

“LAS CONFERENCIAS MARÍTIMAS EN EL TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS: UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA”

Por Javier Andrés Franco Zárate*

1. ASPECTOS GENERALES

El desarrollo del mercado internacional de hoy se encuentra guiado por un principio rector propio del sistema capitalista: el libre comercio. Con la globalización, se hace cada vez más evidente una política mundial que impulsa la libre circulación de mercancías y el libre acceso a la prestación de los servicios, dentro del cual, se hace igualmente necesaria, la intervención del Estado con el fin de asegurar las condiciones que logren garantizar las libertades y un ambiente de competencia sano, que sin pretender la condición de competencia perfecta,¹ logre generar las condiciones de igualdad y de lealtad necesarias para regir las relaciones en las que intervienen los agentes económicos del mercado.

La libre competencia económica puede entenderse como la puja o rivalidad que debe existir entre los agentes económicos que intervienen los mercados con el propósito de obtener la mayor cuota de mercado y de clientela. Sin embargo, el principio de libre competencia no debe ser interpretado como un fin en si mismo sino, como un principio ordenador de la actividad económica del Estado para que éste sea capaz de dirigir el mercado garantizando la libertad de iniciativa privada y el libre ejercicio de las libertades económicas, al mismo tiempo que fomente la libertad de elección de los consumidores y resguarde las condiciones de igualdad que deben regir el proceso económico. De esta manera, la competencia económica debe estar siempre en referencia con las particularidades propias de cada sector económico para garantizar la eficiencia y el crecimiento del mismo.

2. EL ROL DEL ESTADO FRENTE A LA POLÍTICA DE LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

A diferencia de lo que sucedió en otro tiempo con el Estado de Derecho, en el cual se logró el sometimiento del poder público a un ordenamiento jurídico, y sobre todo, al imperio de la Ley -

* Abogado Universidad Externado de Colombia. Asistente de Investigación del Departamento de derecho Comercial de la misma Universidad.

¹ La noción de competencia perfecta o pura ha sido entendida por algunos autores como aquella que se caracteriza por que hay plena libertad de acceso y atomismo del mercado, homogeneidad en los productos ofrecidos, ausencia de control de precios, alta circulación de la información entre competidores o transparencia del mercado, movilidad de los factores de producción, máxima utilidad de los agentes y máximo beneficio del consumidor. Sin embargo, la pretensión de alcanzar la competencia perfecta resulta mas bien una utopía pues las fuerzas contrapuestas que fluctúan en la realización de los mercados impiden que la misma se pueda llegar dar. Al respecto ver, ALMONACID SIERRA, Juan Jorge; GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo Derecho de la Competencia, Editorial Legis, páginas 26 y 27 año 1998.

conquista histórica de la Revolución Francesa-, el cual se caracterizó por estar acompañado de la teoría económica clásica que pregonaba un *“laissez faire, laissez passer”*, dejar hacer, dejar pasar; el Estado Social de Derecho de hoy, se encuentra fundado sobre la base de hacer realidad el concepto de justicia distributiva, llenando de contenido el derecho a la igualdad de las personas frente al Estado, el cual debe intervenir en la economía para jugar un papel fundamental en la redistribución de la riqueza del reconocimiento las diferencias sociales² y garantizando la defensa del contenido jurídico material de los derechos.

Conforme a lo anterior la Constitución Política de Colombia en su artículo primero señala que *“Colombia es un Estado Social de Derecho”*. En su artículo 333 consagra que *“la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común...”* *“La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”* y en su artículo 334 consagra que *“la dirección general de la economía estará a cargo del Estado...”*.

Adicionalmente, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que la libre competencia consagrada en la Constitución política no sólo constituye un derecho subjetivo, sino además un principio de orden económico que enmarca el camino de la acción estatal y privada..En efecto, en la sentencia C-535 de 1997 con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz se indicó que: *“la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres”*.

Conforme a lo anterior, las prácticas restrictivas de la libre competencia, que de manera general han sido entendidas en Colombia a la luz la Ley 155 de 1959³ y particularmente, del Decreto 2153 de 1992⁴, como todo acto, acuerdo o conducta desplegada por quienes intervienen en el mercado, que tenga como objeto o efecto impedir, restringir o falsear la libre y leal competencia, han sido, en principio, prohibidas por el ordenamiento, por estar en contravía con los postulados básicos sobre los que se encuentra construido el Estado Social de Derecho y la economía de mercado que hace parte de nuestro sistema socio-económico actual.

