



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO  
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 04285 DE 2002

( 11 FEB. 2002 )

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

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

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Como resultado de la averiguación preliminar adelantada en las condiciones indicadas en el artículo 120 del decreto 266 de 2000, mediante la resolución 3194 de 2000, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia abrió una investigación por presunta infracción a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas contra la empresa comercial del Estado denominada Servicio Aéreo a Territorios Nacionales –SATENA-, en adelante SATENA.

A partir de la declaratoria de inexecutable del decreto 266 de 2000,<sup>1</sup> que tuviera lugar con la sentencia C-1316 del 26 de septiembre de 2000, este Despacho revocó la resolución 3194 de 24 de febrero de 2000. Posteriormente, mediante resolución 29438 de 16 de noviembre de 2000, se abrió nuevamente la investigación contra la referida aerolínea, para determinar si actuó en contravención a lo previsto en el número 2 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992.

Igualmente, se abrió investigación en contra del representante legal de la empresa para determinar si autorizó, ejecutó o toleró conductas contrarias a la libre competencia.

**SEGUNDO.** Habiéndose notificado al investigado, se dio oportunidad para que solicitara y aportara las pruebas que quisiera hacer valer en su defensa, tal como lo dispone el artículo 52 del decreto 2153 de 1992. De esta forma, mediante oficio radicado bajo el número 00009757-10024/10025 de 6 de julio de 2001 y 00009757-10000/10001 de septiembre 13 de 2001, la Delegatura para la Promoción de la Competencia decretó las pruebas solicitadas que fueron consideradas conducentes y pertinentes, así como las que estimó necesario decretar de oficio.

**TERCERO:** Tal como se ordena en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, mediante oficio número 00009757-20000 y 00009757-20001 de noviembre 30 de 2001, fue trasladado el informe motivado a todos los involucrados para que manifestaran sus opiniones.

**1 Asociación de Transportadores Aéreos Colombianos – ATAC – (Quejoso)**

Estando dentro del término legal para ello, el apoderado de la Asociación de Transportadores Aéreos Colombianos –ATAC-, quien presentó la queja que dio origen a la presente investigación manifestó, mediante escrito radicado con el número 00009757-30000 de diciembre 21 de 2001, lo siguiente:

<sup>1</sup> El decreto 266 de 2000 tuvo vigencia entre el 22 de febrero y el 26 de septiembre de 2000.

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

### I. PETICIÓN

"Solicito a la SIC de la manera más respetuosa, que con base en los hechos y razones que he manifestado a lo largo de la presente investigación, los que presento en este escrito de alegaciones finales, las pruebas que obran dentro del expediente, y de conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, se confirme la recomendación formulada por la Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, se le ordene a dicha empresa la terminación o modificación de las conductas restrictivas que viene realizando y se le impongan las sanciones correspondientes.

### "II. RAZONES DE HECHO Y DE DERECHO

#### "1. POSICIÓN DOMINANTE.

"La posición de dominio en el mercado se encuentra definida en el numeral 5º del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, como 'la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado'.

"Antes de determinar si una empresa tiene o no posición dominante en un mercado, debe definirse cuál es el mercado relevante.

"Para el presente caso, debe definirse si el mercado relevante es cada ruta en particular, si el mismo lo constituyen varias rutas o la totalidad de rutas que hay en el país.

"Para responder esta pregunta, y como lo señaló la SIC en auto 000028 del 26 de agosto de 1996, 'se requiere primero analizar el mercado relevante en sus dos dimensiones, mercado del producto y mercado geográfico'.

"El mercado de producto depende de la posibilidad de sustitución del bien o servicio por otro.

"En el presente caso, el punto a resolver es si para un usuario es igualmente satisfactorio viajar en una ruta o en otra. Es decir, si al usuario le es indiferente viajar de Bogotá a Leticia o de Bogotá a Cali.

"La sola definición del contrato de transporte, señala que para el usuario no es indiferente el lugar al cual es transportado. En efecto, según el artículo 981 del Código de Comercio, 'el contrato de transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en un plazo fijado, personas o cosas y entregar estas al destinatario...'

"Igualmente, el artículo 982 del citado Código, claramente señala que es obligación del transportador conducir a las personas sanas y salas al lugar de destino.

"Por su parte, el artículo 1010 del Código de Comercio, señala que el remitente de cosas deberá indicar la dirección del destinatario y el lugar de entrega.

"Por lo tanto, es evidente que las rutas nos son sustituibles unas por otras, ya que llevan a las personas o cosas a un lugar destino específico es una de las obligaciones primordiales que asume el transportador, la cual será incumplida si las personas o cosas transportadas son llevadas a un sitio distinto del acordado.

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

"Es decir, el producto relevante es el servicio de transporte dentro de una ruta determinada.

"Ahora bien, para determinar el mercado geográfico, debe definirse el lugar en el cual las empresas que están en el mercado compiten. Para ello, la pregunta que ha de contestarse es en qué lugar se vende el producto relevante.

"En este caso, resulta claro que quienes adquieren el producto relevante deberán estar ubicados en uno de los extremos de la ruta atendida, ya que solamente esas personas tendrán interés en adquirir un tiquete para transportarse.

"Así las cosas, es evidente que cada ruta es un mercado diferente y en consecuencia cada una de ellas es un mercado relevante independiente.

"Definido el mercado relevante, debemos determinar si SATENA tiene o no la capacidad de fijar las condiciones económicas en cada ruta, o si por el contrario, dicha empresa está sometida a una competencia o regulación que le impida fijar dichas condiciones.

"Para ello, debe analizarse en primer lugar, la participación en el mercado relevante.

"Como lo señala el informe motivado, en el expediente quedó demostrado, que en 56 de 62 rutas investigadas, SATENA es el único prestador.

"Adicionalmente, en las 6 rutas restantes, SATENA enfrenta la competencia de una sola empresa, en todas ellas tiene una participación superior al 70% y en algunos casos llega hasta el 99%.

"Adicionalmente, son indicativos de una posición dominante, las condiciones de entrada, las cuales, para el mercado aeronáutico implican una inversión de capital considerable, la obtención de autorizaciones del estado para prestar el servicio de transporte aéreo, para que se permita prestar el servicio en determinada ruta y para cobrar una determinada tarifa.

"Finalmente, la curiosa teoría según la cual, los aviones de SATENA son considerados aviones del Estado por el hecho de tener matrícula militar, independientemente de que sean utilizados en actividades comerciales, con lo cual no se someten a las disposiciones del Libro Quinto del Código de Comercio, ha permitido que dicha empresa, en contraposición a sus posibles competidores, establezca tarifas, itinerarios y rutas, de manera unilateral y sin aprobación por parte de la autoridad aeronáutica.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> De conformidad con el artículo 1773 del Código de Comercio la Segunda parte del Libro Quinto de dicho Código se aplica a todas las actividades de aeronáutica civil, las cuales quedan sometidas a la inspección, vigilancia y reglamentación del gobierno.

\*De otro lado, el artículo 1774 entiende como aeronáutica civil conjunto de actividades vinculadas al empleo de aeronaves civiles.

\*El inciso 3° del artículo 1773 señala que las aeronaves del Estado sólo quedarán sujetas a las disposiciones del Libro Quinto del Código de Comercio cuando así se disponga expresamente.

\*Por su parte el artículo 1775 del Código de Comercio considera aeronaves del Estado aquellas 'que se utilicen en servicios militares, de aduanas y de policía'. (el subrayado es mío).

\*De conformidad con dicho artículo las demás aeronaves se consideran civiles.

\*Por lo tanto, solamente cuando una nave es utilizada en servicios militares, de aduanas o de policía podrá ser considerada como una nave del Estado, y en estos casos solamente se le aplicarán las normas de aeronáutica civil cuando expresamente así lo señalen las disposiciones legales.

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

"Así las cosas, resulta evidente que SATENA tiene la posibilidad de determinar directamente las condiciones de los mercados en los cuáles actúa, y por lo tanto tiene una posición de dominio en cada una de las rutas objeto de investigación.

"La posición dominante de SATENA en las rutas que son objeto de investigación, fue confesada expresamente por su representante legal en los siguientes términos:

"PREGUNTA 14: En el mismo sentido de la pregunta anterior, sírvase manifestar lo concerniente a religiosos y religiosas miembros de la conferencia episcopal colombiana, a Alcaldes, funcionarios municipales, y de la confederación de municipios del orden nacional.

RESPUESTA: Sí, en términos generales esta población con frecuencia utiliza los servicios de Satena. Quiero ampliar un poco esta respuesta, en el sentido que en estos sitios apartados de la región colombiana, prácticamente todos los alcaldes, los miembros de la salud, los del magisterio, militares, religiosos y en general todos los funcionarios del Estado, necesariamente deben viajar en nuestros aviones."

## "2. ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

"De conformidad con el numeral 2º del artículo 50º del Decreto 2153 de 1992 se considera abuso de posición dominante 'La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas'.

"Sobre el particular la SIC, en Resolución No. 1736 de 1995, señaló lo siguiente:

'...al usuario le asiste el derecho de tener el mismo tratamiento tarifario que cualquier otro que tenga las mismas características comerciales. Esto no impide a la empresa ofrecer opciones tarifarias, en forma tal que el consumidor escoja la que convenga a sus necesidades, siempre que no se discrimine a unos clientes frente a otros que tengan las mismas características comerciales, dando a unos tarifas más altas que a los otros'.

'Se consideran tarifas no discriminatorias para con los usuarios del servicio de telefonía móvil celular, aquellas que se estipulan en atención a las características comerciales que reúna cada grupo de usuarios de un plan determinado, tales como el nivel de consumo, la utilización del servicio durante determinadas horas del día o las que tengan en cuenta la tecnología seleccionada'.

"Y en Resolución No. 1201 de 1995, dicha entidad aceptó las explicaciones rendidas por una empresa investigada en la cual justificaba el otorgamiento de descuentos diferentes a diversos clientes, en razón al volumen de compra, la forma de pago, las condiciones especiales de cada distribuidor, la antigüedad de los clientes, eficiencia en el pago y necesidad de rotar inventarios por merma de la calidad del producto generada por almacenajes prolongados y cambio de moda.

---

Por el contrario, cuando una nave se utiliza para prestar el servicio público de transporte aéreo, dicha nave deberá considerarse como una nave civil, independientemente de quien sea su titular, y a todas las actividades vinculadas al empleo de dichas aeronaves se le aplicarán las normas del Libro Quinto del Código de Comercio.

Según el artículo 1853 del Código de Comercio se entienden por servicios aéreos comerciales los prestados por empresas de transporte público.

Y son empresas de transporte público, las que debidamente autorizadas, efectúan transporte de personas, correo o carga.

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

*"Como se puede apreciar, lo que prohíbe la norma anteriormente citada es establecer condiciones de venta de los productos o servicios distintas para un consumidor o comprador que para otro, teniendo ambos clientes condiciones análogas, esto es, sin que exista una razón comercial válida para la distinción establecida.*

*"Pues bien, tal y como puede apreciarse en la publicidad que SATENA presentó en Internet y que se aportó con la denuncia, en la declaración del Brigadier General Héctor Campo Plata<sup>3</sup> y en el testimonio de Juan Gabriel Varela Quiroz<sup>4</sup>, dicha empresa ofrece descuentos permanentes a grupos de pasajeros.*

*"Igualmente en el documento y declaraciones mencionadas, brillan por su ausencia las razones de tipo económico que han llevado a SATENA a otorgar los descuentos.*

*"Así por ejemplo, según el Brigadier General Héctor Campo Plata, dentro de los grupos de personas que se consideran fieles a SATENA se encuentran los colonos y los campesinos. Sin embargo, dentro de sus planes de descuentos, no se encuentran estas personas.*

*"Igualmente, y como lo señala el informe motivado, SATENA jamás ha explicado las razones y estudios económicos que le han permitido considerar que los grupos a los cuales otorga descuento, utilizan con mayor frecuencia sus servicios, pagan anticipadamente, compran paquetes especiales, o cualquier otra razón comercial que les hagan merecedores de los mencionados descuentos.*

*"Por el contrario, en el expediente obran pruebas que demuestran que algunos de los grupos de personas se benefician de los mencionados descuentos no han utilizado los servicios de Satena.<sup>5</sup> Es decir, en contradicción con lo afirmado por Satena, tales grupos no tienen relaciones económicas permanentes que justifiquen el otorgamiento de descuentos.*

*"El carácter injustificado y discriminatorio del mecanismo utilizado por Satena para otorgar descuentos, se evidencia claramente con el siguiente ejemplo:*

*"Un campesino que utilice los servicios de Satena una vez en el año, no obtiene descuento alguno. Por el contrario, un estudiante que viaje una sola vez en el año, obtiene un descuento del 50% en la tarifa 'Y'.*

<sup>3</sup> PREGUNTA 4: Manifieste si dentro de las operaciones que realiza Satena han sido previstos o si se concede descuentos en el valor de las tarifas de las distintas rutas que le han sido asignadas.

RESPUESTA: La práctica de descuentos es normal en las empresas de aviación, es una práctica común y aceptada es más aquí tengo una tabla de descuentos de una empresa de aviación en Colombia, quizá la mejor empresa, una empresa respetable, eficiente y un modelo a seguir dentro de las demás. En segundo lugar, nosotros ofrecemos descuentos a estos pasajeros fieles a nuestra compañía Satena. Tercero, estos descuentos no son amplios, tienen sus restricciones, tanto en el tiempo, como también en temporadas.

PREGUNTA 5: En relación con su respuesta anterior, podría aclarar a qué se refiere cuando habla de pasajeros fieles a la compañía.

RESPUESTA: Satena tiene 39 años de estar operando, fundamentalmente lo hace a la Orinoquía, Llanos Orientales, Amazonas, Pacífico, allí estos lugares que no son ciudades, sino realmente caseríos Satena ha sido la única empresa que ha acompañado a esta población conformada por indígenas, colonos, campesinos y funcionarios del estado, maestros, funcionarios de salud, militares y miembros de la iglesia en general, entonces durante 39 años nos hemos acompañado ellos y nosotros, y que más lealtad que esa.'

<sup>4</sup> PREGUNTA 6: De manera concreta recuerda algunos sujetos o cuentas corporativas a los que se concediera porcentaje de descuento.

RESPUESTA: Sí, dentro de eso hay una segmentación de clientes tales como, el personal al servicio del Ministerio de Defensa, el sector público y religiosos, estudiantes que son segmentaciones muy similares a las que se ofrecen en el mercado.'

<sup>5</sup> Oficios del Consejo Superior de la Judicatura y de la Conferencia Episcopal de Colombia.

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

*"La única razón por la cual el estudiante obtiene descuento es porque es estudiante, y no porque pertenezca a un grupo que constantemente utilice los servicios de Satena, a pesar de que SATENA sostiene que los campesinos también son un grupo fiel a dicha empresa.*

*"Contrariamente a lo señalado por el informe motivado, el raciocinio anterior, se aplica a todos los grupos de personas a los cuales SATENA otorga descuento. En efecto, el hecho de que en los poblados atendidos por Satena existan militares, maestros y alcaldes, no es razón suficiente para que esas personas reciban un descuento que no reciben las demás personas que habitan o viajan a dichos lugares.*

*"Es probable que una persona que no pertenece a ninguno de los grupos mencionados utilice con mayor frecuencia los servicios de SATENA y, a pesar de una razón económica válida, volumen de compras, no recibe descuento alguno, porque no pertenece a los grupos privilegiados.*

*"Es decir, los descuentos otorgados por SATENA no tienen en cuenta las características comerciales de los grupos a los cuales se otorgan y mucho menos las de aquellos grupos que no tienen acceso a dichos descuentos.*

*"Así las cosas, se hace evidente, que SATENA está dando condiciones menos favorables a unos usuarios frente a otros, sin que exista una razón comercial válida que justifique dicho tratamiento discriminatorio, infringiendo de esta forma el numeral 2º del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992."*

## **2 Servicio Aéreo a Territorios Nacionales – SATENA – (Investigado)**

El apoderado de SATENA, mediante escrito radicado con el número 00009757-30001 de 21 de diciembre, presentó las siguientes observaciones al informe motivado.

*"... me permito presentar la posición de mi representada en torno a la investigación contenida en la Resolución 29438 del 16 de noviembre de 2000.*

*"Como observación preliminar, considero pertinente anotar que mediante la Resolución 29438 se revocó la Resolución 3194 de 2000. La Resolución 3194 abrió una investigación para determinar si Satena actuó en contravención a lo dispuesto en el Numeral 2 del Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.*

*"La Resolución 3194 abrió una investigación con fundamento en unos hechos que ya se estaban investigando en el proceso radicado con el número 99002814-0. Al momento de producirse la Resolución 3194 llamamos la atención sobre este hecho y sostuvimos que la apertura de una nueva investigación con fundamento en los mismos hechos y la misma denuncia que se investigaban el proceso número 99002814-0 no era conducente por la violación del principio del 'non bis in idem'.*

*"En esta oportunidad reiteramos nuestra posición respecto a la violación del principio 'non bis in idem' que se cometió con la Resolución 29438 y con el proceso que le siguió y que consta en el expediente 009757, al ordenar reabrir la misma investigación, con fundamento en los mismos hechos y denuncia que dio lugar a la investigación radica con el número 99002814-0.*

*"Además, esta vez debe tenerse en cuenta que el proceso número 99002814-0 ya se encuentra concluido y que en éste se resolvió absolver a Satena de todas las acusaciones hechas por ATAC. Es decir, con la reapertura de esta investigación se está violando además el principio de 'Cosa Juzgada', que guarda íntima relación con el principio del "non bis in idem".*

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

"Teniendo en cuenta lo anterior, no solo pretendemos demostrar que Satena no ha incurrido en prácticas restrictivas de la competencia, sino que también argumentaremos que la reapertura que se hizo de esta investigación es ilegal y que en consecuencia debería decretarse la nulidad de todo lo actuado en este proceso hasta la fecha.

"1. Antecedentes

"Mediante solicitud radicada bajo el número 99002814 del 20 de enero de 1999, ampliada el 9 y 17 de febrero del mismo año, la Asociación de Transportadores Aéreos Colombianos, ATAC, denunció a Satena por presunta comisión de conductas de competencia desleal. La denuncia presentada por ATAC señalaba como hechos y razones de su queja, los siguientes:

"a) Abuso de posición dominante, por cuanto 'Satena es el único prestador o controla gran porcentaje del mercado en varias rutas del país'.<sup>6</sup>

"De la anterior circunstancia, el denunciante concluía que Satena se encontraba en capacidad de (i) establecer precios predatorios puesto 'que en la fijación de las tarifas la empresa sacrifica la rentabilidad de la operación con el objeto de cumplir el objeto social que le corresponde',<sup>7</sup> y (ii) la realización de actos discriminatorios en tanto que 'dicha empresa ofrece descuentos permanentes a grupos de pasajeros, sin tener en cuenta las características comerciales de dichos grupos que le permitan justificar tales descuentos'.<sup>8</sup>

"b) Actos de competencia desleal, en la medida en que Satena obtiene ventajas competitivas derivadas de la infracción de normas jurídicas, tanto de aquellas que le son aplicables en su condición de empresa de transporte aéreo, como de las que se derivan de sus normas estatutarias.

