



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

RESOLUCIÓN NÚMERO (- - - 1 6 4 5 7) DE 2014

Radicación: 13-57295

"Por la cual se archiva una averiguación preliminar"

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA
en ejercicio de sus facultades legales, en especial la prevista en el numeral 4 del artículo 9
del Decreto 4886 de 2011, y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que "[...] *la libre competencia económica es un derecho de todos [...]*" y "[...] *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.*"

SEGUNDO: Que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante **SIC**) "[c]onocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: *la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.*"

TERCERO: Que el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, establece como funciones del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia "[f]ramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia."

CUARTO: Que mediante comunicación radicada con el No. 13-57295 del 22 de marzo de 2013¹, el **CONSORCIO AEROPUERTO SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A.** (en adelante **CASYP**), presentó una denuncia ante esta Superintendencia, en la cual puso de presente presuntas infracciones a las normas sobre protección de la competencia por parte de las aerolíneas **AVIANCA S.A.** (en adelante **AVIANCA**), **AEROREPÚBLICA S.A.** (en adelante **AEROREPÚBLICA**) y **LAN COLOMBIA AIRLINES S.A.** (en adelante **LAN**) y, la **ASOCIACIÓN DE TRANSPORTE AÉREO EN COLOMBIA** (en adelante **ATAC**).

Los hechos sobre los cuales se fundamenta la queja presentada son, entre otros, los siguientes:

"(...)

¹ Folios 1 a 157 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo cuando se hace referencia al Expediente, el mismo corresponde al radicado con el No. 13-57295.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

1. El 10 de enero de 2007, CASYP y la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil celebraron un contrato de concesión, cuyo objeto es la Administración, Operación, Explotación Comercial, Inversión, Modernización y Mantenimiento de los aeropuertos Gustavo Rojas Pinilla de la isla de San Andrés y El Embrujo de Providencia.

En virtud de dicho contrato, se dispuso que Casyp tendría derecho y estaría obligada a recaudar los ingresos regulados y no regulados, como contraprestación por la Explotación Comercial del Aeropuerto de San Andrés (...).

Al tenor del contrato de concesión, los ingresos no regulados son aquellos percibidos por el Concesionario como contraprestación por los servicios asociados a los conceptos no definidos o diferentes de los previstos en la Estructura Tarifaria (...)

2. En ejercicio de sus funciones, como operador y administrador del Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla, el 24 de diciembre de 2010 Casyp renovó el contrato de acceso a pista que había celebrado con Chevron Petroleum Company el 1° de junio de 2007. En tal virtud, se acordó que Chevron pagaría a Casyp una tarifa de acceso a pista de \$1.200 por galón vendido, la cual se cobraría de manera escalonada comenzando en \$500 en el mes de febrero de 2011 hasta llegar a la cifra de \$1.200 en mayo del mismo año

(...)

3. La Asociación de Transporte Aéreo en Colombia-ATAC, es una entidad gremial que agrupa y representa los intereses de las siguientes aerolíneas: Aerolíneas Argentinas, Aerolíneas de Antioquia, Aeroméxico, **Avianca**, Air Canadá, Air France, KLM, American Airlines, United Airlines, **Copa Airlines Colombia**, Delta Airlines, Easy Fly, Helicol, Iberia, **Lan Airlines**, Lufthansa, Martinair, Mexicana de Aviación, Satena, TACA, TAM y Tampa Cargo.

De acuerdo con sus estatutos, el objetivo de ATAC es "(...) aunar y establecer vínculos de cooperación entre las aerolíneas nacionales y extranjeras, para dar solución a los problemas del transporte aéreo en Colombia, promover la participación internacional aéreas colombianas, estrechar acuerdos de colaboración entre miembros de la asociación para beneficio mutuo, del transporte aéreo en el país y de los usuarios".

(...)

4. El 9 de febrero de 2011, ATAC obrando en representación de Avianca, LAN y Copa, como lo hizo en cada una de las actuaciones ante los diferentes gremios, ante la opinión pública y ante las entidades relacionadas con los hechos que aquí se denuncian, radicó ante la Aerocivil una comunicación en la que informa a esa autoridad que Casyp S.A. "ha efectuado un alza en el costo de la contraprestación que le cobra a Chevron (...)" para que esta empresa pueda realizar su actividad de suministro de combustible dentro del terminal y solicita su intervención para que, entre otras cosas, "Casyp S.A. se abstenga de realizar cobros que superen los valores comerciales de los servicios que se prestan en los aeropuertos, tal como esta sucediendo en la actualidad con el abastecimiento de combustible a las aeronaves." (Subraya fuera de texto).