Sin embargo, es necesario precisar que no obstante la consagración y protección de estas libertades, ello no implica que las mismas sean absolutas. Al respecto, la misma corporación indicó que *“... a la luz de los principios expuestos, el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y*

²Al respecto el profesor GARCÍA-PELAYO considera que *“el libre despliegue de las fuerzas económico sociales, no sólo es contradictoria con la idea y principio del Estado, sino también con sus intereses y su estabilidad, pues, de un lado, la fortaleza del Estado depende del nivel moral y material de sus ciudadanos y, por tanto, es contradictoria con la miseria económica y biológica de la mayoría de la población y, de otro, su estabilidad se ve amenazada por el movimiento hacia la revolución social, que aparece tan pronto como las clases oprimidas comienzan a tener acceso a la cultura y, con ello, a adquirir conciencia de su situación”*. GARCÍA-PELAYO, Manuel. Las Transformaciones del Estado Contemporáneo. Alianza Editorial Año 1995 página 15.

³ Así, la Ley 155 de 1959 en su artículo primero dispuso que *“quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”*.

⁴ El Decreto 2153 de 1992 consagró de manera expresa una *“prohibición general”* en su artículo 46, al decir que *“están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del código civil, se considerarán de objeto ilícito”*.

*restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia..”.*⁵

De acuerdo con lo anterior , las libertades y demás derechos económicos protegidos por la carta, se encuentran, sometidos a los límites propios de la consecución de los fines del modelo estatal fundados en la prevalencia del interés y del bien común, y de igual forma, a los principios y axiomas constitucionales que enmarcan el accionar del poder público en un Estado Social de Derecho,⁶ el cual a su vez gira en torno a una economía neocapitalista⁷ en donde el Estado ahora asume un rol de empresario para cumplir con su cometido de redistribución social de la riqueza.

3. EL PROCESO DE CONCENTRACIÓN EN EL TRÁFICO MARÍTIMO DE LÍNEA REGULAR

El tráfico marítimo de mercancías se ha caracterizado por ser un sector que se erige como un fuerte motor del desarrollo económico, que como tal no ha sido ajeno a la tendencia mundial que pregona el desarrollo de las condiciones de competitividad y de eficiencia para lograr la generación de mayores utilidades. En algunos casos, los agentes económicos han sustituido las batallas por la clientela por comportamientos conjuntos que les permiten mejores resultados. Así, el transporte marítimo de mercancías ha sido uno de los sectores que para generar eficiencia en su esquema productivo ha recurrido a este tipo de acuerdos o comportamientos conjuntos (conferencias marítimas, consorcios, alianzas) no obstante estos se encuentran, *prima facie*, en contra de los postulados de libre competencia económica.

El transporte de línea regular es aquel sistema de gestión de los tráficos marítimos que se caracteriza por tener unos horarios definidos, rutas previamente diseñadas, tráficos determinados y tarifas o fletes establecidos para los diferentes trayectos, información esta que es puesta en conocimiento del público en general con anterioridad a la celebración del contrato de transporte, casi como si se tratara de unas condiciones negociales generales, a las cuales quien pretendiera realizar un transporte de mercancías utilizando esta posibilidad, no le quedaría un gran poder de negociación del iter contractual, sino que por el contrario, se trataría más de una adhesión a unas condiciones fijadas unilateralmente por quien se erige como la parte fuerte del negocio eventualmente celebrado.

Es preciso aclarar que el transporte de línea regular se contrapone con el sistema no regular o “tramp”, sistema que se caracteriza por trabajar en la oferta de servicios de transporte previa la realización de una negociación concertada, por lo general entre partes que se encuentran en condiciones económicas similares, en donde se especifican las características específicas que

⁵ Corte Constitucional Sentencia C-616 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶ Para Hermann Héller, a quien se acusa por la doctrina mayoritaria de ser el padre de la idea del concepto de Estado social de derecho, la solución frente a la irracionalidad del sistema capitalista impulsado a través del Estado de derecho, debía consistir en dotar a éste de un contenido social y económico fundado en la justicia distributiva. Véase GARCÍA-PELAYO, Manuel, Op. Cit. Página 17

