Representante Legal de **SPILBUN**) afirmó que no puede ser sujeto pasivo de la Resolución Sancionatoria, toda vez que fue demostrado y reconocido por la Superintendencia de Industria y Comercio que no asistió a la reunión de **ACEPRAC**, en donde se configuró la supuesta práctica restrictiva de la competencia. En virtud de su inasistencia, no tenía siquiera la potencialidad de generar la afectación en el mercado que se le imputa. Además, afirmó que lo discutido en la referida reunión nunca fue implementado por **SPILBUN**.

En igual sentido, **MARCARIBE, LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR** (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía), **S.T.M.** y **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) afirmaron que el centro del acervo probatorio que se imputó es la reunión realizada en **ACEPRAC** el 25 de enero de 2012, por lo cual se debe descartar cualquier posibilidad de que estos agentes hubieran incurrido en un cartel de precios, considerando que ninguno de ellos asistió a tal encuentro y teniendo en cuenta además que, según la Delegatura, no hubo otro comportamiento de los investigados que se deba interpretar como un acuerdo por objeto. También afirmaron que nada de lo que haga la asociación los representa, pues ni avalaron lo que se decidió en el marco de tal gremio ni lo reiteraron.

Adicionalmente, sostuvieron que no entienden de dónde concluyó el Despacho que las comunicaciones suscritas por **LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR** (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) y **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) fueron hechas en cumplimiento de los compromisos adquiridos en la citada reunión, pues ellos ni fueron a tal espacio, ni mucho menos adquirieron compromisos derivados de aquel, ni tampoco mencionaron, en ninguna de sus comunicaciones, nada lo que el Despacho asume.

Por su parte, **BAUPRES** sostuvo que la Superintendencia de Industria y Comercio reconoció que esta empresa no había asistido a la reunión del 25 de enero de 2012, pero al momento de decidir la investigación, le dio valor al hecho de que hubiera sido invitada a tal espacio. La simple invitación no convierte a la empresa en gestora, actora ni partícipe del acuerdo.

⁷³ Sentencia C-792 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En relación con estos argumentos vale la pena recordar que en el Expediente obran pruebas que demuestran que cada una de las empresas de practicaje investigadas incluyeron en sus liquidaciones y cobraron efectivamente a sus clientes en diferentes fechas el nuevo rubro por costos administrativos, en cumplimiento de lo acordado en la reunión del 25 de enero de 2012 convocada por ACEPRAC. También existen pruebas que dan cuenta de la participación de las personas naturales investigadas en la ejecución de tal cobro mancomunado. Como lo anterior se verificó incluso para las personas naturales y empresas investigadas que no asistieron a dicha reunión, sobre estas también recayó el juicio de reproche por parte de esta Superintendencia. Es precisamente por ello que la defensa consistente en la inasistencia a la reunión no resulta procedente si, en todo caso, hubo ejecución del acuerdo por parte de las personas y empresas investigadas.

En efecto, respecto de **GILBERTO ASPRILLA RIVAS** (Representante Legal de **SPILBUN**) se recuerda que en su calidad de gerente y representante legal de **SPILBUN** recibió la citación a la reunión del 25 de enero de 2012 en su cuenta de correo electrónico gilberto.asprilla@spilbun.com, en la que previamente se informó sobre los temas a tratar en dicha reunión (de manera que conoció de antemano el fin de fijar mancomunadamente el cobro de la tarifa). Aunque no asistió a este espacio, existe evidencia que indica que envió a un representante en su nombre⁷⁴, según consta en el "Acta No. 002" de 25 de enero de 2012⁷⁵, lo cual da cuenta de su interés de ser parte de la discusión, al menos por interpuesta persona.

También quedó probado en el Expediente que después de que tuvo lugar la reunión referida, suscribió varias comunicaciones para informar a las agencias marítimas y a sus clientes, en general, el aumento de las tarifas del servicio de practicaje, producto de la inclusión del rubro o tarifa por concepto de costos administrativos que se había hecho en cumplimiento de los compromisos adquiridos en la reunión objeto de estudio. Como muestra de ello, vale la pena citar los siguientes escritos: (i) comunicación del 6 de marzo de 2012 con asunto: "Oficio N° ANP-003-2012 de Remuneración de los Pilotos Prácticos", suscrita por **GILBERTO ASPRILLA RIVAS** (Representante Legal de **SPILBUN**) y **CLAUDIA VIVIANA BENÍTEZ VILLAMIZAR** (Representante Legal de **PILOTOS DEL PACÍFICO**), remitida a **ASONAV**⁷⁶; (ii) comunicación del 5 de abril de 2012 con asunto: "Tarifas para servicios de Pilotaje, Lanchas y Amarre", suscrita por **GILBERTO ASPRILLA RIVAS** (Representante Legal de **SPILBUN**) y dirigida a **MARITRANS**⁷⁷; (iii) comunicación del 5 de abril de 2012 con asunto: "Tarifas para servicios de Pilotaje, Lanchas y Amarre", suscrita por **GILBERTO ASPRILLA RIVAS** (Representante Legal de **SPILBUN**), dirigida a **BULK MARITIME**⁷⁸; y (iv) comunicación del 5 de abril de 2012 con asunto: "Tarifas para servicios de Pilotaje, Lanchas y Amarre" suscrita por **GILBERTO ASPRILLA RIVAS** y dirigida a **SEAPORT**⁷⁹.

En razón de todo lo anterior, no cabe duda de que **GILBERTO ASPRILLA RIVAS** (Representante Legal de **SPILBUN**) ejecutó el acuerdo anticompetitivo investigado, y que por ende el juicio de reproche en su contra resulta justificado, aun cuando no asistió a la reunión en cuestión.

Frente a **MARCARIBE, S.T.M.** y **BAUPRES**, por su parte, quedó probado que estas tres empresas, que pertenecen al puerto de Santa Marta, fueron igualmente convocadas a la reunión del 25 de enero de 2012 y que, en virtud de tal invitación, fueron concedoras del objeto de tal encuentro. Si bien es cierto que estas empresas no asistieron finalmente a la reunión, también lo es que esa no fue la única razón por la cual se les imputó responsabilidad, pues la Autoridad, contrario a lo afirmado por estos investigados, encontró otros comportamientos –diferentes a la simple convocatoria– que daban cuenta de la existencia de un acuerdo entre sí.

⁷⁴ De conformidad con la información consignada en el Acta No. 002 de 25 de enero de 2012, **CARLOS ARTURO VICTORIA BOTERO** asistió en nombre propio y en representación de **GILBERTO ASPRILLA RIVAS** y **ROBERTO BUSTAMANTE GÓMEZ**.

⁷⁵ Folios 1219 a 1225 del Cuaderno Reservado **PILOTOS PRÁCTICOS DEL PACÍFICO** No. 1 del Expediente.

⁷⁶ Folio 3059 y 3060 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente.

⁷⁷ Folio 3061 a 3063 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente.

⁷⁸ Folios 7396 a 7398 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente.

⁷⁹ Folios 7487 a 7489 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

En efecto, existe en el acervo probatorio, entre otros: (i) una carta del 4 de mayo de 2012, en la que **BAUPRES** le informó a uno de sus clientes (**SEAPORT S.A.**) que, al igual que las otras empresas de practicaje y a partir de la “propuesta” de cobrar adicionalmente un porcentaje “de manejo comercial y administrativo”, iniciaría con el cobro de un 20% adicional por tales conceptos, el cual dividiría en dos cobros para facilitar el pago de sus clientes, uno del 10% a partir del 1 de junio de 2012 y otro 10% a partir del 1 de enero de 2013⁸⁰; (ii) una carta del 1 de junio de 2012, en la que **MARCARIBE**, a través de su representante legal, le informó a uno de sus clientes (**EDUARDO L. GERLEIN S.A.**) que a partir de esa fecha iniciaría con el cobro del 20% por costos administrativos⁸¹; (iii) dos cartas del 1 de junio de 2012 de **S.T.M.** idénticas a la enviada a **MARCARIBE**, en la que el representante legal informó a sus clientes (**NAVENAL LTDA.**⁸² y **SEAPORT LTDA.**⁸³) que igualmente a partir de esa fecha iniciaría con el cobro del 20% por costos administrativos; y (iv) dos cartas también idénticas enviadas por **BAUPRES** y **MARCARIBE** a un mismo cliente (**BULK MARITIME AGENCIES LTDA.**) los días 4 y 9 de diciembre de 2015 respectivamente, en las que informaron que en desarrollo del cobro del 20% iniciado en 2012 por costos administrativos, este se incrementaría en un 15% adicional a partir del 1 de enero de 2016 (lo cual permite advertir que, incluso para el año 2016, los investigados continuaban ejecutando el acuerdo implementado desde el 2012)⁸⁴.

A partir de todas estas evidencias se concluyó que las tres empresas no solo conocieron el objeto del encuentro del 25 de enero de 2012 –a partir de la convocatoria que conjuntamente recibieron–, sino que también conocieron sus resultados e implementaron los acuerdos que se alcanzaron en tal espacio, aun cuando no asistieron a la reunión en cuestión. Se resalta que **BAUPRES** manifestó expresamente conocer la propuesta acatada por otros agentes del mercado de hacer un cobro adicional del 20% y estar dispuesta a implementar igualmente tal cobro a partir del 1 de junio de 2012; que **MARCARIBE** y **S.T.M.** –que están localizados en su misma zona– anunciaron incrementos exactamente en los mismos porcentajes y en la misma fecha, y que incluso procedieron a informar a sus clientes tales incrementos mediante comunicaciones redactadas en los mismos términos; y que con el paso del tiempo se presentaron otras coincidencias significativas de contenido en las comunicaciones que estos investigados enviaron a sus clientes por concepto de cobros de costos administrativos. Incluso, es preciso poner de presente -que antes de que tal reunión tuviera lugar, las empresas en mención no incluían tal rubro en su correspondiente facturación.

Tal y como se dispuso en la Resolución Sancionatoria, la concurrencia de estos aspectos representa una situación que demuestra claramente el comportamiento coordinado de las investigadas. En otras palabras, las coincidencias descritas permiten establecer que las empresas compartieron gestiones comerciales y de negociación con sus clientes con el fin de cubrir coordinadamente sus gastos de operación y administración, lo cual resulta a todas luces contrario a un ambiente de sana competencia. A partir de estas consideraciones se responde la observación planteada por **LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR** (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) y **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) en el sentido de que no entienden de dónde concluyó el Despacho que las comunicaciones que suscribieron fueron hechas en cumplimiento de los compromisos adquiridos en la citada reunión. En últimas, tal conclusión se deriva de las condiciones coincidentes de tiempo, modo, lugar y contenido que rodearon y caracterizaron la suscripción de tales documentos.

Por lo anterior, se concluye que los argumentos de **MARCARIBE**, **S.T.M.** y sus representantes legales relacionados con su inasistencia a la reunión, con que el centro de la imputación fue la reunión del 25 de enero de 2012 y con que presuntamente no existían otros comportamientos que dieran cuenta de la existencia del acuerdo; y los argumentos de **BAUPRES** relacionados con que la Superintendencia de Industria y Comercio, al momento de decidir la investigación, le dio valor

⁸⁰ Folio 7469 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente.

⁸¹ Folio 7273 (Anexo 2 USB) del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

⁸² Folio 7367 (CD) del Cuaderno Público No. 25 del Expediente.

⁸³ Folios 7467 y 7468 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente.

⁸⁴ Folio 7463 (USB) del Cuaderno Público No. 26 del Expediente. Archivo “BULK MARITIME AGENCIES SAS RAD 12-64145-432-2 NOV 2016”, págs. 9 a 12.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

únicamente al hecho de que hubiera sido invitada a tal espacio, deben rechazarse por resultar infundados.

3.2.4. Argumentos relacionados con las capacidades y facultades de representación que tenían los asistentes a la reunión del 25 de enero de 2012

Algunos investigados argumentaron, por su parte, que sí habían asistido a la reunión pero que lo habían hecho mediante empleados que no contaban con poder para representar y vincular a las sociedades correspondientes.

Así, por ejemplo, **PILOTOS DEL PACÍFICO** y **CLAUDIA VIVIANA BENÍTEZ VILLAMIZAR** (Representante Legal de **PILOTOS DEL PACÍFICO**) afirmaron que, aunque esta última contaba con autorización expresa de la junta directiva para asistir a la reunión de **ACEPRAC** y vincular a la compañía con las decisiones tomadas en ella, no tenía poder especial para asistir a dicha reunión. Por consiguiente, a su parecer, no contaba con las facultades legales necesarias para vincular a **PILOTOS DEL PACÍFICO** con las decisiones tomadas en tal espacio. Así las cosas, no le es imputable la responsabilidad que pretende endilgar la Superintendencia de Industria y Comercio, pues esta se fundamenta únicamente en su cargo y sus funciones. Además, afirmaron que **CLAUDIA VIVIANA BENÍTEZ VILLAMIZAR** (Representante Legal de **PILOTOS DEL PACÍFICO**) no asistió a ninguna otra reunión de **ACEPRAC** con fecha posterior al 25 de enero de 2012.

En respuesta a estos argumentos vale la pena reiterar que la conducta imputada y sancionada, consistente en un acuerdo para cobrar una tarifa adicional al valor de la maniobra del piloto práctico que venían cobrando las empresas investigadas a sus clientes, resulta reprochable no en atención al carácter formal o informal de la reunión donde surgió ni mucho menos en atención a la debida o indebida representación que ejercieron sus asistentes frente a sus respectivas empresas. El juicio de reproche frente a tal comportamiento se erige en atención a su contenido mismo (acuerdo de fijación de precios representado en cobros mancomunados por concepto de gastos administrativos), y se sustenta en su acatamiento por parte de las empresas investigadas y, sobre todo, en su correspondiente implementación. Por ende, de nada vale la defensa consistente en que los asistentes no contaban con poder especial para vincular a las empresas que representaban si, en todo caso, las empresas y personas naturales investigadas conocieron del acuerdo y lo implementaron en la práctica, como efectivamente se demostró en la presente actuación administrativa.

Adicionalmente, y pese a que la calidad de los asistentes no resulta determinante para la calificación del ilícito, es preciso resaltar frente al argumento de **PILOTOS DEL PACÍFICO** y **CLAUDIA VIVIANA BENÍTEZ VILLAMIZAR** (Representante Legal de **PILOTOS DEL PACÍFICO**) que esta última ejercía como representante legal de tal empresa para la época de los hechos, y que además participó de manera activa y propositiva en la reunión en nombre de su empresa para concretar los aspectos relacionados con el acuerdo de precios objeto de esta investigación, de manera que no es cierta la aseveración según la cual esta persona natural carecía de facultad para representar debidamente a la empresa en la reunión en mención.

Por ende, se reitera lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria frente a esta investigada, en relación con que (i) es claro que el representante legal, en su calidad de administrador, debe cumplir sus obligaciones gerenciales de manera responsable y a cabalidad conforme los deberes que el cargo le impone, dentro de las previsiones legales y estatutarias que correspondan; (ii) cualquier limitación que tenga que ver con la facultad del representante legal para obligar a la compañía (como asistir a las reuniones de junta directa de la asociación a la cual se encuentra afiliada) debe constar en el contrato social y este a su vez, estar debidamente inscrito en el registro mercantil so pena de ineficacia; (iii) en el Expediente no se encuentra evidencia que dé cuenta de limitaciones de esa naturaleza; y (iv) aun en gracia de discusión, de haberla, se recuerda que la Superintendencia de Industria y Comercio ha sostenido de manera enfática que no es posible oponer “cláusulas eximentes de responsabilidad en materia de competencia”.

Se pone de presente además que los representantes legales tienen amplias facultades para actuar en nombre de las sociedades en lo que tiene que ver con su objeto social o funcionamiento, y en consecuencia, las obligan mediante sus hechos, actos y omisiones. Respecto de las facultades legales y estatutarias de los representantes legales, la Superintendencia de Sociedades ha indicado:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"En consecuencia resulta inoficiosa cualquier prueba tendiente a demostrar la capacidad del representante legal para obligar a la sociedad o para actuar en su nombre, pues la propia ley establece dicha capacidad para celebrar todo acto o contrato comprendido dentro del objeto o relacionado con la existencia o funcionamiento de la sociedad y es principio general que la norma jurídica se presume conocida y no deba ser objeto de prueba. En igual sentido no existe razón para exigir al representante autorización especial del máximo órgano social, salvo en el caso de las limitaciones que se han pactado por los estatutos o en presencia de normas legales de carácter especial que así lo exijan"⁸⁵.

En el mismo sentido, la doctrina ha dispuesto lo siguiente:

"(...) el representante o los representantes legales de una sociedad solamente tienen frente a terceros las limitaciones expresamente estipuladas en los estatutos y que hayan sido dotadas de publicidad comercial mediante su correspondiente inscripción en el registro público de comercio, en todo lo demás sus facultades son tan amplias como el objeto social mismo"⁸⁶.

Así las cosas, se rechaza el argumento según el cual **CLAUDIA VIVIANA BENÍTEZ VILLAMIZAR** (Representante Legal de **PILOTOS DEL PACÍFICO**) carecería de la facultad legal para asistir a la reunión de **ACEPRAC** del 25 de enero de 2012 y comprometer a la compañía por su participación en la celebración de los acuerdos anticompetitivos objeto de reproche en esta investigación. Su calidad de representante legal sí le permitía representar debidamente a **PILOTOS DEL PACÍFICO** en tal espacio y no tenía limitaciones estatutarias en ese sentido, y, en todo caso, así no hubiera ostentado tal calidad o lo hubiera hecho con limitaciones, es un hecho que participó activamente en la reunión, que por su conducto la empresa conoció del acuerdo anticompetitivo imputado y que además la compañía que representaba efectivamente implementó el cobro mancomunado objeto de reproche.

Adicionalmente, cabe anotar que **WILLIAM DANIEL QUIÑONES VILLAMIL** (piloto práctico afiliado a **ANPRA** y socio de **PILOTOS DE BARRANQUILLA**) alegó que había sido sancionado con base en un acta de una agremiación de empresas a la que no pertenecía. Además, según había afirmado ante la Delegatura durante los alegatos de conclusión, él no propuso ningún aumento en tal encuentro y el contenido del acta de dicha reunión nunca le había sido comunicado. Solo cuatro (4) años después conoció su contenido y lo rechazó de forma categórica. En virtud de ello, considera que no debe haber sanción en su contra.