5. El 16 de febrero de 2011, ATAC en representación de las empresas denunciadas envió una comunicación al Gobernador del departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la que además de remitirle copia de la comunicación enviada a la Aerocivil el 9

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

de febrero de 2011, lo requería a adelantar las acciones necesarias para "... garantizar un adecuado manejo de este tema por parte del concesionario para evitar un abuso en la posición de dominio del monopolio natural del aeropuerto que produzca **sobre costos para los usuarios y las aerolíneas**" (Se subraya).

(...)

6. El 15 de marzo de 2011, ATAC remitió una nueva comunicación a la Aerocivil, refiriéndose ya no al monto de la tarifa de acceso a pista que Casyp hace al proveedor de combustible, sino al cobro que el concesionario había planteado realizar, y que de hecho hasta el momento no ha ni siquiera efectuado en los términos consignados en la nota referida, a las empresas de "Ground Handling" (empresas que proveen servicios de soporte a aeronaves en tierra). ATAC afirmó además, entre otras aseveraciones, que éste cobro generaría sobrecostos a las aerolíneas denunciadas, y afirmó temerariamente que el mismo constituiría un abuso de la posición de dominio por parte del concesionario.

En este sentido, solicitó a la Aerocivil que interviniera para analizar la sustentación y justificación de ese cobro, y garantizar la competitividad de la "industria".

Se pone de presente que la Aerocivil no es una autoridad competente, como lo reconoció esa misma entidad, para regular los ingresos por concepto mencionado, motivo por el cual se evidencia una vez más que la nota objeto de comentario era improcedente y que el objetivo de las aerolíneas denunciadas era crear, por conducto de ATAC, un clima adverso en los estamentos gremiales, en las diferentes autoridades del Estado, a nivel nacional y regional, y como se verá más adelante, ante la opinión pública, en contra de mi poderdante.

(...)

7. El propósito anterior se hizo aún más evidente, el 24 de marzo de 2011, fecha en la que ATAC actuando en representación de las aerolíneas, envió sendas comunicaciones a ANATO; al Comité Intergremial y Productivo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (CIPAR); a la Cámara de Comercio de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; a la Asociación Hotelera de San Andrés y Providencia y al Doctor Jack Housni, Representante a la Cámara por San Andrés, en las que les remitió copia de las misivas enviadas por esa asociación a la Aerocivil los días 9 de febrero y 15 de marzo de 2011, y los instó a gestionar y apoyar las peticiones de la "Industria".

(...)

13. El 6 de julio de 2011 y pese a que ya la Aerocivil le había informado a ATAC que no era competente para pronunciarse sobre los ingresos no regulados, esa Asociación envió una nueva comunicación a esa entidad en la que reconoce haberse reunido directamente con mi poderdante, el día 28 de junio, para tratar el tema de la tarifa de acceso a pista (...)

14. El 30 de septiembre de 2011, ATAC solicitó de manera improcedente su reconocimiento como tercero con interés directo en la investigación 11-63694 iniciada por la Superintendencia de Industria y Comercio (a solicitud de Copa Airlines), contra mi poderdante y Chevron, con ocasión del incremento de la tarifa de acceso a pista.

(...)

N

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

16. El mismo 30 de septiembre las aerolíneas Avianca, LAN y Copa, reconocidas como terceros interesados en la investigación, solicitaron en conjunto como medida cautelar que se ordenara a Casyp y Chevron suspender el traslado del aumento del fee de acceso a pista, cobrado a partir del 1° de febrero de 2011.

(...)

17. La eficacia de las presiones e influencias ejercidas por las aerolíneas y por ATAC sobre los gremios de la Isla quedó en evidencia una vez más cuando el 16 de febrero de 2012 ANATO, CIPAR, ASHOTELES Capitulo Cotelco SAI, ACODRES, CAMARA DE COMERCIO, AISA, Sociedad Colombiana de Arquitectos, Lonja de Propiedad Raiz SAI y la Asamblea Departamental de San Andrés Isla que no son parte, ni terceros con interés directo dentro de la investigación 11-63694, manifestaron a la SIC su preocupación por la negativa a conceder las medidas cautelares y abogaron por que la Superintendencia modificara su decisión en favor de lo solicitado por las aerolíneas.