⁷ A diferencia del capitalismo clásico para el cual la manera de aumentar la producción se fundaba en la idea de reprimir el consumo de la mayoría de la población aunado a la reducción de los salarios, el neocapitalismo se funda en la idea de que para acrecer la producción no es necesario reprimir la demanda, sino que por el contrario, acrecerlo pues el aumento en la producción estará ligado al aumento en la demanda. Véase GARCÍA-PELAYO, Manuel, Op. Cit. Página 67

requiere el trayecto particular a realizar, puesto que aquí no existen unos itinerarios establecidos ni ninguna otra de las características predicables de los buques que trabajan bajo navegación de línea regular.

El transporte marítimo no ha sido ajeno al proceso de concentración en búsqueda de la eficiencia económica. En efecto, como quiera que este tipo de transporte se constituye en una actividad esencial para el desarrollo económico de las naciones, ha gozado por lo general de protecciones de orden estatal, con el fin de asegurar la provisión de bienes, el desarrollo de la marina mercante, su flota naval y sus reservas.

Hoy en día el tráfico marítimo es, con mucho, el más importante de los medios de circulación de mercancías. Este auge del intercambio comercial a través del medio marítimo obedece principalmente, entre otras razones, a los bajos costos que demanda este tipo de transporte en comparación con la utilización de otros diferentes como el aéreo y además, porque permite el traslado de grandes volúmenes de bienes de muy variada naturaleza a través de distintas rutas y con capacidad de tránsito simultáneo a lugares muy alejados y diversos.

La “concentración” en el transporte marítimo de mercancías implica que las compañías navieras de mayor tamaño adquieran cada vez más participación en el mercado con detrimento de la posición que detentan las compañías más pequeñas que no tienen la misma capacidad económica ni el mismo poder de negociación. De esta forma, la concentración en el tráfico marítimo se ha mantenido en crecimiento. Prueba de ello es que para el año 2000 las veinte empresas más grandes de línea regular reunían casi el 70% de la capacidad, aumentando así en aproximadamente el 50% que tenían en el año 1997⁸.

El transporte marítimo, particularmente en el que se realiza bajo la modalidad de línea regular, ha gestado su proceso de concentración bajo el prisma de dos situaciones: el montaje de su esquema funcional bajo las economías de escala y el avance de las tecnologías en las diferentes etapas de la prestación del servicio.⁹

Uno de los principales desarrollos que ha tenido en el sector el funcionamiento bajo **la economía de escala**, se puede ver con claridad cuando se estudia el aumento desmedido en el tamaño de los buques, que pese a no ser un fenómeno novedoso, se ha impulsado con ocasión del auge de los procesos de producción industrial y de la especialización con los motores a vapor y a hélice, aunados al aumento de la contenerización, esto es, al uso de contenedores para el transporte de las mercancías, el cual se ha hecho ahora más evidente con la utilización de buques capaces de transportar cantidades de carga inimaginables para otros medios de transporte y a velocidades cada vez mayores.

Así, la capacidad de los buques portacontenedores ha aumentado significativamente en los últimos años. Los buques *panamax*, que es el nombre que se le da al buque que posee las dimensiones máximas permitidas para atravesar el Canal de Panamá, han alcanzado a

⁸ Estos datos oficiales fueron obtenidos del documento de la Organización Mundial del Comercio expedido por la Secretaría a petición del Consejo de Comercio de Servicios identificado con la referencia S/CSS/W/106 (01-4859).

⁹ Al respecto puede consultarse el documento UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, Review of Maritime Transport 1988. New York – Geneve 1998 página 52 y siguientes.

transportar hasta 4.442 TEU¹⁰. Como si esto fuera poco, a partir de 1988 existen los buques *post panamax* los cuales pueden transportar hasta dos veces la capacidad de un buque *panamax* y que adicionalmente son más veloces que los anteriores, lo que de otro lado corresponde con la necesidad de compensar el mayor tiempo de permanencia del buque en puerto. Sin embargo, es poco probable que aumenten significativamente su tamaño luego de estos cambios, por cuanto la mayoría de los puertos más importantes del mundo no podrían operar buques de tamaño superior a los 8000 TEU toda vez que existen dificultades que principalmente se enmarcan frente a la profundidad de las aguas y los tiempos máximos de permanencia de los buques en puerto, el alcance de las grúas y la operatividad del puerto como tal.