"Con base en la denuncia antes descrita, la Superintendencia de Industria y Comercio abrió una investigación en contra de Satena mediante la Resolución 6048 del 31 de marzo de 1.999. No obstante, la Superintendencia de manera expresa limitó el objeto de la investigación a la conducta denominada 'infracción de normas jurídicas', en el artículo 18 de la ley 256. El siguiente es el texto del artículo 5º de la mencionada resolución:

'QUINTO: A partir del análisis correspondiente a la averiguación preliminar adelantada por este despacho de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 11 u (sic) el artículo 52 del decreto 2153 de 1.992 en concordancia con la Ley 446 de 1.998, existe mérito suficiente para pensar que Satena pudo haber infringido las normas sobre competencia desleal a través de la realización de la siguiente conducta:

\* Violación de normas. Conforme con el artículo 2 de la ley 80 de 1968, los artículos 1, 2, y 3 del decreto 2344 de 1.971 y los artículos 4 y 5 del decreto 3684 de 1985, la finalidad de Satena como empresa es desarrollar el transporte aéreo hacia regiones apartadas y menos desarrolladas del país.

<sup>6</sup> Página 11 de la denuncia fechada en enero 20 de 1999.

<sup>7</sup> Pág. 12 ibidem.

<sup>8</sup> Pág. 134 ibidem

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

"Actualmente Satena opera en rutas entre ciudades como Bogotá-Medellín-Bogotá, Bogotá-Bucaramanga-Bogotá y Medellín-Cali-Medellín, entre otras, contraviniendo presuntamente su finalidad.

"En el mismo sentido, por no estar sujeta Satena a inspección y vigilancia de la Aeronáutica Civil, sus tarifas son autónomas y no controladas. En ese entendido la ventaja competitiva se puede presentar con bajas tarifas de vuelo que Satena le presta a sus usuarios.

"La presunta violación a las normas que regulan su objeto como empresa puede haber conllevado a que Satena obtenga una efectiva ventaja competitiva frente a los demás competidores, la cual además puede resultar significativa.

"Como se puede observar con toda claridad, en la resolución 6048 de marzo de 1.999, la Superintendencia decidió de manera expresa limitar el ámbito de la investigación a la conducta denominada 'infracción de normas' y descartó la apertura de la misma por las demás potenciales conductas denunciadas por ATAC en su escrito preliminar y todas sus posteriores ampliaciones, tales como la realización de actos discriminatorios.

"En este punto vale la pena dejar constancia de que mediante la Resolución número 15662,<sup>9</sup> que confirma la Resolución 12823 de 1999, decidió no ampliar el alcance de la investigación contra Satena mas allá de lo establecido en la Resolución 6048 de 1999. En esa oportunidad se resolvió no ampliar el alcance de la investigación por 'falta de concordancia fáctica' entre lo investigado y lo que el apoderado de ATAC pretendía adicionar a la investigación y porque se encontró que los fundamentos de ampliación pretendida ya habían sido objeto de estudio y decisión por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en fallo del 19 de marzo de 1998<sup>10</sup>.

"Esa 'falta de concordancia fáctica' esgrimida en la Resolución número 15662 se explica fácilmente por la limitación expresa del objeto de investigación que hizo la Superintendencia de Industria y Comercio.

"Posteriormente, una vez instruida la investigación, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia dio traslado del informe motivado a que hace alusión el artículo 52 del Decreto 2153 de 1.992. Desde la conclusión del documento, establecida en su aparte 1 el señor Superintendente Delegado establece que:

'Con base en el acervo probatorio recaudado en el curso de la averiguación preliminar y durante la investigación, este despacho considera que la empresa investigada no ha cometido actos de competencia desleal al no infringir lo dispuesto en el artículo 18 de la ley 256 de 1.996.

'En mérito de lo expuesto, recomienda no declarar la ilegalidad del acto y no imponer la sanción de que tratan los numerales 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1.992..'

Finalmente, mediante la Resolución 29306 del 2 de noviembre de 2.000, se dio fin a este proceso radicado bajo el número 99002814. En esta oportunidad la Superintendencia de Industria y

<sup>9</sup> Publicada en "Compendio de doctrina sobre promoción de la competencia 1992 - 1999", Superintendencia de Industria y Comercio, Pág. 300 - 306.

<sup>10</sup> Se trata de una acción de cumplimiento iniciada por ATAC en contra de Aerocivil, a fin de que se obligara a Satena a observar las normas que rigen para las aerolíneas comerciales. Lo cual fu resuelto desfavorablemente para el denunciante.

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

Comercio resolvió 'declarar que Servicio Aéreo de Territorios Nacionales Satena no ha infringido el artículo 18 de la Ley 256 de 1.996' y ordenó archivar todo lo actuado.

Es necesario dejar constancia de que en el contenido de la Resolución 29306 se consignan los mismos hechos probados alegados por el apoderado de ATAC que sirven de fundamento para expedir la Resolución 3194

2. La Resolución 3194 de febrero 24 de 2000

"Estando en curso esta investigación, radicada bajo el número 99002814, y que como dijimos se inició con la Resolución 6048 del 31 de marzo de 1.999, se dictó una nueva Resolución radicada bajo el número 3194 del 24 de febrero de 2.000, por la cual se abre una nueva investigación 'para determinar su Servicio Aéreo de Territorios Nacionales Satena actuó en contravención al numeral dos del artículo 50 del decreto 2153 de 1.992'. Para expedir la Resolución 3194, se utilizó como fundamento la misma denuncia interpuesta por ATAC que sirvió de sustento para expedir Resolución 6048.

"Mediante este nuevo acto administrativo, la Superintendencia Delegada para la Promoción de Competencia inició una nueva investigación en contra de Satena por presunto abuso de posición dominante.

"En el considerando segundo de la resolución 3194 se establece:

'SEGUNDO: Mediante escrito radicado bajo el número 99002814-0 el doctor Alfonso Miranda Londoño, en condición de apoderado de la Asociación de Transportadores Aéreos Colombianos, adelante ATAC, presentó denuncia contra la empresa comercial del Estado Servicio Aéreo a Territorios Nacionales, en adelante Satena, por presunto abuso de posición dominante.'

"En los apartes resolutivos de la misma resolución se dispone:

'ARTICULO PRIMERO: Abrir investigación para determinar si Servicio Aéreo a Territorios Nacionales Satena actuó en contravención a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992.'

'ARTICULO SEGUNDO: Abrir investigación para determinar si las personas que ejercen o ejercieron la representación legal de la entidad mencionada en el artículo anterior, autorizaron, ejecutaron o toleraron la conducta que motiva la investigación que se abre'.

"De los apartes extraídos de las resoluciones 6048 de 1.999 y 3194 de 2000 se pueden inferir dos conclusiones preliminares que serán discutidas en mayor extensión más adelante:

"a) Que la nueva investigación abierta por la Superintendencia versa sobre los mismos hechos denunciados por ATAC en 1999 y que se encuentran finalmente decididos en la Resolución 29306.

"b) Que la investigación abierta según la resolución 6048 de 1999 y cerrada con decisión favorable para Satena mediante la Resolución 29306, la Superintendencia descartó expresamente los hechos inicialmente denunciados por ATAC, diferentes de la infracción de normas a que hace referencia el artículo 18 de la ley 256 de 1.996.

"Estando en firme la Resolución 29306 del 2 de noviembre de 2.000 - en la que se absolvió a Satena de la denuncia interpuesta por ATAC - la Superintendencia de Industria y Comercio, el 16 de

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

noviembre de 2.000, expidió la Resolución 29438, en la que se resuelve 'revocar en su totalidad la Resolución 3194 del 24 de febrero del 2.000'. La Resolución revocada había dado inicio al proceso radicado bajo el número 00009757.

"La Resolución 29438, por medio de la cual se revocó la Resolución 3194, sostiene que el Decreto 266 de 2.000 había sido declarado inexecutable 'en su totalidad y desde su promulgación' mediante la sentencia C-1316 del 26 de septiembre de 2.000; y que teniendo en cuenta que el Artículo 120 del Decreto 266, en el que 'aparecía regulado el procedimiento que debía observarse en las investigaciones adelantadas por prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal', había servido de sustento a la Resolución revocada y a todas las actuaciones posteriores, consideró necesario revocar la apertura de la investigación y 'abrir nuevamente investigación conforme con el procedimiento señalado en el Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992'

### "3. Argumentos de la defensa

"Procede ahora presentar los argumentos jurídicos que, en mi parecer, sustentan la posición de Satena.

#### "3.1. Calificación previa de las conductas por parte de la Superintendencia e improcedencia de la nueva investigación.

"La primera observación que quiero formular a la resolución 29438 de 2000, es que se trata de una actuación administrativa sobre hechos que ya han sido previamente calificados por la Superintendencia en una actuación anterior y sobre los cuales se descartó la apertura de investigación. En efecto, si se observan el contenido de la resolución 6048 de 1999 y los documentos contenidos en el expediente de la actuación a que ella dio lugar, se puede inferir con claridad que la Superintendencia ya había tenido oportunidad de expresarse sobre los mismos.

"Es evidente para Satena que se trata de los mismos hechos, tanto porque ellos fueron denunciados inicialmente por ATAC en el documento radicado bajo el número 99002814-0 y sus posteriores ampliaciones, como porque así se desprende del considerando tercero de la resolución 29438 de 2000.

"De acuerdo con la resolución 6048 de 1999, la Superintendencia consideró que el tema decisorio de la investigación quedaba limitado a la potencial infracción de las normas jurídicas aplicables a la entidad, en consonancia con el artículo 18 de la ley 256 de 1996. Por eso sorprende ahora que la Superintendencia hubiese decidido reconsiderar su posición inicial abriendo una nueva investigación sobre los mismos hechos denunciados, habiéndose proferido una decisión final que puso fin a la primera.

"También es importante recordar que la posición de la Superintendencia no fue reconsiderada en el informe motivado del Superintendente Delegado al señor Superintendente de Industria y Comercio que obra en el expediente. Es decir que la negativa a ampliar el alcance de la investigación resuelta en la Resolución 12823 y ratificada en la Resolución 15662, no fue variada al momento de presentarse el informe motivado.

"Los hechos denunciados por ATAC tampoco fueron objeto de consideraciones acerca de la infracción de otras normas, cuya vigilancia también es competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el momento en que el Superintendente profirió su decisión final.

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

"Y es que en nuestro parecer, los efectos jurídicos más importantes de la resolución de apertura de investigación y del posterior informe motivado que regula el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, no puede ser otro que delimitar el tema decisorio de la Superintendencia en relación con los hechos objeto de investigación y ofrecer al investigado seguridad jurídica en cuanto a la actuación de la administración. Pretender que puede la administración en cualquier tiempo reconsiderar o ampliar el tema de decisión, cuando ya se ha expresado sobre el mismo, implica no sólo que el administrado carece de seguridad jurídica en relación con las decisiones administrativas, sino también que la administración puede de manera ilimitada reabrir las discusiones contra los particulares sobre hechos o circunstancias que ya han sido previamente debatidos.

"En este punto vale la pena recordar lo dicho por la Corte Constitucional respecto a los principios de 'cosa juzgada' y 'non bis in idem' en lo pertinente para este caso.

"En la Sentencia c-214 de 1994 sostuvo la Corte Constitucional lo siguiente:

'La fracción de poder estatal radicada en cabeza de la administración, se manifiesta a través de una gama de competencias o potestades específicas ( de mando, ejecutiva o de gestión, reglamentaria, jurisdiccional y sancionadora), que le permiten a aquella cumplir con las finalidades que le son propias.

(...)

'La potestad administrativa sancionadora constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos.'

"Como sabemos la Superintendencia de Industria y Comercio es un organismo de control, que aunque no hace parte de la Rama Judicial del Estado colombiano, tiene regladas dentro de sus potestades administrativas algunas de carácter jurisdiccional y sancionador.

Continua diciendo la Corte en la misma sentencia respecto al principio del 'non bis in idem' y las potestades jurisdiccionales y punitivas de la Administración:

'Conceptualmente el principio non bis in idem consagra la prohibición de que a nadie se le podrá sancionar dos veces por el mismo hecho. Como se deduce del aparte final del inciso 4 del referido artículo 29, el principio es de corte rigurosamente penal porque la norma lo enuncia cuando establece los derechos del sindicado. No obstante la prohibición también tiene aplicación y debe observarse por la administración cuando quiera que se coloque en trance de sancionar a sus servidores o a los particulares. Referido a la potestad sancionadora de la administración, podría decirse que el principio non bis in idem constituye una garantía política en cuanto se proscribe por mandato constitucional el juzgamiento y la imposición de mas de una sanción por un mismo hecho; pero igualmente tiende a garantizar la seguridad jurídica, a través de la intangibilidad o inalterabilidad de las decisiones de la administración que han definido una situación jurídica favorable o desfavorable al administrado. Es decir, que definida por la administración una situación jurídica particular, no le es permitido a ésta volver de nuevo sobre la cuestión que ha sido decidida.'

"Es decir la prohibición de imponer una sanción y siquiera de abrir una segunda investigación con fundamento en los mismos hechos también se aplica a los procedimientos administrativos y los jurisdiccionales seguidos por la administración. En nuestro caso concreto también se aplica la

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

prohibición del 'non bis in ídem' a los procedimientos que son competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, y en consecuencia no podría la Superintendencia abrir una segunda investigación con fundamento en unos hechos que ya fueron conocidos, estudiados y decididos por ella misma.

"En este sentido la Corte Constitucional ha sido reiterativa y podemos referir algunas otras sentencias que confirman esta posición, por ejemplo la Sentencia T-011 de 1992 en que sostuvo:

'Toda infracción merecedora de reproche punitivo -ha dicho la Corte - tiene una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provengan de una autoridad administrativa o jurisdiccional o que tengan origen en las diferencias formales de los trámites rituales. De consiguiente, los principios que rigen todo procedimiento deben necesariamente hacerse extensivos a todas las disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal adecuado sobre esta materia'.

"Desagregando el contenido del principio de 'non bis in ídem' ha dicho la Corte Constitucional en la Sentencia T-162 de 1998:

'Conforme a lo anterior, es posible afirmar que el principio de non bis in ídem constituye la aplicación del principio más general de cosa juzgada al ámbito del ius puniendi, esto es, al campo de las sanciones tanto penales como administrativas.'<sup>11</sup>

"Ciertamente, la prohibición que se deriva del principio de la cosa juzgada, según la cual los jueces no pueden tramitar y decidir procesos judiciales con objeto y causa idénticos a los de juicios de la misma índole previamente finiquitados por otro funcionario judicial,<sup>12</sup> equivale, en materia sancionatoria, a la prohibición de 'someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta,'<sup>13</sup> que se erige en el impedimento fundamental que a jueces y funcionarios con capacidad punitiva impone el principio de non bis in ídem.

"En relación con las características generales de estos principios constitucionales, la Corte ha manifestado, en primer lugar, que constituyen una emanación de los valores de justicia material y de seguridad jurídica.<sup>14</sup> Como quiera que el significado primigenio de los principios de non bis in ídem y de cosa juzgada consiste en impedir que los hechos o conductas debatidos y resueltos en un determinado proceso judicial vuelvan a ser discutidos por otro funcionario en un juicio posterior, esta Corporación ha considerado que la relación que debe existir entre los hechos, el objeto y la causa de

<sup>11</sup> En la SC-214/94 (MP. Antonio Barrera Carbonell) la Corte afirmó: "Como se deduce del aparte final de inciso 4 del referido artículo 29, el principio [de non bis in ídem] es de corte rigurosamente penal porque la norma lo enuncia cuando establece los derechos del sindicado. No obstante la prohibición también tiene aplicación y debe observarse por la administración cuando quiera que se coloque en trance de sancionar a sus servidores o a los particulares."

<sup>12</sup> SC-096/93 (MP. Simón Rodríguez Rodríguez)

<sup>13</sup> ST-575/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz). Véanse, también, las SC-479/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero); ST-520/92 (MP. José Gregorio Hernández Martínez Galindo); SC-543/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); ST-368/93 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); SC-214/94 (MP. Antonio Barrera Carbonell); SC-264/95 (MP. Fabio Morón Díaz); ST-652/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

<sup>14</sup> SC-479/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero); ST- 520/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); SC-543/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); ST-368/93 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); ST-575/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

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

esos dos procesos debe ser de identidad. En efecto, la jurisprudencia señala que debe tratarse de motivos idénticos,<sup>15</sup> de juicios idénticos,<sup>16</sup> del mismo hecho,<sup>17</sup> del mismo asunto<sup>18</sup> o de identidad de objeto y causa<sup>19</sup> Así, por ejemplo, la Corte ha estimado que no se violan los principios constitucionales en comento cuando una misma conducta es juzgada por dos jurisdicciones diferentes con base en normas de categoría, contenido y alcance distintos.<sup>20</sup>

"Estas consideraciones cobran especial importancia cuando se observa que la investigación abierta mediante la resolución 6048 de 1999 ya se encuentra decidida por la Superintendencia de Industria y Comercio y que la nueva investigación se fundamenta en los mismos hechos. Ello podría significar que la actuación administrativa abierta inicialmente, y cuyo tema de decisión fue expresamente delimitado en las decisiones de la Superintendencia que hemos mencionado, podría reiniciarse en cualquier momento por cualquier hecho no considerado en la resolución 6048 y que las decisiones que se adopten en la nueva investigación pueden ser completamente inconsistentes con aquellas que se tomen en relación con la primera.

"La reapertura ilimitada de la investigación administrativa por los mismos hechos denunciados inicialmente tiene además dos graves consecuencias en relación con la estructura y legalidad de los procedimientos administrativos. La primera de ellas consiste en que el particular carece de certeza frente a las actuaciones de la administración, en tanto ésta considere que toda discusión puede reabrirse de manera puramente discrecional, sin respeto por los derechos del administrado y la estabilidad de las decisiones. La segunda es que la administración no asume las responsabilidades que le competen frente a la toma de este tipo de decisiones, cuando so pretexto de dar aplicación a la ley obliga al administrado a discutir y defenderse indefinidamente sobre los mismos hechos que ya han sido previamente debatidos.

"Nuevamente citamos la jurisprudencia de la Corte Constitucional a este respecto. En la sentencia T-521 de 1992 refiriéndose al debido proceso en las actuaciones administrativas sostuvo que:

'El debido proceso es el mayor celo en el respeto de la forma en los procesos sancionatorios.'

(...)

<sup>15</sup> SC-479/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero).

<sup>16</sup> SC-244/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

<sup>17</sup> ST-520/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); SC-543/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); ST-368/93 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); ST-575/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); SC-214/94 (MP. Antonio Barrera Carbonell); SC-319/94 (MP. Hernando Herrera Vergara); DT-652/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz)

<sup>18</sup> ST-520/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); SC-543/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); ST-368/93 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); ST-575/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); SC-214/94 (MP. Antonio Barrera Carbonell); SC-319/94 (MP. Hernando Herrera Vergara); DT-652/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz)

<sup>19</sup> SC-096/93 (MP. Simón Rodríguez Rodríguez).