(...)

20. Pero al parecer la estrategia concertada por las aerolíneas, no se habría limitado a tratar de influir y de procurar el establecimiento de límites y topes a los cobros de los ingresos no regulados de la concesión, sino que además todo parece indicar que ella se extiende a las decisiones en torno de los rubros relativos a estos ingresos que deben trasladarse o no a los pasajeros.

En efecto, el día 15 de junio de 2011, la Delegatura de Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el trámite de averiguación preliminar, recibió el testimonio de la señora Ruth Rodríguez Tovar, Gerente de Seguros y Combustibles de Avianca, quien a manera de confesión manifestó lo siguiente en relación con el cobro de la tarifa de acceso a pista a las aerolíneas y la posibilidad de trasladarlo al usuario final:

"Preguntado: Se ha discutido al interior de Avianca la posibilidad de incrementar las tarifas que se le cobran al usuario final?"

*Contesto: Sí. Si no logramos objetar la tarifa, se ve la posibilidad de trasladarla al usuario final. No se ha trasladado porque debe ser una decisión unificada entre todas las aerolíneas de San Andrés para que no se vuelva un tema de competitividad entre la aerolínea A y la aerolínea B, donde una cobra el fee y la otra no con la finalidad **de obtener más mercado. Tiene que ser algo conciliado.**" (Resaltado fuera de texto).*

En otras palabras, la testigo reconoció sin ningún pudor y sin hesitación de ninguna clase, como si fuera un comportamiento usual y como si existiera un compromiso previo entre las empresas denunciadas, que las aerolíneas **"deben"** tener una posición **"unificada"** y **"conciliar"** si trasladan o no sus costos a los usuarios, para evitar la competencia en tarifas entre ellas

(...)

3.2. De los hechos puestos a consideración del Despacho

(...)

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Todo lo anterior busca crear un clima negativo entre las autoridades y entre los gremios e instituciones de la Isla, con el fin de lograr el apoyo en defensa de sus intereses y de acosar e intimidar constantemente a mi poderdante, para lograr por los medios descritos su objetivo que no es otro diferente que el de fijar a su antojo las tarifas de los ingresos no regulados que el concesionario tiene derecho a percibir en virtud del contrato de concesión."

QUINTO: Que de acuerdo a los hechos planteados en la denuncia, y referenciados en el anterior numeral, es posible sintetizarla de la siguiente forma.

Las denunciadas, **AVIANCA, AEROREPÚBLICA, LAN** y la **ATAC**, estarían incurriendo una práctica restrictiva de la competencia, en la modalidad de acuerdo, a través de la implementación conjunta, coincidente y sistemática de determinadas actividades ante varias instituciones, gubernamentales y no gubernamentales, tales como agremiaciones y medios de comunicación, entre otras, para generar una intervención de cualquier naturaleza con el propósito de distorsionar el proceso competitivo que se desarrolla en el mercado de la prestación de los servicios aeroportuarios de handling de rampa, necesarios para la operación del transporte aéreo y los servicios conexos a ello dentro de la infraestructura del aeropuerto internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés² en perjuicio de **CASYP** y **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** (en adelante **CHEVRON**). Así, los hechos que darían cuenta del presunto acuerdo restrictivo de la competencia denunciado son, entre otros, los siguientes:

- a) la presentación de numerosos escritos ante la **AERONÁUTICA** solicitando la intervención de esta entidad frente a las diferencias existentes entre las aerolíneas y **CASYP** con respecto a la tarifa de acceso a pista cobrada en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de la isla de San Andrés;
- b) La comunicación presentada ante el Gobernador del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, solicitando, igualmente, su intervención en relación con el conflicto existente entre las aerolíneas y **CASYP**;
- c) las comunicaciones enviadas a la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AGENCIAS DE VIAJES Y TURISMO** (en adelante **ANATO**), al Comité Intergremial y Productivo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (en adelante **CIPAR**), a la Cámara de Comercio de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a la Asociación Hotelera de San Andrés y Providencia y a **JACK HOUSNI**, Representante a la Cámara por San Andrés y Providencia, solicitando algún tipo de intervención en el asunto ya indicado;
- d) la solicitud de reconocimiento como tercero interesado presentada por la **ATAC** ante la **SIC** en el marco de la investigación que por prácticas comerciales restrictivas se inició en contra de **CASYP** y **CHEVRON**, y de sus representantes legales, mediante Resolución No.