Por su parte, como atrás se mencionó, el proceso de contenerización, esto es, de la utilización de contenedores, se ha constituido en una herramienta fundamental para reducir los costos operativos de la ejecución del transporte, toda vez que con su uso se ha logrado reducir drásticamente el tiempo de manipulación de la carga, así como el tiempo de permanencia del buque en puerto y, adicionalmente, se ha podido transportar mercancía cada vez más variada gracias a las especiales propiedades que pueden tener algunos contenedores. De otra parte, el uso de contenedores al facilitar el manejo de la carga, fomenta el desarrollo del transporte multimodal y el asentamiento de compañías que gestionen el manejo de carga en puerto así como también los servicios de distribución “justo a tiempo” y “puerta a puerta”.

Además, es necesario tener en cuenta que un porcentaje del precio final del producto transportado está en proporción directa con el flete. Así, entre más se logre disminuir el valor del servicio del transporte, se logrará al mismo tiempo una consecuente disminución del precio del producto.

Estas y otras herramientas han sido utilizadas para disminuir los costos en la ejecución del transporte internacional de mercancías y en pro de la eficiencia económica del sector. Sin embargo, estos avances han venido presentándose acompañados de acuerdos de diferente naturaleza celebrados entre los navieros que pretenden brindar una mayor estabilidad al sector, así como una mayor posibilidad de desarrollo para un ramo esencial de la economía, a través principalmente de la fijación uniforme de fletes, la prestación de servicios adicionales y una mejor utilización de los recursos disponibles en puerto.

4. LAS CONFERENCIAS MARÍTIMAS O DE FLETES

Las conferencias marítimas son una clase particular de acuerdos celebrados entre navieros, y por lo tanto típicos y a su vez exclusivos del transporte marítimo de mercancías, que no obstante en sí mismos constituyen una práctica restrictiva de la libre competencia económica, se hallan exentos del margen de aplicación de las normas *antitrust* en la mayoría de los países desarrollados, por considerar que se trata de un sector para el cual este tipo de acuerdos resulta esencial y cuyo desarrollo es forzosamente necesario para el fomento del comercio internacional.

Este tipo de acuerdos característicos del transporte marítimo realizado a través del sistema de tráfico de línea regular se puede definir como “*agrupaciones de empresas de transporte*”

¹⁰ “Las siglas en inglés “TEU” se refieren a la unidad equivalente de 20 pies, es decir, un contenedor de 20 x 8 x 8 pies”. Tomado de HOFFMAN, Jan. Concentración en el Transporte Marítimo de Líneas Regulares. United Nations ECLAC. Final Draft, 18 de mayo de 1988

marítimo interesadas en una determinada línea, de límites geográficos bien definidos, en cuyo ámbito operan mediante condiciones comunes de transporte y flete, garantizando el respeto a determinada regularidad¹¹. Las conferencias marítimas de fletes, en otras palabras, buscan establecer entre los transportistas unas tarifas comunes para cada tipo de mercancías que haya lugar a transportar, abogando en últimas, por la protección de la estabilidad y el desarrollo del sector a través del establecimiento de unos precios que todos sus miembros se obligan a respetar, cuando menos en su mínimo, so pena de hacerse acreedor de una sanción previamente concertada, lo que en términos más propios del derecho de la competencia se conoce como un cartel de precios.

La primera conferencia marítima se creó en 1875 buscando cubrir el tráfico generado entre el Reino Unido de Gran Bretaña y la India. Se denominó “*Calcuta Stream Traffic Conference*”. Este tipo de acuerdo tiene como propósito garantizar la estabilidad del servicio de línea regular, aumentando la eficiencia y disminuyendo costos. En la práctica genera una mayor estabilidad en los fletes, lo que redundaría en beneficio de los cargadores por cuanto, de un lado, no se ven expuestos al cambio de las tarifas, y de otro, se encuentran con una mayor gama de servicios adicionales ofrecidos por las conferencias, como quiera que el costo de la realización del transporte disminuye.