<sup>20</sup> ST-413/92 (MP. Ciro Angarita Barón); SC-096/93 (MP. Simón Rodríguez Rodríguez); SC-319/94 (MP. Hernando Herrera Vergara); SC-259/95 (MP. Hernando Herrera Vergara); SC-244/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

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

*'Es decir que cuando de aplicar sanciones se trata, el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino que además lo haga en la forma que lo determina el ordenamiento jurídico.*

*(...)*

*'La situación conflictiva que surge de cualquier tipo de proceso exige una regulación jurídica y una limitación de los derechos y obligaciones de los individuos o partes procesales.*

*(...)*

*'La verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo a la persona con su dignidad, su personalidad y su desarrollo; es por ello que existe una estrecha relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional.*

*'A lo anterior es necesaria agregar que el debido proceso y los principios en los que se despliega, como la 'cosa juzgada' y el 'non bis in idem', también están instituidos para proteger la seguridad jurídica de los administrados.*

*'Es pues para Satena importante reiterar que en la medida en que las actuaciones de la administración están sometidas a ley, ella debe ajustarse a las ritualidades propias de los procedimientos administrativos y, en tal forma, pronunciarse en la oportunidad debida sobre los hechos materia de investigación y evitar de este modo que los administrados vean sus conductas en permanente tela de juicio sobre los mismos hechos. Esta conclusión cobra especial importancia cuando se trata de procedimientos que tienen por finalidad establecer responsabilidades del administrado y eventualmente, como se trata del presente caso, aplicar sanciones.*

*'En este punto, es importante recalcar que estos argumentos esgrimidos por nosotros en representación de Satena en múltiples oportunidades han sido completamente ignorados por la Superintendencia Delegada, y no se ha obtenido de ésta ningún pronunciamiento que los acoja o los desvirtúe.*

### *"3.2. Principio de economía de la actuación administrativa*

*"Tanto en la Constitución Política (art. 209), como en el Código Contencioso Administrativo (art. 3º) se establece como principio orientador de la función y actuación de la administración, el principio de la economía. De acuerdo con este principio, la administración debe velar porque los procedimientos se adelanten de manera tal que las decisiones se adopten en el menor tiempo posible y al menor costo para las parte intervinientes. Tal es el texto de la norma del Código Contencioso:*

*'En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimientos se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.'*

*"Para Satena, es evidente que la apertura de una nueva investigación sobre hechos que fueron ya considerados por la Superintendencia en la apertura de la primera investigación y en el informe del Superintendente Delegado, implica una infracción del principio de economía. No sólo ha transcurrido más de dos años desde la denuncia inicial de ATAC (enero de 1999) sino que además, como aparece en el expediente, la Superintendencia se abstuvo de manera expresa de pronunciarse sobre*

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

hechos diferentes a la eventual infracción del artículo 18 de la ley 256. Lo que ocurrió reiterativamente y que consta en la Resolución de apertura 6048, las Resoluciones 12823 y 15662, y en la Resolución de exoneración 29306.

"Reabrir el tema de investigación sobre otros hechos incluidos en la denuncia, que no fueron previamente valorados como constitutivos de infracción por parte de la Superintendencia en las oportunidades procesarles correspondientes, implica no sólo la prolongación indefinida del procedimiento administrativo, sino también abrir peligrosamente la puerta de un debate incesante sobre la conducta de mi defendida sobre los mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar inicialmente investigadas. Lo anterior sin perjuicio de señalar que la empresa ha debido incurrir en costos permanentes derivados de esta actuación, tanto en materia del uso del tiempo de sus funcionarios, como en esfuerzos económicos relacionados con la asesoría legal, el recaudo de pruebas, la búsqueda permanente de documentos que respalden su actuación, etc.

### "3.3 El principio non bis in ídem en las actuaciones administrativas

"En este punto deseamos reiterar y complementar los argumentos esgrimidos con anterioridad respecto al non bis in ídem.

"La Constitución Política establece que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones administrativas (art.29). Por su parte, la jurisprudencia constitucional colombiana ha señalado en diversas ocasiones que uno de los principios esenciales derivados de la garantía del debido proceso es el principio conocido como non bis in ídem, de acuerdo con el cual ninguna persona puede ser juzgada dos veces por la misma cosa.

"En nuestro parecer, en la medida en que la Superintendencia descartó la apertura de la investigación sobre la totalidad de los hechos denunciados por ATAC en la denuncia de enero 20 de 1999, tal y como hemos reiterado en los puntos anteriores, la apertura de una nueva investigación sobre los mismos hechos pone en peligro la garantía constitucional del non bis in ídem, en particular si se tiene en cuenta que la decisión de fondo sobre el asunto decidió exonerar a Satena.

"Para llegar a esta conclusión es procedente realizar las siguientes inferencias:

- "El tema de la investigación administrativa fue inicialmente señalado por ATAC en su denuncia de enero 20 de 1999;
- "La Superintendencia se expresó sobre la denuncia delimitando el tema de investigación a la infracción del artículo 18 de la ley 256; esta delimitación fue además reiterada en otras resoluciones y en el informe del Superintendente Delegado;
- "La decisión que debe proferir el Superintendente de Industria y Comercio debe referirse a todos los hechos materia de investigación, con base en la denuncia y su calificación priva contenida en la resolución de apertura y el informe;
- "Una vez proferida la decisión final, debe entenderse que no es lícito para la administración abrir nueva investigación sobre los mismos hechos inicialmente denunciados.

"Lo anterior significa que la decisión que fue adoptada finalmente por el Superintendente de Industria y Comercio debe tener por efecto poner fin a la actuación administrativa y resolver de fondo sobre todos los hechos que dieron origen al proceso.

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

"Por su parte, la nueva investigación, originada en la resolución 3194 de 2000, pretende retomar los hechos no considerados como constitutivos de infracción en la investigación original y tiene la virtualidad de ser contradictoria con la decisión final del Superintendente, poniendo de esta manera en riesgo la seguridad jurídica del administrado y la garantía del debido proceso.

"En consonancia con lo anterior, la única oportunidad que tuvo la administración para pronunciarse sobre los hechos investigados fue la investigación abierta mediante la resolución 6048 y finalizado por la decisión del Superintendente contenida en la Resolución 29306.

"En este sentido la superintendencia debió interpretar y sujetarse a lo previsto en el Artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, y en la decisión final se debieron resolver todas las cuestiones planteadas y las demás que surgieron en el curso del proceso, tal y como lo ha hecho en otra oportunidades como la que consta en la Resolución 23458 del 9 de noviembre de 1999.<sup>21</sup>

"Nuevamente es pertinente reiterar nuestra solicitud de que la Superintendencia, al momento de proferir la decisión que resuelva el conflicto sometido a su jurisdicción, se pronuncie sobre lo expuesto por nosotros acerca de la violación de los principios del 'non bis in idem', el debido proceso y la economía procesal.

### "3.4 El abuso de posición dominante

"Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, Satena quiere presentar su posición en torno al pretendido abuso de posición dominante que se le imputa en las resoluciones 3194 de 24 de febrero de 2000, 29438 del 16 de noviembre de 2000 y 20001 (sic) del 30 de noviembre de 2001.

"La resolución 20001 (sic) analiza el numeral 2 del artículo 50 del decreto 2153 y dice que para que se configure un abuso de la posición dominante deben configurarse tres elementos:

- Que la empresa investigada tenga posición dominante en el mercado respectivo.
- Que la empresa aplique condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes.
- Que como resultado de lo anterior, se ponga a un consumidor en situación desventajosa frente a otro consumidor de condiciones análogas.

#### "3.4.1. Posición dominante

"Respecto a la posición dominante el apoderado de ATAC ha presentado como argumento de posición dominante lo siguiente:

'En el presente caso, Satena es el único prestador o controla gran porcentaje del mercado en varias rutas del país.

'Tal posición en el mercado, unida al establecimiento de tarifas, itinerarios y rutas, de manera unilateral y sin aprobación por parte de la autoridad aeronáutica, le otorgan a Satena la posibilidad de determinar directamente las condiciones de los mercados en los cuales actúa.'

"Teniendo en cuenta el argumento presentado por el apoderado de la sociedad denunciante, esta Superintendencia considera que bajo el supuesto expuesto Satena estaría en capacidad de

<sup>21</sup> Publicada en "Compendio de Doctrina sobre promoción de la competencia 1992 - 1999", Superintendencia de Industria y Comercio, Pág. 258.

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

*modificar unilateralmente y de manera sustancial las condiciones en que vende sus servicios, sin consideración a los competidores y a los clientes y lo podrá hacer de manera perdurable.*

*"Por su parte, la resolución describe las rutas en las cuales presuntamente Satena ostenta tal posición dominante y trae a colación un pronunciamiento reciente de la Superintendencia<sup>22</sup> y dice que la posición dominante es la circunstancia en que se encuentra un agente económico cuando goza de la posibilidad de determinar, de forma directa o indirecta, las condiciones del mercado. Un agente económico se encontrará en esa situación cuando pueda modificar unilateralmente las condiciones en que se presta el servicio o se vende el producto respectivo, sin consideración de los competidores o clientes y de forma perdurable.*

*"Se precisa en la resolución que esa posición dominante debe comprobarse en relación con un mercado relevante. Acto seguido pasa a determinar cual es el mercado relevante donde Satena ejerce su posición dominante y establece que se trata de 62 rutas - reseñadas en múltiples ocasiones - de las cuales en 56 da por sentada esta circunstancia porque Satena presta el servicio sin la existencia de competidores y en las 6 restantes deduce la posición dominante en el mercado porque tiene una participación del mercado superior al 70% y un nivel de ocupación de sillas superior al 60%.*

*"Sobre el análisis anterior hay que decir que tener un nivel de ocupación de sillas superior al 60% es una circunstancia inusual en el transporte aéreo, cuando la mayoría de las aerolíneas tienen en sus rutas un nivel de ocupación bastante inferior. Lo anterior quiere decir que el nivel de ocupación de sillas de Satena en estas rutas no es un elemento que pueda disuadir a otras empresas de cubrir estas mismas rutas; es decir, un altísimo nivel de ocupación en estas rutas lo que indica es que claramente existe espacio para que otros transportadores ofrezcan su servicio en estas rutas.*

*"De otro lado, de considerarse en gracia de discusión que Satena tiene una posición que podría ser 'dominante' en las rutas señaladas, este hecho no puede valorarse aislado de las siguientes consideraciones:*

*"a) Se trata de rutas - mercados, si se quiere - que tienen imperfecciones implícitas, tales como no ser atractivas en su gran mayoría para los demás potenciales prestadores del servicio por razones diferentes a la existencia de barreras en el mercado. Son rutas que por regla general deben ser servidas por Satena en virtud de su particular objeto social, tantas veces discutido en este mismo proceso (atender y conectar las poblaciones menos desarrolladas del país). Como se puede también observar en el anexo 1 del escrito presentado el 12 de enero de 2001, existe un sin número de peticiones de ciudadanos y entidades interesadas en el servicio de la empresa, en rutas que no son atendidas por las aerolíneas comerciales en razón de su natural interés lucrativo.*

*"b) Algunas de las rutas atendidas por Satena son también atendidas en concurrencia con otras aerolíneas. En el acervo probatorio (Anexo 2 del escrito presentado el 12 de enero de 2001) se relaciona los pasajeros abordados por los vuelos de Satena en el año 2000 y los compara con los abordados por las demás aerolíneas que concurren en las mismas rutas. Allí se puede observar que en la mayor parte de los casos en que Satena concurre o compite con otras aerolíneas, la distribución del mercado es equilibrada. Esta circunstancia no tendría lugar si los precios fijados por Satena fueran predatorios.*

<sup>22</sup> Boletín Jurídico No. 13, febrero 2000, pág. 19

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

*"También vale la pena traer a colación la declaración del Jefe de la Oficina de Transporte Aéreo de la Aeronáutica Civil, que obra en el expediente, de acuerdo con la cual los operadores comerciales no han solicitado la autorización de rutas en las cuales opera Satena.*

*"c) En aquellas rutas en las cuales Satena opera de manera exclusiva, por las razones de índole social que tanto se han reiterado a lo largo de esta actuación administrativa, Satena no extrae rentas económicas significativas ni abusivas. En un cuadro aportado como prueba (Anexo 3 del escrito radicado por nosotros el pasado 12 de enero de 2001) se puede ver una columna que compara los resultados operacionales de las rutas de la empresa; de él se deduce que algunas de las rutas que ofrecen más pobres resultados operacionales son precisamente aquellas que la empresa debe atender en función de sus cometidos sociales.*

*"3.4.2. Condición discriminatoria:*

*"El apoderado de ATAC argumenta lo siguiente al respecto:*

*'Pues bien, tal y como puede apreciarse en la publicidad que Satena presenta en internet, dicha empresa ofrece descuentos permanentes a grupos de pasajeros, sin tener en cuenta las características comerciales de dichos grupos que le permitan justificar tales descuentos.*

*'En efecto, los descuentos otorgados al personal militar, de la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, a oficiales y suboficiales en retiro de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, al personal civil en servicio activo de institutos adscritos y vinculados al Ministerio de Defensa, a religiosos y religiosas miembros de la Conferencia Episcopal Colombiana, a alcaldes, funcionarios municipales y de la Confederación de Municipios del orden nacional y a los consejeros de estado, no consultan las características comerciales, tales como frecuencia en la utilización del servicio, días de utilización etc, que permitan diferenciar tales grupos de personas de los demás pasajeros que utilizan los servicios de Satena.*

*'Así las cosas, se hace evidente que Satena está dando condiciones menos favorables a unos usuarios frente a otros, a pesar de que se encuentran en condiciones análogas,...'*

*"Sea lo primero recordar que las políticas comerciales mantenidas por Satena en materia de descuentos obedecen en general a las mismas prácticas que desarrolla la industria del ramo cuando se trata de ofrecer descuentos a algunos grupos determinados de consumidores. De acuerdo con el propósito descrito en el procedimiento 096 incluido en el anexo 4, se trata de 'establecer requisitos, y asignar valores para la expedición de pasajes de cortesía y con descuentos, como política para la promoción de ventas y la comercialización de los servicios, mediante incentivos a los usuarios frecuentes, clientes especiales, canales de distribución y clientes corporativos, en aras de mejorar los niveles de ocupación y de ingresos de la empresa.'*

*"Estas políticas están además relacionadas con la estrecha relación que la empresa ha mantenido a través de toda su historia comercial con clientes tales como miembros de la fuerza pública, funcionarios públicos y miembros de comunidades religiosas. Tampoco puede olvidarse que una buena parte de los casos, se trata de grupos de personas que no se encuentran en igualdad de condiciones personales y socio-económicas que el resto de los usuarios potenciales de Satena.*

*"De esta manera, se cumple en nuestro sentir con una de las condiciones esenciales que permiten una eventual diferenciación en los precios ofrecidos a diferentes consumidores, cual es su justificación racional verificable. Es decir, el trato diferenciado no se constituye en una conducta*

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

discriminatoria que agrede a un sector de la población, sino que favorece a un tipo de usuarios frecuentes y a otros que se encuentran en una situación desventajosa.

"Este tipo de políticas, reiteramos, no es ajena a las costumbres propias de las políticas comerciales usuales en la industria y puede ser constatada por la Superintendencia en información que solicite al respecto a las demás aerolíneas. Como prueba de ello, en el anexo 5 del escrito radicado por nosotros el 12 de enero de 2001 se encuentra un volante distribuido por alguna aerolínea comercial a las agencias de viajes en el que consta la utilización de tarifas promocionales similares. Esta prueba no fue siquiera considerada al momento de proferir la resolución 20001 (sic) del 30 de noviembre de 2001.

"Es necesario decir que al momento de proferir la resolución 20001 (sic) no solo no se tuvo en cuenta esta prueba que siquiera debió servir como indicio de que la implementación de estos descuentos es una práctica comercial usual en este sector del transporte, sino que se dictó la mencionada resolución con una insuficiencia evidente del acervo probatorio.

"Esta insuficiencia del acervo probatorio para proferir la resolución 20001 (sic) se hace evidente en los siguientes aspectos:

- "Como ya se dijo antes, no se valoró siquiera como un indicio la prueba consistente en un volante en el que constan descuentos ofrecidos por otra aerolínea que resultan bastante semejantes a los ofrecidos por Satena.
- "Al constituirse una práctica comercial generalizada, Satena no cuenta con los recursos y herramientas suficientes para comprobar que esta política de descuentos es usado de manera general por las demás aerolíneas. En consecuencia, la verificación de esta práctica común le correspondía a la Superintendencia Delegada, quien aparte de contar con los medios necesarios para comprobar esta práctica mercantil tiene la verdadera responsabilidad de impulsar oficiosamente procesos de esta naturaleza.
- "En todo caso, aún si la Superintendencia Delegada no hubiera considerado procedente adelantar el procedimiento de verificación correspondiente, tendría que haberse abstenido de proferir la resolución 20001(sic) sin contar con el sustento suficiente a este respecto.
- "No se tuvo en cuenta la declaración del Coronel Varela Quiroz correspondiente a la pregunta 19 contenida en el testimonio ofrecido el 30 de julio de 2001, en la que se indica a la Superintendencia Delegada la forma de proceder en caso de necesitar verificar que esta práctica de descuentos se usa en las demás aerolíneas.
- "Ante las indicaciones del Coronel Varela Quiroz la Superintendencia debió proceder oficiosamente acercarse a las diferentes agencias de viajes para verificar que esta manera de otorgar descuentos es usado por múltiples aerolíneas. Este procedimiento de verificación es muy fiel al sentido común y trataba de poner en conocimiento de la Superintendencia lo que todos los ciudadanos comunes que usen el servicio de transporte aéreo saben.
- "Se hizo una apreciación indebida del documento remitido por Satena en el que se señala el procedimiento efectuado para hacer un estudio de mercado que da origen al procedimiento No. 096 de 1994.
- "El documento remitido por Satena si hace una descripción de los métodos utilizados para establecer las condiciones del mercado consistente en visitas e informes de agencias de viajes,

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

sondeo telefónico y electrónico del mercado, ¿En que otras actividades podría fundamentarse un estudio de mercado sino en estas?. Una cosa bien distinta es que estas actividades no se realicen o se presenten de manera sofisticada, sino de una manera muy rudimentaria conforme con las condiciones de su mercado y con los recursos con los que cuenta la empresa.

- "Hay que agregar que se descalifica completamente este estudio de mercado diciendo que no se ha probado que efectivamente se hicieron las llamadas del sondeo telefónico ni las visitas a las agencias de viajes, ¿Cómo se prueba una llamada telefónica?. En el caso de las visitas, no se pueden censurar tan drásticamente a Satena por no haber previsto en el momento de adelantar esta actividad que algún día tendría la necesidad de probar que efectivamente ocurrieron esas visitas.

"Así las cosas, queremos reiterar que la práctica de descuentos adelantada por Satena es una práctica comercial de frecuente uso en el ramo del transporte aéreo de pasajeros, y que por lo tanto no es una conducta que provenga de un aprovechamiento abusivo de una posición dominante del mercado. En caso contrario se llegaría al extremo absurdo de considerar que la política de descuentos está prohibida solamente en aquellos sitios donde tiene una posición dominante.

"Es decir, siendo los descuentos una práctica extendida en todas las rutas cubiertas por Satena, se llegaría al extremo de considerar que esta práctica es abusiva solamente en las rutas donde tiene una supuesta posición dominante y que no lo es en las demás rutas. Esta observación pone de relieve una seria inconsistencia de la resolución 20001(sic) y es que no coincide el mercado considerado relevante con el mercado donde la práctica de descuentos se aplica.

"Esto en últimas significa que la práctica de descuentos no tiene ninguna relación con que Satena tenga una supuesta posición dominante y mucho menos que se derive de un abuso una situación semejante.