² No se hace referencia expresa al aeropuerto El Embrujo de Providencia dado que las aeronaves que tienen como destino esta isla, se aprovisionan de combustible de aviación solamente en la isla de San Andrés.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

44410 del 26 de agosto de 2011, modificada por la Resolución No. 60302 del 31 de octubre de 2011;

e) la presentación conjunta por parte **AVIANCA, AEROREPÚBLICA** y **LAN** de una solicitud de medidas cautelares ante la **SIC** en el contexto de la investigación que por prácticas comerciales restrictivas se inició en contra de **CASYP** y **CHEVRON**, y de sus representantes legales, mediante las resoluciones mencionadas, y;

f) el testimonio que **RUTH RODRÍGUEZ TOVAR**, en calidad de Gerente de Seguros y Combustibles de **AVIANCA**, rindió ante la **SIC** en el marco de la investigación ya referida que por prácticas comerciales restrictivas se inició en contra de **CASYP** y **CHEVRON**.

SEXTO: Que conforme lo previsto en el inciso primero del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, la **SIC** deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Así las cosas, mediante memorando interno radicado con el No. 13-57295-1 del 16 de agosto de 2013, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, ordenó la apertura de una averiguación preliminar a fin de determinar la posible ocurrencia de una conducta anticompetitiva por parte de las sociedades denunciadas³.

SÉPTIMO: Que esta Delegatura considera oportuno efectuar un análisis descriptivo del mercado relevante presuntamente afectado con los hechos relacionados en la queja así:

7.1. Definición preliminar del mercado presuntamente afectado⁴

Según lo ha determinado esta Delegatura en otros pronunciamientos, el mercado presuntamente afectado determina cuáles son los bienes y servicios entre los que puede plantearse una competencia efectiva en un ámbito geográfico determinado. Así, la

³ Folio 158 del Cuaderno Reservado No.1 del Expediente.

⁴ El mercado relevante es uno de los instrumentos conceptuales analíticos por excelencia a la hora de indagar un asunto sobre una conducta posiblemente violatoria de las normas sobre protección de la competencia. El mercado relevante se compone básicamente de dos elementos, el mercado de producto y el mercado geográfico. El mercado de producto se compone de todos aquellos productos considerados sustitutos por los consumidores en razón su precio, sus funciones y otras características importantes; por su parte, el mercado geográfico está constituido por la extensión espacial en donde existen unas determinadas condiciones competitivas uniformes a las cuales se someten quienes ejercen la actividad empresarial en esa zona. "(...) la definición del mercado ayuda a especificar el área del comercio y la sección del país en donde surge el asunto competitivo (...) La definición del mercado permite a las Agencias [refiriéndose al Departamento de Justicia y a la Comisión Federal de Comercio de E.E.U.U.] identificar los participantes del mercado y medir las cuotas de mercado y la concentración del mismo." (la traducción es propia). U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, FEDERAL TRADE COMMISSION. (2010) *Horizontal Merger Guidelines*, 4. *Market Definition*, en <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>. Consultada el 20 de noviembre de 2013.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

definición del mercado relevante afectado proviene de la combinación del mercado producto y el mercado geográfico, lo cual resulta útil para determinar cuáles son los agentes que potencialmente podrían ser perjudicados por la realización de una determinada práctica restrictiva de la libre competencia.

Desde esta perspectiva, la definición de un mercado presuntamente afectado debe ser entendida como un marco conceptual que está determinado por el espacio geográfico donde se presenta la conducta y por el producto o productos cuyos proveedores resultan afectados. En conclusión, el mercado relevante hace referencia al mercado que ha sido o está siendo distorsionado por la realización de prácticas anticompetitivas, luego entonces, la definición del mercado relevante resulta trascendental para ilustrar el contexto en el que ocurre la conducta.