Es necesario tener en cuenta algunas características esenciales de las conferencias marítimas. En primer lugar, es necesario destacar que las conferencias son acuerdos de cooperación entre navieros¹² que buscan explotar una misma línea, con lo cual se destaca su carácter eminentemente contractual. Se trata entonces de asociaciones que se encuentran dotadas de una estructura organizativa propia, que generalmente actúan a través de un secretario y una asamblea general. Adicionalmente, las conferencias marítimas carecen de personalidad jurídica propia, no hay fusiones ni integraciones de capital así como también cada naviero debe responder individualmente con ocasión del servicio por él prestado.

De otra parte, es preciso señalar, que las conferencias marítimas son predicables sólo del transporte de mercancías, es decir, no del transporte de pasajeros, como quiera que son razones vinculadas al tráfico internacional de mercancías las que justifican la exención al régimen de prácticas restrictivas y, adicionalmente se hallan particularmente ligadas a la navegación internacional, no a la de cabotaje.

Igualmente, es necesario precisar que estos acuerdos se caracterizan por su simplicidad y ausencia de formalidad, pues pueden ser incluso orales o estar revestidos bajo el linaje típico de lo que se conoce como *gentlemen's Agreements* o *acuerdos de caballeros*, noción propia del derecho anglosajón con la que se suele denominar a esos pactos que, aunque en principio parecieren no coercitivos, en la práctica terminan generando los mismos efectos jurídicos de una relación obligacional típica.

¹¹ CARBONE. Le Conferences Maritimes, Dir. Mar. 1980 citado por RUIZ ZOROA, ZABALETA GONZÁLEZ, Manual de Derecho del Transporte Marítimo. Pág 361.

¹² Por naviero se puede entender el empresario marítimo que explota por su cuenta y riesgo un buque propio o ajeno. Como quiera que las conferencias marítimas, por definición, son acuerdos entre navieros, estarían por fuera de dicho concepto los NVOCC o transportadores no operadores de buques y por lo tanto no se benefician con la excepción al régimen antitrust.

Las conferencias marítimas son por esencia acuerdos de fijación de precios o cárteles.¹³ De manera adicional, pero sin que se trate de una constante, existen algunas conferencias que proporcionan una oferta de servicios adicionales como consecuencia de la celebración del acuerdo.

En relación con las ventajas económicas ofrecidas a quienes son clientes de las conferencias, de manera específica debe destacarse el sistema de reembolso diferido y el sistema de contrato. Por el primero, *“el cargador que ha embarcado todas sus mercancías en buques de armadores miembros de las conferencias, recibe, al cabo de un plazo determinado, una suma que representa un porcentaje del flete total pagado por aquel. El segundo sistema consiste en la conclusión de un acuerdo entre un cargador y los integrantes de una conferencia, mediante el cual el primero se obliga a embarcar sus mercancías exclusivamente en buques pertenecientes a dichos miembros, y estos se comprometen a cobrar un flete inferior al ordinario”*¹⁴. Se trataría entonces de la concesión de beneficios económicos como consecuencia de la celebración de pactos de exclusividad con el transportador, los cuales sólo son posibles gracias a la existencia de la conferencia.

Estas conferencias, además de ser el tipo de cooperación entre armadores más tradicional, se erigen como organizaciones dotadas de una estructura operativa práctica que les permite además de lo ya comentado, evitar la competencia interna entre sus miembros por una línea regular determinada, pues no obstante la fijación de los fletes es la característica central, ello no es óbice para que mediante la utilización de este andamiaje se impongan de manera concertada a los miembros de la conferencia, cualquier otra condición de carácter uniforme que determine su actuar en el comercio como si se tratara de una política de desarrollo empresarial.

5. LA REGULACIÓN DE LAS CONFERENCIAS MARÍTIMAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

5.1. El Código de Conducta de las Conferencias Marítimas

El Código de Conducta de las Conferencias Marítimas de la UNCTAD, que fue aprobado en Ginebra el 6 de abril de 1974 fue expedido como consecuencia de la búsqueda de la corrección de las prácticas realizadas por las conferencias que pudieran llegar a ser consideradas como indebidas o desleales, aunado a la necesidad de la satisfacción de necesidades de corte económico y político, en cuyo trasfondo se escondía la necesidad de evitar la salida de capitales de los países más desarrollados. En este Código se estableció un reparto de tráfico de carga mundial y se estableció un sistema denominado 40/40/20, en virtud del cual el 40% del tráfico debía corresponderle a países de primera bandera, es decir países de origen y destino de tal tráfico, y sólo un 20% restante le corresponde a países de terceras banderas.