Sobre el particular se pone de presente que: (i) resulta irrelevante que **WILLIAM DANIEL QUIÑONES VILLAMIL** (piloto práctico afiliado a **ANPRA** y socio de **PILOTOS DE BARRANQUILLA**) no hubiera pertenecido a **ACEPRAC** como persona natural, pues **PILOTOS DE BARRANQUILLA**, empresa a la cual pertenecía, efectivamente era miembro de tal asociación, por lo cual es razonable entender que su participación en el encuentro obedeció a su vinculación con tal empresa; (ii) lo anterior se corrobora con su propia declaración, donde afirmó que conoció del encuentro precisamente por información que le suministró el representante legal de la empresa; (iii) independientemente de que el grado de participación de **WILLIAM DANIEL QUIÑONES VILLAMIL** (piloto práctico afiliado a **ANPRA** y socio de **PILOTOS DE BARRANQUILLA**) en la reunión hubiera sido más o menos activa en comparación con lo dispuesto en el acta, lo cierto es que asistió a tal espacio y que por su conducto **PILOTOS DE BARRANQUILLA** conoció los resultados del encuentro, por lo cual indefectiblemente resulta responsable; (iv) la instancia inmediatamente posterior a la audiencia del alegatos de conclusión es la expedición del Informe Motivado, documento que ya se pronunció sobre este argumento y lo rechazó aduciendo que su declaración era inconsistente con todo el acervo probatorio y que no se habían presentado debida ni oportunamente tachas de falsedad frente al contenido de la mencionada acta; (v) en las observaciones presentadas frente al Informe Motivado no se presentó el argumento de desconocimiento del acta, por lo cual el Despacho lo entendió resuelto al momento de expedir la Resolución Sancionatoria; y (vi) en todo caso, esta no es la oportunidad para revivir alegatos ya discutidos y resueltos. En virtud de lo expuesto, el argumento se rechaza por improcedente.

Por otro lado, se pone de presente un argumento de **MARCARIBE, LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR** (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía), **S.T.M.** y **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO**

⁸⁵ Oficio 03-1537 del 30 de diciembre de 1983.

⁸⁶ Gabino Pinzón. *Sociedades comerciales*, vol. I, Bogotá, Temis, 1989, pág. 191.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

(Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía), según el cual no obra en el Expediente prueba alguna de que la decisión del 25 de enero de 2012 les hubiera sido comunicada, ni existe prueba de que se les haya solicitado autorización para actuar en su nombre ni para comprometerlos en comunicaciones de seguimiento. En este punto, resaltaron que las únicas personas autorizadas para comprometerlos son sus representantes legales o sus apoderados, de manera que no se puede comprometer su responsabilidad con actuaciones que no fueron consultadas ni aprobadas ni autorizadas por su parte.

En respuesta a este argumento, simplemente se reitera lo dispuesto en secciones precedentes, en el sentido de que la razón por la cual se les imputó responsabilidad a estos agentes fue la existencia de material probatorio que daba cuenta de actuaciones coordinadas en la gestión comercial y la implementación del cobro mancomunado por gastos administrativos. Así las cosas, no tiene lugar el argumento según el cual no asistieron representantes de tales empresas a la reunión donde surgió la iniciativa de tal cobro, pues la inasistencia a la reunión no desvirtúa el hecho de que el cobro acordado en ese espacio hubiera sido conocido y se hubiera implementado por parte de estos agentes en el mercado.

Por su parte, algunos investigados argumentaron que el 25 de enero de 2012 se reunieron varias personas en su calidad de personas naturales, pero no en calidad de representantes legales de empresas. Lo anterior, teniendo en cuenta que no todos los asistentes tenían esa calidad y para aquella época **ACEPRAC** presuntamente no se encontraba legalmente constituida.

Considerando que este argumento ya había sido puesto de presente en las observaciones presentadas frente al Informe Motivado, simplemente se reiterará lo dispuesto al respecto en la Resolución Sancionatoria. No es posible, bajo ninguna lógica, concebir tal espacio como una simple reunión de “personas naturales”, si se tienen en cuenta los siguientes aspectos: **(i)** los asistentes concurrieron a dicha reunión bajo el entendido de que correspondía a un encuentro de la Junta Directiva de **ACEPRAC**, **(ii)** los sujetos convocados fueron, en efecto, empresas afiliadas a tal agremiación; **(iii)** la convocatoria se hizo directamente por parte del Presidente de **ACEPRAC** de acuerdo “con los estatutos y las disposiciones legales pertinentes”; **(iv)** se expidió un acta que consignó sus acuerdos alcanzados como miembros de tal asociación, e **(v)** incluso, algunos participaron con “poderes” que sus correspondientes empresas expidieron en su favor para que acudieran en su nombre. Pues bien, todos estos supuestos no existen ni mucho menos concurren en los encuentros que adelantan las personas naturales puras y simples.

En todo caso, independientemente de la formalidad del encuentro y la calidad de los asistentes, lo que realmente es relevante para la investigación es que varios agentes del mercado, con el patrocinio de dos agremiaciones, se pusieron de acuerdo para fijar los precios de un servicio en el mercado, situación que a todas luces transgrede el régimen de protección de la libre competencia económica. Por ende, el argumento se rechaza por resultar a todas luces improcedente.

Finalmente, **LUIS HERNANDO MARTÍNEZ AZCÁRATE** (Exrepresentante Legal de **ACEPRAC**) afirmó que no tenía capacidad, en la acepción civilista más pura, para determinar o constreñir la conducta de sujeto natural o jurídico alguno. En la misma línea, sostuvo que la Superintendencia de Industria y Comercio actuó en desmedro de su presunción de inocencia, ya que no existe un nexo causal entre la conducta desplegada por él y el supuesto efecto en el mercado que hubiese podido generar.

Sobre el particular se aclara que el juicio de reproche sobre esta persona natural jamás recayó en su capacidad para determinar o constreñir la conducta de otros sujetos. Su responsabilidad y la evidencia de su nexo causal con la concreción de la conducta, en cambio, se fundamentaron en que: **(i)** quedó probado que, en ejercicio de sus funciones, convocó a las empresas de practicaje afiliadas a la reunión del 25 de enero de 2012, la cual contó con el acompañamiento de **ANPRA**; **(ii)** dentro de los temas que se trataron en la mencionada reunión, se incluyó el relacionado con “*definir los costos fijos que por concepto de administración (Radio operación, traslado terrestre del Piloto y amarre) se puede empezar a facturar en todos los puertos*”; **(iii)** aunque este investigado no asistió a dicha reunión, les advirtió a los asociados sobre esta situación para que le reemplazara otra persona; **(iv)** quedó probado que a partir de la reunión en cuestión, adelantó distintas labores de comunicación de los compromisos allí adquiridos, junto a **FERNANDO PAREJA VALEST** (Representante Legal de **ANPRA**); y **(iv)** quedó probado que hizo seguimiento de los compromisos adquiridos y las diferentes reacciones que se presentaron por parte de las agencias marítimas. En

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

virtud de lo expuesto, los argumentos relacionados con la incapacidad de determinación o constreñimiento de esta persona natural o la ausencia de nexos causales, se rechazan por resultar infundados.

3.2.5. Argumentos relacionados con la supuesta falta de ejecución del acuerdo por parte de las empresas de practicaje sancionadas

MARCARIBE, LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía), **S.T.M.** y **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) manifestaron que si la conducta es tener por efecto la fijación de precios, las propias pruebas presentadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución Sancionatoria demuestran que tal efecto no se dio, pues cada una de las empresas cobraba valores diferentes.

En este sentido, afirmaron que la imputación de la Delegatura no versó sobre el cobro en abstracto de un valor adicional por unos servicios complementarios, sino sobre el cobro de “un mismo valor final”. Es decir, la imputación recayó en el hecho de haberse puesto de acuerdo entre todas para cobrar el mismo valor final (20%) a los clientes, y las pruebas que obran en el Expediente, por el contrario, demuestran que nunca hubo una implementación conjunta y coordinada de un mismo valor final. Así las cosas, como en Santa Marta nunca se dio el cobro de una tarifa unificada, no hubo ejecución del acuerdo ni ningún comportamiento por parte de las empresas de ese puerto que pudiera despojar al consumidor de su excedente de manera artificial para así obtener un beneficio ilícito.

En la misma línea, **BAUPRES** afirmó que formalizó una propuesta de negociación de tarifas a clientes en condiciones que se apartan de los términos del supuesto acuerdo, pues propuso el cobro de un 10% adicional a las tarifas de la **DIMAR** (no de un 20%) a partir de junio de 2012 (no de marzo de 2012) y el cobro de un 10% adicional a partir de enero de 2013. De esta forma, estaría demostrado que el acuerdo no fue ejecutado por su parte.

En respuesta a estos argumentos, se reitera lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria en el sentido de que no queda duda de que el cargo imputado a las empresas de practicaje sancionadas fue el de incurrir en la prohibición de celebrar acuerdos para fijar precios, al haber acordado y posteriormente implementado conjunta y coordinadamente un cobro para sus clientes. Lo anterior se corrobora con los siguientes apartes de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos:

“En el Expediente obra evidencia que demostraría la existencia de una presunta infracción al régimen de la competencia por parte de ANPRA, ACEPRAC y algunas empresas de practicaje, comoquiera que habrían acordado el valor del porcentaje que se debería cobrar para cubrir los costos administrativos de las empresas de practicaje”⁸⁷.

“Desde el órgano directivo de la asociación que agremia a algunas de las empresas de practicaje a nivel nacional (ACEPRAC) se estudió la implementación de un valor por concepto de costos administrativos que resultara complementario al valor de la remuneración establecida por la DIMAR para los pilotos prácticos”⁸⁸.

“El fragmento transcrito se constituye como una de las evidencias que darían cuenta del presunto acuerdo suscrito por ACEPRAC, ANPRA y algunas empresas de practicaje a nivel nacional para adicionar un valor (porcentaje) por concepto de “costos administrativos” en la factura en la que se liquida la maniobra ejecutada por el piloto práctico”⁸⁹.

“(…) la Delegatura debe aclarar que los comportamientos imputados a las empresas que prestan el servicio público de practicaje resultan reprochables, no desde el punto de vista de la racionalidad económica de la necesidad de cubrir ciertos costos administrativos..., sino desde el punto de vista de la posible infracción al régimen de la libre competencia

⁸⁷ Resolución No. 36503 del 9 de junio de 2016. Hoja No. 19.

⁸⁸ Resolución No. 36503 del 9 de junio de 2016. Hoja No. 20.

⁸⁹ Resolución No. 36503 del 9 de junio de 2016. Hoja No. 22.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

económica que significaría la implementación conjunta y coordinada de un mismo valor final de los mismos”⁹⁰.

Se aclara en este punto que, si bien es cierto que desde un comienzo la Delegatura identificó que el cobro mancomunado correspondió inicialmente a un 20% adicional sobre la remuneración establecida por ley a favor del piloto práctico por la prestación del servicio de practicaje, también lo es que, desde la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, reconoció que algunas de las empresas habían implementado cobros por tal concepto con porcentajes variables, hecho que no desmeritó en absoluto su vinculación a la presente actuación administrativa. En últimas, una desviación del acuerdo inicialmente alcanzado no desvirtúa su existencia.

Así, por ejemplo, en el caso de **MARCARIBE**, la Delegatura dispuso expresamente que esta empresa había cobrado un porcentaje adicional por concepto de “servicios complementarios” con valores disímiles (como 9%, 10%, 20%, 25% y 30%)⁹¹, pero aclaró que, en todo caso, su actuar resultaba cuestionable a la luz del régimen de libre competencia económica, ya que tal empresa tuvo conocimiento de los temas tratados en la reunión de **ACEPRAC** del 25 de enero de 2012 y efectuó el cobro del porcentaje adicional en concordancia con lo acordado en tal espacio, esto es, bajo el mismo concepto e incluso en términos y condiciones similares a los usados por las demás empresas de practicaje investigadas y sancionadas. Así las cosas, si el monto del porcentaje cobrado hubiera sido en realidad determinante para la calificación del ilícito, o si la imputación, como dicen los investigados, se hubiera limitado exclusivamente al cobro de un porcentaje uniforme e invariable, varias de tales empresas ni siquiera hubieran sido vinculadas desde un inicio a la presente actuación administrativa.

En virtud de lo expuesto, considerando que lo que resulta reprochable es que las empresas investigadas hubieran acordado cobrar una tarifa adicional al valor de la maniobra del piloto práctico que venían cobrando a sus clientes, y que las desviaciones frente al acuerdo porcentual inicialmente alcanzado no desvirtúan la existencia del acuerdo anticompetitivo imputado, el argumento de los investigados se rechaza por resultar infundado.

Por otro lado, **PILOTOS DE BARRANQUILLA** y **RÍO & MAR** sostuvieron que no se tuvo en cuenta que el representante legal (en su momento) de la primera empresa buscó al representante legal de la segunda para que se firmara una carta dirigida a las navieras, informándoles acerca del aumento de las tarifas, pero que **RÍO & MAR** se negó a firmar tal documento. Este hecho, en su opinión, debería ser tenido en cuenta para reducir o anular la sanción impuesta, pues representó una negativa expresa de ejecución de cualquier acuerdo restrictivo.

Pues bien, este argumento será rechazado por el Despacho en la medida en que no guarda relación alguna con la imputación hecha en la presente actuación administrativa. En efecto, el hecho de que tales empresas no se hayan podido poner de acuerdo para firmar y enviar conjuntamente una carta para informar el aumento de las tarifas a ciertas navieras, no desvirtúa el hecho de que participaron en la reunión del 25 de enero de 2012, conocieron sus resultados en relación con el cobro mancomunado de la tarifa y lo implementaron efectivamente en la práctica, según lo demuestran sus propias facturas.

Adicionalmente, **PILOTOS DE BARRANQUILLA** sostuvo que la Superintendencia de Industria y Comercio analizó un número reducido frente al total de las facturas para evidenciar que hubo un incremento del 20% y resaltó que el aumento no se hizo a todas las navieras ni se usó en todas las facturas después de la reunión del 25 de enero de 2012. También afirmó que es necesario analizar la temporalidad del supuesto ilícito, pues la primera factura donde se evidenció un aumento del 20% es de marzo de 2013.

Sobre el particular, el Despacho considera pertinente aclarar que la demostración de conductas anticompetitivas no se apoya en aspectos numéricos. En ocasiones, basta con que exista una sola prueba fehaciente del actuar contrario a derecho para que el juicio de reproche tenga fundamento. Así las cosas, al no existir un número de pruebas determinado ni tarifa legal alguna para que un actuar pueda ser catalogado por la Autoridad como contrario al régimen de libre competencia, el argumento relacionado con el número de facturas y el número de navieras afectadas con el cobro resulta a todas luces improcedente e impertinente.

⁹⁰ Resolución No. 36503 de 2016. Hoja No. 33

⁹¹ Resolución No. 36503 de 2016. Hoja No. 28

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Respecto del análisis de la temporalidad del ilícito, se aclara que la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que el cobro realizado por **PILOTOS DE BARRANQUILLA** en el año 2013 no correspondió a un hecho aislado, toda vez que un análisis conjunto de los elementos materiales probatorios permite concluir que fue producto de la concertación ilegal objeto de reproche. No puede perderse de vista que **PILOTOS DE BARRANQUILLA** participó en la reunión del 25 de enero de 2012 promovida por **ACEPRAC** a través de uno de sus pilotos prácticos; que fue precisamente su vocero en esa reunión quien propuso cobrar mancomunadamente un 20% adicional para remunerar los servicios de pilotaje; y que la tarifa que esta empresa aplicó en el 2013 se implementó en los términos y condiciones acordados en la reunión referida. Así las cosas, el argumento se rechaza por resultar infundado.

3.2.6. Argumentos relacionados con la finalidad legítima del cobro efectuado por parte de las empresas de practicaaje

BAUPRES afirmó que el hecho de que hubiera anunciado en una comunicación del 4 de mayo de 2012 que debía incrementar sus tarifas, se debe a que esta empresa participó en una reunión donde las empresas de practicaaje reconocieron que no se les estaba cancelando el 100% de la remuneración a los pilotos prácticos. En esa reunión, el presidente de **ANPRA** solicitó iniciar investigaciones administrativas de carácter sancionatorio contra las empresas de practicaaje que no cumplieran con la retribución de los pilotos, según la resolución de la **DIMAR**. En línea con lo anterior, se afirmó que las comunicaciones suscitadas por **ÓSCAR ARBOLEDA GIRALDO** (Representante Legal de **BAUPRES**) solo trataban de poner de presente esa falta de pago advertida en el sector, que para ese momento representaba un hecho notorio. En últimas, las empresas de practicaaje tenían la obligación legal de cobrar tarifas que les permitan solventar sus gastos de operación.

En sentido similar, **MARCARIBE** y **S.T.M.** afirmaron que dejar de cubrir los costos administrativos implicaría para esas empresas incurrir en una práctica restrictiva de carácter especial, pues el numeral 22.1 del artículo 22 de la Ley 01 de 1991 califica como tal el cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación de una sociedad u operador portuario. En últimas, la inclusión del cobro por parte de estas empresas se debió a que **MARCARIBE** y **S.T.M.** conocieron simultáneamente de una misma razón para realizarlo, so pena de hacerse mercedoras de una serie de sanciones que podrían ser aplicadas por autoridades distintas.

En relación con estos argumentos, se reitera lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria en el sentido de que la Superintendencia de Industria y Comercio no discute si las empresas de practicaaje tenían o no derecho a cobrar estas sumas para remunerar el ejercicio de los pilotos prácticos. Lo que resulta reprochable es la manera como se concertó, comunicó e implementó el cobro por concepto de gastos administrativos por parte de las empresas de practicaaje, esto es, que tal cobro hubiera sido producto de un acuerdo ilegal de cartelización empresarial y no de un ejercicio de cálculo y valoración individual por parte de cada agente con cada uno de sus clientes, según las particularidades de su negocio.

No cabe duda de que todas las actuaciones adelantadas por las empresas de practicaaje tendientes a percibir ingresos adicionales para cubrir sus costos administrativos y operativos, y a su vez, pagar en su totalidad el valor que le corresponde al piloto práctico como contraprestación por la actividad que ejerce, eran legítimas dentro del marco de las regulaciones establecidas por la **DIMAR**. No obstante lo anterior, no cabe duda tampoco para el Despacho de que las empresas de practicaaje sancionadas no estudiaron, discutieron y asumieron independiente y autónomamente los cobros encaminados a cubrir tales costos, pues quedó probado que para alcanzar tal fin acudieron en cambio a una concertación de tarifas y cobros que resultó a todas luces ilegal y contrario al régimen de libre competencia económica.

Por ende, independientemente de que los fines perseguidos con los cobros realizados fueran legítimos, lo cierto es que el medio empleado para alcanzarlos hizo que la conducta de las empresas de practicaaje investigadas deviniera en ilegal, por lo cual los argumentos esgrimidos en este sentido serán rechazados por este Despacho.