7.2. Mercado de producto

Para el caso bajo análisis, el mercado de producto se encuentra compuesto por los servicios aeroportuarios de Handling de rampa, es decir, aquellos prestados a las aeronaves en tierra, los cuales son requeridos para el funcionamiento de la operación aeronáutica y sus servicios conexos. Dentro de estos servicios se encuentran:

- **Coordinación:** Refiere a los procesos de supervisión, registro y coordinación de todas las operaciones de atención a la aeronave. Se encuentran dirigidas a evitar suposición de actividades y fallas logísticas.
- **Elaboración de la hoja de carga y centrado:** Consiste en la descripción de la información relevante relacionada con lo contenido en el avión y el peso total cargado a este, incluyendo elementos como repuestos y lastre.
- **Mensajes operativos:** Alude a la comunicación, con la escala de destino y la base de operaciones de la aerolínea involucrada, de la información esencial de cada vuelo: hora de carga, número de pasajeros, horas de llegada programadas, entre otras.
- **Escaleras:** Consiste en el uso de las escaleras en los momentos de embarque y desembarque del avión. Este procedimiento, independientemente de que los pasajeros usen o no la pasarela para el tránsito requerido.
- **Grupo neumático y aire acondicionado:** Consta de la conexión de máquinas auxiliares de provisión de aire acondicionado a las aeronaves, en los que momentos en que sus motores no se encuentran encendidos y los pasajeros en abordaje.
- **Traslado de pasajeros:** Es el transporte de pasajeros entre el sitio de parqueo de la aeronave y la terminal de destino, traslado realizado mediante buses conocidos como "jardineras".
- **Traslado de tripulaciones:** Refiere al transporte de la tripulación hasta los sitios de embarque o terminal por medio de furgonetas.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

- **Push-back:** Consiste en el traslado de la aeronave a la posición de rodadura (camino a pista) por medio de máquinas aptas para jalonarla "hacia atrás".
- **Abastecimiento de combustible:** Alude al suministro de combustible especial para aeronaves, en cada uno de los aeropuertos en los cuales se preste el servicio.

Para el caso de Colombia, se refinan dos clases de combustible para aviación que son JET-A1 y la gasolina de aviación grado cien o AVIGAS, siendo el primero utilizado para turbinas tipo propulsión o JET, es decir, la mayoría de las aeronaves de carga y pasajeros, el segundo es utilizado para aviones con motor de pistón, utilizado principalmente en avionetas (que son las aeronaves que cubren el destino Providencia Isla).

En cuanto a la provisión de combustibles especiales de aviación en el aeropuerto de San Andrés, el proceso se compone de la producción en la refinería que Ecopetrol posee en la ciudad de Cartagena de Indias, desde donde se transporta en un primer momento por vía terrestre a los centros de almacenamiento del distribuidor, para posteriormente trasladarse por vía marítima hacia la isla, en donde se almacena en tanques especiales para tal fin. Una vez instalada la aeronave en el lugar correspondiente, se le provee el combustible por medio de carro tanques especializados que se encuentran dotados con equipos de medición, filtrado y control de presión. Para el caso particular de la isla de San Andrés, el único proveedor mayorista es **CHEVRON**.

7.3. Mercado geográfico

Por su parte, el mercado geográfico lo compone la infraestructura del aeropuerto internacional Gustavo Rojas Pinilla de la isla de San Andrés, la cual, mediante contrato de concesión firmado entre la **AEROCIVIL** y **CASYP**, se encuentra en operada por este último desde 2007 y por un periodo de 20 años.

7.4. Conclusión de la definición preliminar del mercado presuntamente afectado

Con base en lo hasta aquí expuesto, esta Delegatura ha determinado inicialmente que el mercado relevante es el de la prestación de los servicios aeroportuarios de handling de rampa, necesarios para la operación del transporte aéreo y los servicios conexos a ello dentro de la infraestructura del aeropuerto internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés⁵.

OCTAVO: Que una vez definido el mercado presuntamente afectado y habiéndose precisado los supuestos de hecho en que se fundamentó la queja o aquellos advertidos por la **SIC**, se ha de establecer si los mismos se enmarcan en una presunta conducta anticompetitiva tendiente a reducir, atenuar, distorsionar o limitar el proceso competitivo

⁵ No se hace referencia expresa al aeropuerto El Embrujo de Providencia dado que las aeronaves que tienen como destino esta isla, se aprovisionan de combustible de aviación solamente en la isla de San Andrés.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

que se sucede en el mercado en comento, y quiénes serían los presuntos infractores de las normas sobre protección de la competencia.