El Código de Conducta, define en su artículo primero a las conferencias marítimas como *“un grupo constituido por dos o más empresas porteadoras navieras que prestan servicios regulares de transporte internacional de carga en una ruta particular o unas rutas particulares dentro de determinados límites geográficos y que han concertado un acuerdo o arreglo, cualquiera que sea su naturaleza, dentro de cuyo marco actúan ateniéndose a unos fletes uniformes o*

¹³ Por acuerdos de cartel normalmente se entiende el o los acuerdos celebrados por un grupo de competidores en el mercado que busca restringir la competencia a través de la fijación de precios y además con la intención final de comportarse como un monopolio limitando la competencia entre ellos.

¹⁴ GONZALEZ- LEBRERO, Rodolfo A. Curso de Derecho de la Navegación. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria – Gasteiz, Año 1988 página 97

comunes y a cualesquiera otras condiciones convenidas en lo que respecta a la prestación de servicios regulares.”

En este código de conducta, adicionalmente se garantiza el acceso a las conferencias acabando de esta forma dentro de su ámbito de aplicación con lo que se conoce como las conferencias cerradas, se prohíben algunas prácticas restrictivas de la competencia y se imponen una serie de obligaciones en materia de publicidad de fletes y condiciones de transporte.

5.2. Las Conferencias Marítimas en el Derecho Comunitario Europeo

El derecho de la Comunidad Europea consciente de las necesidades y las particularidades que el tráfico de mercancías por mar lleva ínsitas, parte de la base de reconocer esas diferencias para aplicarle un tratamiento especial en cuanto a la aplicación de las normativas comunitarias que protegen la libre competencia económica.

El Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Económica Europea en su artículo 81 ha prohibido expresamente todos aquellos acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que puedan llegar a afectar el comercio del mercado común y que tengan como objeto o efecto *“impedir, restringir o falsear el juego de la competencia”*.

Sin embargo dentro de este mismo régimen de protección de la libre competencia en el inciso tercero del mismo artículo se consagró de manera expresa la posibilidad de que determinadas prácticas, no obstante ser contrarias a la libre competencia, puedan ser exceptuadas de la aplicación de dichas disposiciones, siempre que contribuyan a mejorar la producción, distribución de los productos, o fomenten el progreso técnico o económico, que reserven al usuario la posibilidad real de participar equitativamente en el beneficio obtenido y que, de un lado, no impongan a las empresas restricciones que no sean absolutamente necesarias para lograr el fin así propuesto y de otro, no ofrezcan a esas empresas la posibilidad de eliminar la competencia en torno a una parte sustancial respecto de los productos de que se trate.

En este ámbito de aplicación del derecho comunitario, la autoridad con competencias legislativas plenas para conceder una excepción por categoría es el Consejo de las Comunidades Europeas, a través de la expedición de reglamentos. En tal sentido, en uso de sus facultades, el consejo ha concedido la competencia exclusiva para otorgar excepciones de carácter individual a la Comisión Europea.

Dando aplicación a la facultad conferida, la Comisión ha entendido que *“las normas de competencia deben tener en cuenta la realidad económica”* puesto que existen circunstancias particulares de algunos sectores fundamentales para el desarrollo económico, teniendo en cuenta que *“en un entorno económico que se caracteriza por mercados dinámicos, la innovación y la internacionalización, a menudo es fundamental la cooperación entre empresas con objeto de que estas puedan seguir competitivas mediante la mejora de su investigación y desarrollo, la reducción de costes y la concepción de nuevos productos”*¹⁵.

Sin embargo, la normativa que de manera más uniforme e integral regula el tema en lo que tiene que ver con las conferencias marítimas de fletes, es el reglamento No. 4056 de 1986 del Consejo de las Comunidades Europeas. Con base en este reglamento, la exención por

¹⁵ COMISIÓN EUROPEA, XXV Informe sobre la política de competencia. COM (96) 126 final, pág. 24.

categoría le es atribuida a las conferencias marítimas que cumplan los requisitos allí consignados. Luego, el control que en la práctica se realiza sobre este tipo de acuerdos es un control *a posteriori*, por cuanto no hay necesidad de expedir para cada conferencia resolución alguna de autorización.