Por otro lado, **ANPRA**, **FERNANDO PAREJA VALEST** (Representante Legal de **ANPRA**), **RÍO & MAR**, **PILOTOS DE BARRANQUILLA**, y **WILLIAM DANIEL QUIÑONES VILLAMIL** (piloto práctico afiliado a **ANPRA** y socio de **PILOTOS DE BARRANQUILLA**) manifestaron que se presentó una tensión entre el derecho laboral y el derecho de la competencia, y que la Superintendencia de

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Industria y Comercio le dio prevalencia a las normas de competencia, pese a que los investigados buscaban darle cumplimiento a normas de carácter laboral y al derecho fundamental de los pilotos prácticos de recuperar lo que les correspondía como remuneración justa y respeto a su mínimo vital. Igualmente sostuvieron que se presentó una tensión entre el derecho de la propiedad privada y el derecho de la competencia, y que la Superintendencia de Industria y Comercio le dio prevalencia a las normas de competencia, pese a que las empresas de practicaje y los pilotos prácticos estaban recuperando lo que por ley les correspondía: su propiedad privada (dinero).

En la misma línea, sostuvieron que la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la imposición de sanciones a las empresas de practicaje y a los pilotos, causó un "resultado perverso", pues desconoció que estos eran la parte débil de la relación económica y que el artículo 13 de la Constitución Política les otorga especial protección. Quienes estaban causando la afectación de normas laborales y constitucionales resultaron premiados y sin ningún tipo de reproche.

En este sentido, además de reiterar lo dispuesto líneas atrás en relación con que la finalidad perseguida no justifica los medios empleados, el Despacho pone de presente que la labor de la Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, es precisamente hacer valer y aplicar el régimen de protección de la libre competencia económica en el país, normas cuya prerrogativa inmersa, por expresa disposición Constitucional, representa un derecho colectivo.

Si eventualmente una conducta atentatoria del régimen de libre competencia económica tiene también incidencia en otros campos jurídicos, como el civil o el laboral, nada obsta para que los sujetos interesados adelanten las acciones pertinentes ante las instancias que correspondan. Así las cosas, si las empresas de practicaje, las asociaciones, las navieras o cualquier otro agente del sector marítimo infringió normas ajenas al derecho de la competencia, le corresponderá a las autoridades de cada ámbito involucrado pronunciarse al respecto. En otras palabras, ni las infracciones cometidas en materia de competencia les impiden a las demás autoridades pronunciarse en su campo de acción, ni las infracciones que se cometan en otros escenarios afectan los pronunciamientos de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia económica.

Ahora bien, nuevamente debe insistirse en que la presente investigación administrativa no tiene como propósito ni mucho menos pudo generar el efecto de desconocer los derechos laborales y de propiedad privada, toda vez que, se insiste, tales derechos pueden ejercerse legítimamente por sus titulares sin necesidad de acudir a actos de cartelización empresarial. Dicho de otra manera, no puede aceptarse bajo ningún punto de vista que se utilicen unos supuestos derechos laborales o de propiedad privada, como pretexto para que, a través de actos de cartelización empresarial, se infrinja el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica. En virtud de lo expuesto, los argumentos se rechazan por resultar infundados.

3.2.7. Argumentos relacionados con las condiciones particulares de las empresas de practicaje que operan en el puerto de Santa Marta

Las empresas de practicaje ubicadas en el puerto de Santa Marta, esto es, **BAUPRES, S.T.M.** y **MARCARIBE**, y sus correspondientes representantes legales, pusieron de presente una serie de argumentos que, por su particularidad, se analizarán de manera independiente.

En primer lugar, **MARCARIBE, LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR** (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía), **S.T.M.** y **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) manifestaron que **ACEPRAC** siempre ha tenido cercanía con las empresas de otras capitánías de puerto, pero nunca con **MARCARIBE** y **S.T.M.**, ya que estas no vieron un valor agregado en hacer parte de dicha asociación, y por eso no tenían mayor interés en ser parte activa de esta. En la misma línea, manifestaron que tal asociación no representa ni ha representado sus intereses y que ninguno ha firmado nunca algún papel que los comprometa con dicha asociación o con lo decidido en su interior.

Sobre el particular, el Despacho aclara que independientemente de que tales empresas hubieran ejercido un rol activo o pasivo en **ACEPRAC** o se sintieran o no representadas por tal asociación,

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

lo cierto es que fungieron como miembros de esta última a partir del año 2011⁹²; en razón de ello, fueron convocadas a la reunión del 25 de enero de 2012 y conocieron de antemano su objeto (pese a que no asistieron); y posteriormente aplicaron coincidentemente un cobro adicional en sus facturas por concepto de costos administrativos, que en ocasiones fue del 20% y en ocasiones tuvo un porcentaje variable. Fue precisamente en virtud de estos aspectos que se probó su responsabilidad en la presente actuación administrativa, por lo cual resulta irrelevante analizar qué tan estrecha, activa o satisfactoria fue su relación con la asociación en mención.

En segundo lugar, estos investigados afirmaron que el hecho de que los fundamentos jurídicos usados en las comunicaciones de **MARCARIBE** y **S.T.M.** fueran iguales no resultaba suficiente para considerar que hubo acuerdo de precios entre ellas, ya que para esa época contaban con una integración operativa, compartían pilotos y tenían administración conjunta. Por ello, resultaba necesario que se hubiera establecido el cobro de un mismo monto respecto de todas las empresas. También afirmaron que las empresas, pese a tener una integración operativa, tuvieron variación de su conducta. Por ende, no se podría imaginar un cartel de precios entre empresas que, con una integración de esa naturaleza, actuaban diferente.

En este sentido, el Despacho pone de presente que el acuerdo de precios imputado no se predicó únicamente entre **MARCARIBE** y **S.T.M.**, sino entre todas las empresas de practicaje involucradas en la presente actuación, las cuales conocieron conjuntamente del objeto de fijar de manera concertada una tarifa para remunerar el servicio de los pilotos prácticos, e impusieron mancomunadamente un cobro por concepto de gastos administrativos encaminado a tal fin, que antes estaba ausente en su facturación. Así las cosas, el acuerdo de precios imputado a estos agentes no se limitó a la similitud de las comunicaciones entre estas dos empresas, sino a la concordancia de su actuar con el comportamiento efectuado por las demás empresas de practicaje investigadas.

Por otro lado, en cuanto a la integración operativa alegada, el Despacho advierte que los investigados no pusieron de presente este hecho ni en los descargos frente a la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos ni en las observaciones al Informe Motivado, ni allegaron prueba alguna de tal operación que permitiera verificar su veracidad, la fecha de su concreción y los términos y condiciones bajo los cuales tuvo lugar.

No obstante lo anterior, el Despacho procedió a analizar los certificados de existencia y representación legal de las dos sociedades y encontró que, desde inicios de 2014, ambas empresas comparten el mismo domicilio y el mismo Gerente (**WILLIAM ELÍAS BUSTILLO**), y verificó también que a partir de esa fecha sus anteriores representantes legales pasaron a ser coincidente y respectivamente representantes legales suplentes. Lo anterior permite inferir que efectivamente tales empresas tienen una administración conjunta:

Certificado de existencia y representación legal de **MARCARIBE**

	<p align="center">CAMARA DE COMERCIO DE SANTA MARTA PARA EL MAGDALENA PILOTOS MARCARIBE S.A.S.</p>
	<p>Fecha expedición: 2018/06/27 - 11:49:43 **** Recibo No. S000284875 **** Num. Operación. 90-RUE-20180627-0050</p>
<p align="center">*** CERTIFICADO EXPEDIDO A TRAVES DEL PORTAL DE SERVICIOS VIRTUALES (SII) *** CODIGO DE VERIFICACIÓN Zwjjbxkrdk</p>	
<p align="center">CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL O DE INSCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS.</p>	
<p align="center">Con fundamento en las matrículas e inscripciones del Registro Mercantil,</p>	
<p align="center">CERTIFICA</p>	
<p align="center">NOMBRE, SIGLA, IDENTIFICACIÓN Y DOMICILIO</p>	
<p>NOMBRE o RAZÓN SOCIAL: PILOTOS MARCARIBE S.A.S. ORGANIZACIÓN JURÍDICA: SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA CATEGORÍA : PERSONA JURÍDICA PRINCIPAL NIT : 800221084-9 ADMINISTRACIÓN DIAN : SANTA_MARTA DOMICILIO : SANTA MARTA</p>	
<p align="center">(...)</p>	

⁹² Folio 1214 del Cuaderno Reservado **PILOTOS PRÁCTICOS DEL PACÍFICO** No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

UBICACIÓN Y DATOS GENERALES

DIRECCIÓN DEL DOMICILIO PRINCIPAL : CL 23 NRO. 4320 LC 235 ED CENTRO EJECUTIVO
 MUNICIPIO / DOMICILIO: 47001 - SANTA MARTA
 TELÉFONO COMERCIAL 1 : 4319609
 TELÉFONO COMERCIAL 2 : NO REPORTÓ
 TELÉFONO COMERCIAL 3 : 3103631312
 CORREO ELECTRÓNICO : pilotosmarcaribe@telecom.com.co

(...)

CERTIFICA

REPRESENTANTES LEGALES - PRINCIPALES

POR ACTA NÚMERO 2 DEL 30 DE ENERO DE 2014 DE ASAMBLEA EXTRAORDINARIA, REGISTRADO EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO BAJO EL NÚMERO 37695 DEL LIBRO IX DEL REGISTRO MERCANTIL EL 06 DE FEBRERO DE 2014, FUERON NOMBRADOS :

CARGO	NOMBRE	IDENTIFICACION
GERENTE	ELIAS BUSTILLO WILLIAM	CC 73,573,628

CERTIFICA

REPRESENTANTES LEGALES SUPLENTE

POR ACTA NÚMERO 2 DEL 30 DE ENERO DE 2014 DE ASAMBLEA EXTRAORDINARIA, REGISTRADO EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO BAJO EL NÚMERO 37695 DEL LIBRO IX DEL REGISTRO MERCANTIL EL 06 DE FEBRERO DE 2014, FUERON NOMBRADOS :

CARGO	NOMBRE	IDENTIFICACION
SUBGERENTE	CARVAJAL AFANADOR LUIS FERNANDO	CC 9,074,133

Fuente: Información disponible en el RUES.

Certificado de existencia y representación legal de S.T.M.



CAMARA DE COMERCIO DE SANTA MARTA PARA EL MAGDALENA
SERVICIOS TECNICOS MARITIMOS S.A.S.
 Fecha expedición: 2018/06/29 - 16:24:47 **** Recibo No. S000286178 **** Num. Operación. 90-RUE-20180629-0089

*** CERTIFICADO EXPEDIDO A TRAVES DEL PORTAL DE SERVICIOS VIRTUALES (SII) ***
 CODIGO DE VERIFICACIÓN 23bwsRThyJ

CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL O DE INSCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS.

Con fundamento en las matrículas e inscripciones del Registro Mercantil,

CERTIFICA

NOMBRE, SIGLA, IDENTIFICACIÓN Y DOMICILIO

NOMBRE o RAZÓN SOCIAL: SERVICIOS TECNICOS MARITIMOS S.A.S.
ORGANIZACIÓN JURÍDICA: SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA
CATEGORÍA : PERSONA JURÍDICA PRINCIPAL
NIT : 891702364-1
ADMINISTRACIÓN DIAN : SANTA_MARTA
DOMICILIO : SANTA MARTA

(...)

UBICACIÓN Y DATOS GENERALES

DIRECCIÓN DEL DOMICILIO PRINCIPAL : CL 23 NRO. 4320 LC 235 ED CENTRO EJECUTIVO
 MUNICIPIO / DOMICILIO: 47001 - SANTA MARTA
 TELÉFONO COMERCIAL 1 : 4319609
 TELÉFONO COMERCIAL 2 : 4319465
 TELÉFONO COMERCIAL 3 : NO REPORTÓ
 CORREO ELECTRÓNICO : stmsas507@gmail.com

(...)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

CERTIFICA		
REPRESENTANTES LEGALES - PRINCIPALES		
POR ACTA NÚMERO 5 DEL 18 DE FEBRERO DE 2014 DE ASAMBLEA EXTRAORDINARIA, REGISTRADO EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO BAJO EL NÚMERO 37933 DEL LIBRO IX DEL REGISTRO MERCANTIL EL 11 DE MARZO DE 2014, FUERON NOMBRADOS :		
CARGO GERENTE	NOMBRE ELIAS BUSTILLO WILLIAM	IDENTIFICACION CC 73,573,628
CERTIFICA		
REPRESENTANTES LEGALES SUPLENTES		
POR ACTA NÚMERO 5 DEL 18 DE FEBRERO DE 2014 DE ASAMBLEA EXTRAORDINARIA, REGISTRADO EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO BAJO EL NÚMERO 37933 DEL LIBRO IX DEL REGISTRO MERCANTIL EL 11 DE MARZO DE 2014, FUERON NOMBRADOS :		
CARGO SUPLENTE DEL GERENTE	NOMBRE RODRIGUEZ ACEVEDO LUIS GUILLERMO	IDENTIFICACION CC 7,632,960

Fuente: Información disponible en el RUES.

Además, el Despacho verificó que mediante escritura No. 570 del 7 de marzo de 2013, contentiva de la "REFORMA DE ESTATUTOS DE LA SOCIEDAD "PILOTOS MARCARIBE LTDA""⁹³, se estableció que tanto **LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR** (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) como **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) tendrían un 33.33% del capital social de **MARCARIBE**, de manera que desde entonces quien fungía como representante de **S.T.M.** ha tenido vinculación directa con **MARCARIBE**, lo cual corrobora igualmente la aseveración de la administración conjunta.

Incluso, a partir de lo dispuesto en el Acta No. 3 de 2013 del 15 de mayo de dicha anualidad, correspondiente a una "ASAMBLEA GENERAL EXTRAORDINARIA DE ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD "SERVICIOS TECNICOS MARÍTIMOS S.A.S.", el Despacho verificó que en ese entonces el Gerente común actual de **MARCARIBE** y **S.T.M.**, (**WILLIAM ELÍAS BUSTILLO**) fungía como accionista de esta última sociedad junto con **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía), tal y como se muestra a continuación:

Acta No. 3 del 15 de mayo de 2013
"ASAMBLEA GENERAL EXTRAORDINARIA DE ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD
"SERVICIOS TECNICOS MARÍTIMOS S.A.S."

ACCIONISTA	ACCIONES	V/ NOMINAL	APORTES	%
WILLIAM ELIAS BUSTILLO	49	\$ 1.712.609.00	\$ 83.917.841.00	24.5
WILLIAM ELIAS PINEDA	49	\$ 1.712.609.00	\$ 83.917.841.00	24.5
LUIS GUILLERMO RODRIGUEZ ACEVEDO	102	\$ 1.712.609.00	\$ 174.686.118.00	51.0
TOTALES	200	\$ 1.712.609.00	\$ 342.521.800.00	100.0

Fuente: Información disponible en el RUES.

Todas estas coincidencias y correlaciones de personal administrativo y accionario permiten concluir que, en efecto, **S.T.M.** y **MARCARIBE** han tenido una relación estrecha entre sí desde años atrás que, ha abarcado incluso su correspondiente gestión administrativa.

Así las cosas, si desde la época en que se empezó a hacer el cobro mancomunado y reprochado tal administración conjunta tenía lugar (como lo expresaron estos investigados), este hecho simplemente permite asegurar que entre estas empresas siempre ha habido lazos comunicantes que les ha permitido ejercer gestiones comerciales coordinadas con mayor facilidad, tal y como desde un principio lo concluyó el Despacho. Esta situación, incluso, permite asegurar también que las actuaciones adelantadas por ambas empresas no son ajenas entre sí ni del todo independientes, aun cuando en ciertas oportunidades hayan mostrado variación.

⁹³ Información disponible en el RUES.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Por ende, este argumento antes que desvirtuar la responsabilidad de las empresas la reafirma, pues en últimas demuestra que efectivamente hubo razones de peso para que el cobro que implementaron lo hicieran coordinadamente en atención a su administración conjunta, comportamiento que en todo caso resulta reprochable ya que, se reitera, se dio en concordancia con los cobros que por los mismos conceptos hicieron las demás empresas de practicaje investigadas. Por ende, queda claro que el argumento no sirve para desvirtuar la responsabilidad de **S.T.M.** y **MARCARIBE**.

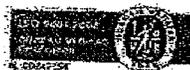
En tercer lugar, **MARCARIBE** afirmó que, aunque en el Expediente obran dos comunicaciones de contenido casi idéntico que, en diciembre de 2015, enviaron respectivamente esa empresa y **BAUPRES** a **BULK MARITIME AGENCIES S.A.S.**, dichas comunicaciones no constituyen ni un acuerdo para la fijación de precios ni una continuación del acuerdo imputado. Según sostuvo, el contenido de tales cartas se habría derivado de una solicitud de **BULK MARITIME AGENCIES S.A.S.** a **MARCARIBE** y **BAUPRES** para que negociaran y enviaran su propuesta de manera conjunta (es decir, no se derivó de un cartel). Además, en su opinión, tales comunicaciones dejan ver que **MARCARIBE** y **BAUPRES** venían cobrándole a este cliente sumas sustancialmente diferentes, y que en Santa Marta nunca ha habido un acuerdo para despojar al consumidor de opciones de precio en el mercado.

En la misma línea, **BAUPRES** sostuvo que si bien existe un oficio generado por esta empresa y remitido a **BULK MARITIME AGENCIES S.A.S.** que guarda identidad con otro remitido por **MARCARIBE** a la misma agencia, lo cierto es que: (i) corresponde a un hecho que tuvo lugar tres (3) años después del supuesto acuerdo; (ii) son los únicos oficios con esas características, por lo cual representan un hecho aislado; y (iii) son producto de una reunión tripartita celebrada entre **BULK MARITIME AGENCIES S.A.S.**, **MARCARIBE** y **BAUPRES**, en la que la primera le pidió a las empresas de practicaje que le generaran propuestas idénticas (incluso, los textos acreditan que **BAUPRES** y **MARCARIBE** venían cobrando diferentes valores por servicios complementarios).

Para responder estos argumentos es preciso traer a colación los oficios enviados por **BAUPRES** y **MARCARIBE** a **BULK MARITIME AGENCIES S.A.S.**:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Comunicaciones del 4 y 9 de diciembre de 2015 de BAUPRES y MARCARIBE, respectivamente, dirigidas a BULK MARITIME



Santa Marta, 04 de Diciembre de 2015

BPP-SMA-583-2015

Señores
BULK MARITIME AGENCIES LTDA.
 Atn. Señor MAURICIO RAFAEL MARTINEZ T.
 Gerente
 Barranquilla

REF: AUMENTO TARIFA COMERCIAL PILOTAJE PRACTICO.

Estimado Mauricio:

Tal y como es de su conocimiento, las Tarifas por los servicios de Pilotaje Práctico en Colombia son regulados por el Estado y por encargo de Ley lo regula y controla la Autoridad Marítima Nacional o sea DIMAR.

Estos servicios están establecidos en Salarios Mínimos Legales Vigentes para cada año y varían sólo por el IPC.