"De considerarse que la práctica de descuentos es una conducta discriminatoria que pone en desventaja a algún segmento consumidor, le haría falta a la Superintendencia demostrar que esa conducta discriminatoria se deriva del abuso de una posición dominante. No es suficiente que coincida la existencia de una eventual posición dominante con la práctica de una conducta que podría considerarse discriminatoria, es necesario demostrar que la segunda es consecuencia de la primera. Esta circunstancia de causalidad claramente no se configura en el presente caso.

"Finalmente, en caso de que la práctica de descuento fuere considerada en si misma un abuso de la posición dominante, la Superintendencia se vería en la obligación de iniciar de oficio una investigación a todas las aerolíneas que tienen esta práctica, y seguramente tendría que restringirla en todo el territorio nacional y no solamente en las rutas de Satena que son objeto de esta investigación.

"Como una consideración adicional queremos poner presente que Satena es una empresa con una función 'social', es decir, que no pretende el lucro para sus propietarios. Es una empresa que cumple con un deber del Estado que es estrechar la integración nacional y promover los vínculos comerciales de todos los colombianos a pesar de que se encuentren en los lugares más apartados de nuestro territorio. En efecto, las rutas cubiertas por Satena que son objeto de esta investigación no tendrían un atractivo comercial para muchas de las empresas que buscan lucrarse del transporte aéreo como negocio y sin embargo Satena las atiende en cumplimiento de su deber legal. La verdad no deja de extrañar una investigación de esta naturaleza contra una empresa que está dedicada a transportar gente de los rincones más apartados de nuestro país, sin que tenga interés alguno en lucrarse de esta actividad.

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

"Es más, si cubrir las rutas objeto de esta investigación fuera suficientemente lucrativo, seguramente habría otras empresas interesadas en prestar ese servicio y Satena no tendría otra alternativa que competir en igualdad de condiciones, pero los oferentes de este servicio para estas rutas son inexistentes y Satena debe seguir cubriendo estas rutas en cumplimiento de su función social.

### "3.4.3. Autorización, ejecución o tolerancia

"En relación con este aspecto queremos llamar la atención de la Superintendencia en un aspecto en particular: si bien las argumentaciones anteriores se enderezan a señalar que la empresa no ha incurrido en la violación de ninguna de las normas que regulan las normas objeto de esta investigación, debe también tenerse en cuenta que ni la atención de nuevas rutas ni las políticas tarifarias son competencia de la representación legal de la empresa.

"Ellas son más bien el resultado de la aplicación de sus propias normas estatutarias, de las políticas del Gobierno Nacional en relación con la empresa - materializadas en ocasiones en recomendaciones del CONPES, como las que obran en el expediente - y de las decisiones de su Junta Directiva. Hay que resaltar que la Junta Directiva de Satena está integrada por algunos de los más altos funcionarios gubernamentales que tienen a su cargo el señalamiento de las políticas sectoriales en asuntos tales como los servicios aeronáuticos y la defensa nacional.

"El anexo 6 del escrito presentado el 12 de enero de 2001 contiene copia de un acta de una reunión de la Junta Directiva de Satena, en la cual consta la composición de este organismo.

"Es pues apenas natural que corresponda al representante legal de la empresa cumplir con los designios del Gobierno Nacional y de la Junta Directiva. Hacer lo contrario sería infringir las normas a las que debe ajustarse su actuación como funcionario público y administrador de la entidad.

### "3.5 Conclusión

"En el presente caso, es menester concluir que se incurrió en un grave error sustancial y procedimental con la apertura de este proceso con base en los mismos hechos investigados en otro proceso ya concluido. Igualmente es necesario concluir que se hizo una indebida aprobación de las pruebas, que se profirió la resolución 20001 asumiendo una posición sin tener el suficiente sustento para fundamentarla, y que como consecuencia de estos errores no se puede establecer que exista una conducta discriminatoria que perjudica a algún segmento consumidor, que la práctica de descuentos es de uso frecuente entre las demás aerolíneas y que en todo caso esta práctica no tiene origen en el abuso de la posición de dominante en un mercado.

"También es necesario decir que, en caso de que todos los argumentos anteriores fueran nuevamente desatendidos, no es posible determinar la responsabilidad de sus representantes quienes actuaban en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio de sus funciones de conformidad a la manera en que se encontraban regladas."

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

#### 1 Tiempo y hechos investigados

Los hechos que se probaron durante la investigación y serán objeto de pronunciamiento pueden resumirse de la siguiente manera:

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

Lo hechos que componen la presente investigación se originan con la expedición del "Procedimiento 096" el 1 julio de 1994 y sus modificaciones, a través del cual Satena establece una serie de descuentos, que hasta la fecha viene otorgando.

A través de la investigación adelantada se pretende establecer si Satena ostentaba, para la época de los hechos, posición de dominio en las rutas aéreas investigadas, para en caso de ser así, posteriormente entrar a determinar si habría incurrido en abuso de la misma al otorgar los mencionados descuentos.

El abuso se configurará en la medida que los descuentos concedidos impliquen o conlleven la aplicación de condiciones discriminatorias para aquellos usuarios del servicio que no gocen de esta prerrogativa, de manera que la situación descrita los coloque sin justificación, en una situación desfavorable respecto a los primeros, esto es, frente a aquellos que hacen parte de alguno de los grupos especiales de descuentos.

## 2 Adecuación normativa

Según el número 2 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992, cuando exista posición dominante, constituye abuso de la misma, la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.

La Superintendencia estima que, para que una conducta sea considerada como violatoria de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas debe cumplir con los elementos mínimos establecidos en cada precepto. Para el caso en estudio, es indispensable probar como mínimo, lo siguiente:

- Que la empresa investigada tenga posición dominante en el mercado respectivo
- Que la empresa aplique condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes
- Que como resultado de lo anterior, se coloque a un consumidor en situación desventajosa frente a otro consumidor de condiciones análogas

De acuerdo con lo expuesto, lo que la ley prohíbe es el abuso de la posición de dominio, requiriéndose determinar en primer lugar, si efectivamente existe tal posición, para posteriormente establecer si se abusó de la misma. Así, de manera global aparece lo siguiente:

### 2.1 Posición dominante

En virtud de lo previsto por el decreto 2153 de 1992,<sup>23</sup> tendrá posición dominante quien tenga "la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado".

Según lo ha entendido esta Superintendencia,<sup>24</sup> un agente económico se encontrará en la situación descrita cuando quiera que esté en capacidad de modificar significativa y unilateralmente el precio, las cantidades ofrecidas o cualquier otra variable significativa para el mercado relevante, siempre que pueda mantener la modificación perdurablemente, porque la reacción de sus competidores,

<sup>23</sup> Decreto 2153 de 1992; artículo 45, número 5.

<sup>24</sup> Oficio 94039809 de septiembre 6 de 1994.

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

efectivos y/o potenciales, o de los consumidores, no sería suficiente para disuadirlo de realizar tal conducta.

En este orden, debemos tener presente que, la comprobación de la posición de dominio es relativa al mercado que se examine y siempre temporal. Por ello es necesario determinar con absoluto rigor, el segmento exacto de lo que se produce,<sup>25</sup> así como el área geográfica donde tiene lugar su comercialización.<sup>26</sup>

Determinado el mercado relevante, el paso siguiente será analizar la situación de la empresa investigada en él. Esto conlleva el análisis de la participación porcentual en el mercado respectivo, medida por el volumen de ventas, así mismo, habrá de considerarse su capacidad instalada y utilizada, y en general, la infraestructura con que cuenta el investigado.

Hecho lo anterior, corresponde estudiar a sus competidores, tanto actuales como potenciales, al igual que los consumidores de sus productos o servicios, a fin de verificar si en un momento dado estarían en capacidad de contrarrestar o neutralizar una determinación unilateral del agente en presunta posición de dominio.

Si como resultado de los anteriores análisis se establece que el agente puede actuar con prescindencia de sus competidores y de sus consumidores, entonces se tendrá que esa empresa ostenta posición de dominio en el mercado relevante definido.

<sup>25</sup> "Un mercado de producto relevante comprende todos aquellos bienes o servicios, que son considerados como intercambiables o sustituibles por el consumidor, por razones de las características de sus productos, sus precios y su supuesto uso. Un mercado de producto relevante puede, en algunos casos, estar compuesto de grupos de productos individuales. Un grupo de productos individuales es un producto o pequeño grupo de productos que presentan características físicas o técnicas idénticas, por las que son completamente intercambiables." Comisión de las Comunidades Europeas; Regulación No 2367 de 1990. Tomado de las Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en transición, capítulo IV, Superintendencia de Industria y Comercio. Colombia.

En el mismo sentido se ha dicho que "El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos." Comisión de las Comunidades Europeas; comunicación relativa a la definición del mercado de referencia, 97/C 372/03.

Así pues, definir el mercado producto implica establecer a que otros productos trasladarían sus necesidades de demanda los consumidores ante un aumento significativo y sostenible en el precio del producto inicial. Si esta situación se presenta, tales bienes se consideran sustitutos cercanos, y formarán parte del mercado relevante.

La definición del producto que determina el mercado relevante debe hacerse desde el punto de vista del usuario, que es quien con su determinación final de adquirir uno u otro producto particular define la competencia entre los fabricantes, por tanto lo relevante es su igualdad económica, entendida como la posibilidad que tienen los diferentes bienes de satisfacer las mismas necesidades. (Tomado de Fernando Rodríguez Artigas. Sobre el Abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Libre Competencia. Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Méndez. Tomo 1. Editorial Civitas, 1996).

<sup>26</sup> "El mercado geográfico de referencia está constituido por un territorio en el que las empresas en cuestión intervienen en la oferta y la demanda de bienes y servicios, en el que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de los territorios vecinos en particular por las condiciones de competencia notablemente diferentes de las de dichos territorios. En esta apreciación conviene tener en cuenta, en particular, la naturaleza y las características de los productos y de los servicios de que se trate, la existencia de barreras de entrada, las preferencias de los consumidores, así como la existencia, entre el territorio considerado y los territorios vecinos, de diferencias considerables de cuotas de mercado de las empresas o de diferencias de precio sustanciales." (Reglamento 4064/89 Comisión Europea. Ob. Cit Cristina Alcalde. Primer Encuentro de Responsables de Organismos Iberoamericanos de Competencia, Cartagena, Diciembre de 1995)

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

Así las cosas y conforme al procedimiento antes descrito, es posible concluir que Satena ostenta posición de dominio en las rutas que se investigan, como a continuación entramos a exponer:

### 2.1.1 El mercado relevante

El mercado relevante determina cuáles son los bienes y servicios entre los que puede plantearse una competencia efectiva, así como el ámbito geográfico dentro del cual se ofrecen y se intercambian, analizando la sustituibilidad entre los distintos productos ofrecidos y demandados en el correspondiente mercado.<sup>27</sup>

Hecha la anterior aproximación conceptual, corresponde ahora adentrarnos en el caso concreto, para definir el producto y la zona o ámbito geográfico que componen el mercado relevante.

#### 2.1.1.1 El producto

Corresponde a la prestación del servicio de transporte aéreo nacional de pasajeros. A este respecto, es preciso señalar que, no se puede considerar como sustituto el transporte vía terrestre, debido fundamentalmente a las siguientes razones:

- El tiempo empleado para cubrir cada ruta es sustancialmente mayor, lo cual se puede explicar por la distancia a recorrer y el mal estado en que se encuentra la mayor parte de la red vial del país.
- En la mayoría de las rutas analizadas no existe un servicio directo de pasajeros, puesto que corresponden a regiones de difícil acceso, donde para llegar al destino final es habitual que se realicen varias conexiones en terminales de transporte terrestre.
- El riesgo que se asume en el transporte terrestre es mayor que en el aéreo, en aspectos como accidentalidad, inseguridad, y la perturbación del orden público.
- El servicio de transporte aéreo se ofrece y se demanda para reducir el tiempo que una persona emplea para desplazarse de un sitio a otro, de suerte que ante esta necesidad, el precio no es un criterio determinante que pueda producir una alta elasticidad cruzada de la demanda frente al transporte terrestre. Existe un alto diferencial de precios entre el servicio de transporte aéreo de pasajeros y el servicio vía terrestre.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Respecto al estudio de un proceso de integración empresarial, aplicable también para la verificación de un supuesto de posición de dominio, se ha manifestado que, "El mercado más pequeño, desde el punto de vista del producto y geográfico, para el que si la iniciativa que se analiza hace aumentar el poder de mercado de alguna de las empresas, o bien le permite incrementar los precios y reducir la cantidad con aumento del beneficio, o bien hace posible una concertación expresa o tácita entre los operadores que conduce al mismo resultado de incremento de precio y reducción de la cantidad, es el mercado que debe estudiarse para permitir la evaluación de esa iniciativa, puesto que en un primer momento hay que tratar de detectar todos los mercados en los que la operación ha tenido o va a tener influencia previsiblemente." (Seminario Internacional sobre Derecho Económico de la Competencia, Santacruz de la Sierra, Bolivia, 1997, Ponencia sobre delimitación del mercado relevante, Cristina Alcaide Guindo)

<sup>12</sup> La sustitución está dada fundamentalmente como una función de los precios relativos. Un ejemplo común de bienes sustitutos es el de la margarina y la mantequilla, puesto que estos dos bienes tiene características físicas similares. Sin embargo, si una libra de mantequilla cuesta US \$100, mientras que una de margarina cuesta US \$1, sin duda encontraríamos que empíricamente estos dos bienes no serían buenos sustitutos entre sí en el mercado. Aun si el precio de la margarina aumentara en un porcentaje alto, pocos consumidores se sentirían inducidos a cambiar sus patrones de consumo hacia la mantequilla. Por consiguiente, no clasificaríamos estos dos bienes como bienes sustitutivos a este rango de precios relativos. (Microeconomía, Roger Leroy Miller y Roger E Meiners, Editorial Mc Graw Hill, Tercera Edición, páginas 179 y 180)

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

### 2.1.1.2 La zona o ámbito geográfico

Corresponde al trayecto cubierto por cada una de las siguientes rutas investigadas:

Araracuara–Bogotá–Araracuara; Araracuara–La Chorrera–Araracuara; Araracuara–Leticia–Araracuara; Arauca–Yopal–Arauca; Arauca–Medellín–Arauca; Arauca–Tame–Arauca; Arauca–Villavicencio–Arauca; Bogotá–La Chorrera–Bogotá; Bogotá–Tame–Bogotá; Bogotá–Buenaventura–Bogotá; Buenaventura–Cali–Buenaventura; Corozal–Medellín–Corozal; Pto. Inírida–Villavicencio–Pto. Inírida; La Chorrera–Leticia–La Chorrera; Leticia–La Pedrera–Leticia; Mitú–Villavicencio–Mitú; Guapí–Popayán–Guapí; Bogotá–Mitú–Bogotá; Bogotá–La Primavera–Vichada–Bogotá; Bogotá–Corozal–Bogotá; Apartadó–Medellín–Apartadó; Arauca–Bucaramanga–Arauca; Medellín–Villavicencio–Medellín; Bogotá–Saravena–Bogotá; Bogotá–Pto. Carreño–Bogotá; Cali–Pto. Asís–Cali; Cali–Quibdó–Cali; San José del Guaviare–Villavicencio; Bahía Solano–Cali–Bahía Solano; San Juan de Arama–Villavicencio; Pto. Leguizamó–Neiva; Neiva–San Vicente del Caguán; Cali–Villavicencio–Cali; Pto. Carreño–Villavicencio–Pto. Carreño; Bogotá–San Vicente del Caguán y La Primavera–Vichada.

Al respecto, es importante precisar que cada ruta constituye en sí misma un mercado si se tiene en cuenta que cuando un pasajero necesita viajar a un destino específico, no puede sustituirlo con uno diferente cuando las condiciones de la oferta a ese destino no le satisfacen, en este orden, al pasajero que necesita desplazarse de La Pedrera hacia Leticia y no encuentra cupo, de ninguna utilidad le resulta que hayan sillas disponibles en la ruta Bogotá–Corozal.

### 2.1.2 Descripción del agente económico

Satena es una empresa comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Defensa, que cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, encargada de desarrollar la política y los planes generales que en materia de transporte aéreo, hacia las regiones menos desarrolladas del país, adopte el Gobierno Nacional.<sup>29</sup>

Dentro de las funciones que tiene Satena, se destacan las siguientes:

- Prestar el servicio de transporte aéreo de carga, pasajeros y correo, en las regiones menos desarrolladas del país.
- Vincular apartadas regiones del país a la economía y vida nacional, por medio del servicio aéreo.

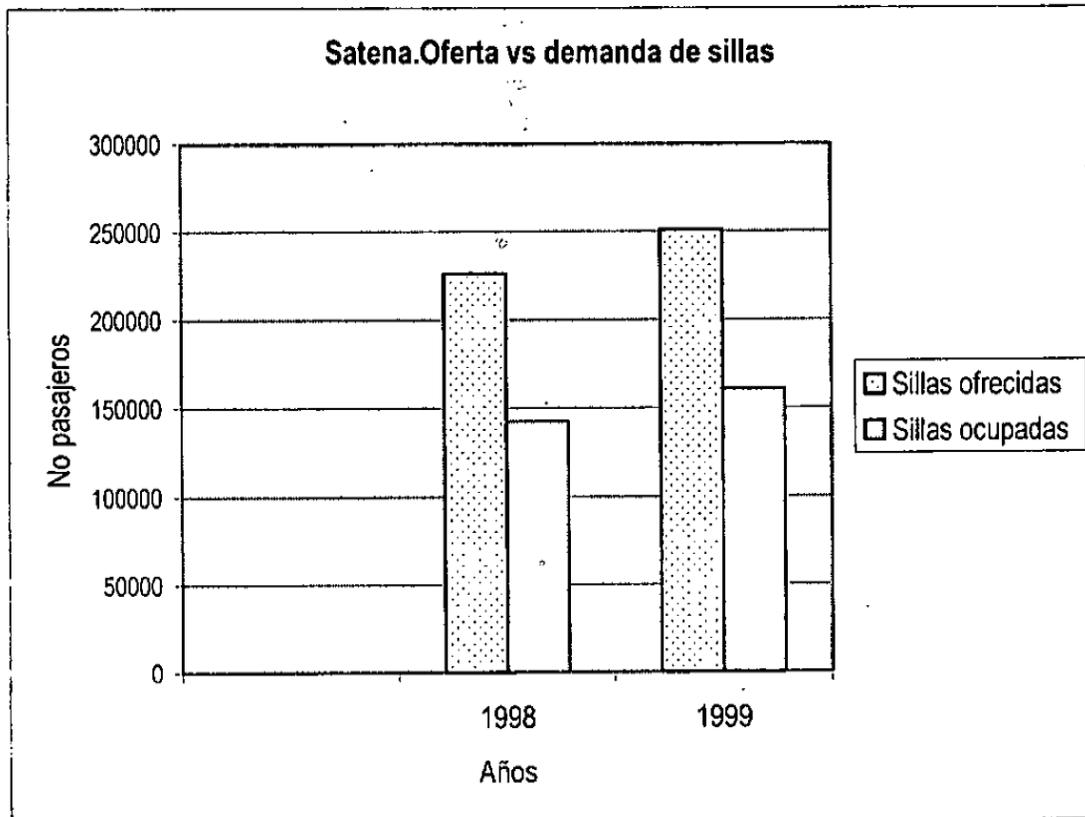
#### 2.1.2.1 Capacidad instalada y utilizada

Para todas las rutas investigadas, como se muestra en la siguiente gráfica, Satena ofreció 226.237 sillas en el año 1998, y 251.027 sillas en el año 1999. Transportó efectivamente 142.305 pasajeros en el año 1998 y 160.545 pasajeros en el año 1999.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Decreto 2344 de 1971 artículo 1; naturaleza, objetivos, domicilio y funciones de Satena.