Que en aras de resolver la presente actuación administrativa, esta Delegatura se permite realizar las siguientes consideraciones frente al argumento nuclear de la denuncia, referido a que las aerolíneas **AVIANCA**, **AEROREPÚBLICA**, **LAN** y la agremiación **ATAC**, habrían incurrido en una concertación ilegítima desde el punto de vista del derecho de la competencia, cuando de manera común desarrollaron comportamientos, tales como, entre otros, la presentación conjunta y/o concomitante de reclamaciones y/o derechos de petición, ante instituciones estatales, entidades territoriales, agremiaciones comerciales, e inclusive ante la autoridad nacional de competencia con el objeto de lograr alguna intervención, de cualquier naturaleza, que pudiese favorecerlas en lo que respecta al diferendo existente entre tales aerolíneas y **CASYP** y **CHEVRON**.

8.1. Del derecho de petición y del derecho a acudir a las entidades públicas para impulsar la actividad legislativa, ejecutiva y judicial

De conformidad con el artículo 23 de la Constitución Política, que consagra el derecho de petición como potestad fundamental dentro de las atribuciones constitucionales y legales de todas las personas, todos los individuos están facultados para acudir ante las autoridades estatales, ya sea de naturaleza legislativa, ejecutiva o judicial por motivos tanto de interés general como por motivos de interés particular.

Al respecto, el artículo en comento establece:

"ARTÍCULO 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales."

Bajo esta perspectiva, es dable que cualquier persona de a conocer una determinada problemática o escenario cuya solución o atención se pretenda, ante alguna entidad estatal, sea de la rama ejecutiva, legislativa o judicial, o de aquellas denominadas autónomas. De este modo, el ordenamiento jurídico provee una gran variedad de oportunidades para la efectivización de los derechos y para el ejercicio de la defensa de los intereses propios de todas las personas. Es así que el derecho fundamental de petición se enmarca en este amplio género de oportunidades que tienen las personas para buscar la salvaguarda de sus intereses, e inclusive de los intereses generales de la sociedad.

En este contexto debe entenderse el actuar de las aerolíneas y de la agremiación denunciadas; es decir, como el ejercicio legítimo del derecho constitucional de petición a que tienen derecho. Sería un craso error calificar el ejercicio legítimo del derecho de petición, consagrado en la Constitución Política, *norma normarum* de todo el ordenamiento jurídico colombiano, como una conducta proscrita por las normas sobre protección de la competencia. Lo anterior también puede predicarse respecto de cualesquiera otras oportunidades que el ordenamiento jurídico les otorgue a las personas para hacer valer sus

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

intereses cuando los consideren vulnerados o en peligro en un determinado escenario fáctico.

8.2. Del análisis de la conducta denunciada en el marco de las normas sobre protección de la competencia

Sobre este punto vale afirmar, desde ya, que los hechos denunciados distan en gran medida de poderse considerar como constitutivos de un acuerdo restrictivo de la competencia. Ello es así pues, como adición al punto antes explicado, el grado de asertividad que muestre una entidad estatal respecto de solicitudes o manifestaciones de los particulares tendientes a influir en la instauración o implementación de medidas regulatorias, u otra clase de mecanismos de intervención, en un determinado sentido no depende directamente de los solicitantes.

Por el contrario, tal situación depende, en definitiva, de la discrecionalidad, siempre reglada, de las autoridades estatales competentes, quienes están en la capacidad de no acoger las pretensiones de los particulares, o, por el contrario, de acogerlas de modo que tal decisión estatal implique un favorecimiento indirecto para los particulares que en conjunto lo solicitaron.

Inclusive, en este último caso, en el que por una u otra razón, una determinada entidad estatal accede a la implementación de determinadas medidas de intervención solicitadas por una pluralidad de individuos de forma concertada, no sería procedente afirmar que ello constituye un comportamiento de naturaleza colusoria pues, finalmente, es la entidad estatal quien ejerce el mecanismo de intervención de que se trate.