En el año 2012 se hizo un cálculo que para esa época con el 20% se cubrían parcialmente los gastos de funcionamiento de la empresa de Pilotos Prácticos, pero al día de hoy con otros gastos adicionales como son los costos de Software y viajes al exterior para asistir a simuladores de maniobras (recomendadas por DIMAR), incrementos en las primas por los seguros contractuales y extracontractuales etc..., que exigen algunos Terminales Marítimos y otros costos de Ley en actualizaciones y contratación de personal especializado como por mencionar en materia de seguridad y salud en el trabajo; nos ha obligado a imponer aportes a los Pilotos Prácticos contratistas de la empresa, para suplir ese déficit, lo cual no es correcto en razón de que por Ley al Piloto Práctico se le debe pagar la Tarifa establecida en la Resolución 0630 de 2012.

Con un incremento adicional del 15% para alcanzar un 35% aplicable al cobro de la Tarifa oficial, sería lo justo a cobrar para subsanar la situación por la cual estamos pasando, incremento que nos permitimos aplicar a partir del próximo 01 de Enero de 2016.

1 de 2

Oficina Principal Cra 2 No. 170 - 276 Detrás de la Bomba Don Jeca Km. 14 - Vía Oiénaga Santa Marta - D.T.G.H. - Colombia.
 Telefax: (57) 5 438 1717. Celular: 316 527 4026 Email: bauprespilotos@bauprespilotos.com - www.bauprespilotos.com
 Sucursal Ritobacha Km. 22, carretera Troncal del Caribe, Dibulla, 1.a Guajirá, Puerto Brisa S.A.
 Telefax: (57) 5 438 1717 Celular: 317 516 8864

Nuestro interés es poder continuar prestándoles un excelente servicio profesional con calidad, seguridad, puntualidad, eficiencia y seriedad tal como lo hemos hecho durante más de 20 años que hemos permanecido ejerciendo en esta actividad.

Cordialmente,



OSCAR ARBOLEDA GIRALDO
 Gerente

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"



PILOTOS MARGARIBE S.A.S.

NIT. 800.221.084-9



Business Alliance for Strong Commerce



GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE MAGDALENA

Santa Marta, 09 de diciembre de 2015

PMC-060

Señores
BULK MARITIME AGENCIES SAS.
 Aten. Señor Mauricio Martínez
 Gerente General
 Barranquilla

REF: AUMENTO TARIFA COMERCIAL PILOTAJE PRACTICO.

Estimados señores:

Tal y como es de su conocimiento, las Tarifas por los servicios de Pilotaje Práctico en Colombia son regulados por el Estado y por encargo de Ley lo regula y controla la Autoridad Marítima Nacional o sea DIMAR.

Estos servicios están establecidos en Salarios Mínimos Legales Vigentes para cada año y varían sólo por el IPC.

En el año 2013 se hizo un cálculo que para esa época con el 30% se cubrían parcialmente los gastos de funcionamiento de la empresa de Pilotos Prácticos, pero al día de hoy con otros gastos adicionales como son los costos de Software y viajes al exterior para asistir a simuladores de maniobras (recomendadas por DIMAR), incrementos en las primas por los seguros contractuales y extracontractuales etc., que exigen algunos Terminales Marítimos y otros costos de Ley en actualizaciones y contratación de personal especializado como por mencionar en materia de seguridad y salud en el trabajo; nos ha obligado a imponer aportes a los Pilotos Prácticos contratistas de la empresa, para suplir ese déficit, lo cual no es correcto en razón de que por Ley al Piloto Práctico se le debe pagar la Tarifa establecida en la Resolución 0630 de 2012.

Con un incremento adicional del 5% para alcanzar un 35% aplicable al cobro de la Tarifa oficial, sería lo justo a cobrar para subsanar la situación por la cual estamos pasando, incremento que nos permitimos aplicar a partir del próximo 01 de Enero de 2016.

Nuestro interés es poder continuar prestándoles un excelente servicio profesional con calidad, seguridad, puntualidad, eficiencia y seriedad tal como lo hemos hecho durante más de 20 años que hemos permanecido ejerciendo en esta actividad.

Cordialmente,

WILLIAM ELÍAS BUSTILLO
 Gerente General



Cra. 1A No. 22-58 Oficina 507 Edificio Bahía Centro Tel.: 4319609 Telefax: 4319465
 E-mail: pilotosmargaribe@telecom.com.co - Santa Marta - Colombia

Fuente: Folio 7463 (USB) del Cuaderno Público No. 26 del Expediente. Archivo "BULK MARITIME AGENCIES SAS RAD 12-64145-432-2 NOV 2016", págs. 9 a 12.

Tal y como lo señaló el Despacho en la Resolución Sancionatoria, las dos comunicaciones citadas solo presentan diferencias en las fechas de envío, en las fechas de referencia histórica en las que se presentó el aumento y en los porcentajes que se tuvieron en cuenta para cobrar los gastos administrativos. Sin embargo, se trata de dos escritos esencialmente idénticos con base en un documento marco que fue ajustado de conformidad con políticas comerciales acordadas previamente entre competidores.

Por su parte, se pone de presente que el contenido de las cartas no corresponde a "propuestas" ni mucho menos a "negociaciones", como lo afirmaron **MARGARIBE** y **BAUPRES**; en ambas simplemente se informaron los incrementos porcentuales que cobraría cada empresa a partir del 2016 para alcanzar una tarifa del 35% por los servicios de pilotaje práctico. Cabe resaltar que en los escritos no se hace alusión alguna a la supuesta solicitud que habría hecho **BULK MARITIME AGENCIES S.A.S.** para que tales empresas le hicieran dichos cobros en los mismos términos y

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

con el mismo porcentaje final, y tampoco se allegaron pruebas adicionales que dieran cuenta de alguna gestión adelantada por **BULK MARITIME AGENCIAS S.A.S.** en este sentido. Por ende, el argumento relacionado con la solicitud de esta última agencia de realizar negociaciones conjuntas resulta infundado.

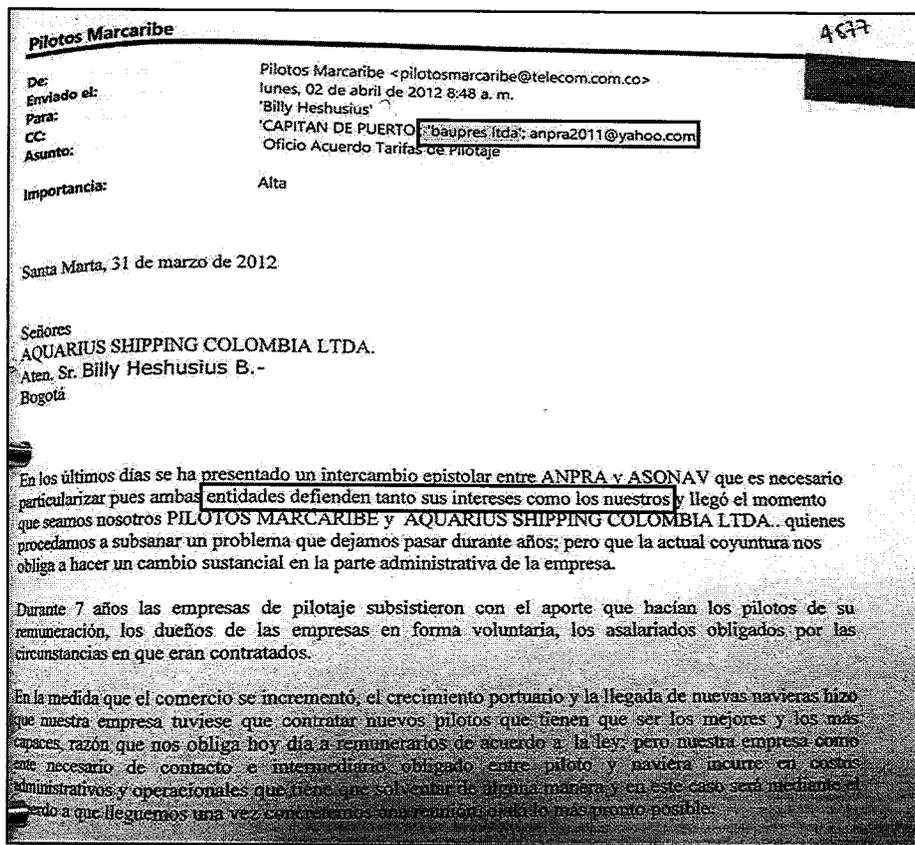
Respecto de la afirmación según la cual las cartas lo que dejan ver es que ambas empresas venían cobrando porcentajes disímiles por concepto de servicios complementarios, simplemente se reitera lo dispuesto en secciones precedentes, en el sentido de que no fue el cobro de una tarifa precisa e invariable lo que fue objeto de reproche en esta actuación administrativa, sino el hecho de que tal cobro se hubiera decidido y fijado de una manera mancomunada, con ocasión de un acuerdo de precios abiertamente ilegal.

El hecho de que las cartas hubieran sido expedidas tres (3) años después de celebrada la reunión en la que nació el acuerdo anticompetitivo también resulta irrelevante, pues el mismo contenido de los escritos da cuenta de que el cobro adicional por concepto de "gastos de funcionamiento" encaminado a remunerar los servicios de pilotaje se venía haciendo desde 2012 y 2013, de manera que las comunicaciones simplemente corroboran la continuidad de dicho cobro.

En cuanto a la aseveración según la cual esta situación representó un hecho aislado, el Despacho pone de presente que en el Expediente existen otras evidencias que dan cuenta de actuaciones conjuntas por parte de **BAUPRES** y **MARCARIBE**.

En efecto, según la información que allegó **MARCARIBE** para demostrar que en marzo de 2012 envió comunicaciones "independientes" invitando a sus clientes a negociar conjunta y bilateralmente el monto a cobrar como servicios complementarios para remunerar los servicios de pilotaje, se advierte que en varios de estos escritos **BAUPRES** y **ANPRA** estaban copiados, tal y como se muestra a continuación (se citan solo algunos ejemplos):

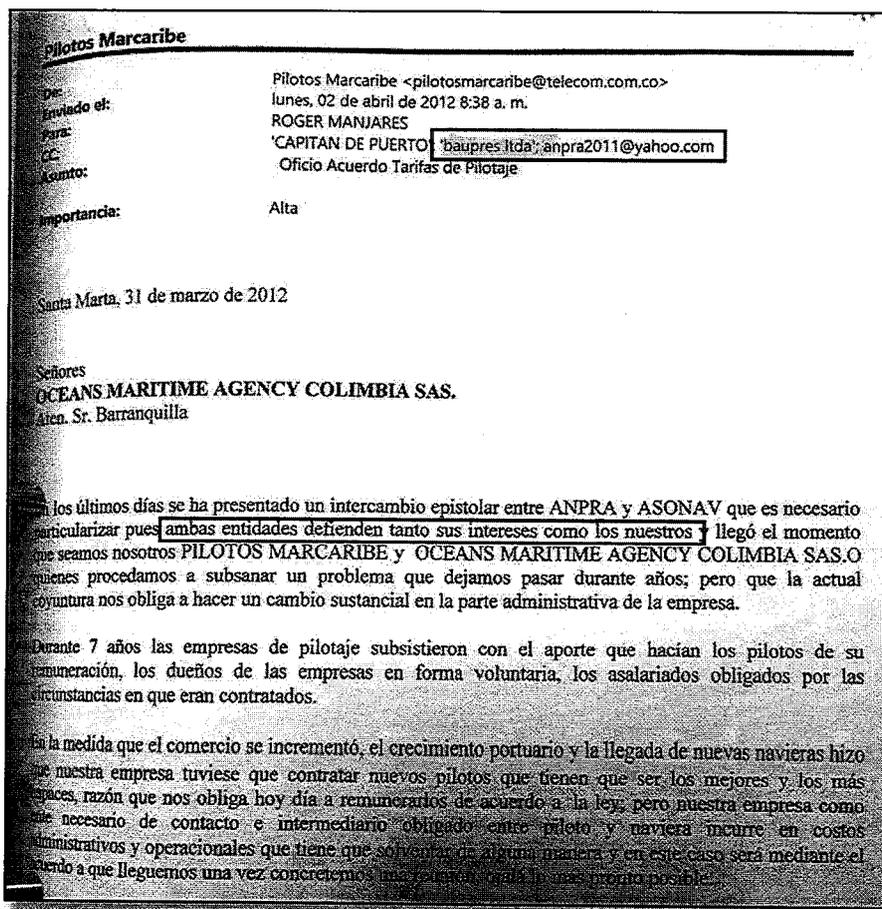
Correo electrónico del 2 de abril de 2012 enviado por MARCARIBE a AQUARIUS SHIPPING COLOMBA LTDA.



Fuente: Folio No. 4877 del Cuaderno Reservado **MARCARIBE 1.**

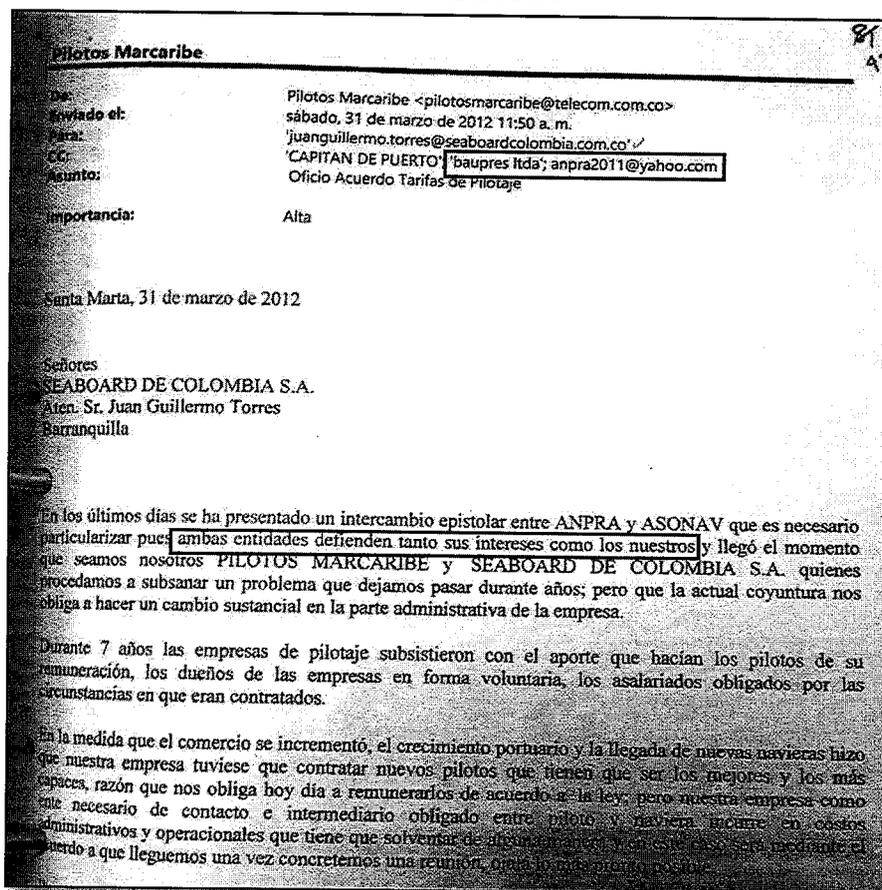
"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Correo electrónico del 2 de abril de 2012 enviado por MARCARIBE a OCEANS MARITIME COLOMBIA S.A.S.



Fuente: Folio No. 4880 del Cuaderno Reservado MARCARIBE 1.

Correo electrónico del 2 de abril de 2012 enviado por MARCARIBE a SEABOARD DE COLOMBIA S.A.



Fuente: Folio No. 4864 del Cuaderno Reservado MARCARIBE 1.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

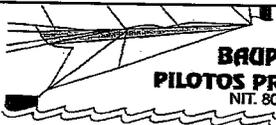
A partir de lo anterior, es posible afirmar que incluso las invitaciones a negociar que hizo **MARCARIBE** no fueron en realidad independientes, pues si lo hubieran sido no habría copiado tales comunicaciones a **BAUPRES** ni mucho menos a **ANPRA**, asociación que, se recuerda, junto con **ACEPRAC** facilitó y contribuyó al cobro mancomunado objeto de reproche. Queda probado entonces que las coincidencias que involucraron a **MARCARIBE** y a **BAUPRES** en el 2015 no constituyeron hechos aislados, pues, por el contrario, hay otras pruebas que dan cuenta de su actuación conjunta desde el mismo inicio del cobro mancomunado por concepto de gastos administrativos.

Se resalta igualmente que, en los correos citados, **MARCARIBE** reconoció expresamente que **ANPRA** defendía sus intereses. El hecho se pone de presente ya que, como se dispuso anteriormente, no fue solo **ACEPRAC** (frente a la cual adujo que era una asociación que no la representaba y que nunca había ejercido un rol activo en ella) sino también **ANPRA** quien facilitó la concreción y ejecución del cobro mancomunado por concepto de gastos administrativos. Así las cosas, si esta empresa pretendía salvar su responsabilidad por presuntamente ser ajena a las asociaciones que promovieron la conducta ilícita (como adujeron inicialmente), su relacionamiento reconocido con **ANPRA** hace que tal defensa resulte doblemente infundada.

En cuarto lugar, **BAUPRES** afirmó que los precios que aplicó no fueron producto de un acuerdo entre empresas, sino que obedecen a valores concertados con sus clientes, que corresponden con las condiciones de mercado y que no afectan la capacidad económica del consumidor.

Tal argumento debe ser rechazado de plano por el Despacho ya que va en contravía de lo que efectivamente demuestran las evidencias obrantes en el Expediente, como las coincidencias anteriormente señaladas e incluso la siguiente carta del 4 de mayo de 2012, en la que **BAUPRES** le informó a uno de sus clientes que, aplicaría la "propuesta" de cobrar adicionalmente un 20% adicional por costos administrativos, como igualmente lo habían hecho otras empresas de practicaje, el cual dividiría en dos cobros para facilitar el correspondiente pago:

Comunicación remitida el 4 de mayo de 2012 por BAUPRES a SEAPORT



BAUPRES LTDA.
PILOTOS PRÁCTICOS - B.P.P.
NIT. 806.001.283-6



746
VIGILADO
SUPERINTENDENCIA

Santa Marta, 04 de Mayo de 2012 BPP-SMA-260-2012

Señores
SEAPORT SA
Atn : Sr MIGUEL ANTONIO GLENON POLO
Gerente
Cali

Ref: Aumento Tarifa Comercial Pilotaje Práctico

Apreciado Sr Miguel:

Nos permitimos comentar y al mismo tiempo salir a subsanar el tema de la viabilidad de las Empresas de Pilotos Prácticos, tratado con la Superintendencia de Puertos y con DIMAR nuestro órgano regulador y controlador de la Remuneración de los Pilotos Prácticos, en el sentido de que para poder lograr nuestros objetivos con ambos organismos del Estado, Baupres Ltda luego de haber hecho un análisis financiero y contable juiciosamente con todos nuestros gastos representados en : Inversiones en Seguridad Física, Sistema de Gestión de Seguridad BASC, Seguridad Industrial, Sistema de Gestión en Calidad ISO 9001, Transporte Terrestre de los Pilotos Prácticos, Estación de Radio Operadores, etc; ha presentado a las Agencias Marítimas en Santa Marta y a nivel Nacional como igualmente lo han hecho las otras empresas de practicaje, la propuesta de cobrar adicionalmente un 20% de manejo comercial y administrativo para poder sufragar nuestros gastos estrictamente manejados y que adicionalmente consideramos un tiempo prudencial para poner en marcha este incremento a partir del 01 de Junio del 2012.