<sup>30</sup> Los porcentajes de ocupación para cada una de las rutas objeto de investigación se muestran en el Anexo No.8.

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



Fuente: Cálculos a partir de la información suministrada por Satena<sup>31</sup>

De los anteriores datos se desprende que, durante ese periodo Satena mantuvo una capacidad ociosa de movilización de pasajeros del 37%,<sup>32</sup> lo que le daría la capacidad de expandir su oferta y reaccionar fácilmente y sin mayores costos adicionales, ante la posibilidad de ingreso de otro oferente a cualquiera de estas rutas.

#### 2.1.2.2 Participación en el mercado

Es importante tener en cuenta que, de acuerdo con la información suministrada por la Aerocivil,<sup>33</sup> sobre el total de las 62 rutas investigadas Satena actúa como único operador en 56 de ellas, es decir, en el 90%, con lo cual, inicialmente, se puede afirmar que tiene posición dominante en estas rutas,<sup>34</sup> puesto que en un momento dado podría adoptar determinaciones significativas respecto al precio, las frecuencias de los vuelos o cualquier otro aspecto determinante del servicio, en la medida que no tiene competidores que neutralicen sus determinaciones, y por lo mismo, sus consumidores tampoco estarían en condición de hacerlo, máxime cuando no existen productos sustitutos como se expusiera en el punto 2.1.1.1 del presente escrito.

En este sentido, el análisis en cuanto a si Satena ostenta o no posición de dominio se hará únicamente sobre cada una de las seis rutas en las cuales enfrenta algún grado de competencia, pues en las que tiene monopolio se da por sentado que goza de esa posición.

<sup>31</sup> Expediente prácticas comerciales restrictivas reservado, folios 506 a 719.

<sup>32</sup> La capacidad ociosa se calcula como la diferencia entre el número de sillas ofrecidas y el número de sillas efectivamente ocupadas. Para su calculo se tomó como fuente lo contenido en folios 506 a 719, expediente prácticas comerciales restrictivas reservado Satena, para Aerotaca folios 251 y para Aires folio 254.

<sup>33</sup> Expediente prácticas comerciales restrictivas, pestaña acto de pruebas, oficio 00009757-10022 de 2000, folios 92 y 93.

<sup>34</sup> A lo largo de este informe se desarrollarán otras variables que servirán para afirmar la posición de dominio de Satena en las rutas donde opera como monopolio.

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

El número de pasajeros movilizados en las rutas en las que se presenta competencia, se muestra en el siguiente cuadro para los años 1998 y 1999.

| Ruta            | Satena |      | Aerotaca |      | Aires |      |
|-----------------|--------|------|----------|------|-------|------|
|                 | 1998   | 1999 | 1998     | 1999 | 1998  | 1999 |
| B/manga- Arauca | 3562   | 3140 | 1958     | 814  | 0     | 0    |
| Arauca- B/manga | 3082   | 2943 | 2023     | 821  | 0     | 0    |
| Bogotá- Corozal | 7499   | 7754 | 0        | 32   | 0     | 0    |
| Corozal- Bogotá | 6728   | 7685 | 0        | 10   | 0     | 0    |
| Cali- Pto Asís  | 5053   | 7150 | 0        | 0    | 1615  | 558  |
| Pto Asís- Cali  | 5547   | 7395 | 0        | 0    | 1686  | 841  |

Fuente: Folios 506 a 719 expediente prácticas comerciales restrictivas reservado Satena, para Aerotaca folios 251 y para Aires folio 254.

De la tabla anterior se puede deducir que:

- En las rutas en que Satena no tiene el monopolio, enfrenta competencia de una sola empresa. Es así como en las rutas Bucaramanga- Arauca- Bucaramanga y Bogotá- Corozal- Bogotá la competencia proviene exclusivamente de Aerotaca, mientras que en la ruta Cali- Pto Asís – Cali el único competidor que enfrenta es Aires.
- En la ruta Bucaramanga- Arauca, la participación de Satena aumentó 14,9% entre los años 1998 y 1999, al pasar del 64,5% al 79,4%.
- En la ruta Arauca – Bucaramanga sucedió el mismo fenómeno, puesto que Satena aumentó su participación en 17,8% al pasar del 60,4% en el año 1998, al 78,2% en el año 1999.
- En las rutas Bogotá- Corozal y Corozal – Bogotá, la participación de Satena fue del 100% en el año 1998 y del 99% en el año 1999.
- En la ruta Cali- Pto. Asís la participación de Satena aumentó 17% en el año 1999 respecto al año 1998, al pasar del 75,8% al 92,8%.
- En la ruta Pto Asís- Cali sucedió una situación similar, puesto que Satena aumentó su participación en 13,1%, si se compara el 76,7% que tenía en el año 1998, con el 89,8% que registró en el año 1999.
- Satena aumentó su participación porcentual en todas las rutas, en forma equivalente a la pérdida de participación de su respectivo competidor.
- Aunque en las rutas Arauca- Bucaramanga y Bucaramanga- Arauca se presentó disminución en el número total de pasajeros transportados, en todo caso esta disminución fue menor en Satena que en la de sus competidores.

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

### 2.1.3 Capacidad para modificar de manera unilateral y sustancial el precio y volumen de producción

Las aerolíneas tienen una libertad tarifaria siempre y cuando se encuentren dentro de los límites aprobados para cada ruta.<sup>35</sup> No obstante, Satena no somete sus tarifas a aprobación de la Aerocivil, circunstancia ésta que le daría un margen amplio de liberalidad, movilidad y dinamismo frente a la amenaza de ingreso de un potencial competidor e incluso, frente a un competidor actual.

En efecto, la situación descrita en el párrafo precedente abre la compuerta para que Satena, en un momento dado, pueda esperar a que la Aerocivil apruebe la tarifa de un competidor actual o entrante, con el propósito de ajustar la suya colocándola por debajo en forma rápida, pues para ello no requeriría la aprobación de Aerocivil, lo que habría de repetirse tantas veces como el competidor quisiera variar sus tarifas para poder competir.<sup>36</sup>

Por otra parte, el hecho de que Satena no cancela derechos de aterrizaje, de parqueo y de protección de vuelo en ninguno de los aeropuertos a donde presta el servicio,<sup>37</sup> mientras los demás competidores sí están obligados a hacerlo, constituye para Satena una disminución real de sus costos fijos por hora de vuelo, y le otorga la posibilidad de modificar el precio sin tener temor a las reacciones de sus competidores.

Como se mencionó en el punto 2.1.2.2, en las rutas donde Satena opera bajo condiciones de monopolio tuvo una capacidad ociosa del 37%, en los años 1998 y 1999, lo cual en un momento dado le permitiría aumentar los niveles de ocupación y de esta forma disminuir los costos de operación y los precios de venta de los tiquetes.

Por ende, dada la posición de monopolio que tiene Satena en la mayoría de las rutas investigadas, podría modificar el precio y el volumen de producción de manera sustancial y unilateralmente, por cuanto el poder de reacción de sus competidores y consumidores es prácticamente nulo, como seguidamente se establece.

### 2.1.4 Capacidad de reacción de los competidores

Es necesario partir del hecho que en el 90% de las rutas investigadas, desde hace varios años el servicio se ha prestado en situación de monopolio por parte de Satena, de suerte que, en esta porción del mercado no existe ningún nivel de capacidad de reacción ante las determinaciones de esta aerolínea.

En las seis rutas restantes, los competidores actuales no pueden efectuar una adecuada competencia dada su pequeña participación en el mercado, que además, hay que recordarlo, ha venido disminuyendo en los años 1998 y 1999. Así mismo, los menores costos que de manera artificial tiene Satena respecto de sus competidores, obtenidos por la circunstancia de no pagar derechos de parqueo, ni de protección de vuelo, ni de aterrizaje en ninguno de los aeropuertos a

<sup>35</sup> Reglamentos Aeronáuticos de Colombia No 3.6.3.4.3.15 y Resolución 297 de 1994 de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

<sup>36</sup> De acuerdo con los reglamentos aeronáuticos (3.6.4.3.15.1) cuando una empresa quiera establecer una tarifa aún más baja o más alta que la que se encuentra autorizada, deberá presentar la solicitud 30 días antes de la fecha en que se pretende aplicarla. Una vez recibida la solicitud, la Aerocivil determina si se autoriza o no, bajo los criterios de equidad y suficiencia, pero si no ha decidido dentro de los 30 días siguientes a la solicitud, opera el silencio administrativo positivo.

<sup>37</sup> Expediente Prácticas Comerciales Restrictivas reservado, folios 164 a 167.

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

donde presta el servicio, confieren a esta aerolínea un mayor poder de mercado difícil de neutralizar para sus competidores en condiciones normales de operación.

Como se ha dicho, actualmente solo existe competencia por parte de operadores nacionales en las seis rutas mencionadas en el punto 2.1.2.2. En el corto plazo no se detecta una posibilidad real de nuevos entrantes, si se tiene en cuenta que quienes quieran ingresar como competidores en cualquiera de estas rutas deberán solicitar autorización a la Aerocivil, y estas solicitudes se han hecho en muy pocas oportunidades, ya que como obra en el expediente, solamente se había solicitado permiso para operar por parte de Sam en la ruta Medellín – Apartadó - Medellín<sup>38</sup>, y de Aires para la ruta Bogotá – Corozal - Bogotá, la cual fue aprobada en marzo 18/99.<sup>39</sup>

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la entrada de nuevos competidores está condicionada no solo a enfrentar a las circunstancias anteriormente mencionadas, sino también a otras barreras de acceso al mercado, dentro de las cuales merece destacar las siguientes:

#### 2.1.4.1 Barreras Legales

Jurídicamente se han construido barreras de entrada al mercado.

- Criterio para autorización de rutas y frecuencias

La posibilidad de que una aerolínea pueda operar un itinerario específico dependerá de la disponibilidad de slots, en las rutas que tienen mayor demanda de pasajeros, y de la asignación de hora de despegue y aterrizaje en los aeropuertos de menor congestión.

En el caso bajo análisis, tendremos que aquellas rutas cuyo origen o destino sea Bogotá deberán contar con la asignación previa de slots, al paso que en las rutas que tengan como punto de partida o de llegada las ciudades de Medellín, Calí, Bucaramanga o Villavicencio, entre otras, será menester contar con la asignación de hora para efectuar el correspondiente despegue y aterrizaje. Pero tanto en uno como en otro caso se requiere contar con el correspondiente slot o la asignación de un horario específico para operar, y además, que éste se encuentre ubicado en una franja de alta demanda o nivel de ocupación, por lo menos sí lo que se pretende es beneficiarse de las condiciones del mercado.

Ahora bien, de la manera como se asignan los slots,<sup>40</sup> los competidores que lleguen primero al

<sup>38</sup> En sesión del 29 de julio de 1998 el Consejo Superior Aeronáutico aplazó la decisión, pero en julio 12 de 2001 se levantaron las restricciones para operar al aeropuerto Olaya Herrera de Medellín y Sam no ha vuelto a manifestar la intención de operar esta ruta.

<sup>39</sup> Expediente prácticas comerciales restrictivas, pestaña acto de pruebas, folio 242, según informe de Aerocivil la aerolínea Aires tenía aprobada la ruta pero todavía no es operada por la compañía, tal como se indica en folio 92.

<sup>40</sup> Aquellos participantes que pretendan explotar una nueva ruta o frecuencia en el mercado nacional deben presentar solicitud a la Aeronáutica Civil. Los criterios que considera la Aeronáutica se refieren a la calidad del servicio y a la capacidad ofrecida. La Aeronáutica Civil autorizará la ruta si encuentra que la solicitud se adecua a criterios de necesidad y conveniencia. Previa a la decisión la Aeronáutica realiza una audiencia a fin de que se aporte la información correspondiente a estos criterios. Para este efecto se considerarán criterios técnicos y criterios de mercado. Los criterios técnicos se refieren a consideraciones técnicas y de seguridad relacionadas con las características y condiciones de las aeronaves y de las pistas. No obstante respecto de las condiciones del mercado no existe un criterio suficientemente delimitado. Las aerolíneas deben definir su programa de itinerario dentro de las rutas autorizadas, de acuerdo a las condiciones de mercado que le resulten mas atractivas. La determinación de un itinerario adecuado es definitivo para el posicionamiento y mantenimiento de una aerolínea en el mercado.

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

mercado tendrán a su disposición los mejores, pudiendo en consecuencia, captar una mayor demanda. Satena lleva operando en el mercado un tiempo considerable, circunstancia que muy seguramente le habría permitido hacerse a los slots que resultan más atractivos en razón a sus índices de ocupación, ocasionando que los nuevos competidores que deseen ingresar deban desplazarse hacia otros slots no tan interesantes. Otro tanto puede decirse respecto a la asignación de horarios para decolaje y aterrizaje en aeropuertos de menor congestión.

- Regulación para nuevos participantes

Para que una empresa pueda prestar el servicio de transporte público aéreo comercial troncal es necesario poseer como mínimo 5 aeronaves con certificado de aeronavegabilidad vigente, ya sean propias o arrendadas y poseer un capital pagado mínimo de 10.000 salarios mínimos legales mensuales, equivalente a \$2.860 millones de operación.<sup>41</sup>

Para la prestación del servicio aéreo comercial secundario, la empresa debe tener como mínimo tres aeronaves ya sean propias o arrendadas, con certificado de aeronavegabilidad vigentes y poseer un capital pagado mínimo de 7.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si bien los requisitos mínimos no son determinantes pues su cumplimiento no garantiza que el operador pueda ofrecer una tarifa competitiva, si implica una mínima inversión que reduce número de potenciales inversionistas en el mercado.

Adicionalmente, el proceso de autorización toma por lo menos un año. Este término impone una barrera de entrada temporal a los posibles participantes que pretendan ingresar al mercado e impone un costo de oportunidad a la inversión, que deba hacerse previa a la autorización.

No existen actualmente competidores extranjeros, como tampoco la posibilidad inminente de que los haya, por cuanto la posibilidad de que un inversionista extranjero entre depende de las expectativas de obtener utilidades similares o mayores a las que podría obtener de entrar en otros mercados.

En la medida que el mercado colombiano no presenta crecimiento, sólo será atractivo si se puede adquirir una posición fuerte, comprando o integrándose con quienes tienen mayores participaciones en el mercado. No hay un incentivo para que una entidad extranjera constituya una filial 100% en Colombia y las reglamentaciones no permiten que esas entidades operen las rutas nacionales desde el exterior.

En efecto, conforme a lo dicho en el artículo 1785 del código de comercio, se reserva la operación de cabotaje<sup>42</sup> a las aeronaves colombianas, salvo lo previsto en los convenios internacionales. En los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia se tienen por colombianas las aeronaves que se hallen matriculadas en el registro aeronáutico nacional. A su vez, para que una aeronave pueda ser matriculada en dicho registro, se requiere que sea de propiedad de una persona natural o jurídica colombiana.

---

<sup>41</sup> Ver Reglamentos Aeronáuticos de Colombia. Parte tercera, número 3.6.3.3.1.

<sup>42</sup> Artículo 1785 del código de comercio: "La navegación aérea con fines comerciales entre puntos situados en el territorio de la República se denomina de cabotaje y se reserva a las aeronaves colombianas, salvo lo previsto por convenios internacionales".

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

#### 2.1.4.2 Barreras Económicas

- Dinámica del mercado

Teniendo en cuenta que Satena posee una participación tradicional en las zonas aledañas, cualquier competidor que pretenda incursionar en las rutas que opera, deberá en circunstancias normales, conformarse con una porción minoritaria de participación, lo que le dificultará recuperar la cuantiosa inversión que ha tenido que realizar.

- Capacidad disponible y tamaño del mercado

En las rutas donde Satena opera bajo condiciones de monopolio tuvo una capacidad ociosa del 37%, en los años 1998 y 1999, y si a esta circunstancia se le agrega el hecho de que en las rutas donde enfrenta competencia, tal como se muestra en la siguiente tabla,<sup>43</sup> tanto Satena como sus competidores presentan capacidad ociosa,<sup>44</sup> estamos ante otro elemento disuasivo para entrar al mercado.

| Ruta    | Año  | % Ocupación Satena | % Ocupación Aerotaca | % Ocupación Aires |
|---------|------|--------------------|----------------------|-------------------|
| BGA-AUC | 1998 | 67                 | 77%                  |                   |
|         | 1999 | 53                 | 32%                  |                   |
| =====   |      |                    |                      |                   |
| AUC-BGA | 1998 | 59                 | 80%                  |                   |
|         | 1999 | 50                 | 33%                  |                   |
| =====   |      |                    |                      |                   |
| BOG-CZU | 1998 | 65                 | 0                    |                   |
|         | 1999 | 71                 | 36%                  |                   |
| =====   |      |                    |                      |                   |
| CZU-BOG | 1998 | 67                 | 0                    |                   |
|         | 1999 | 71                 | 11%                  |                   |
| =====   |      |                    |                      |                   |
| CLO-PUU | 1998 | 61                 |                      | 27%               |
|         | 1999 | 82                 |                      |                   |
| =====   |      |                    |                      |                   |
| PUU-CLO | 1998 | 77                 |                      | 28%               |
|         | 1999 | 88                 |                      |                   |

Adicionalmente, el mercado colombiano tiene capacidad de transporte aéreo suficiente para cubrir las necesidades de la demanda en condiciones normales. Por ello, es necesario contar con una flota comparable a la de Satena, para tener una posición competitiva pues de lo contrario la productividad de los aviones sería inferior.

<sup>43</sup> Para su cálculo se tomó como fuente lo contenido en folios 506 a 719 del expediente de prácticas comerciales restrictivas reservado Satena, para Aerotaca folios 251 y para Aires folio 254.

<sup>44</sup> Satena tuvo la siguiente capacidad ociosa en el año 1999: 18% en la ruta Cali- Puerto Asis; 12% en la ruta Puerto Asis- Cali; 50% en la ruta Arauca-Bucaramanga; 47% en la ruta Bucaramanga- Arauca y 29% en la ruta Bogotá- Corozal- Bogotá; la de Aerotaca fluctuó entre el 64% y el 89% en el año 1999 en la ruta Bogotá- Corozal y Corozal- Bogotá, y la de Aires fue del 73% en el año 1998 en las rutas Cali- Puerto Asis y Puerto Asis- Cali.

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

Estas dos circunstancias colocan al posible competidor en una disyuntiva: Entrar con una flota pequeña y exponerse a salir del mercado rápidamente por no ser competitivo, o entrar con una flota comparable a la de Satena, y exponerse a la situación de que el mercado no sea suficiente para las dos empresas con lo cual ninguna de ellas tendrá ingresos adecuados para costear su flota.

- Programas de fidelización de los clientes

La aerolínea que pretenda entrar al mercado colombiano deberá hacerlo captando clientes de las compañías existentes, toda vez que el mercado se encuentra en fase de contracción. Sin embargo, para lograr captar los clientes de los planes de fidelización de otros competidores, tendría que tener gran cantidad de rutas y frecuencias para hacer creíble las promociones y atractiva la redención de las mismas y, al tiempo, ofrecer condiciones más favorables que las ofrecidas por Satena.