El sustrato jurídico-económico en el que se fundamenta la exención por categoría otorgada a las conferencias radica en que, tomando en cuenta la relevancia que tiene este sector para el desarrollo de la economía comunitaria, se compensa el efecto restrictivo de la excepción con el beneficio que se obtiene logrando una mayor eficiencia socioeconómica del mercado.¹⁶ Así, se hace un juicio de ponderación en virtud del cual se examina si los efectos negativos derivados de la concesión de la exención que es necesaria a la libre competencia, resulta a la postre fuertemente contrarrestada por los efectos positivos que se obtienen con ocasión de progreso del mercado, tanto desde una perspectiva puramente económica, como desde una que tenga en cuenta el plano social y que redunde en beneficio de una competencia más eficiente del sector.

Las conferencias marítimas gozan de una exención por categoría otorgada por el artículo tercero del Reglamento No. 4056 de 1986 cuyo objetivo es permitir la estabilidad de un tráfico marítimo fluido y eficiente que en condiciones de libre competencia no se puede generar. Dicha concesión se establece por considerar que estos acuerdos están en consonancia con lo establecido por el numeral tercero del artículo 85 del Tratado de Roma por cuanto contribuyen a garantizar una oferta de transporte marítimo regular, suficiente y eficaz, además que reservan a los cargadores una participación equitativa en el beneficio, y toda vez que las conferencias marítimas resultan indispensables para obtener los beneficios económicos pretendidos al mismo tiempo que no eliminan la competencia de manera absoluta, sino que permanecen sometidos a la competencia con los servicios de transporte no conferenciales.

5.3. Las Conferencias Marítimas en los Estados Unidos de Norteamérica

En los Estados Unidos de Norte América existe igualmente un régimen de promoción y protección de la libre competencia. Con tal propósito se proscriben las conductas que trasgredan este régimen dejando a las cortes la decisión de señalar cuales específicas prácticas o acuerdos son ilegales dependiendo de las circunstancias que gobiernan cada caso, bien a través de la aplicación de la regla per se, o bien mediante la aplicación de la regla de la razón.

De esta forma, buscando evitar que este tipo de conductas sean desplegadas por quienes intervienen en el mercado, se expidió la Ley Sherman, propuesta en 1888 por el senador de Ohio que lleva su nombre. Esta Ley prohíbe cualquier contrato o acuerdo tienda a restringir la competencia, castigando a su vez a quienes violen la disposición con la comisión de un crimen (felony).

A pesar de ello el gobierno norteamericano teniendo presente que el tráfico marítimo de mercancías ha sido y será uno de sus grandes motores de desarrollo económico, ha beneficiado a este sector con exenciones a los requerimientos que en principio estarían llamados a cumplir, así como del mismo modo se han llegado a otorgar subsidios para fomentar su desarrollo. De esta forma, para promover la marina mercante estadounidense, que

¹⁶ Al respecto puede consultarse BOET SERRA, Elena. La Libre Competencia en el Transporte Marítimo (El tráfico de Mercancías de Línea Regular). J.M. Bosch Editor, Barcelona, España. Pág. 312

le permita tener una gran cantidad de naves operando bajo su pabellón, ha beneficiado a su flota con exenciones a los requerimientos legales y con preferencias en materia de carga.

De esta forma, el shipping act de 1984 dispuso, entre otras cosas, que el sistema conferencial se encuentra exento, así como sus actividades, del régimen previsto en las normas antitrust. Adicionalmente, señaló que las conferencias deben permanecer abiertas y pueden fijar las tarifas y otras condiciones del servicio de transporte. Para tal efecto deben obtener una aprobación de la Federal Maritime Commission mediante un procedimiento ágil, luego del cual el acuerdo es publicado y registrado. En todo caso es posible que dicho proceso puede concluir con la no aprobación del acuerdo, cuando la comisión encuentre que el mismo puede llegar a producir una reducción irrazonable del tráfico marítimo o un aumento desmedido en los costos del servicio.¹⁷

6. LAS CONFERENCIAS MARÍTIMAS A LA LUZ DEL DERECHO COLOMBIANO: LA NECESIDAD DE UN CAMBIO.

Como quedó dicho atrás, las prácticas restrictivas de la libre competencia se hallan prohibidas por el ordenamiento jurídico colombiano toda vez que atentan contra el principio de libre competencia defendido por nuestro modelo estatal.