Adicionalmente, y en concordancia con lo anterior, las decisiones que tomen los entes estatales en el cumplimiento de sus funciones ostentan la presunción de legalidad, se trate de la expedición de un acto administrativo, una medida de carácter legislativo, o una decisión de naturaleza jurisdiccional, motivo por el cual se consideran, *a priori*, ajustadas al ordenamiento jurídico y por lo tanto, legítimas. Esto sin perjuicio de las acciones que el propio ordenamiento otorga para controvertir dicha legitimidad, tales como las acciones de constitucionalidad, las acciones contencioso-administrativas, los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, etc.

Ahora bien, y teniendo en cuenta todo lo anterior, esta Delegatura considera apropiado y útil hacer una breve referencia a la denominada doctrina *Noerr-Pennington*, sobre la cual la Delegatura para la Protección de la Competencia ya se ha pronunciado⁶, de origen estadounidense, pues esta soporta en gran medida el razonamiento recién esgrimido según el cual las actuaciones concertadas realizadas por parte de una pluralidad de agentes económicos ante entidades gubernamentales y no gubernamentales, con la finalidad de propiciar una determinada actuación por parte de dichas entidades, principalmente en el sentido de implementar una o varias medidas de intervención, principalmente de carácter regulatorio, no conllevan en sí mismas un acuerdo restrictivo de

⁶ Ver Resolución SIC No. 5031 del 19 de febrero de 2013 "Por la cual se archiva una averiguación preliminar".

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

la competencia y, por lo tanto, no conducen a la aplicación de las normas sobre protección de la competencia.

La doctrina *Noerr-Pennington* debe su nombre a dos casos resueltos por la Corte Suprema de los Estados Unidos en los años 1961 y 1965. El primero, que se identifica como *Eastern R. Conference v. Noerr Motors - 365 U.S. 127 (1961)*, se trató, en resumen, de un conflicto entre un grupo de compañías de transporte terrestre por carretera, y su respectiva asociación gremial, por una parte, y un grupo de compañías de transporte terrestre por ferrocarril, una asociación gremial de estas compañías y una empresa de relaciones públicas, por otra parte. En el caso, se alegaba, por parte de las compañías de transporte por carretera, que las compañías de ferrocarriles habían desarrollado una campaña de publicidad, con el objeto de suscitar un ambiente de descontento entre las empresas de transporte por carretera, así como la implementación, y aplicación, de normas antimonopolio contra éstas, prácticas todas tendientes a disminuir su capacidad de acción en el mercado de transporte de carga en largas distancias.

Concluyó la Corte Suprema de los Estados Unidos, en resumen, que las normas antimonopolio no prohíben el hecho de que dos o más agentes económicos participantes en un determinado mercado se unan para intentar persuadir a las entidades estatales con el fin de que intervengan, ya sea a través de medidas legislativas, o mediante la aplicación efectiva de normas ya existentes, pues se considera que tales acciones solamente son simples peticiones o solicitudes requerimientos no vinculantes para las autoridades gubernamentales. Así, se tiene que las normas antimonopolio solamente atacan aquellas restricciones efectivamente generadas por uno o más agentes económicos, mas no proscriben aquellas emanadas con ocasión del cumplimiento de las potestades atribuidas a las autoridades estatales, esto es, aquellas generadas en virtud de una actuación legítima del Estado⁷.

El segundo caso, que a su vez se identifica como *United Mine Workers v. Pennington - 381 U.S. 657 (1965)*, consistió en un conflicto entre una organización sindical llamada **UNITED MINE WORKERS** (en adelante **UMW**) y una compañía dedicada a la minería de carbón llamada **PHILLIPS BROTHERS COAL COMPANY** (en adelante **PBCC**). La organización sindical demandaba el pago de unos valores contemplados en un acuerdo colectivo llamado **National Bituminous Coal Wage Agreement** (en adelante **NBCWA**), equivalente a la figura que en Colombia se conoce como convención colectiva, celebrado entre ella y una asociación gremial de compañías dedicadas a la minería de carbón. La parte demandada presentó una contrademanda en busca de una indemnización, alegando que la organización sindical y algunas de las grandes compañías mineras habían conspirado en el sentido de imponer condiciones consagradas en el **NBCWA** a compañías pequeñas, no firmantes del acuerdo colectivo en mención, quienes estaban en incapacidad de asumir los costos derivados de aquellas condiciones provenientes del acuerdo.