- Costos no asumidos por Satena

Satena no cancela derechos de aterrizaje, de parqueo y de protección de vuelo en ninguno de los aeropuertos a donde presta el servicio, mientras los demás competidores, si están obligados a hacerlo.<sup>45</sup>

Sin embargo, como uno de los principales propósitos de quien pretende ingresar a un mercado es recuperar sus costos fijos y lograr un margen de utilidad que considere razonable, la circunstancia de que exista un participante en el mismo mercado, que lleva ya varios años en él, y que además presente pobres resultados operacionales de su participación, se constituye en un elemento disuasivo para quien pretenda ingresar al mismo, es decir, estaríamos ante una barrera de entrada al mercado.

#### 2.1.5 Capacidad de reacción de los consumidores

Los consumidores de un producto tienen poder disuasivo, si pueden encontrar otro prestador, cambiarse a servicios sustitutos, si pueden prescindir del consumo del servicio o si consumen un volumen tal que la pérdida de su venta sería sensiblemente perjudicial para la empresa prestadora del servicio.<sup>46</sup>

La posición monopólica que ostenta Satena en el 90% de las rutas objeto de investigación anula prácticamente la capacidad de reacción de sus consumidores, máxime cuando las barreras de acceso al mercado existentes impiden que éstos puedan encontrar en el corto plazo otro prestador del servicio. Adicionalmente, no se dispone de servicios sustitutos en vista de que las alternativas de transporte, tales como la de buses interurbanos o de automóvil tiene características tan diferenciadas en materia de precio, tiempo y seguridad que no constituyen una alternativa de sustitución, como se estableció en el punto 2.1.1.1 del presente informe.

En las restantes rutas, esto es, en aquellas en que enfrenta competencia, ésta proviene solamente de una aerolínea, ya sea Aires o Aerotaca, quienes registran una participación minoritaria y decreciente, y además con menor capacidad de movilización de pasajeros que las ofrecidas por

<sup>45</sup> De acuerdo con la resolución 04884 de 1997 de Aerocivil, se deben cancelar \$226.000 por vuelo por concepto de derechos de aeródromo y protección al vuelo.

<sup>46</sup> Bishop Simon and Walter Mike. Economics of E. C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement. Sweet & Maxwell, London, 1999, páginas 57 y 58.

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

Satena.<sup>47</sup> En estas circunstancias se dificultaría, cuando no anularía, la capacidad de reacción del consumidor, en la medida en que no dispone de posibilidades reales que le permitan neutralizar el comportamiento de Satena.

#### 2.1.6 Perdurabilidad de la conducta

Tal como fue declarado por el denunciante y corroborado en el desarrollo de la investigación, Satena ha venido otorgando descuentos y promociones desde julio 1 de 1994 hasta la fecha.<sup>48</sup>

A partir de la información suministrada por Satena, en el procedimiento 096 y sus adiciones sobre "*Políticas Comerciales de Promoción de Ventas y condiciones para expedición de tiquetes de cortesía o con descuentos*", se pudo establecer que para el periodo comprendido entre enero 1 de 1998 y junio 30 de 2001, los segmentos de consumidores beneficiarios de descuentos y promociones, son los que aparecen en la siguiente tabla:<sup>49</sup>

| Plan No | Beneficiarios del Plan   | % de descuento. |
|---------|--|-----------------|
| 1       | Celebración de Fechas especiales   | 100 %           |
| 2       | No especificado  | 75 %            |
| 3       | Estudiantes hasta 12 años, con carné Club Corocora o tarjeta ISIC: (desde diciembre 22/98) .   | 50 %            |
| 4       | Personal servicio activo FFMM: (desde diciembre 28/98); Personal FFMM en retiro, personal civil FFMM, soldados Batallón Solimoes y afiliados Coopsecol, y esposas de militares:(desde nov. 8/00).  | 25 %            |
| 5       | Estudiantes hasta 25 años con carné Club Corocora o tarjeta ISIC; mayores 55 años; religiosas (os) Conferencia Episcopal y otras religiones, estudiantes no afiliados al Club Corocora: (desde mayo 31/01)<br>Funcionarios públicos: (desde noviembre 8/00). | 20 %            |
| 6       | Religiosos y Religiosas de la Conferencia Episcopal: (diciembre 28/98 a mayo 30/01 );<br>Retirados FFMM: (diciembre 28/98 a noviembre 8/00 )   | 15 %            |
| 7       | Funcionarios públicos: (diciembre 28/98 a noviembre 7/00);<br>Personal civil FFMM y soldados Coopsecol: (diciembre 28/98 a noviembre 7/00)   | 10%             |

<sup>47</sup> Ver folios 94-116 del cuaderno No. 1.

<sup>48</sup> Según lo manifestado en folios 720 y siguientes del expediente reservado, desde esta fecha se puso en marcha el procedimiento 096 de Satena sobre "*Políticas comerciales de promoción de ventas y condiciones para expedición de tiquetes de cortesía o con descuento*".

<sup>49</sup> Se incluyen como promociones y no como descuentos la entrega de tiquetes de cortesía por haber cumplido con los requerimientos establecidos, tal como es el caso de los planes tiquete tour conductor, tiquetes corporativos, etc.

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

El análisis de la información aportada permitió deducir que Satena efectivamente ha otorgado descuentos en el total de las rutas investigadas, a los grupos de usuarios relacionados en los números 1, 2, 3, 4, y 7 del cuadro anterior, lo que equivale a decir que, dicha aerolínea no ha otorgado los descuentos establecidos en los planes 5 y 6.<sup>50</sup>

Así mismo y como habrá de exponerse en el punto siguiente, dadas las dificultades de acceso que existen para potenciales competidores, es fácil predecir que el predominio de Satena va a perdurar en el futuro próximo.

## 2.2 Abuso de posición dominante

Una vez establecido que Satena posee posición dominante en el mercado estudiado, es preciso determinar si abusó de esa situación. En el caso que se investiga, el abuso se analizará a la luz de la conducta establecida en el número 2 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992, de acuerdo con el cual, constituye abuso de la posición dominante "la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas", para el estudio del mismo procedemos al siguiente análisis:

### 2.2.1 Aplicar condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes

El derecho a la igualdad ante la ley se encuentra garantizado desde el mismo Preámbulo de la Carta Política y expresamente consagrado en el artículo 13 del Ordenamiento Superior, como un derecho fundamental.

Al respecto, ha manifestado la Corte Constitucional<sup>51</sup> que el derecho a la igualdad "...contiene seis elementos, a saber:

"a) Un principio general, según el cual, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades.

"b) La prohibición de establecer o consagrar discriminaciones: este elemento pretende que no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio o se restrinja el ejercicio de un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada, por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, o posición económica (subrayado nuestro).

"c) El deber del Estado de promover condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva para todas las personas.

"d) La posibilidad de conceder ventajas o prerrogativas en favor de grupos disminuidos o marginados.

"e) Una especial protección en favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y

"f) La sanción de abusos y maltratos que se cometan contra personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta."

<sup>50</sup> La relación de descuentos otorgados por Satena para los años 1998 y 1999 se puede ver en el Anexo No.10.

<sup>51</sup> Corte Constitucional; Sentencia C-221/92; M.P. Doctor Alejandro Martínez Caballero.

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

En esta perspectiva, es importante señalar que el principio de no discriminación consagrado en el artículo 13 constitucional lleva implícita la prohibición de imponer tratos injustificados por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión o de cualquier otra índole.

Bajo estas consideraciones es posible concluir que la discriminación implica una violación al derecho a la igualdad, por lo que su prohibición se encamina a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas de ellas, sin que exista justificación objetiva y razonable. Sobre este último punto, se ha dicho que *"El principio de igualdad solo se viola si el tratamiento diferenciado de casos no está provisto de una justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe ser apreciada según la finalidad y los efectos del tratamiento diferenciado."*<sup>52</sup>

En este orden corresponde ahora precisar que, por operaciones se entiende la ejecución de una cosa,<sup>53</sup> al paso que el término equivalente se define como una cosa que es igual a otra en la estimación, valor, potencia o eficiencia.<sup>54</sup>

Así las cosas y para el caso *sub examine*, se tiene que la operación equivalente es el servicio de transporte aéreo que presta Satena en cada una de las rutas investigadas, y la posible discriminación habrá de configurarse cuando sin ningún tipo de justificación, en forma arbitraria y caprichosa, se conceda un trato diferencial para operaciones que están en un mismo plano real. En este sentido, se ha advertido que, *"El principio de la igualdad se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se sigue necesariamente, que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos."*<sup>55</sup>(subrayado nuestro)

Precisando el alcance de estas definiciones en términos de las normas de competencia, encontramos que para que la discriminación se presente, es requisito indispensable que tanto los discriminados como los beneficiados por el trato favorable desarrollen operaciones que puedan ser consideradas como equivalentes. En este caso, todas las personas que viajan por Satena utilizan el mismo servicio de transporte aéreo, a todos los usuarios del servicio les resulta aplicable en la misma medida la previsión contenida en el artículo 981 del código de comercio, por cuya virtud se entiende que *"el transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario.(...)"*

Lo mismo puede decirse del artículo 982 ibidem cuando señala que, *"el transportador está obligado, dentro del término, por el modo de transporte y la clase de vehículos previstos en el contrato y en defecto de estipulación, conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en los reglamentos oficiales, en un término prudencial y por una vía razonablemente directa:*

*"(...)"*

<sup>52</sup> Corte Constitucional; Sentencia C-016/93. M.P. Doctor Ciro Angarita Barón.

<sup>53</sup> Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, décima octava edición, página 945.

<sup>54</sup> Ibidem página 553.

<sup>55</sup> Corte Constitucional; Sentencia T-432/92.

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

*"2. En el transporte de personas a conducir las sanas y salvas al lugar de destino".*

Las citadas normas mercantiles no hacen distinción sobre los alcances y efectos de la operación, aluden de manera omnicompreensiva a todas las personas o usuarios, por lo que cualquier utilización del servicio que se realice ha de entenderse como equivalente de otras operaciones que efectúe la misma aerolínea. En este mismo contexto deben entenderse las discriminaciones, como el trato desigual e injustificado que reciba un usuario del servicio respecto a otro de la misma aerolínea. De esta manera el supuesto contenido en la norma se cumple.

Hechas las anteriores precisiones, encontramos que Satena ha diseñado un sistema de promociones y descuentos para pasajeros, que viene aplicando desde 1994. Esos descuentos están consagrados en el documento denominado "Procedimiento 096", expedido el 1 de julio de 1994, el cual ha sido actualizado en 8 oportunidades y se encuentra vigente.<sup>56</sup>

Para diciembre de 1998, Satena tenía publicado en su página de internet distintos descuentos para pasajeros. Copia de esa página fue aportada con la denuncia.<sup>57</sup>

De manera pues que, Satena, como ella misma lo reconociera,<sup>58</sup> ha venido otorgando una serie de descuentos a grupos de pasajeros específicos, estableciendo así un trato diferente respecto de aquellos pasajeros que no hacían parte de ninguno de los grupos de beneficiarios y que en tal razón debían cancelar la tarifa plena. Debiendo resaltar en todo caso que, el tratamiento diferencial que impuso Satena a los usuarios de su servicio carecía de justificación.

<sup>56</sup> Expediente prácticas comerciales restrictivas reservado Satena, folios 720 y siguientes. El "Procedimiento 096" de 1 de julio de 1994, ha tenido las siguientes actualizaciones: Mayo 15 de 1995, abril 16 de 1997, julio 15 de 1997, diciembre 22 de 1998, mayo 15 de 1999, septiembre 15 de 1999, noviembre 8 de 2000 y mayo 31 de 2001.

<sup>57</sup> Expediente competencia desleal, AZ 1, pestaña ATAC, folios 62 y 63:

- Tiquetes pasajero frecuente (10X1) el cual otorga un pasaje con 100% de descuento en cualquier ruta de Satena con la presentación de 10 carátulas serie 2 ó 20 carátulas serie 1, de tiquetes usados con tarifa plena y a nombre del mismo usuario, los cuales hayan sido volados dentro del último año a la fecha de la solicitud de la promoción.
- "Club Corocora" el cual le permite a los estudiantes con carné, afiliados al club o estudiantes internacionales con "tarjeta ISIC", el derecho al 50% de descuento sobre la tarifa "Y" de adulto para niños con edad entre 2 y 12 años y el 20% de descuento sobre tarifa "Y", para estudiantes entre 12 y 25 años.
- Mayores de 55 años. Satena otorga el 20% de descuento en cualquiera de sus rutas a personas mayores de 55 años. Solo requiere la presentación de sus cédula de ciudadanía y una fotocopia de la misma al momento de adquirir el pasaje.
- Otros usuarios tienen los siguientes descuentos:
  - a) 25% para personal militar y Policía Nacional  
10% al personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional;
  - b) 15% para oficiales y suboficiales en retiro de las Fuerzas militares y de la Policía Nacional.
  - c) 10% para personal civil en servicio activo de institutos adscritos y vinculados al Ministerio de Defensa.
  - d) 15% para religiosos y religiosas de la Conferencia Episcopal Colombiana del orden nacional;
  - e) 10% para alcaldes, funcionarios municipales y de la Confederación de Municipios del orden nacional.
  - f) 10% para los Consejeros de Estado.

<sup>58</sup> Ver expediente prácticas comerciales restrictivas reservado, información radicada bajo el número 9757-10053 del 14 de septiembre de 2001, folios 350 a 719.

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

La empresa investigada no desvirtuó el presunto cargo de discriminación, en la medida en que no aportó los estudios de mercado o de factibilidad que le sirvieron de sustento para la adopción de la correspondiente determinación comercial, tampoco dio explicaciones convincentes que permitieran ver que ese trato diferencial se erigía sobre algún aspecto particular de mercado.

Pese a lo declarado por el representante legal de Satena, Brigadier General Héctor Campo Plata,<sup>59</sup> la jefe de mercadeo, Adriana Tiuzabá,<sup>60</sup> y el director comercial, Juan Gabriel Varela,<sup>61</sup> en el sentido que los descuentos otorgados estaban debidamente fundamentados, no existe dentro del plenario prueba que permita suponer que tales descuentos fueron el resultado de un estudio de mercado o de factibilidad.

Así y aunque el Despacho tuvo a bien adicionar el acto de pruebas para, en forma oficiosa, solicitar a la empresa investigada que remitiera "...los análisis y estudios de mercado que fueron tenidos en cuenta para la expedición del Procedimiento 096 de julio 1 de 1994, y sus modificaciones, en lo relacionado con el otorgamiento de cada uno de los descuentos y promociones en la venta de tiquetes aéreos para pasajeros, en las distintas rutas operadas por Satena",<sup>62</sup> no se allegó lo solicitado, pues la respuesta se limitó a esbozar "los factores que inciden en la práctica generalizada de conceder descuentos a grupos de personas...", sin aportar los documentos o estudios respectivos<sup>63</sup>, que sirvieron de sustento para la adopción de la política de descuentos. (subrayado nuestro)

Cabe agregar que, en la misma comunicación Satena alude a unas visitas realizadas a los puntos de venta de la aerolínea y a varias agencias de viajes, "...con el propósito de mantenernos actualizados sobre las prácticas comunes del mercado y ajustar el procedimiento básico de promociones a las actualizaciones que permiten la difusión de las mismas al público en general", sin embargo, no aporta los documentos en que consta la realización de tales visitas y ni siquiera cuáles fueron las

<sup>59</sup> El representante legal de Satena en su declaración manifestó al Despacho que el origen de los descuentos que otorga Satena "Está reglamentado, hay una reglamentación interna y lógicamente por escrito, en donde se plasman las condiciones para otorgar estos descuentos, al igual que está perfectamente definida la dirección hacia los grupos de personas que utilicen los servicios de Satena." Ver declaración del 30 de julio de 2001, obrante a folios 132 a 136

A la pregunta "En su criterio la frecuencia o habitualidad con que los funcionarios o personas señaladas en su respuesta anterior, utilizan los servicios de Satena, ameritan que le sean otorgados descuentos", manifestó que: "Si, si lo amerita, porque dentro del mercado de la sana competencia, las empresas deben considerar la lealtad de ciertos grupos de personas que frecuentemente vuelan con la empresa y esto es normal dentro de todas las empresas de aviación." Ver declaración del 30 de julio de 2001, obrante a folios 132 a 136.

<sup>60</sup> En testimonio, Adriana Tiuzabá, Jefe de Mercadeo de Satena, manifestó al Despacho que "existía un procedimiento interno de Satena que es el número 096 (...) el cual se ha venido actualizando." Respuesta pregunta 6: "Sabe usted si existe alguna norma de carácter legal o administrativo en la que se conceda a Satena la posibilidad de otorgar los referidos descuentos?" Ver declaración del 7 de septiembre de 2001, obrante a folios 147 a 150

<sup>61</sup> Juan Gabriel Varela, Director Comercial de Satena, en respuesta a la pregunta "El segmento de pasajeros a que se otorga descuentos constituye en la práctica quienes más viajan (...)?" manifestó "Si, en la práctica sí, desde el punto de vista corporativo." En seguida dijo: "En la revisión de la utilización sí ha sido significativa y en consecuencia amerita los descuentos que están planteando. Respuesta a las preguntas 10 y 11: "Podría indicar al Despacho, el fundamento, criterio o análisis que le permita realizar la aseveración dada en su respuesta anterior?" Ver declaración del 30 de julio de 2001, obrante a folios 138 a 141.

<sup>62</sup> Comunicación radicada bajo el número 9757-10059 del 13 de noviembre de 2001, folios 152 y 153 del expediente de prácticas comerciales restrictivas, pestaña acto de pruebas.

<sup>63</sup> Comunicación radicada bajo el número 9757-10062 del 19 de noviembre de 2001, folios 348 a 350 del expediente de prácticas comerciales restrictivas, pestaña acto de pruebas.

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

conclusiones de esa labor. Lo mismo puede decirse del sondeo telefónico y electrónico de mercado a que se refiere al señalar que *"la memoria institucional indica que en el año de 1994 estos sondeos telefónicos eran una práctica diaria principalmente en las agencias de viajes y turismo de mayor cubrimiento territorial y como fueron Aviatur, TMA, Sabatour y Realturs, entre otras y en las aerolíneas Avianca, Sam y Aces"*. (Subrayado nuestro)

En todo caso y admitiendo el supuesto que por volar a zonas aledañas, es altamente probable el desplazamiento de miembros de la Fuerza Pública, maestros y de alcaldes, pues en la mayoría de municipios del país es habitual, por no decir constante, que existan estas autoridades representantes de los estamentos del Estado, y que en esa medida, es de fácil predicción que utilicen los servicios de la aerolínea investigada; no hay fundamento válido para hacer el mismo raciocinio respecto a otros grupos que gozan de descuentos, tales como: estudiantes, Consejeros de Estado, mayores de 55 años, oficiales y suboficiales en retiro de las FF.MM y de la Policía Nacional, personal civil en servicio activo de institutos adscritos y vinculados al Ministerio de Defensa.