Sin embargo, en Colombia existe la posibilidad de permitir que algunas de las conductas que realicen los agentes que intervienen en el mercado, sean sustraídas de la aplicación del régimen general de competencia toda vez a pesar de ser anticompetitivos resultan necesarios e indispensables para la estabilidad de un sector básico de la economía nacional, mediante la aplicación de lo que en derecho nacional se conoce con el nombre de excepción de bloque¹⁸, figura análoga a lo que en derecho europeo sería una exención por categoría.

El transporte es, en efecto, un sector básico de la economía nacional. Además se caracteriza por ser un sector que se erige como un pilar fundamental para el desarrollo de las economías de mercado. De esta forma, las naciones más desarrolladas poniendo en práctica esta ideología, han adoptado estructuras legales que les permitan mantener a las conferencias marítimas por fuera del ámbito de aplicación de las normas antitrust. Sin embargo, Colombia al parecer no es partidaria de esta filosofía de desarrollo económico. Así, el Decreto 804 de 2001¹⁹, por el cual se reglamenta el servicio público de transporte marítimo, parece autorizar a las empresas colombianas de transporte marítimo a participar en las conferencias marítimas de fletes, pero incurre en un error, o mejor en una contradicción, al señalar que dicha autorización estará supeditada a que las conferencias se ajusten a los principios de libre acceso al mercado y a las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y de competencia desleal²⁰.

¹⁷ SCHOEMBAUM, Thomas J. Admiralty and Maritime Law. Second edition. Hornbook Series. West Group. 1994 pág. 476

¹⁸ En efecto la Ley 155 de 1959 en su artículo 1º dispone que .- (Modificado Artículo 1 Decreto 3307 de 1993). "..."
"Parágrafo.- El gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general."

¹⁹ Esta norma fue precedida por los Decretos 3111 de 1997 y 1611 de 1998 que reglamentaron el transporte marítimo y que en el artículo 55 regularon el tema de la participación en las conferencias con una orientación muy similar a la que se encuentra en el artículo 36 del Decreto 804 de 2001.

²⁰ El Decreto 804 de 2001 en su artículo 36 dice "*Participación. Las empresas colombianas de transporte marítimo podrán participar en conferencias marítimas que contemplen como objetivo principal la racionalización de los fletes*

Adicionalmente el artículo 36 del Decreto en mención se refiere al empresario marítimo y no al naviero como lo hacen la mayoría de normativas que se ocupan del tema. Ello no es un capricho, por cuanto la norma concebida como lo hace el ordenamiento nacional deja la puerta abierta a que cualquier tipo de empresario incluyendo los transportadores marítimos no operadores de buques (NVOCC), que normalmente no pertenecen al grupo beneficiario de la exención, en Colombia si lo puedan hacer.

Por todo lo anterior, se está desconociendo de manera flagrante que por esencia, las conferencias marítimas tienen la necesidad de estar por fuera del margen tradicional de aplicación de las normas protectoras de la libre competencia, como de hecho se encuentran en el ámbito internacional.

Considero, desde una perspectiva de análisis económico del derecho, que una reglamentación del tema como la actual va en detrimento del costo de oportunidad que conlleva para una persona realizar en Colombia esa actividad no habiendo una real posibilidad de competir a nivel internacional y teniendo la necesidad de asumir unos muy elevados costos fijos operacionales.

En Colombia, se podría conseguir este objetivo a través de la concesión de una excepción de bloque para el transporte marítimo conferenciado, dándole así cabal contenido a la figura que hasta ahora ha sido tímidamente aplicada por la Superintendencia de Industria y Comercio, para algunos acuerdos individualmente considerados y que no tienen relación con las conferencias marítimas.

De otro modo, el país se verá expuesto a que sus navieros no puedan cabalmente formar parte de una conferencia, causándoles un daño que no tendrían, en principio la obligación jurídica de soportar, restándole así las posibilidades a los representantes nacionales de dicho sector, así como impidiéndoles estar a la altura del nivel de eficiencia de quienes desempeñan funciones análogas a nivel internacional, lo que redundará en un claro detrimento de la flota mercante colombiana y por contera, de la economía de nuestro país.

y los servicios de transporte marítimo, siempre que se ajusten a los principios de libre acceso y a las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal”.