Es decir con un incremento del 10% sobre la base de la tarifa actual Res 050/2002 y 183/ 2005 a partir del 01 de Junio del presente año y el otro 10% a partir del 01 de Enero del 2013.

SEAPORT S.A.
AS AGENT ONLY
07 MAY 2012
RECIBIDO
SOLICITA REVISOR
NO SE APLICA ACEPTACION

Fuente: Folio 7469 del Cuaderno Reservado SIC del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Finalmente, **S.T.M.** y **MARCARIBE** sostuvieron que era necesario que: (i) el Despacho aclarara por qué es reprochable el solo hecho de que **MARCARIBE** y **S.T.M.** hubieran sido citados a la reunión del 25 de enero de 2012 y tuvieran previo conocimiento de los temas que se tratarían ahí, cuando no participaron en ese espacio, no tuvieron interés en la reunión y ni siquiera conocieron su resultado; (ii) el Despacho indicara cuáles fueron los cobros del 20% que supuestamente **MARCARIBE** empezó a cobrar en marzo de 2012 (en esa fecha solo salieron comunicaciones invitando a los clientes a negociar conjuntamente el monto, lo cual es diferente); y (iii) el Despacho aclarara que la última factura en la que se encuentra acreditado un cobro por el 20% es del 6 de marzo de 2013, no del 26 de diciembre de 2014 como lo afirmó el Despacho.

Al respecto, el Despacho reitera que no fue el solo hecho de que **MARCARIBE** y **S.T.M.** hubieran sido citados a la reunión del 25 de enero de 2012 lo que resultó reprochable. En últimas, fue un análisis conjunto e integral del material probatorio obrante en el Expediente lo que permitió concluir que el cobro que realizaron estas empresas se ajustó al cobro acordado en la reunión en mención y se ejecutó de manera similar a la forma como fue implementado por parte de las demás empresas de practicaje investigadas, aspectos que ya fueron suficientemente abordados.

En cuanto a los cobros del 20% que supuestamente **MARCARIBE** empezó a cobrar en marzo de 2012, se aclara que, en efecto, la primera factura que obra en el Expediente con un cobro efectuado con tal porcentaje es de marzo de 2013, tal y como se dispuso en las Hojas No. 101 a 103 de la Resolución Sancionatoria. El hecho de que en la Hoja No. 139 se hubiera aludido a marzo de 2012 correspondió a un error de digitación. Sin embargo, no puede perderse de vista que en el Expediente obra también material probatorio que da cuenta de que los cobros por concepto de servicios complementarios empezaron a anunciarse desde junio de 2012 y que fueron implementados con porcentajes variables (esto es, diferentes al 20%) a partir del 18 de julio de 2012, tal y como se muestra a continuación (donde se cobró un 30% por este concepto):

Factura No. 5986 del 18 de julio de 2012 expedida por MARCARIBE a BULK MARITIME AGENCIAS S.A.S.

PILOTOS MARCARIBE LTDA
 NIT. 900.221.024-9
 Carrera 1a No. 22-59 EDIFICIO BAHIA CENTRO OF. 507
 TEL. 4318608 FAX. 4313485
 e-mail: pilotosmarcaribe@telescom.com.co
 SANTA MARTA - COLOMBIA

AL REALIZAR SU PAGO CITE ESTE NÚMERO

No. 00005906
 Resolución DIAN
 No. 13000025574
 DEL 11 DE MARZO DE 2014
 DEL 535 AL 530

Nombre: BULK MARITIME AGENCIAS SAS
 Dirección: CLL 778 N 66-81 OF 705 ED CENTRO EM
 Ciudad: BARRANQUILLA
 Teléfono: 3532130-
 C.C. & NIT: 602018775-1

PAQUESE ÚNICAMENTE A FAVOR DE
PILOTOS MARCARIBE LTDA

Fecha Emisión: Julio 18 de 2012
 Fecha Vencimiento: Agosto 02 de 2012
 Condiciones de Pago:

DESCRIPCIÓN	DESCRIPCIÓN	CANTIDAD	UNIDAD DE MEDIDA	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
	MIN. SER. LADY T.F.R. 21.261				
	MAN. ATRAGUE 11/07/12 12:00/11:30 HRS.				
	MAN. DESATRAGUE 14/07/12 01:30/02:30 HRS.				
	SERVICIOS COMPLEMENTARIOS 30%				
PIL	SERVICIO DE PILOTAJE EN EL ATRAGUE	728.07		1,780.21	1,298.157
PAT	SERVICIO DE PILOTAJE EN EL DESATRAGUE	728.07		1,780.21	1,298.157
COMPLE	SERVICIOS COMPLEMENTARIOS	777.870.00		1.00	777.870
SUBTOTAL					3.242.084

Fuente: Folio 4895 (CD) del Cuaderno Reservado de **MARCARIBE**.

También se aclara que, si bien es cierto que en marzo de 2012 efectivamente salieron comunicaciones invitando a los clientes a negociar conjuntamente el monto, también lo es que dichos correos, en ocasiones, tuvieron en copia a **BAUPRES** y a **ANPRA**, lo cual, como se dispuso

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

líneas atrás, pone en duda la real independencia que ostentaba la empresa al adelantar tales gestiones de negociación.

Por último, se aclara que el Despacho nunca afirmó que la última factura en la que se encuentra acreditado un cobro por el 20% es del 26 de diciembre de 2014. Lo que se afirmó al respecto es que, hasta por lo menos esa fecha, **MARCARIBE** implementó un porcentaje adicional por concepto de servicios complementarios. La identificación de los porcentajes del 20% y los porcentajes variables que fueron aplicados se hizo considerando que lo que aquí se reprocha es el cobro mancomunado de tal tarifa, independientemente de su equivalencia en términos de monto, por lo cual las conclusiones hechas en este sentido se mantienen.

3.2.8. Argumentos relacionados con caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio

Algunos investigados insistieron en que, como la reunión del 25 de enero de 2012 ocurrió hace más de cinco (5) años, la facultad administrativa sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio ya habría caducado para el momento en que se impuso la sanción. Algunos otros, por su parte, manifestaron que como no existe prueba en su contra con fecha posterior al primer semestre de 2012, la capacidad sancionatoria en su contra estaría igualmente caducada.

Sobre el particular, el Despacho reitera los argumentos dispuestos en la Resolución Sancionatoria en el sentido de que, de conformidad con la norma especial que reglamenta la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio como Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, tal prerrogativa solo se extinguirá después de transcurridos cinco (5) años desde la ejecución de la conducta anticompetitiva, o desde el último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas continuadas. En efecto, el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 dispone lo siguiente:

“Artículo 27. Caducidad de la facultad sancionatoria. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado”.

Teniendo en cuenta lo anterior, se recuerda que la conducta ejecutada por los investigados, es decir, el acuerdo ilegal para fijar un cobro mancomunado a sus clientes, aunque nació en la reunión celebrada el 25 de enero de 2012 promovida por **ACEPRAC**, gozó de un carácter continuado, pues se desarrolló y ejecutó a través de varios actos sucesivos en el tiempo, que se extendieron, incluso, hasta el año 2014.

En últimas, este comportamiento resultó reprochado no solo por su objeto sino también por su efecto, que se vio representado en la ejecución continuada de la concertación ilegal. Por ende, no puede analizarse como una conducta que se ejecutó y finalizó con la reunión de junta directiva de **ACEPRAC** celebrada el 25 de enero de 2012, como errónea y convenientemente lo pretenden hacer ver los investigados, sino como una conducta que se realizó tanto por objeto como por efecto, que se ejecutó de manera sucesiva en el tiempo y en la que, por expresa disposición legal, el término de caducidad debe contarse a partir del último acto de la conducta.

Así las cosas, independientemente de que ya hayan transcurrido cinco (5) años desde la fecha de la celebración de la reunión en cuestión, no es posible afirmar que hubiese operado la caducidad de la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, por cuanto en el Expediente obra evidencia suficiente que acredita que los cobros realizados por los investigados con ocasión de la concertación ilegal promovida en dicha reunión se extendieron hasta dos (2) años más allá de la fecha en que tal le encuentro tuvo lugar.

Respecto del hecho de que las pruebas que vinculan a ciertos sujetos tengan fechas que no sobrepasan el primer semestre de 2012, se aclara que esta situación tampoco incide en el acaecimiento de la caducidad de la facultad sancionatoria, pues el hecho de que la conducta objeto de reproche tuviera un carácter continuado hace que igualmente la responsabilidad de los sujetos que intervinieron directa o indirectamente con el inicio del cobro mancomunado se extienda en el tiempo. Así las cosas, las personas jurídicas y naturales involucradas en la presente actuación que tuvieron relación con el inicio y la ejecución del cobro ilegal por parte de su correspondiente

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

empresa, en concordancia con los resultados de la reunión del 25 de enero de 2012, serán responsables hasta el último momento en que tal cobro anticompetitivo fue implementado, precisamente por el hecho de haber contribuido a su inicio y ejecución, o por haber ejecutado, autorizado, tolerado, colaborado o facilitado tal comportamiento.

Por otro lado, **MARCARIBE** sostuvo que el Despacho incurrió en una contradicción respecto de la caducidad en su caso, pues afirmó que el cobro por parte de esa empresa se prolongó en el tiempo por lo menos hasta el 26 de diciembre de 2014, aun cuando las facturas que se relacionaron para llegar a tal conclusión son del 19 de julio de 2012 y del 6 de marzo de 2013.

En este sentido, se aclara que lo que el Despacho afirmó fue que **MARCARIBE** empezó a cobrar un 20% adicional a sus clientes por concepto de gastos administrativos desde el 8 de marzo de 2013⁹⁴, y que cobró también porcentajes variables (es decir, diferentes al 20%) por el mismo concepto desde el 18 de julio de 2012⁹⁵ hasta por lo menos el 26 de diciembre de 2014⁹⁶. Para corroborar lo anterior, se citó la factura No. 6474 del 8 marzo de 2013 expedida por **MARCARIBE** y dirigida a **FRONTIER AGENCIA MARÍTIMA DEL CARIBE**; la factura No. 5986 del 18 de julio de 2012 expedida por **MARCARIBE** y dirigida a **BULK MARITIME AGENCIES**, y las facturas obrantes en el folio 4895 (CD) del Cuaderno Reservado de **MARCARIBE** (pie de página No. 95), donde consta que el cobro con el porcentaje variable efectivamente se extendió hasta el 26 de diciembre de 2014. Nunca se citaron facturas del 19 de julio de 2012 y del 6 de marzo de 2013 en relación con esta empresa, como lo adujo el recurrente. Así las cosas, no hubo contradicción por parte del Despacho en este sentido.

Por su parte, **BAUPRES** sostuvo que la fecha de caducidad analizada en su caso era más extraña, ya que se presentó una factura del 8 de junio de 2012 y se afirmó que esta demostraba: (i) que el cobro adicional fue producto del acuerdo anticompetitivo al que llegaron las empresas en la reunión de 25 de enero de 2012 (pese a que el cobro era del 35% y no del 20%), y (ii) que la capacidad sancionatoria para **BAUPRES** operaría el 28 de mayo de 2018, pese a que la factura ya estaba caducada como prueba.

Sobre el particular, se aclara que lo que el Despacho afirmó fue que **BAUPRES** empezó a cobrar un 20% adicional a sus clientes por concepto de gastos administrativos desde el 13 de junio de 2012⁹⁷ hasta por lo menos el 27 de mayo de 2013⁹⁸, y que cobró también porcentajes variables (es decir, diferentes al 20%) por el mismo concepto desde el 8 de junio de 2012⁹⁹ hasta por lo menos el 28 de mayo de 2013¹⁰⁰. Para corroborar lo anterior, citó la factura No. 7353 del 13 de junio de 2012 expedida por **BAUPRES LTDA.** y dirigida a **OCEANS MARITIME AGENCY COLOMBIA S.A.S.**; la factura No. BPP-000739 del 27 de mayo de 2013 expedida por **BAUPRES LTDA.** y dirigida a **MARADUANA LTDA.**; la factura No. 7337 del 8 de junio de 2012 expedida por **BAUPRES** a **OCEANS MARITIME AGENCY COLOMBIA S.A.S.**, y las facturas obrantes en los folios 5058 a 5126 del Cuaderno Reservado No 1, 5127 a 5631 del Cuaderno Reservado No. 2, 5362 a 5558 del Cuaderno Reservado No. 3, 5560 a 5858 del Cuaderno Reservado No. 4 y 5859 a 6144 del Cuaderno Reservado No. 5 de **BAUPRES** (pie de página No. 93), donde consta que el cobro con el porcentaje variable efectivamente se extendió hasta el 28 de mayo de 2013. Por ende, no hubo tampoco error en el cálculo del acaecimiento de la caducidad frente a esta empresa.

⁹⁴ Factura No. 6474 del 8 de marzo de 2013 expedida por **MARCARIBE** a **FRONTIER AGENCIA MARÍTIMA DEL CARIBE**. Folio 4895 (CD) del Cuaderno Reservado de **MARCARIBE**.

⁹⁵ Factura No. 5986 del 18 de julio de 2012 expedida por **MARCARIBE** a **BULK MARITIME AGENCIES S.A.S.** Folio 4895 (CD) del Cuaderno Reservado de **MARCARIBE**.

⁹⁶ Folio 4895 (CD) del Cuaderno Reservado de **MARCARIBE**.

⁹⁷ Factura No. 7353 del 13 de junio de 2012 expedida por **BAUPRES** a **OCEANS MARITIME AGENCY COLOMBIA S.A.S.** Folio 5722 del Cuaderno Reservado **BAUPRES** No 4.

⁹⁸ Factura No. BPP-000739 del 27 de mayo de 2013 expedida por **BAUPRES** a **MARADUANA LTDA.** Folio 5222 del Cuaderno Reservado **BAUPRES** No 2.

⁹⁹ Factura No. 7337 del 8 de junio de 2012 expedida por **BAUPRES** a **OCEANS MARITIME AGENCY COLOMBIA S.A.S.** Folio 5729 del Cuaderno Reservado **BAUPRES** No 4.

¹⁰⁰ Folio 5058 a 5126 del Cuaderno Reservado No 1; Folio 5127 a 5631 del Cuaderno Reservado No. 2; Folio 5362 a 5558 del Cuaderno Reservado No. 3; Folio 5560 a 5858 del Cuaderno Reservado No. 4; Folio 5859 a 6144 del Cuaderno Reservado No. 5 de **BAUPRES**.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Finalmente, **S.T.M.** afirmó que, en su caso, el Despacho presentó una factura del 26 de diciembre de 2014, por lo cual la caducidad operaría el 26 de diciembre de 2019. Sin embargo, si en un mismo puerto solo una empresa de practicaje cobra un porcentaje del 20%, no podría hablarse de acuerdo anticompetitivo (sería un acuerdo consigo misma).

Pues bien, en el caso de **S.T.M.** el Despacho encontró que esta empresa empezó a cobrar un 20% adicional a sus clientes por concepto de gastos administrativos desde el 6 de junio de 2012¹⁰¹ hasta por lo menos el 26 de diciembre de 2014¹⁰², y cobró también porcentajes variables (es decir, diferentes al 20%) por el mismo concepto desde el 6 de junio de 2012¹⁰³ hasta por lo menos el 23 de diciembre de 2014¹⁰⁴. Contrario a lo afirmado por el recurrente, las demás empresas de practicaje que operan en el puerto de Santa Marta y que están involucradas en la presente actuación también hicieron cobros del 20% y cobros con porcentajes variables en razón del acuerdo ilegal realizado entre las empresas de practicaje, y en todo caso el hecho de que tales montos no coincidieran en todos los casos resulta irrelevante, ya que, como se ha dispuesto a lo largo de este documento, fue el cobro mancomunado lo que resultó reprochable por esta Superintendencia. En virtud de lo expuesto, el argumento se rechaza por improcedente.

3.2.9. Argumentos relacionados con aspectos económicos

3.2.9.1. Sobre el análisis del mercado

Algunos de los investigados presentaron argumentos relacionados con la definición del mercado relevante, específicamente, sobre su alcance geográfico. En primer lugar, manifestaron que, por la naturaleza y características del servicio prestado, el mercado no puede tener un alcance nacional. En este sentido, indicaron que: (i) cada puerto tiene características propias por su ubicación, facilidades de acceso, especialidades por productos y tipos de naves que pueden acceder, entre otras; (ii) cada piloto es experto en navegabilidad, clientela y maniobras propias de su área; (iii) las compañías deben estar habilitadas por la **DIMAR** en cada capitania; (iv) la demanda, es decir, las navieras, presenta características en razón al tipo de carga, buque, origen y destino, entre otras, que determinan el puerto específico para realizar el cargue o descargue de su mercancía; (v) el puerto de Buenaventura, en particular, se rige por regulación diferente a los demás puertos; y (vi) la competencia se presenta únicamente entre las empresas habilitadas en cada puerto.

Al respecto, este Despacho considera pertinente resaltar que, tal y como ya se indicó en la Resolución Sancionatoria en la sección de análisis del mercado, la Superintendencia de Industria y Comercio *“se ha pronunciado en casos anteriores sobre la definición de mercados relevantes en los casos de acuerdos entre dos o más empresarios, señalando que en dichos casos no es necesario avanzar en tal definición, aunque sí resulta pertinente hacer una referencia sobre el mercado presuntamente afectado, el cual se determina por el alcance mismo de la conducta”*¹⁰⁵ (subrayas fuera del texto).