Lo anterior resulta corroborado con lo manifestado por el Consejo Superior de la Judicatura, quien en respuesta al oficio 00009757-10005 de 2000,<sup>64</sup> señaló que *"los funcionarios de las Cortes no han viajado a los Territorios Nacionales y en consecuencia no han utilizado el servicio aéreo de Satena."*

Del mismo modo, aunque Satena tiene previsto un descuento para los religiosos y religiosas miembros de la Conferencia Episcopal Colombiana, según Satena para que ellos utilicen frecuentemente la aerolínea, el presidente de la Conferencia Episcopal en respuesta al oficio 00009757-10008 de 2000,<sup>65</sup> remitió una relación de las facturas expedidas a la Conferencia Episcopal con especificación de las rutas utilizadas, no obstante, ninguna de las facturas relacionadas corresponde a las rutas que son objeto de la presente investigación, pudiendo colegir de ello que los religiosos y religiosas no han utilizado a Satena para viajar en las rutas investigadas.<sup>66</sup>

Conforme con lo anterior, no puede asegurarse que Satena emplea como criterio para otorgar descuentos, la frecuencia con la que cierto grupo de personas utilizan sus servicios debido a que en las rutas que se investigan los religiosos y los magistrados, no han utilizado el servicio aéreo de Satena.

Por tanto, lo declarado por la Jefe de Mercadeo y Publicidad de Satena a la pregunta: *"Podría indicar al Despacho los criterios o los análisis que realiza Satena para determinar el segmento de pasajeros a que se otorga descuentos?"* -Respuesta- *Básicamente, es sobre las solicitudes que allegan los segmentos de pasajeros, se evalúa el movimiento de pasajeros que podría generarle a la aerolínea y para el caso específico de los funcionarios públicos y militares es porque hacemos parte de la misma familia y son usuarios frecuentes de nosotros"*,<sup>67</sup> no resultó corroborado dentro de la investigación.

Si el criterio para otorgar los descuentos fuera la frecuencia en la utilización del servicio, tendríamos entonces que los colonos, campesinos e indígenas también deberían gozar de esta prerrogativa, al

<sup>64</sup> Expediente prácticas comerciales restrictivas, pestaña acto de pruebas, folios 9 y 10.

<sup>65</sup> Expediente prácticas comerciales restrictivas, pestaña acto de pruebas folio 20.

<sup>66</sup> Respuesta de la Conferencia Episcopal Colombiana, expediente prácticas comerciales restrictivas, pestaña acto de pruebas, folios 24 a 25.

<sup>67</sup> Testimonio de Adriana Tiuzabá, jefe de mercadeo de Satena, respuesta a la pregunta 5.

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

ser considerados como pasajeros fieles de la aerolínea, como lo manifestara el Brigadier General Héctor Campo Plata,<sup>68</sup> pero no es así.

Por otra parte, atendiendo la respuesta de Adriana Tiuzabá en relación a que "Satena atiende las solicitudes que allegan los segmentos de pasajeros", en el expediente reposan distintas comunicaciones enviadas a Satena, mediante las cuales se le solicita la asignación de rutas a determinadas ciudades. Con dicha información se construyó la tabla que se muestra a continuación:

| Solicitante  | Ruta   | Fecha de solicitud <sup>69</sup> |
|--|--|----------------------------------|
| Consejo Superior de la Judicatura                  | Hacia el Chocó                                 |                                  |
| Representante a la Cámara por el Depto del Vichada | Puerto Carreño - Vichada                       | (febrero 22 de 1999)             |
| Alcaldía de Valledupar                             | Valledupar-Bogotá-Valledupar                   | (22 de noviembre de 1999)        |
| Ministerio de Defensa                              | Medellín-Cali / Buenaventura / Cali - Medellín | (abril 5 de 1999)                |
| Colonia Leguizameña                                | Neiva-Puerto Leguizamo-Neiva                   | (julio 6 de 1999)                |
| Alcaldía de Buenaventura                           | Buenaventura-Bogotá-Buenaventura               | (febrero 6 de 1997)              |
| Gobernación de Vichada                             | Puerto Carreño                                 | (junio 10 de 1994)               |
| Empresarios Depto. De Nariño                       | Pasto-Cali-Bogotá                              | (Noviembre 23 de 1999)           |
| Defensoría del Pueblo                              | Villa Garzón (Putumayo) y Puerto Leguizamo     | (Noviembre 23 de 1998)           |
| Ministerio del Interior                            | Bogotá-Villa Garzón-Puerto Asís                |                                  |

<sup>68</sup> En declaración del 30 de julio de 2001, manifestó:

"Pregunta 4: Manifieste si dentro de las operaciones que realiza Satena han sido previstos o si se concede descuentos en el valor de las tarifas de las distintas rutas que le han sido asignadas.

"Respuesta: La práctica de descuentos es normal en las empresas de aviación, es una práctica común y aceptada es más tengo aquí una taba de descuentos de una empresa de aviación en Colombia, quizá la mejor empresa, una empresa respetable, eficiente y un modelo a seguir dentro de las demás. En segundo lugar, nosotros ofrecemos descuentos fundamentalmente a estos pasajeros fieles a nuestra compañía Satena. Tercero, estos descuentos, no son amplios tienen sus restricciones, tanto en el tiempo, como también en temporadas."

"Pregunta 5: En relación con su respuesta anterior, podría aclarar a qué se refiere cuando habla de pasajeros fieles a la compañía.

Respuesta: Satena tiene 39 años de estar operando, fundamentalmente lo hace a la Orinoquía, Llanos Orientales, Amazonas, Pacífico, allí estos lugares que no son ciudades, sino realmente caseríos Satena ha sido la única empresa que ha acompañado a esta población conformada por indígenas, colonos, campesinos y funcionarios del Estado, maestros, funcionarios de salud, militares y miembros de la iglesia en general, entonces durante 39 años nos hemos acompañado ellos y nosotros, y que más lealtad que esa." (El Subrayado es nuestro)

"Pregunta 5: Podría indicar al despacho los criterios o los análisis que realiza Satena para determinar el segmento de pasajeros a que se otorga".

<sup>69</sup> Expediente prácticas comerciales restrictivas, pestaña de investigación, folios 1 a 60 y 114 a 141.

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

|  |  |                           |
|--|--|---------------------------|
|  | Puerto Asís-Puerto Leguizamo   | (Noviembre 30 de 1998)    |
| Agencia de Viajes Galeras Ltda.                      | CLO-TCO-PSO-TCO-CLO  | (Enero 26 de 1998)        |
| Cámara de Comercio de Saravena                       | Saravena-Bucaramanga-Saravena  | (19 de diciembre de 1997) |
| Junta de Acción Comunal de Barrancominas - Guainía   | Barrancominas - Guainía  | (30 de agosto de 2000)    |
| Juez Promiscuo Municipal Barrancominas - Guainía     | Villavicencio-Barrancominas  | (Agosto 30 de 2000)       |
| Cámara de Comercio                                   | Bogotá-Leticia-Bogotá  | (julio 28 de 2000)        |
| Alfonso Angel  | Bogotá-Medellín  | (Junio 1 de 2000)         |
| Concejo de Manizales                                 | Bogotá-Manizales   | (Octubre 17 de 2000)      |
| Ministerio de Educación-Educación Contratada Guainía | Barrancominas-Villavicencio/<br>Barrancominas-Bogotá/<br>Barrancominas-Inírida | (Agosto 30 de 2000)       |

Sin embargo, de estas solicitudes solamente las rutas hacia Puerto Carreño están incluidas como rutas investigadas,<sup>70</sup> y en todo caso se trata de la solicitud de rutas y no de descuentos. Por consiguiente, este argumento no está comprobado como criterio tenido en cuenta para la asignación de los descuentos y promociones.

Por todo lo anterior, podemos concluir que Satena al otorgar descuentos a grupos segmentados de pasajeros estaba creando un trato diferencial, cuyas razones o motivaciones no logró justificar, dando lugar a una verdadera discriminación.

2.2.2 Colocar a un consumidor en situación desventajosa frente a otro consumidor de condiciones análogas

❖ Condiciones análogas

En primer lugar debe entenderse por análogo: que tiene analogía con otra cosa. A su vez, analogía es la relación de semejanza entre cosas distintas.<sup>71</sup>

Ahora bien, como quiera que dentro del acervo probatorio recaudado no existen elementos que soporten o justifiquen un trato preferente para los grupos de pasajeros a los que Satena concede descuentos, debe entenderse entonces que estos sujetos se encuentran material y realmente en el mismo plano que cualquier persona que utilice dicho servicio.

Por tanto, todas las personas que utilicen los servicios de la citada aerolínea son consumidores de condiciones análogas, en la medida en que presentan semejanza en las condiciones de utilización del servicio.

<sup>70</sup> Las rutas investigadas corresponden a Puerto Carreño-Villavicencio-Puerto Carreño; Bogotá-Puerto Carreño-Bogotá.

<sup>71</sup> Diccionario de La Lengua Española. Real Academia Española, décima octava edición, página 85.

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

❖ Colocar a un consumidor en situación desventajosa frente a otro consumidor

El verbo colocar significa poner a una persona o cosa en su debido lugar. Acomodar a uno, poniéndole en algún estado o empleo.<sup>72</sup> A su vez, se define situación como la disposición de una cosa respecto del lugar que ocupa. Acción y efecto de situar, en tanto que, situar es poner a una persona o cosa en determinado sitio o situación,<sup>73</sup> y desventajoso es lo que acarrea desventaja. Entendiéndose por desventaja una mengua o perjuicio que se nota por comparación de dos cosas, personas o situaciones.<sup>74</sup>

Por consiguiente, para que se configure el precepto normativo que se analiza, es menester que como resultado de la aplicación de las condiciones discriminatorias, se sitúe a los sujetos discriminados en condiciones diferentes respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habrán de recibir el correspondiente servicio, y adicionalmente, que tales condiciones les resulten desventajosas.

En el caso que nos atañe, se ha podido constatar que Satena, sin justificación válida, ha establecido un tratado diferencial y favorable a través de descuentos a grupos específicos de pasajeros, razón por la cual quien utiliza en las mismas circunstancias y bajo la mismas condiciones el servicio sin recibir ningún tipo de descuento, estará en una situación desventajosa toda vez que por el mismo trayecto debe pagar una suma de dinero superior.

### 3 Autorización, ejecución y tolerancia

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

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

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende por autorizar; "*dar a uno autoridad o facultad para hacer alguna cosa*",<sup>75</sup> así mismo, el término ejecutar es definido como "*poner por obra una cosa*",<sup>76</sup> en tanto que el verbo tolerar aparece definido como: "*disimular algunas cosas que no son lícitas, sin consentirlas expresamente*".<sup>77</sup>

Así pues, respecto del representante legal investigado, Brigadier General Álvaro Román Bahamón, se encontró que el mismo ejercía la representación legal de Satena al momento de la ocurrencia de

<sup>72</sup> Ibidem página 327.

<sup>73</sup> Ibidem página 1205.

<sup>74</sup> Ibidem página 470.

<sup>75</sup> Diccionario de la Lengua Española. Décimo Octava Edición, página 147.

<sup>76</sup> Ibidem, página 509.

<sup>77</sup> Ibidem, página 1269.

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

los hechos objeto de la denuncia, tal y como obra a folios 88 a 92 del cuaderno 1 del expediente. Por tanto, y teniendo en cuenta que dentro de las funciones de los representantes legales se encuentra la de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias,<sup>78</sup> se desprende que al haberse diseñado e implementado una serie de descuentos sin soporte técnico ni de mercado, habría ejecutado, permitido o cuando menos tolerado el comportamiento que dio lugar a la infracción del número 2 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992.

No obstante y atendiendo a que no es claro que el comportamiento investigado haya podido irrogar algún tipo perjuicio directo a las aerolíneas competidores en las rutas analizadas o a los usuarios del servicio en las mismas rutas, esta Entidad considera que una multa equivalente al 20% de la multa impuesta a Satena, resulta suficiente para preservar las finalidades a que atiende el número 16 del artículo 4° del decreto 2153 de 1992, siempre y cuando se suspendan de manera inmediata los descuentos que dieron origen a la presente investigación, hasta tanto sean informados los estudios y razones de mercado que les sirvieron de sustento.

En todo caso, se reitera que las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas son de orden público, y por ende de obligatorio cumplimiento, en consecuencia, el Brigadier General Álvaro Román Bahamón deberá observarlas siempre, cualquiera que sea el cargo actividad que este desempeñando, debiendo en todo caso, abstenerse de incurrir en cualquier clase de acto que pueda considerarse como contrario a la normatividad sobre libre competencia.

#### **4 Respetto a las observaciones presentadas por la empresa investigada**

##### **4.1 Legalidad de la actuación**

##### **4.1.1 Non bis in idem**

##### **4.1.1.1 Concepto y alcance**

Este principio establece la imposibilidad de someter a alguien a un doble juzgamiento por un mismo hecho y frente a un mismo ordenamiento. La noción del non bis in idem, traduce uno de los efectos principales de la cosa juzgada, que es justamente impedir "*...que las controversias se reabran indefinidamente en perjuicio de la seguridad jurídica de las personas y del orden social del Estado*".<sup>79</sup>

Sobre este particular, se ha expresado que "*el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho parte de la base que la situación procesal del acusado ha sido definida por sentencia ejecutoriada o por providencia que tenga la misma fuerza vinculante, de manera que el juez no puede volver a procesarlo ni sentenciarlo por el mismo hecho; esto es lo que se conoce como efecto negativo de la cosa juzgada, porque impide al juez fallar nuevamente el asunto ya decidido*".<sup>80</sup>

Aunque normalmente este principio es relacionado con las actuaciones de carácter penal, recientemente ha venido abriéndose campo en procedimientos de otra naturaleza como la disciplinaria y la administrativa. Sobre este aspecto es importante traer a colación lo manifestado por la Corte Constitucional, en cuanto que "*el postulado non bis in idem se extiende a toda clase de procesos y no únicamente a los penales. Más aún, también es aplicable en las actuaciones*

<sup>78</sup> Código de Comercio, número 2 del artículo 23.

<sup>79</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 6 de febrero de 1990.

<sup>80</sup> Consejo Superior de la Judicatura, Decisión del 18 de abril de 1996 por la cual se revoca y dispone la apertura de una investigación, radicación 8685 A, M.P. Dra. Amelia Mantilla Vargas.

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

*administrativas según perentorio mandato del citado artículo 29 de la Carta*.<sup>81</sup> (subrayado no hace parte del texto original)

De manera que, el "*non bis in idem*" como principio o como regla jurídica se edifica sólidamente en la doctrina y se levanta en la legislación, en forma tal que los entes gubernamentales deben acatarlo rigurosamente y protegerla con recelo, como derecho fundamental que es.

#### 4.1.1.2 Requisitos y presupuestos para su configuración

Para que real y efectivamente tenga lugar la violación del "*non bis in idem*", es imprescindible que la pluralidad sancionatoria entre a operar sobre una triple identidad:

- La identidad del sujeto;
- Que se utilicen los mismos fundamentos de orden fáctico o sea los hechos constitutivos de la infracción, y
- La coincidencia casual o fundamento legal

Siendo así, la identidad del sujeto es necesaria para que se edifique la estructura jurídica del trípede que configura el *non bis in idem*. Se trata del sujeto pasivo de la relación jurídico procesal o del sujeto pasivo del procedimiento administrativo. En cuanto a los fundamentos de orden fáctico, o sea los hechos constitutivos de la infracción, basta simplemente concretar el análisis a los elementos que conforman el tipo infraccional de carácter administrativo, para saber si se está violando el principio a que estamos haciendo referencia.<sup>82</sup> Finalmente, respecto a la coincidencia casual o fundamento, se ha establecido que no se vulnera el *non bis in idem* cuando a pesar de tratarse de un mismo hecho se juzga bajo tamicos distintos, como sucede por ejemplo en actuaciones administrativas y penales que sirven de preámbulo para sancionar un mismo supuesto fáctico, pues para estos casos tiene un entorno jurídico bien diferente.

Pero si la anterior decisión ostenta la misma naturaleza jurídica que la nueva, desde luego que se quebranta el principio y se desconoce la garantía constitucional, pues entonces los mismos hechos volverían a ser investigados a la luz de un mismo ordenamiento, eliminando la certidumbre jurídica a que aspiran los investigados cuando se profiere decisión definitiva.

#### 4.1.2 Dos investigaciones distintas

##### 4.1.2.1 Actuaciones adelantadas

<sup>81</sup> Corte Constitucional: sentencia No T-520/92 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>82</sup> La Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión Penal, con ocasión de un recurso de casación sostuvo, "... es de observar que carece de sentido la impugnación de la procesada en cuanto reclama la concreción de la denominación jurídica de la infracción en el auto recurrido bajo el argumento de que, de no hacerse se vería expuesta a un nuevo juzgamiento. Ello porque el principio procesal de la cosa juzgada la ampara no frente a una calificación jurídica sino en relación con los HECHOS que han sido materia de pronunciamiento judicial, independientemente de la calificación jurídica que a ellos se les de; es así porque el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal establece en lo pertinente:

"La persona cuya situación procesal haya sido definida por sentencia ejecutoriada o por auto que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nuevo proceso POR EL MISMO HECHO, aunque a éste se le de una denominación distinta, excepto lo previsto para el recurso extraordinario de revisión.

"La prohibición de doble juzgamiento, pues, no se encuentra estatuida con referencia a la calificación que un determinado juez pueda dar a los hechos que han sido sometidos a su conocimiento, sino a la realidad fáctica que pueda generar un reproche a nivel penal. Así, al pronunciarse el Tribunal en primera instancia con un auto de cesación de procedimiento como aconteció en este caso, poca importancia tiene frente al principio de la cosa juzgada, el que haya definido en su providencia de delito -tipo que estima ha podido recoger la descripción comportamental materia de la denuncia porque bien se trate de falsedad documental o de prevaricato, al cobrar ejecutoria la decisión impide que la jurisdicción regrese a hacer un estudio de los hechos." (Radicación 6531-91, diciembre 6 de 1991).

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

Mediante comunicación radicada con el número 99002814 de enero 20 de 1999, el apoderado de la Asociación de los Transportadores Aéreos Colombianos -ATAC- presentó denuncia ante esta Superintendencia, en contra de Satena, por la presunta realización de conductas de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas.

A criterio del quejoso, Satena habría incurrido en actos de competencia desleal, adecuándose su comportamiento al artículo 18 de la ley 256 de 1996, en la medida que se habría producido la infracción a una norma por el hecho que Satena no se encuentra sometida a las disposiciones que rigen a la aviación civil en sus actividades comerciales, circunstancia que le habría conferido una ventaja competitiva y significativa. En el mismo escrito señaló el quejoso que, Satena habría incurrido en violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, al haber abusado de su posición dominante a través del establecimiento de precios predatorios y de actos de discriminación.

Fue así como, con base en la queja presentada y habiendo adelantado la averiguación preliminar correspondiente, la Superintendente Delegada para Promoción de la Competencia expidió la resolución 6048 de 31 de marzo de 1999, ordenando la apertura de investigación en contra de Satena por la realización de actos de competencia desleal, específicamente, por la presunta violación del artículo 18 de la ley 256 de 1996. Dicha actuación se adelantó hasta concluir con la resolución 29306 del 2 de noviembre de 2000, mediante la cual se declaró que los hechos investigados, los mismos que quedaron plasmados en la resolución de apertura señalada, no constituían infracción al artículo 18 de la ley 256 de 1996.

Posteriormente, mediante denuncia radicada con el número 00009757 de febrero 14 de 2001, el apoderado de ATAC, mediante documento idéntico al contenido en el denuncia inicial, nuevamente solicitó apertura de investigación en contra de Satena, por conductas presuntamente violatorias de las normas sobre competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas.

A partir de lo anterior, la Delegada para Promoción de la Competencia, ordenó, mediante resolución 3194, la apertura de la investigación en contra de Satena, por la presunta violación al número 2 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992, en el entendido que los descuentos concedidos podrían entrever una forma discriminatoria para los demás usuarios del servicio que no se benefician de esta práctica.

Como conclusión de la instrucción adelantada, la Delegatura para la Promoción de la Competencia, dio traslado al Superintendente de Industria y Comercio y a los sujetos intervinientes en esta actuación, del informe motivado mediante el cual se concluye que Satena incurrió en la violación del número 2 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992.

Hecho el anterior recuento de actos, conviene ahora expresar que, para la época en que se presentaron las denuncias y se abrieron las respectivas investigaciones, la Superintendencia se encontraba sujeta en su integridad al procedimiento contenido en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, tanto en las actuaciones por prácticas comerciales restrictivas como en competencia desleal,<sup>83</sup> procedimiento éste que si bien fue concebido para determinar la existencia de infracciones al

<sup>83</sup> Sobre el punto, es importante señalar que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-649 de 2001, declaró que "los artículos 143 y 144 de la ley 146 de 1998 atribuyen a la Superintendencia de Industria y Comercio, funciones administrativas y jurisdiccionales en materia de competencia desleal" -agregando más adelante que- "las funciones jurisdiccionales son aquellas que ya venían ejerciendo los jueces de la República en aplicación de la ley 256 de 1996, por virtud de los principios constitucionales de igualdad y de excepcionalidad en la atribución de este tipo de funciones a entidades administrativas. Ello excluye del carácter jurisdiccional, atribuciones tales como las de imponer las multas y sanciones pecuniarias establecidas en el artículo 4 del decreto 2153 de 1992, abstenerse de dar trámite a las quejas que no sean significativas o, llevar registros."

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

régimen de libre competencia, posteriormente y por remisión expresa de la ley 446 de 1998,<sup>84</sup> aplicaba por igual a las actuaciones que se adelantaran en materia de competencia desleal por esta Entidad.

De tal suerte que el procedimiento aplicable a ambas actuaciones, el contenido en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, es por esencia administrativo y en esa medida se encuentra informado por los principios orientadores de este tipo de actuaciones, siendo de especial relevancia el principio de celeridad, por cuya virtud esta Entidad tiene a su cargo el impulso oficioso de las actuaciones.<sup>85</sup>

En este orden encontramos que, al tenor del mencionado artículo 52, la actuación, sea que iniciara de oficio o por solicitud de un tercero, suponía un trámite o estado inicial denominado averiguación preliminar que determinaba la suficiencia de mérito para abrir formalmente una investigación, en cuyo caso, la Superintendencia debía precisar cuál sería el escenario fáctico y normativo objeto de la instrucción, como en efecto hizo, al establecer cuales de los hechos presentados en la queja debían ser analizados bajo el tamiz de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y cuales desde la perspectiva de las normas sobre competencia desleal, cada una dentro de una actuación propia e independiente.

Fue en esta perspectiva que tuvieron lugar las resoluciones 6048 de 1999 y 3194 de 2000, confrontando en la primera unos hechos particulares y específicos frente al artículo 18 de la ley 266 de 1996 propios de competencia desleal, y en la segunda otros hechos frente al número 2 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992, propios de prácticas comerciales restrictivas.

Es por ello que no habría lugar a considerar que este Despacho hubiese violado el principio de "*non bis in idem*", por cuanto la óptica con que se adelantan cada una de las investigaciones, su naturaleza y sus fundamentos legales, son diferentes, faltando así dos de los elementos referidos en el punto 3.1.1 de este proveído, cuales son: la identidad de los fundamentos de orden fáctico y el fundamento legal.

Mal puede decirse entonces que se esté conculcando el principio del *non bis in idem*, cuando se trata de dos actuaciones distintas soportadas en hechos y normas sustanciales propias. Cosa distinta sería que los mismos hechos por los que ya se investigó a Satena en la actuación de competencia desleal y por los que se determinó su ausencia de responsabilidad en la citada resolución 29306 de 2000, volvieran a cuestionarse y a ser objeto de investigación, pues ahí sí con seguridad, se estaría vulnerando flagrantemente el principio del *non bis in idem*, pero como ya se dijo, no es está la situación que tenemos, pues sobre los hechos que componen la investigación de prácticas comerciales restrictivas no ha existido pronunciamiento de fondo anterior, y por lo mismo, no hay doble juzgamiento de unos mismos hechos.

Es oportuno resaltar que, en cada una de las investigaciones promovidas, se siguió el procedimiento adecuado y se respetó a cabalidad el debido proceso, por lo que los derechos de la investigada quien participó en cada una de las actuaciones adelantadas y ejerció adecuadamente el derecho de defensa, fueron plenamente respetados.

<sup>84</sup> De acuerdo con el artículo 144 de la ley 446 de 1998, "*en las investigaciones por competencia desleal la Superintendencia de Industria y Comercio seguirá el procedimiento previsto para las infracciones al régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, y podrá adoptar las medidas cautelares contempladas en las disposiciones legales vigentes.*"

<sup>85</sup> Ver artículo 3° del código contencioso administrativo.

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

En consecuencia, mal puede decirse que con la actuación adelantada se haya desconocido el principio de economía que rige las actuaciones administrativas, cuando la conducta de abuso de posición de dominio no había sido objeto de investigación anterior. Recuérdese que, si bien esta Entidad ya había analizado y emitido pronunciamiento de fondo sobre el comportamiento de Satena, fue dentro de la investigación sobre competencia desleal que se adelantó, la cual estuvo suportada en hechos y cargos distintos a los que ahora se analizan.

4.2 Posición de dominio

Como resultado de la actuación adelantada y con fundamento en el material probatorio recaudado, esta Entidad pudo concluir que la empresa Satena se encuentra en posición dominante en las rutas investigadas. Para arribar a la anterior conclusión se analizaron, entre otros aspectos, la participación en el mercado de la empresa investigada, su capacidad instalada y utilizada, la sustituibilidad del producto, su competencia efectiva, las barreras de acceso a potenciales competidores, tanto jurídicas como económicas; estableciendo a partir de lo anterior, la capacidad de Satena para modificar de manera unilateral y sustancial el precio y volumen de producción, así como el grado de perdurabilidad de su situación de dominio.

En tal suerte, la afirmación del apoderado de Satena en cuanto que esta Entidad habría deducido la posición de dominio de la empresa, del hecho de que en las rutas en que la misma no tiene el monopolio, "...tiene una participación del mercado superior al 70% y un nivel de ocupación de sillal superior al 60%", resulta apartada a la realidad pues la capacidad ociosa de ocupación fue tan solo uno de los múltiples elementos que analizados, en su conjunto, permitieron establecer su posición dominante.

De otra parte, la Superintendencia disiente de la apreciación de Satena en cuanto que un nivel de ocupación del 60%, no sea un elemento disuasivo para otras aerolíneas que pretendan ingresar a estas mismas rutas, pues es claro que si la aerolínea que opera bajo condiciones de monopolio presenta índices de ocupación no mayores del 60%, cualquier operador aéreo que pretenda incursionar en alguno de estos mercados encontraría, no solo que ya se encuentra satisfecha la demanda, sino además que la aerolínea existente posee una capacidad ociosa de utilización del 40%, que en un momento dado le permitiría cubrir cualquier incremento de la demanda o neutralizar a un posible competidor, siendo esta circunstancia una barrera de entrada considerable, máxime si se tiene en cuenta la trayectoria de Satena en tales rutas y el posicionamiento que tiene en el mercado.

Igualmente es importante dejar en claro que, esta Superintendencia no desconoce que Satena tenga competidores en varias de sus rutas, no obstante, la investigación no es sobre la totalidad de las rutas atendidas por Satena, sino únicamente sobre 62 de ellas, de las cuales como se ha repetido en varias oportunidades, posee monopolio en 56 de ellas, es decir, que en ellas no enfrenta competencia de ninguna clase.

Ahora bien, en cuanto lo aducido por el apoderado de Satena en el sentido que, "...también vale la pena traer a colación la declaración del Jefe de la Oficina de Transporte Aéreo de la Aeronáutica Civil, que obra en el expediente, de acuerdo con la cual los operadores comerciales no han solicitado la autorización de rutas en las cuales opera Satena", debemos señalar que tal afirmación no desdibuja ni tampoco desvirtúa la posición dominante de Satena en las rutas investigadas, más bien lo contrario, confirma la ausencia de competidores actuales en la mayoría de ellas.

Así mismo, nos permitimos recordar que, la investigación adelantada no se relacionó con el hecho de si Satena obtenía o no utilidades operacionales, o si éstas eran o no significativas respecto de la

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

inversión o del precio de venta de los pasajes aéreos, por tanto estas circunstancias resultan ajenas e irrelevantes para esta actuación, dado que no guardan relación con el objeto de la investigación.

#### 4.3 Circunstancias configurativas del abuso

Cuando Satena expresa que con los miembros de la fuerza pública, los funcionarios públicos y los miembros de comunidades religiosas ha mantenido relaciones comerciales a través de toda su historia comercial, pretende probar que existen usuarios frecuentes. Sin embargo, ni durante el transcurso de la investigación, ni en las observaciones al informe motivado, ha probado estas afirmaciones con fundamentos económicos, tales como que dichos grupos representan o han representado históricamente un porcentaje significativo de sus ingresos o que tradicionalmente efectúan sus compras de contado.

Tampoco explica el hecho de que existan diferentes clases de descuentos, es decir, no se encuentra una razonable justificación a la clasificación de los usuarios por grupos. No hay razones que permitan establecer los criterios a que obedecen las diferentes clases de descuentos.

De otro lado, es importante dejar en claro que, en el oficio en que Satena alude a los procedimientos efectuados para establecer sus descuentos, el mismo que en su sentir fue valorado indebidamente por esta Entidad, es según Satena lo reconoce, una descripción general de los métodos utilizados para establecer las condiciones del mercado, y aunque realiza algunas referencias tangenciales a procedimientos llevados a cabo, brillan por su ausencia los soportes y estudios técnicos que le sirven de asidero. Por tanto, resulta imposible corroborar lo allí expresado.

En cuanto a las afirmaciones sobre descuentos, no se trata de considerar como lo manifiesta Satena, que esta política comercial sea considerada en sí misma como abusiva de la posición dominante y que en consecuencia la Superintendencia deba iniciar de oficio una investigación a todas las aerolíneas que tienen esta práctica, por cuanto este Despacho mal podría afirmar o considerar que la política de descuentos adelantada por Satena o por cualquier otra empresa es, en sí misma restrictiva, o constituye un abuso de una supuesta posición de dominio. Lo restrictivo tiene lugar cuando, una empresa con posición de dominio establece un plan de descuentos sin justificación, pues es allí cuando este instrumento se convierte en discriminatorio y por ende, en abusivo, como sucedió en el presente caso.

Para esta Entidad el otorgamiento de descuentos constituye una estrategia perfectamente válida en oportunidades tales como el pretender ingresar a un mercado, el de vender rápidamente mercancías que se están volviendo obsoletas, o el de recaudar rápidamente fondos para cubrir déficit de caja, incluso teniendo posición de dominio. Lo que está prohibido es que a través de una política de descuentos, una empresa con posición de dominio en el mercado pueda abusar de dicha posición, como por ejemplo, estableciendo precios de venta por debajo de los costos, o como en el presente caso, que dichos descuentos sean el instrumento idóneo para establecer discriminaciones entre usuarios de servicios de condiciones análogas en el mercado relevante definido, pues es allí cuando el comportamiento pasa de ser una simple estrategia comercial a convertirse en una práctica comercial restrictiva.

En esta perspectiva y teniendo en cuenta que la valoración probatoria se realiza atendiendo las reglas de la sana crítica,<sup>86</sup> esta Superintendencia consideró que los documentos aportados por

<sup>86</sup> Establece el inciso 1° del artículo 187 del código de procedimiento civil que, "las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos". (subrayado nuestro)

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

Satena en que se daba cuenta del comportamiento realizado por otras aerolíneas en el sentido de otorgar descuentos, no apuntaban a demostrar o desvirtuar los hechos materia de investigación, razón por la cual no incidieron en el resultado final de la presente investigación.

En tal suerte, el que otras aerolíneas con presunta posición dominante incurran en la misma conducta que Satena, es una situación que sin duda merece ser analizada con el propósito de establecer si existe mérito suficiente para abrirlas investigación y esclarecer si se está incurriendo en la misma práctica a fin de reprimirlas. Con todo, tal circunstancia no desdibuja la responsabilidad de Satena por los hechos que fueron investigados y probados. En todo caso, aun siendo el otorgamiento de descuentos una práctica constante entre los operadores aéreos, no puede pasarse por alto que en nuestra legislación carece de validez la costumbre "*contra legem*".<sup>87</sup>

#### 4.4 La actividad de la empresa infractora

Esta Superintendencia entiende perfectamente el objeto social de Satena de atender y conectar las poblaciones menos desarrolladas del país para ayudar a aumentar el bienestar de sus pobladores, pero esta circunstancia no es la que merece reproche, sino la infracción de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, por los hechos ya descritos. Así mismo, la circunstancia de que Satena haya recibido un sinnúmero de peticiones encaminadas a fijar nuevas rutas de transporte aéreo de pasajeros y de carga, así como su política interna para asignar tales rutas, no guarda relación con lo investigado y en esa medida no fue el hecho generador de responsabilidad.

#### 4.5 Presupuestos configurativos de la norma

Finalmente, es importante manifestar que la configuración de la norma que se analiza, presupone, de una parte, establecer la posición dominante del infractor, y de otra, el abuso de la misma que para el caso estaría dado por la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes que coloquen a un consumidor en situación desventajosa frente a otro de condiciones análogas, circunstancia éstas que fueron debidamente probadas en la investigación y que resultan suficientes para que se entienda configurada la infracción. Siendo así y como puede apreciarse, la norma citada alude únicamente a esos presupuestos, la posición dominante y su abuso, sin que sea menester entrar a demostrar una relación de causalidad entre el primero y el segundo.

Lo contrario llevaría al absurdo de considerar que en todos los casos, es la situación de dominio en un mercado específico el hecho o circunstancia que lleva al comportamiento abusivo, y por tanto, que todo aquel que posea posición de dominio estaría siempre abusando de la misma, raciocinio que iría en contravía del artículo 333 del Ordenamiento Superior,<sup>88</sup> del que se desprende que la posición dominio en sí misma y por sí sola, no es restrictiva de la libre competencia

### 5 **Monto de la sanción**

De acuerdo con el número 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por 2.000 salarios mínimos legales

<sup>87</sup> Establece el artículo 3 del código de comercio que, "*la costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar en que hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella*". (subrayado nuestro)

<sup>88</sup> Establece el inciso 5° del artículo 333 de la Constitución Política que "*el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional*". (subrayado nuestro)

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

mensuales vigentes al momento de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto.

Ahora bien, para el caso concreto es preciso tener en cuenta que la empresa infractora desarrolla su actividad precedida de un ánimo social, consistente en acercar las zonas alejadas y marginales del territorio nacional, al interior del país; de manera que su actividad no puede considerarse como eminentemente comercial.

Del mismo modo, de atenderse a que el comportamiento de Satena merecedor de reproche no causó ningún daño real a sus competidores, tampoco es claro el impacto negativo que haya podido tener sobre los consumidores.

Por tanto, esta Superintendencia considera que una multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes para Satena, resulta proporcional al comportamiento realizado y a los fines que se pretenden preservar con el número 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, en la medida en que se suspendan de manera inmediata los descuentos que dieron origen a la presente investigación, hasta tanto sean informados los estudios y razones de mercado que les sirvieron de sustento, y en lo sucesivo cualquier tipo de descuento que se pretenda conceder cuente con los debidos soportes.

**QUINTO:** De conformidad con lo ordenado en el artículo 24 del decreto 2153 de 1992, concordante con los números 13 y 15 del mismo texto legal, el 4 de febrero de 2002 se escuchó al Consejo Asesor.

**RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO.** Declarar que la conducta objeto de investigación realizada por la empresa comercial del estado denominada Servicio Aéreo a Territorios Nacionales – SATENA, es ilegal por contravenir lo previsto en el número 2 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992.

**ARTICULO SEGUNDO.** Imponer una sanción pecuniaria por el equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes, que corresponden a seiscientos dieciocho mil pesos (\$618.000.00), a la empresa comercial del estado denominada Servicio Aéreo a Territorios Nacionales – SATENA.

**PARÁGRAFO.** El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta No. 050-000024-9 código rentístico 5005 y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

**ARTICULO TERCERO:** Imponer una sanción pecuniaria por la suma de ciento veintitrés mil seiscientos pesos (\$123.600.00) al Brigadier General Álvaro Román Bahamón.

**PARÁGRAFO.** El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta No. 050-000024-9 código rentístico 5005 y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

**ARTÍCULO CUARTO:** En ejercicio de la facultad que le confiere a esta Entidad el número 13 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, se ordena a Satena S.A. suspender los descuentos comerciales

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

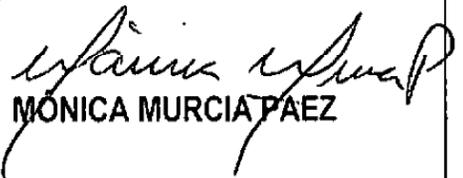
que dieron origen a la presente investigación, hasta tanto sean informados a esta Superintendencia los estudios y razones que le sirvieron de sustento para ello. Así mismo y por un término de dos (2) años, deberá abstenerse de conceder cualquier tipo de descuento en la venta de tiquetes aéreos, cuyas justificaciones no hayan sido previamente informadas a esta Entidad.

**ARTICULO QUINTO.** Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución, al doctor Gustavo Adolfo Osorio García, en su calidad de apoderado de la empresa comercial del estado denominada Servicio Aéreo a Territorios Nacionales - SATENA, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Dada en Bogotá, D.C., a los **11 FEB. 2002**

La Superintendente de Industria y Comercio

  
**MÓNICA MURCIA PÁEZ**

Notificación:

Doctor

**GUSTAVO ADOLFO OSORIO GARCIA**

Apoderado

C.C.70.568.130

SERVICIO AEREO A TERRITORIOS NACIONALES - SATENA

Dirección Calle 78 No 8 - 18

Ciudad

Comunicación:

Doctor

**ALFONSO MIRANDA LONDOÑO**

Apoderado

ASOCIACIÓN NACIONAL DE TRANSPORTADORES AEREOS COLOMBIANOS - ATAC

C.C. 19.489.933 de Bogotá

Diagonal 68 No 11 A - 38

Ciudad

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
SECRETARIA GENERAL

El 22 FEB. 1962 notifique personalmente el contenido  
De la presente providencia a Amador A. Osorio  
Identificado con la C.C. No. 7036 8130  
Entregándole copia de la misma e informándole que  
Procede el recurso de reposición ante el \_\_\_\_\_  
Dentro de los (5) días hábiles siguientes a la presente  
Notificación

X GAQ