La posición de la Superintendencia de Industria y Comercio se ha fijado a través de distintos casos, como el del Cartel del Azúcar de 2015, que se citó puntualmente para resaltar el siguiente aparte de la Resolución No. 80847 de 2015:

“Este Despacho ha señalado en ocasiones anteriores que el mercado relevante, en casos de acuerdos o carteles anticompetitivos, se define en relación con los bienes y servicios respecto de los cuales recae la restricción de la competencia [Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 6839 del 9 de febrero de 2010. Versión Pública Hoja No 7.]. Esta definición no es ajena a la práctica internacional, la cual acepta que en los

¹⁰¹ Factura No. 11843 del 6 de junio de 2012 expedida por **S.T.M.** a **ISACOL S.A.** Folio 4977 (CD) del Cuaderno Reservado de **S.T.M.**

¹⁰² Factura No. 13097 del 26 de diciembre de 2014 expedida por **S.T.M.** a **COLOMBIAN SHIPPING AGENCY S.A.S.** Folio 4977 (CD) del Cuaderno Reservado de **S.T.M.**

¹⁰³ Factura No. 11835 del 6 de junio de 2012 expedida por **S.T.M.** a **DEEP BLUE SHIP AGENCY S.A.S.** Folio 4977 (CD) del Cuaderno Reservado de **S.T.M.**

¹⁰⁴ Factura No. 113096 del 23 de diciembre de 2014 expedida por **S.T.M.** a **OCEANS MARITIME AGENCY COLOMBIA S.A.S.** Folio 4977 (CD) del Cuaderno Reservado de **S.T.M.**

¹⁰⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 71692 de 2017, Pág. 17.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

casos de carteles empresariales se justifica el uso de una definición amplia del mercado afectado, referida al grupo de productos sobre los cuales las empresas cartelizadas han acordado desarrollar la práctica anticompetitiva [Unión Europea, Caso T-111/2008, MasterCard Inc, MasterCard Europe SPRL v. Commission, 24 de mayo de 2012], lo que en definitiva significa que los mercados relevantes en casos de carteles empresariales están definidos por los bienes y/o servicios afectados por el propio acuerdo anticompetitivo”¹⁰⁶. (Subrayado fuera de texto)

La Superintendencia de Industria y Comercio se pronunció en el mismo sentido en los casos de los Carteles de los Papeles Suaves¹⁰⁷, Pañales¹⁰⁸, Cuadernos¹⁰⁹ y Cemento. Específicamente, en la Resolución No. 81391 de 2017 (caso del Cartel del Cemento), la Autoridad de Competencia recalcó que:

“tiene como una práctica decisoria decantada que en los casos de cartelización empresarial no es necesario realizar la definición del mercado relevante. Lo anterior, toda vez que es el alcance de la conducta investigada el que determina el mercado presuntamente afectado”. (Subrayado fuera de texto).

Así, es claro que la Superintendencia de Industria y Comercio ha indicado reiteradamente que en los casos de cartelización empresarial no es necesario realizar un ejercicio de definición de mercado relevante, sino que basta con aludir al mercado afectado, el cual está determinado por el alcance de la conducta investigada.

En este punto, es importante aclarar que tanto en los casos que involucran concentraciones empresariales, como la comisión de otras conductas anticompetitivas diferentes a acuerdos como el sancionado, sí es procedente realizar un ejercicio de definición de mercado relevante. Lo anterior, toda vez que las conclusiones a las que llegue la Autoridad de Competencia en estos casos dependerán de la posición que en el mercado puedan tener las empresas intervinientes —en el caso de concentraciones empresariales— o infractoras —en el caso de abuso de posición dominante—. En otras palabras, la Superintendencia de Industria y Comercio necesita definir el mercado relevante en situaciones tales como: (i) los casos de integraciones entre empresas, para determinar el impacto que sobre la competencia puede tener la operación de concentración proyectada; y (ii) los casos de abuso de posición dominante, con el fin de determinar si la empresa investigada tiene efectivamente dicha posición previo a analizar la concreción de la conducta específica que se reprocha.

Adicionalmente, es pertinente recordarles a las empresas sancionadas que un cartel empresarial es anticompetitivo independientemente de la dimensión geográfica del mercado presuntamente afectado por la comisión de la conducta, con lo cual ninguno de los argumentos referentes al carácter regional del servicio de practicaje o a las presuntas nulidades de la actuación que se derivarían de la definición del mercado (nulidades que, en todo caso, resultan inoportunas) son de recibo en el presente caso.

No obstante lo anterior, el Despacho considera importante indicar que el hecho de que el alcance del acuerdo haya sido nacional no implica que la Autoridad desconozca las características propias de cada puerto. Lo cierto es que, independientemente de qué tan parecidas o disimiles sean las jurisdicciones y cuáles sean los requisitos que deben cumplir las empresas para operar en cada capitania, esto no les impidió a los sancionados reunirse y acordar fijar coordinadamente la tarifa en el marco de un mismo acuerdo.

Por otro lado, algunos recurrentes argumentaron que las imprecisiones respecto de la definición del mercado relevante presentadas a lo largo de la actuación administrativa les impidieron ejercer correctamente su derecho de defensa, pues el marco económico de la investigación cambia dependiendo del alcance del mercado geográfico (nacional o regional). Particularmente, afirmaron que para el caso de Turbo, definir el mercado como regional implicaría que **PRACYMAR** fuera

¹⁰⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 80847 de 2015 (Caso Cartel del Azúcar de 2015).

¹⁰⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 31739 de 2016, Pág. 37.

¹⁰⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 43218 de 2016, Pág. 26.

¹⁰⁹ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 54403 de 2016, Págs. 34 y 35.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

monopolista y, por tanto, no sería lógico sancionarlo por realizar un acuerdo con sus competidores cuando no los tiene.

Frente a este punto, este Despacho les recuerda a los sancionados que, tal y como lo señaló en la Resolución Sancionatoria y lo reiteró en el presente acto administrativo, en los casos de cartelización empresarial no es necesario realizar una definición de mercado relevante, por lo que los ejercicios presentados tanto en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos como en el Informe Motivado y la Resolución Sancionatoria corresponden únicamente a una caracterización del mercado en el cual los sancionados desarrollan su actividad. De ahí que en algunos de estos ejercicios se reconozcan las particularidades de cada capitania y las características de los pilotos y de la actividad que ejercen en los puertos. Sin embargo, de reconocer la dinámica del sector no se desprende que esta Superintendencia haya incurrido en imprecisiones que impidieran a los sancionados defenderse de un acuerdo anticompetitivo que, en todo caso, no se configuró con base en dichas características.

Ahora bien, el hecho de que los investigados no concuerden con la posición de la Autoridad de Competencia y en reiteradas ocasiones hayan realizado afirmaciones contrarias a tal posición, no quiere decir que la misma sea equivocada, más aún cuando ya se han expuesto claramente los argumentos por los cuales, en los casos de cartelización empresarial, es suficiente avanzar en la caracterización del mercado involucrado en la conducta.

En conclusión, no es cierto que esta Superintendencia haya modificado las reglas de juego al definir el "mercado relevante" de diferentes maneras a lo largo de la presente actuación administrativa, por cuanto: (i) no es necesaria la definición de mercado relevante en el presente caso; (ii) todos los ejercicios realizados al respecto constituyen únicamente una caracterización del mercado afectado por el acuerdo; y (iii) reconocer las similitudes y diferencias de funcionamiento de cada capitania no desdibuja el alcance nacional del acuerdo sancionado.

Finalmente, **PILOTOS DEL PACÍFICO, SPILBUN** y sus representantes legales, indicaron que el Despacho cometió un error al afirmar que el transporte terrestre del piloto y el amarre hacen parte del servicio público de practicaaje definido por ley, y al desligar las actividades del piloto práctico de la operación del servicio público. Indicaron que, por el contrario, la Superintendencia de Industria y Comercio sí incluyó servicios conexos como el transporte terrestre del piloto, del personal de amarre y el servicio de radio operadores, sobre los cuales se efectuó el reproche en materia de competencia.

Sobre el particular, el Despacho aclara que no es cierto que en la Resolución Sancionatoria se hayan realizado este tipo de afirmaciones. Una lectura cuidadosa de la referida resolución permite advertir que el Despacho se ciñó a la definición del servicio público de practicaaje contenida en el numeral 11 del artículo 1 del Decreto 146 de 2004, en el cual se establece que el mismo "[e]stá constituido por el Piloto Práctico, la lancha de Práctico, la estación de Pilotos y el servicio de amarre" (subrayas fuera de texto). De lo anterior se colige que, de acuerdo con la normatividad, el servicio de amarre sí hace parte del servicio público de practicaaje, y que en ningún momento el Despacho incluyó servicios no descritos en la definición citada anteriormente, como erróneamente lo afirman los sancionados.

Ahora bien, de las pruebas que reposan en el Expediente, este Despacho encuentra evidente que los llamados "servicios conexos" sobre los cuales se cobró coordinadamente una tarifa son indispensables para la prestación del servicio de practicaaje y, por lo tanto, como se observa en las facturas de los sancionados, los primeros son prestados y facturados simultáneamente a este último¹¹⁰. Así, el hecho de que el acuerdo haya versado sobre una parte y no sobre la totalidad de la tarifa cobrada por la actividad de practicaaje, y que en su implementación dicha tarifa se haya denominado ocasionalmente como "*Transporte Terrestre y Comunicaciones*", no implica que la Superintendencia de Industria y Comercio haya modificado o desconocido la definición del servicio público de practicaaje.

¹¹⁰ Es importante advertir que los "servicios conexos" únicamente son ofrecidos y cobrados con el servicio de practicaaje, con lo cual no pueden concebirse como una actividad completamente independiente del mismo.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

3.2.9.2. Sobre la significatividad de las conductas sancionadas

Algunos de los investigados manifestaron que la Superintendencia de Industria y Comercio se había referido de forma fugaz y errática respecto de la significatividad; que la presente actuación administrativa debe archivar por no encontrarse acreditado tal elemento; que de haber habido una afectación, esta se produjo únicamente a nivel privado y sin comprometer el interés general; que no hubo significatividad ya que no hubo apropiación del excedente del productor de las agencias navieras y solo se buscó recuperar un excedente del productor que había sido expropiado; y que al descartarse el estudio de este elemento en la sanción se habría quebrantado el debido proceso constitucional y los principios de tipicidad, legalidad, seguridad jurídica, confianza legítima y competencia reglada.

Al respecto, esta Autoridad simplemente reitera lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria en el sentido de que, en el punto en que se encuentra la presente investigación administrativa, dicho análisis resulta inoportuno, pues es al momento de tomar la decisión de abrir una investigación que la significatividad de la conducta resulta pertinente. Así las cosas, es posible afirmar que el estudio de este elemento ya tuvo lugar en la presente actuación administrativa, y que en virtud de ello procedió la expedición de la correspondiente Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos por parte de la Delegatura.

En efecto, tal y como lo dispone el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales, y dará trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar propósitos como la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Lo dispuesto por la norma, en concordancia con la reiterada doctrina que al respecto ha fijado esta Superintendencia, reafirma que es al momento de decidir dar trámite o no a las actuaciones administrativas que el análisis de significatividad tiene lugar.

Por su parte, los análisis que deben hacerse al momento de imponer una sanción y decidir su eventual confirmación deben encaminarse a la verificación de los supuestos jurídicos y fácticos imputados, los cuales concurrentemente deben acreditar la comisión de cualquiera de las conductas o prácticas calificadas como anticompetitivas por el régimen de libre competencia económica para que proceda el juicio de reproche pertinente. Por ende, es posible afirmar que los análisis hechos en este sentido han sido adecuados en la presente actuación administrativa, pues se han enfocado, precisamente, a verificar si el acuerdo de fijación de precios y la infracción de la prohibición general endilgados efectivamente tuvieron ocurrencia.

Por otro lado, otros argumentos de algunos investigados relacionados con la antijuridicidad de las conductas imputadas y la puesta en riesgo del bien jurídico tutelado por parte de las mismas se rechazarán de plano, en la medida en que, por expresa disposición legal, tanto la prohibición general como los acuerdos de fijación son contrarios a derecho por sí mismos, al punto que resultan sancionables por su solo objeto. Por lo anterior, es irrelevante hacer exámenes sobre qué tan lesivas o ilícitas pueden ser estas conductas en un contexto dado, en la medida en que la ley, en la forma en que las calificó normativamente, dejó por sentada su peligrosidad y expresa prohibición en cualquier ámbito.

En línea con lo anterior, vale la pena poner de presente lo dispuesto en el párrafo del artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, donde se señala que la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta propósitos como la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta. Lo anterior reafirma que el estudio de este elemento se hace al inicio de las actuaciones administrativas y que los juicios de ilicitud de la conducta no se ven afectados en absoluto por los análisis que se hagan en materia de significatividad. Así las cosas, los argumentos se rechazan por improcedentes.

Por su parte, **BAUPRES** afirmó que, al no aparecer la significatividad de la práctica reprochada como elemento estructurador de la tipicidad de la conducta, la Superintendencia de Industria y Comercio carece de competencia para adelantar la investigación administrativa, razón que sería suficiente para que se revoquen las sanciones impuestas.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Sobre el particular, se aclara que el juicio de significatividad no está dispuesto en la ley como un requisito para fijar la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio ni mucho menos como un criterio que permita revocar sanciones, sino simplemente como un elemento que debe ser analizado y tenido en cuenta a la hora de abrir y decidir tramitar las investigaciones, de conformidad con los propósitos de las actuaciones administrativas señalados anteriormente. Así las cosas, si la conducta no es significativa, la investigación sencillamente no se abre, sin que esto afecte en absoluto las facultades de la Autoridad o sus decisiones posteriores. Se recuerda también que la competencia de esta Superintendencia está dada por ley de manera general e incondicional para que conozca en forma privativa de las investigaciones administrativas, imponga las multas y adopte las demás decisiones administrativas que considere pertinente por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia¹¹¹. Por todo lo anterior, el argumento resulta a todas luces impertinente.

Adicionalmente, **ANPRA, FERNANDO PAREJA VALEST** (Representante Legal de **ANPRA**), **RÍO & MAR, PILOTOS DE BARRANQUILLA**, y **WILLIAM DANIEL QUIÑONES VILLAMIL** (piloto práctico afiliado a **ANPRA** y socio de **PILOTOS DE BARRANQUILLA**) sostuvieron que la **OCDE**, que tanto es citada por la Superintendencia de Industria y Comercio en sus pronunciamientos, reconoce la aplicación de un criterio de “*minimis*” que se asemeja al criterio de significatividad, de manera que desconocer este elemento implicaría alejarse por completo de la forma como se aplica el derecho de la competencia en el mundo.

En respuesta a este argumento, se pone de presente que el escrito citado por el recurrente para soportar su argumento corresponde a un estudio de pares (“*Peer Review*”) que realizó tal organización en el año 2009, en relación con el derecho de la competencia que se aplica en Colombia. La mención que hace la **OCDE** en relación con la significatividad lo hace a título descriptivo, y en todo caso aclara de entrada que “*si bien la legislación colombiana no consagra umbrales de cuota de mercado o de cualquier otro tipo para la aplicación de las normas de competencia, la SIC puede abstenerse de iniciar una actuación en casos poco significativos*”¹¹². De lo anterior se colige que la misma **OCDE** reconoce que la aplicación de las normas de competencia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio no está supeditada a umbrales de ninguna naturaleza y que es totalmente facultativo de su parte abstenerse de iniciar actuaciones según la significatividad que determine en cada caso.

Adicionalmente, se pone de presente que en lo que respecta a los criterios de “*minimis*”, la **OCDE** tiende a recoger resultados de discusiones o simplemente a describir cómo ciertos países los aplican en materia de prácticas anticompetitivas, mas no hace recomendaciones ni emite pronunciamientos al respecto. De hecho, la misma **OCDE** reconoce que ciertos países aplican tales criterios atendiendo diferentes condiciones, y que muchas veces no tienen lugar para los casos de carteles horizontales o aquellos denominados “*hard core cartels*” (como los acuerdos de fijación de precios y de reparto de mercado). Así las cosas, el argumento se rechazará por resultar infundado.

Por otro lado, de acuerdo con **MARCARIBE, S.T.M.** y sus representantes legales, el Despacho no realizó ningún análisis respecto del poder de mercado de la oferta y de la demanda para concluir que la conducta afectó todo el mercado en cada capitania. Agregaron que, en el caso particular de **MARCARIBE** y **S.T.M.**, no se conoce si la significatividad de la conducta se analizó respecto de las empresas a las que se les realizó un cobro que no se realizaba antes o respecto de aquellas a las cuales se les realizó un cobro del 20%.

Frente a estos argumentos, llama la atención del Despacho que los recurrentes consideren que, para concluir sobre la significatividad de la conducta, análisis realizado por la Delegatura al momento de tomar la decisión de abrir la investigación, sea necesario evaluar el poder de mercado de la oferta y de la demanda. El análisis sobre el poder de mercado de los cartelistas se lleva a cabo en los casos de cartelización como parte del ejercicio para caracterizar el mercado afectado o para determinar el impacto de la conducta, como uno de los criterios de dosificación de la sanción. Así, pareciera que los investigados confunden el análisis de significatividad que se realiza al

¹¹¹ Ley 1340 de 2009. “**Artículo 6. Autoridad Nacional de Protección de la Competencia.** La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal”.

¹¹² Hoja No. 4, defensa de **ANPRA, FERNANDO PAREJA VALEST** (Representante Legal de **ANPRA**), **RÍO & MAR, PILOTOS DE BARRANQUILLA**, y **WILLIAM DANIEL QUIÑONES VILLAMIL** (piloto práctico afiliado a **ANPRA** y socio de **PILOTOS DE BARRANQUILLA**). - Folio 9812 del Cuaderno Público No. 35 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

momento de tomar la decisión de abrir investigación o no frente a una presunta práctica anticompetitiva, con el análisis de caracterización de mercado o de impacto de la conducta, este último efectuado al final de la investigación solo cuando se tiene certeza de la existencia del acuerdo y con el único fin de dosificar la sanción. Por ende, el argumento se rechaza por improcedente.

Ahora bien, sobre el interrogante sobre si la significatividad de la conducta se analizó respecto de las empresas a las que se les realizó un cobro que no se realizaba antes o respecto de aquellas a las cuales se les realizó un cobro del 20%, el Despacho de nuevo llama la atención sobre la confusión de los sancionados entre el análisis de significatividad y el del impacto de la conducta. No obstante, es importante enfatizar en que la significatividad de la conducta no depende del número de veces en que esta se ejecutó sino en la capacidad potencial de la misma de afectar el mercado. Así, independientemente de si el cobro se realizó a empresas a las que antes no se les cobraba, si los cartelistas cobraron una tarifa del 20% o si cobraron una tarifa variada, lo cierto es que la conducta aquí reprochada tuvo la capacidad de distorsionar las condiciones de competencia en el servicio público de practicaje, pues la tarifa determinada en ningún caso se constituyó como el resultado de la interacción entre la oferta y la demanda, sino que correspondió a un valor concertado en el marco de un cartel empresarial. Por lo anterior, este Despacho descarta el argumento presentado por los investigados.

Por otro lado, **PILOTOS DEL PACÍFICO, SPILBUN** y sus representantes legales indicaron que la Delegatura tomó como referente para el análisis de la significatividad de la conducta los ingresos totales nacionales que las empresas de practicaje obtuvieron en el año 2012, y respecto de ese valor calculó un porcentaje de participación individual por empresa. Sin embargo, de acuerdo con los referidos, esos análisis carecen de lógica económica, pues pasó por alto elementos propios del mercado que pudieron distorsionar los efectos de la supuesta práctica. Según un estudio aportado por **GILBERTO ASPRILLA RIVAS** (Representante Legal de **SPILBUN**), el servicio de pilotaje del Puerto de Buenaventura representa el 1,26% de toda la actividad portuaria, lo cual, de acuerdo con el sancionado, corrobora la falta significatividad de la supuesta conducta.

Al respecto, el Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria en la que se indicó que: *“[f]rente a este punto, el Despacho considera oportuno indicar que el análisis presentado por la Delegatura en la Resolución de Apertura con Pliego de Cargos respecto del porcentaje de participación individual por empresa con base en los ingresos totales nacionales que las mismas reportaron a esta Entidad, corresponde únicamente a una caracterización ilustrativa del sector, y en ningún momento se tomó como referente para un análisis de significatividad de la conducta.”*¹¹³ (Subrayas fuera de texto). Así, queda claro que no es cierto que el ejercicio en mención haya sido tenido en cuenta para determinar la significatividad de la conducta, como errónea e insistentemente lo han declarado los sancionados, pues tal criterio, como se ha indicado reiteradamente, es determinado por la Delegatura al momento de decidir abrir o no una investigación.

No obstante lo anterior, sobre el estudio presentado por **GILBERTO ASPRILLA RIVAS** (Representante Legal de **SPILBUN**), para este Despacho es llamativo el argumento relacionado con el porcentaje que representa la actividad de practicaje respecto de la totalidad de la actividad portuaria. Aceptar un argumento como tal equivaldría a decir que cualquier conducta anticompetitiva que se presente en un sector como el de transporte marítimo, que representa menos del 1% del PIB, nunca sería significativa ni podría ser investigada, pues existen otros sectores de mayor importancia que aportan más del 99% del PIB. La anterior analogía es ilustrativa de que un incorrecto uso o asociación de las variables puede llevar a conclusiones sobre la insignificancia de ciertos sectores económicos, cuando claramente resultan indispensables para la economía.

3.2.10. Argumentos relacionados con aspectos procesales

3.2.10.1. Sobre la presunta violación al principio de congruencia, al derecho de defensa y al debido proceso

Algunos de los investigados manifestaron que existe incongruencia entre los cargos formulados, los recomendados en el Informe Motivado y aquellos por los cuales fueron sancionados, lo cual habría obstaculizado su derecho de defensa y su derecho al debido proceso.

¹¹³ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 71692 de 2017, Pág. 93.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Así, por ejemplo, **PILOTOS DEL PACÍFICO, CLAUDIA VIVIANA BENÍTEZ VILLAMIZAR** (Representante Legal de **PILOTOS DEL PACÍFICO**), **SPILBUN** y **GILBERTO ASPRILLA RIVAS** (Representante Legal de **SPILBUN**) manifestaron que el Expediente tiene dos pliegos de cargos: el de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, que se erige sobre la base de un mercado nacional, y el del Informe Motivado, que se erige sobre la base de un mercado regional.

Sobre el particular, simplemente se reitera lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria en el sentido de que: **(i)** de acuerdo con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, **el Informe Motivado no es una nueva imputación de cargos ni puede representar una variación en los mismos**, en la medida en que simplemente es un documento que recoge el análisis que hace el Delegado para la Protección de la Competencia de lo que, en su concepto, arrojó la investigación; **(ii)** la congruencia se predica entre la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y la Resolución Sancionatoria; **(iii)** en los casos de cartelización puede prescindirse de una definición estricta y extensa de mercado relevante, pues resulta suficiente identificar los bienes y servicios sobre los cuales los investigados realizaron el acuerdo y el territorio en el cual desarrollaban su actividad económica durante el periodo investigado; **(vi)** para el Despacho es claro que en la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos no solo se hizo referencia y se reconoció que las zonas marítimas son de jurisdicción nacional¹¹⁴, sino que, además, para los precisos efectos de la investigación, se explicó que los agentes involucrados en el presente trámite *“tienen presencia en la capitanías de Buenaventura, Santa Marta, Barranquilla y Turbo”*¹¹⁵, lo cual concuerda con lo manifestado en la Resolución Sancionatoria; y **(v)** una cosa es la jurisdicción nacional que para las capitanías de puerto se describe en la definición del mercado relevante y otra muy distinta la presencia específica que en dichas capitanías tienen las empresas que prestan el servicio público de practicaje, en especial, las aquí investigadas, por lo cual no es cierto que el Informe Motivado haya incurrido en variaciones.

En virtud de lo expuesto, se corrobora la conclusión prevista en la Resolución Sancionatoria, en el sentido de que el argumento presentado por los investigados con el fin de evidenciar una aparente incongruencia resulta infundado, comoquiera que en ningún momento la Delegatura cambió o modificó el mercado relevante de nacional a regional, como tampoco lo hizo este Despacho en la Resolución Sancionatoria.

Por su parte, **MARCARIBE, LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR** (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía), **S.T.M.** y **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) manifestaron que desde la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos existen contradicciones en los cargos formulados que dan cuenta de una falta de precisión. Mientras, de una parte, la Delegatura afirmó que reprochaba el hecho de implementar un cobro conjunto y coordinado del mismo valor, de otro lado justificó la apertura de investigación a tres (3) empresas distintas de un mismo puerto (Santa Marta) por el solo hecho de haber cobrado efectivamente cualquier valor por este concepto, independientemente de las diferencias en los valores que cada empresa hubiera fijado.

En la misma línea, manifestaron que no es lo mismo defenderse de haber acordado la fijación de un valor determinado para cobrar por un mismo concepto (o la forma de calcularlo), que de un acuerdo para incluir dicho concepto en la facturación (independientemente del valor que para aquel determine cada empresa), toda vez que las conductas son radicalmente diferentes. En últimas, manifestaron que no pudieron defenderse porque la imputación no fue clara.

En este sentido, se aclara que el hecho de que la Delegatura hubiera decidido abrir investigación contra las empresas de practicaje que operan en el puerto de Santa Marta pese a que en ocasiones hubieran implementado porcentajes disímiles por concepto de gastos administrativos del servicio de practicaje, se debe precisamente a que lo fue objeto de reproche fue que se hubieran puesto de acuerdo y hubieran coordinado incluir en su facturación dicho cobro, el cual, se resalta, no se facturaba antes de que se hubiera llevado a cabo la reunión del 25 de enero de 2012 promovida por **ACEPRAC**. En últimas, el hecho de que el porcentaje inicialmente acordado fuera del 20% y que posteriormente las empresas aquí investigadas se desviaran de tal monto, no desmerita en

¹¹⁴ Cfr. Ley 658 de 2001.

¹¹⁵ Cfr. punto 8.2 de la Resolución No. 36503 de 2016.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

absoluto el carácter anticompetitivo e ilegal de la conducta, pues el rubro en todo caso fue incluido después de haberse llevado a cabo el encuentro en el cual mancomunadamente decidieron empezar a cobrarlo, en atención a su calidad de miembros de **ACEPRAC** y **ANPRA**, y con coincidencias relevantes frente al actuar de otras empresas de practicaje también afiliadas a tales asociaciones y ubicadas en otros puertos.

Respecto del argumento según el cual no es lo mismo defenderse de haber acordado la fijación de un valor determinado para cobrar por un mismo concepto que de un acuerdo para incluir dicho concepto en la facturación, el Despacho considera que el mismo resulta impertinente, pues la conducta que se les imputó a las empresas de practicaje de Santa Marta fue un acuerdo de fijación directa o indirecta de precios, frente al cual los esfuerzos de la defensa no han debido circunscribirse a los montos específicos cobrados, sino precisamente al hecho de no haber incurrido en acuerdos de precios de ninguna naturaleza. Se recuerda en este punto que existen pruebas que dan cuenta de coincidencias significativas en los cobros que hicieron estas empresas que dan cuenta de una coordinación de su gestión comercial, y que incluso existen evidencias que demuestran que las negociaciones “independientes” con sus clientes eran comunicadas no solo entre sí, sino también con gremios como **ANPRA**. En virtud de lo expuesto, el argumento se rechaza, pues en últimas estas empresas no lograron demostrar que su actuar fuera autónomo, que sus negociaciones fueran independientes, que sus cobros respondieran a sus propias particularidades de mercado y, sobre todo, que estuvieran desligados del acuerdo alcanzado en la mencionada reunión.

Por otro lado, algunos investigados manifestaron que es diferente que un agente de un mercado se defienda de una supuesta cartelización entre ocho empresas, a que se defienda de una supuesta cartelización entre dos o tres, o a que se defienda de una cartelización consigo mismo (como en el caso de Turbo). En su opinión, los investigados fueron abandonados a la presunción de una culpabilidad infundada e inconstitucional.

Este argumento se rechaza de plano por resultar infundado, en la medida en que tanto en la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos como en la Resolución Sancionatoria, el cargo de cartelización por fijación de precios abarcó las ocho (8) empresas de practicaje aquí investigadas, frente a las cuales se predicó un actuar mancomunado y coincidente en muchos aspectos, derivado de los resultados de la reunión que se realizó el 25 de enero de 2012, los cuales, se recuerda, fueron incluso implementados por empresas que no asistieron al mencionado encuentro pero que eran miembros de las asociaciones que lo promovieron. Además, esta Autoridad no actuó con base en presunciones infundadas e inconstitucionales de culpabilidad, pues las empresas investigadas a lo largo de la actuación tuvieron todas las oportunidades procesales de ley para defenderse y dar cuenta de su actuar autónomo e independiente, lo cual efectivamente no pudieron demostrar.

Por último, algunos investigados manifestaron que el investigador fue de lo general a lo particular en las acusaciones y guardó para sí la norma de prohibición general, para después aterrizar sobre ella cuando no logró probar el supuesto acuerdo en concreto. También manifestaron que la prohibición general no puede ser utilizada para cercenar el derecho constitucional de asociación, la presunción de inocencia y el buen nombre de los agentes de los mercados.

Este argumento también se rechaza de entrada por resultar infundado, ya que la prohibición general fue debida y claramente imputada desde un inicio de la actuación específicamente en contra de **ANPRA** y **ACEPRAC**, y se mantuvo incólume a lo largo del trámite administrativo, en la medida en que se advirtió y demostró que tuvieron un rol determinante en la celebración y ejecución del acuerdo de precios realizado por las empresas de practicaje sancionadas. Se resalta además que el acuerdo de precios por parte de estas últimas, contrario a lo manifestado por los recurrentes, también fue totalmente probado por el Despacho, por lo cual la aseveración según la cual el supuesto acuerdo no se pudo probar resulta a todas luces falso.

Así las cosas, una lectura sensata tanto de la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos como de la Resolución Sancionatoria permite advertir que la imputación de la prohibición general siempre se fundamentó en que **ANPRA** y **ACEPRAC** fungieron como el vehículo empleado por las empresas de practicaje sancionadas para discutir, fijar y aplicar de manera coordinada el cobro de la tarifa o porcentaje adicional al valor previsto en la ley, como remuneración del piloto práctico por el servicio de practicaje, comportamiento que evidentemente representa una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia. En virtud de lo expuesto, es claro que la imputación de la prohibición general no se ha usado alternativa o subsidiariamente, atendiendo una falsa incapacidad de demostrar las demás conductas endilgadas.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Finalmente, se aclara que la prohibición general no se ha usado para cercenar el derecho constitucional de asociación. Por el contrario, según lo que se demostró en la presente actuación administrativa, el derecho de asociación no puede valerse de sus fines altruistas para promover la realización de acuerdos de precios o la implementación mancomunada de cobros por parte de sus miembros, pues con tal actuar van más allá de sus derechos y facultades y atentan contra un derecho que constitucionalmente es catalogado como colectivo y de interés general: la libre competencia económica.

3.2.10.2. Sobre la presunta notificación indebida de la Resolución Sancionatoria

LUIS ÁLVARO MENDOZA MAZZEO (Exrepresentante Legal de **PILOTOS DE BARRANQUILLA**) afirmó que la copia del acto administrativo de notificación de la Resolución Sancionatoria que se dirigió a él fue enviada al apoderado de **BAUPRES**, como si fuera su mismo defensor, lo cual es falso. De lo anterior se deduciría que a la fecha de interposición del recurso este sujeto no estaba debidamente notificado. Por ende, se reunieron los presupuestos para que el acto de impugnación sea considerado como el acto de notificación de la resolución impugnada.

En este sentido, se aclara que aunque efectivamente la citación de notificación de **LUIS ÁLVARO MENDOZA MAZZEO** fue enviada a un apoderado diferente, su apoderado en todo caso conoció oportunamente de tal acto, toda vez que también representa a **PRACYMAR** y **LUIS GUILLERMO VANEGAS SILVA** y frente a estos últimos se notificó personalmente dentro del término de Ley, el 14 de noviembre de 2017¹¹⁶.

Se recuerda en este punto que si un apoderado funge en el marco de un proceso como apoderado de varias personas o empresas, se considerará como uno solo para efectos de notificaciones, tal y como lo dispone el artículo 300 del Código General del Proceso:

“Artículo 300. Notificación al representante de varias partes. Siempre que una persona figure en el proceso como representante de varias, o actúe en su propio nombre y como representante de otra, se considerará como una sola para los efectos de las citaciones, notificaciones, traslados, requerimientos y diligencias semejantes”.

Así las cosas, queda claro para este Despacho que con la notificación personal que hizo el apoderado de **PRACYMAR** y **LUIS GUILLERMO VANEGAS SILVA**, la Resolución Sancionatoria quedó notificada igualmente para **LUIS ÁLVARO MENDOZA MAZZEO**, pues el apoderado es exactamente el mismo, por lo cual el recurso interpuesto en nombre de este último en febrero de 2018¹¹⁷ resulta a todas luces extemporáneo y se rechazará de plano.

3.2.10.3. Sobre las presuntas solicitudes de nulidad no resueltas

MARCARIBE, LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR (Exrepresentante Legal Principal de **MARCARIBE** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía), **S.T.M.** y **LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO** (Exrepresentante Legal Principal de **S.T.M.** y actual Representante Legal Suplente de la misma compañía) afirmaron que desde la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos advirtieron que la Delegatura había omitido el requisito esencial de la significatividad, lo cual se debía traducir en una nulidad de la actuación. No obstante lo anterior, en la Resolución Sancionatoria se afirmó que nunca se había advertido de dicha nulidad y que, por ende, esta se encuentra saneada, lo cual es incorrecto. En su opinión, la nulidad ha sido ignorada sistemáticamente por la Superintendencia de Industria y Comercio y se ha optado por omitirla sin siquiera debatirla.

Sobre el particular, se reitera lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria en relación con que, en la presente actuación administrativa, la oportunidad procesal para interponer y resolver nulidades ya precluyó, pues los alegatos al respecto deben presentarse antes de que inicie el término de traslado del Informe Motivado.

No obstante lo anterior, este Despacho pone de presente que no es cierto que los argumentos esgrimidos en materia de significatividad hayan sido sistemáticamente obviados, pues desde el

¹¹⁶ Folio No. 9567 del Cuaderno Público No. 35 del Expediente.

¹¹⁷ Folio 1070 del Cuaderno Público No. 36 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

inicio de la actuación han sido debidamente estudiados y han terminado siendo rechazados por resultar improcedentes o infundados, conclusiones que en todo caso han sido motivadas.

Se recuerda en este punto que incluso desde el Informe Motivado las observaciones en materia de significatividad fueron resueltas por la Delegatura, en los siguientes términos:

"En este contexto, los investigados manifestaron que la conducta investigada no es significativa. Motivo por el cual la Delegatura incurrió en una falta, toda vez que no motivó sumariamente la presunta afectación derivada de las conductas investigadas, pues de haberlo hecho, habría concluido que la presente investigación carece de significatividad para alcanzar los supuestos establecidos en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009. Sin embargo, teniendo en cuenta lo expuesto, es relevante advertir que el análisis de significatividad de la conducta objeto de investigación, es una herramienta potestativa que le permite a esta Superintendencia definir qué mercados requieren una intervención con el fin de propender por la ausencia de comportamientos que se encuentren asociados con la afectación del régimen de libre competencia económica. Así las cosas, los argumentos relacionados con la significatividad de las conductas destinadas a controvertir el asunto objeto de investigación no serán acogidos por esta Delegatura.

Adicionalmente, es relevante señalar que el estudio que realiza esta Delegatura en la presente investigación no recae sobre el conjunto de servicios que tiene que asumir una naviera, agente marítimo y/o línea marítima, para atracar o zarpar de un puerto de jurisdicción nacional. El servicio que es objeto de análisis en la presente investigación, corresponde en particular, a la prestación del servicio de practica en las zonas marítimas ya referidas, motivo por el cual, no se hace necesario estudiar la representatividad del mismo respecto del conjunto de servicios que asume una naviera, agente marítimo y/o línea marítima, con ocasión del desarrollo de su actividad comercial. Conceder un argumento como el presentado por la defensa en relación con este punto, comportaría que una investigación por prácticas restrictivas de la competencia solo sería procedente, por ser significativa, si involucra la conducta de agentes de mercado que representen una porción sustancial de los costos de la demanda, criterio que no parece tener ningún respaldo jurídico ni económico. Dicho de otra manera, la significatividad de un mercado no se evalúa por el peso que tenga el producto afectado en la canasta de costos de los demandantes". (Subrayas fuera del texto).

De hecho, en el presente acto administrativo el tema fue abordado nuevamente y se procedieron a resolver todos los nuevos interrogantes que se presentaron en la materia, por lo cual no resultan de recibo las afirmaciones que sugieren una falta de atención, estudio o debate parte de esta Autoridad. En virtud de lo expuesto, el argumento se rechaza por resultar infundado.

3.2.11. Argumentos relacionados con la dosificación de las sanciones

Los investigados presentaron varios argumentos relacionados con los criterios de graduación de las sanciones.

Sobre el impacto de la conducta, **MARCARIBE, S.T.M.** y sus representantes legales manifestaron que el presunto comportamiento reprochado no tuvo la capacidad de generar un impacto perjudicial en el mercado, pues nunca alteraron variables competitivas de manera artificial ni asumieron conductas competitivas diferentes.

Frente al particular, este Despacho considera importante indicar que el hecho de que las tarifas a cobrar por parte de las sancionadas no hubiesen correspondido en todo momento a la tarifa acordada (20%) no implica que las mismas no hayan hecho parte del acuerdo sancionado. Lo cierto es que en el Expediente obran pruebas que dan cuenta del actuar coordinado de las sancionadas, tales como el mismo formato de las comunicaciones de **MARCARIBE** y **S.T.M.** a sus clientes y los correos electrónicos con información sobre el cobro de las tarifas enviados por **MARCARIBE** con copia a **BAUPRES** y a **ANPRA**, con lo cual, cualquier tarifa diferente a la acordada, no es más que una desviación del monto originalmente dispuesto –pero en todo caso acordado– por parte de uno de los cartelistas y no una evidencia de competencia, como erróneamente lo indican las empresas sancionadas.

Respecto del porcentaje que representa la multa en el total del patrimonio y de los ingresos operacionales, varios de los investigados manifestaron que el patrimonio no debió ser el único criterio para dosificar las sanciones. En su opinión, el Despacho ha debido tener en cuenta, entre otros criterios, los ingresos involucrados en la supuesta infracción y no aquellos que se generaron

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

por otro tipo de actividades, así como el margen operacional de las empresas, su liquidez y factores como la inflación y los incrementos efectivos en las tarifas cobradas, para evitar que la sanción sea desproporcionada y confiscatoria.

Sobre este punto, el Despacho considera importante indicar a los investigados que dentro de los criterios establecidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 para efectos de graduar la multa a las personas jurídicas no se encuentran señalados ni los ingresos operacionales, ni la liquidez, ni el margen operacional de las empresas, ni factores externos como la inflación. En este sentido, el Despacho tiene en cuenta el patrimonio (como criterio legalmente establecido) y utiliza forma ilustrativa el porcentaje que la multa representa del total de ingresos operacionales de las empresas, con el fin de asegurarse de que la multa no resulte en la desaparición de las empresas del mercado. Así, no es cierto que no tener en cuenta los factores señalados por los investigados implique necesariamente que la multa sea desproporcionada y confiscatoria.

En particular, sobre el patrimonio de los infractores, **MARCARIBE** y **S.T.M.** agregaron que a todas las empresas se les fijó una multa equivalente al 15% de su patrimonio, sin tener en cuenta el nivel de afectación al mercado que se pretendió o que se logró en cada caso.

Frente a este punto, el Despacho encontró, sobre la participación de cada investigado en la conducta, que independientemente de que algunos de los sancionados asistieron a la reunión del 25 de enero de 2012 y otros no lo hicieron, todos los cartelistas tuvieron previo conocimiento de los temas que se tratarían en la misma y que, con posterioridad, implementaron el cobro discutido en la reunión a través de comunicaciones a los diferentes clientes. Dichas comunicaciones, en algunos casos como el de **MARCARIBE**, **S.T.M.** y **BAUPRES**, tuvieron coincidencias significativas que hicieron aún más evidente la colaboración entre las empresas, elemento que no pudo ser desvirtuado por las sancionadas. Así, para el Despacho fue clara la participación de todos los investigados en la conducta y su potencial impacto en el mercado, con lo cual no es cierto que dichos criterios no hayan sido tenidos en cuenta en el momento de dosificación de la sanción.

Por otro lado, varias de las personas naturales investigadas manifestaron que, a diferencia del caso de las personas jurídicas, la Ley 1340 del 2009 no prevé la consideración del patrimonio como un criterio para graduar las sanciones. Agregaron que su patrimonio no se debe exclusivamente a su actividad en el mercado afectado y que el mismo resultó siendo un elemento de agravación de la sanción y no de graduación de la misma.

Al respecto, esta Superintendencia concuerda con lo señalado por los investigados respecto de que el patrimonio no es un criterio de graduación de las sanciones a las personas naturales, conforme con el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Por lo anterior, este Despacho no tuvo en cuenta el patrimonio de las personas naturales investigadas para la dosificación de las multas, tal y como se puede evidenciar en el acápite referente a las sanciones de las personas naturales, en el cual se analizaron los siguientes criterios: (i) persistencia en la conducta infractora; (ii) impacto de la conducta en el mercado; (iii) reiteración de la conducta prohibida; (iv) conducta procesal del investigado; y (v) grado de participación en la conducta reprochada. Ahora bien, el hecho de que la Superintendencia de Industria y Comercio haya señalado la proporción entre la sanción y el patrimonio líquido de cada persona natural, así como sus ingresos, no implica que la Autoridad haya tenido en cuenta ambos rubros como criterios para determinar el valor impuesto. Los mismos fueron señalados para dimensionar el monto de la sanción y demostrar precisamente que los mismos en ningún caso resultaban confiscatorios o desproporcionados respecto de la situación financiera de cada sancionado.

Sobre la dimensión del mercado como criterio de dosificación de las sanciones, **PRACYMAR** indicó que la apreciación del Despacho es desacertada, pues ningún acuerdo entre **PRACYMAR** y cualquier otra empresa de practicaje tiene la capacidad de generar un efecto monopólico en Turbo, ya que es la única empresa que presta el servicio de practicaje en dicho puerto.

Frente al particular, el Despacho se permite indicarle al investigado que en su análisis no se desconoció el hecho de que **PRACYMAR** sea el único agente prestador del servicio de practicaje en el puerto de Turbo. Sin embargo, por el diseño del acuerdo anticompetitivo acreditado, el mismo tuvo la potencialidad de afectar las diferentes capitanías en las que se encontraban las empresas cartelizadas, generando un efecto monopólico en el mercado nacional. Así, como se ha reiterado en diferentes acápites del presente acto administrativo, la dimensión del mercado afectado por el acuerdo reprochado está delimitada por este último y, por lo tanto, tiene un alcance nacional.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por su parte, **MARCARIBE** y **S.T.M.** afirmaron que el Despacho no tuvo en cuenta el criterio de cuota de mercado de la empresa infractora y la parte de sus activos y/o sus ventas involucradas en la infracción y se cuestionaron si ignorar dicho criterio se debió a que no definió correctamente el mercado relevante. En la misma línea, **ÓSCAR ARBOLEDA GIRALDO** (Representante Legal de **BAUPRES**) señaló que la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta el impacto de su conducta, la insignificancia de la misma sobre el mercado y su grado de participación en el supuesto acuerdo.

Para responder estos argumentos, es preciso traer a colación la siguiente cita del Consejo de Estado, en la que se alude a la discrecionalidad de la Autoridad Administrativa en lo que respecta a la dosificación de las multas:

"(...) la parte actora considera que las sanciones impuestas son expropiatorias en tanto que, en algunos casos, ascienden al 10% de la utilidad neta de algunas de las sancionadas, al tiempo que considera que para dosificar correctamente la multa económica, debieron tenerse en cuenta factores distintos a los balances económicos de las empresas.

*(...) en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas **atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada (léase la autoridad administrativa) para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma.** (...)"¹¹⁸. (Negrillas fuera de texto).*

De lo anterior se colige que la discrecionalidad de la Autoridad frente a la dosificación de la sanción está limitada por el monto máximo de la sanción determinada por el legislador y guiada por los criterios de previstos en la ley, y permite además que de cara a determinadas conductas se le dé más preponderancia a uno o algunos de los criterios. En todo caso, esa dosificación no implica que en el acto administrativo se haga *"un razonamiento expreso especial para sustentar el quantum de la sanción"*. Así lo ha dispuesto el Consejo de Estado al expresar:

"(...) la dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos (...)"¹¹⁹. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el ejercicio de dosificación **NO** impone en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, como Autoridad de Policía Administrativa, la carga de exponer en sus actos administrativos un *"razonamiento expreso y especial"* sobre la metodología aplicada para la estimación del quantum de las sanciones. Aun así, en el caso concreto se hizo una consideración expresa sobre cada uno de los criterios de graduación aplicados y de la metodología usada por esta Autoridad para definir el monto final de la multa de todos los investigados, que en su conjunto tiene como resultado la imposición de sanciones que responden a la *"valoración de la gravedad de los hechos"*.

Expuesto lo anterior, no puede perderse de vista que, según la **OCDE**, los carteles, como el que aquí se sancionó, constituyen la más escandalosa violación a las normas de competencia, ya que perjudican a los consumidores a través del incremento en los precios y la restricción de la oferta, haciendo los bienes y servicios inaccesibles para algunos compradores (por lo general los más pobres) e innecesariamente costosos para otros.

Así las cosas, los argumentos deben ser rechazados, ya que la dosificación de las sanciones respetó el monto máximo legal y estuvo guiada por los criterios de previstos en la ley, los cuales fueron aplicados con el criterio y la preponderancia debida según la gravedad de los hechos, siempre en concordancia con los parámetros de discrecionalidad que la jurisprudencia y la ley avalan en materia sancionatoria. En otras palabras, si bien la ley contempla diferentes criterios lo

¹¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. María Claudia Rojas Lasso. 28 de enero de 2010. Expediente 25000-23-24-000-2001-00364-01.

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Sentencia 20 de octubre de 2005. Radicación 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

cierto es que no todos aplican para todos los casos y, además, según la jurisprudencia de del Consejo de Estado antes citada, la Autoridad puede optar por uno, algunos o todos ellos, según el caso en cuestión y la gravedad de los hechos involucrados.

Por otro lado, **BAUPRES, LUIS HERNANDO MARTÍNEZ AZCÁRATE** (Exrepresentante Legal de **ACEPRAC**) y **ÓSCAR ARBOLEDA GIRALDO** (Representante Legal de **BAUPRES**) presentaron argumentos relacionados con el origen de sus ingresos y la situación financiera en la cual se encontraban durante el periodo investigado. Manifestaron que se les está exponiendo a asumir la multa con los ingresos y el patrimonio derivados de tarifas intervenidas por el Estado y determinadas por la **DIMAR** y que incluyen ingresos de otras actividades, o, en el caso de **ÓSCAR ARBOLEDA GIRALDO** (Representante Legal de **BAUPRES**), que los mismos no correspondieron a la actividad de Gerente de **BAUPRES**, pues nunca percibió ingresos por dicho cargo. Agregaron que no se tuvo en cuenta el patrimonio durante el periodo investigado. Puntualmente, **BAUPRES** indicó que las prácticas reprochadas por la Superintendencia de Industria y Comercio le dejaron pérdidas financieras en 2012 y 2013.

Frente a los argumentos anteriores este Despacho considera son improcedentes, pues, en primer lugar, el hecho de que sus ingresos provengan de una actividad cuya tarifa es regulada por el Estado o de otras actividades, no implica que los sancionados no hayan participado en un acuerdo anticompetitivo y que no puedan responder económicamente por su actuar en contra de la ley.

Ahora bien, respecto de la situación financiera de los sancionados durante el periodo investigado, esta Superintendencia considera que pretender estimar la sanción con base en la situación financiera de 2012 y 2013 y no en la más actual disponible sería equivocado, toda vez que no sería ilustrativa de la capacidad de pago actual de los sancionados. Por lo anterior, se tuvo en cuenta la información más reciente disponible en el Expediente con el fin de que las multas no resultaran desproporcionadas. Ejemplo de lo anterior es que la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que la multa impuesta a **BAUPRES** equivale al 15% aprox. de su patrimonio de 2015 y al 1,2% aprox. de los ingresos operacionales globales de 2015, elementos que resultan ilustrativos de que la empresa puede cumplir con la sanción impuesta sin que la misma afecte significativamente su actividad.

Adicionalmente, varias de las personas naturales sancionadas argumentaron que el Despacho cometió graves errores de dosimetría de sus sanciones, pues, en algunos casos, las mismas resultaron ser más altas que aquellas impuestas a las personas jurídicas a las que pertenecen. En este sentido, afirmaron que de acuerdo con la Ley 1340 de 2009, la sanción de personas naturales es de una proporción de 2% de la sanción para personas jurídicas.

Frente al particular, el Despacho llama la atención sobre la afirmación de los sancionados respecto de que la Ley 1340 de 2009 establece un principio según el cual las sanciones impuestas a personas naturales deben corresponder al 2% de las sanciones impuestas a personas jurídicas. El hecho de que el límite superior de las sanciones a personas naturales corresponda al 2% del límite superior para las multas a personas jurídicas, en ningún momento implica que dicha relación deba mantenerse en todos los casos en que esta Superintendencia sancione a personas jurídicas y sus representantes legales. En efecto, la ley prevé diferentes criterios para dosificar las sanciones en cada caso, con lo cual no sería lógico que las sanciones siempre guardaran la misma proporción. Así las cosas, este argumento se descarta por impertinente.

Finalmente, **FERNANDO PAREJA VALEST** (Representante Legal de **ANPRA**) afirmó que la sanción que se le impuso es excesiva, teniendo en cuenta su patrimonio económico, su conducta, su edad, que sirvió al país como piloto de la Armada durante muchos años, que representaba una agremiación de trabajadores y que solo pretendió luchar por sus asociados.

Al respecto, el Despacho considera importante destacar que: (i) pese a que el patrimonio no es un criterio de dosificación de sanciones para personas naturales, el mismo sí se tuvo en cuenta, de forma ilustrativa, para dimensionar el monto de la sanción impuesta; (ii) no es cierto, como lo indica el sancionado, que no se haya tenido en cuenta su conducta, pues en la Resolución Sancionatoria se demostró que **FERNANDO PAREJA VALEST** (Representante Legal de **ANPRA**) asistió a la reunión celebrada el 25 de enero de 2012, suscribió comunicaciones destinadas a **ASONAV** para dar a conocer la implementación del cobro adicional por parte de las empresas de practicaaje, así como también las decisiones tomadas en el seno de **ACEPRAC**, y realizó el seguimiento de los compromisos adquiridos y las diferentes reacciones que se presentaron por parte de las agencias

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

marítimas en la implementación de las nuevas tarifas; y (iii) los demás argumentos presentados en ningún caso atenúan la conducta descrita ni la ilegalidad de la misma, razón por la cual no son de recibo para ajustar el monto de la sanción impuesta.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 71692 del 8 de noviembre de 2017.

ARTÍCULO SEGUNDO: RECHAZAR las solicitudes de nulidad propuestas por los impugnantes de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: RECHAZAR de plano el recurso de reposición presentado por **LUIS ÁLVARO MENDOZA MAZZEO**, por extemporáneo.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **PILOTOS PRÁCTICOS DEL PACÍFICO S.A.S., SERVICIOS DE PILOTAJE DE BUENAVENTURA S.A., SERVICIOS TÉCNICOS MARÍTIMOS S.A.S., BAUPRES S.A.S., PILOTOS MARCARIBE S.A.S., PILOTOS DEL PUERTO DE BARRANQUILLA S.A., OPERADORES FLUVIALES Y MARÍTIMOS RÍO & MAR R.&M. PILOTOS S.A.S., PRÁCTICOS Y MARÍTIMA PRACYMAR S.A.S., la ASOCIACIÓN NACIONAL DE PILOTOS PRÁCTICOS y la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE PRACTICAJE**, así como a **FERNANDO PAREJA VALEST, LUIS HERNANDO MARTÍNEZ AZCÁRATE, GILBERTO ASPRILLA RIVAS, CLAUDIA VIVIANA BENÍTEZ VILLAMIZAR, LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO, LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR, LUIS GUILLERMO VANEGAS SILVA, ÓSCAR ARBOLEDA GIRALDO y WILLIAM DANIEL QUIÑONES VILLAMIL**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

ARTÍCULO QUINTO: COMUNICAR la presente Resolución a **HÉCTOR ENRIQUE GONZÁLEZ INFANTE y LUIS ÁLVARO MENDOZA MAZZEO**.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **14 AGO 2018**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

NOTIFICAR:

ASOCIACIÓN NACIONAL DE PILOTOS PRÁCTICOS (ANPRA)

NIT: 800.208.989-5

PILOTOS DEL PUERTO DE BARRANQUILLA S.A.

NIT: 900.187.085 - 3

OPERADORES FLUVIALES Y MARÍTIMOS RÍO & MAR S.A.S.

NIT: 802.000.242 - 5

FERNANDO PAREJA VALEST

C.C. 9.047.620

WILLIAM DANIEL QUIÑONES VILLAMIL

C.C. 79.290.887

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Apoderado:

MAURICIO VELANDIA CASTRO

C.C. 7.950.6193

T.P. 84.143 del C.S. de la J.

Carrera 11A No. 94A-23/31

Bogotá D.C.

mauriciovelandia@mauriciovelandia.com

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE PRACTICAJE (ACEPRAC)

NIT: 900.449.744-4

PILOTOS PRÁCTICOS DEL PACÍFICO S.A.S.

NIT: 835.000.982 - 7

SERVICIOS DE PILOTAJE DE BUENAVENTURA S.A.

NIT: 800170647 - 5

LUIS HERNANDO MARTÍNEZ AZCÁRATE

C.C. 73.091.816

CLAUDIA VIVIANA BENÍTEZ VILLAMIZAR

C.C. 52.152.175

GILBERTO ASPRILLA RIVAS

C.C. 10.092.462

Apoderado:

JOSÉ ALFREDO JARAMILLO LÓPEZ

C.C. 16.917.171

T.P. 182.349 del C.S. de la J.

Carrera 100 No. 11-60, Of. 314, Holguines Trade Center, Torre Farallones

Cali, Valle

E-mail: jjaramillo@jaramilloabogados.com

SERVICIOS TÉCNICOS MARÍTIMOS S.A.S.

NIT: 891.702.364 - 1

PILOTOS MARCARIBE S.A.S.

NIT: 800.221.084 - 9

LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ ACEVEDO

C.C. 7.632.960

LUIS FERNANDO CARVAJAL AFANADOR

C.C. 9.074.133

Apoderado:

MAURICIO JARAMILLO CAMPUZANO

C.C. 80.421.942

T.P. 74.555 del C.S. de la J.

Calle 67 No. 7-35 Oficina 1204

Bogotá D.C.

E-mail: mjaramillo@gpzlegal.com

PRÁCTICOS Y MARÍTIMA S.A.S.

NIT: 800125419 - 1

LUIS GUILLERMO VANEGAS SILVA

C.C. 9.094.996

Apoderado:

ALEXIS FARUTH PEREA SÁNCHEZ

C.C. 11.812.241

T.P. 146.643 del C.S. de la J.

Carrera 13 No. 37-37 Oficina 404

Bogotá D.C.

E-mail: aperea@pereasanchez.com

BAUPRES S.A.S.

NIT: 806.001.283-6

OSCAR ARBOLEDA GIRALDO

C.C. 9.063.828

Apoderado:

ALFREDO RICARDO POLO QUINTANA

C.C. 79.520.509

T.P. 68.905 del C.S. de la J.

Calle 124 No. 7C-24 (202)

Bogotá D.C.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

COMUNICAR:

LUIS ÁLVARO MENDOZA MAZZEO

C.C. 73.076.009

Apoderado:

ALEXIS FARUTH PEREA SÁNCHEZ

C.C. 11.812.241

T.P. 146.643 del C.S. de la J.

Carrera 13 No. 37-37 Oficina 404

Bogotá D.C.

E-mail: aperea@pereasanchez.com

HÉCTOR ENRIQUE GONZÁLEZ INFANTE

C.C. 7.401.017

Apoderada:

CATALINA BARBOSA JIMÉNEZ

C.C. 41.653.658

T.P. 99.436

Carrera 1 Este No. 10-06 Apto 301

Bogotá D.C.

E-mail: catalinabarbosa1@hotmail.com