⁷ Decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos - *Eastern R. Conference v. Noerr Motors - 365 U.S. 127 (1961)*. Consultada el 20 de noviembre de 2013 en: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/127/case.html>

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

En adición a lo anterior, **PBCC** aseveraba que habían propiciado la fijación, por parte del Departamento del Trabajo de los Estados Unidos, de un salario mínimo perjudicial para las compañías pequeñas; entre otras acciones, todo con el objeto de eliminar del mercado a las compañías mineras pequeñas.

Sobre la influenciación del Departamento del Trabajo de los Estados Unidos por parte de la **UMW** y de las grandes empresas mineras, que es el punto que interesa a esta Delegatura para el caso *sub examine*, la Corte Suprema de ese país indicó, con base en el caso *Eastern R. Conference v. Noerr Motors - 365 U.S. 127 (1961)* y consolidando la llamada doctrina *Noerr-Pennington*, que los esfuerzos conjuntos tendientes a influir en las instituciones públicas no constituyen una transgresión a las normas antimonopolios, aun si aquellos estuvieran impulsados por la intención de restringir la competencia⁸.

Entonces, de acuerdo a la referida doctrina, no resulta anticompetitivo que uno o varios de los agentes participantes en un mercado, independientemente de sus intenciones, estimulen la acción legislativa o regulatoria, la ejecución por parte de la administración o acudan a las instancias judiciales. Así, si como resultado de la intervención del Estado se crea una regulación o medida que puede parecer una práctica restrictiva, esto solamente es incidental y no activa la aplicación de las normas sobre protección de la competencia. Sobre el particular, la doctrina sostiene lo siguiente:

*"Este derecho es protegido sin importar cuán anticompetitiva sea la intención del peticionario y si la conducta es individual o concertada (...) el Derecho de la Competencia sólo proscribe las restricciones comerciales que resultan de conductas de particulares, no aquellas de la válida acción gubernamental."*⁹

Sin embargo, y sin perjuicio del sentido ya manifestado por esta Delegatura para el caso bajo análisis, la doctrina *Noerr-Pennington* no conlleva un principio absoluto, pues varía de acuerdo al contexto del caso de que se trate, la naturaleza de la conducta estatal desplegada, etc. Al respecto, que en algunos casos puede ocurrir que se intenta ocultar una práctica restrictiva de la competencia con la fachada del ejercicio de un derecho de petición o del derecho de acudir a los órganos del Estado. En estos casos, la práctica restrictiva, como tal, es el medio que lleva a acudir a los órganos del Estado o el medio para obtener una acción del Estado, mas no es la restricción que surge como consecuencia de la intervención legítima del Estado.

Se debe tener en cuenta siempre que el régimen para la protección de la competencia es una manifestación de la intervención del Estado en la economía, pero no lo es de la intervención del Estado en la asunción de decisiones de contenido político.

⁸ Decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos - *United Mine Workers v. Pennington* - 381 U.S. 657 (1965). Consultada el 20 de noviembre de 2013 en: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/657/case.html>

⁹ Thomas Sullivan. *Antitrust law*, Newark, LexisNexis, 2003, pág. 1000

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Así, las normas contenidas en el régimen sobre protección de la competencia no prohíben que una o más personas se asocien para acudir a los órganos legislativos o ejecutivos o para instaurar acciones judiciales o administrativas, con el fin de que se expidan leyes o regulaciones, o para que se tomen medidas que terminen beneficiando o perjudicando la competencia en los mercados. El derecho de representación, atribución amparada en las disposiciones constitucionales, implica la posibilidad de que las personas acudan a la autoridad respectiva para que sus representantes conozcan sus deseos y/o intereses, por más anticompetitivas que sean las motivaciones.

En el presente caso, este Despacho considera que las actividades desplegadas por las aerolíneas **AVIANCA**, **AEROREPÚBLICA** y **LAN** y, por la asociación **ATAC** no excedieron los límites de lo que es posible en ejercicio de la búsqueda de lo que estas consideran como medidas regulatorias favorables, o el ejercicio de las acciones administrativas que establece el ordenamiento jurídico.

Es así que, en conclusión, las conductas denunciadas no podrían perseguirse como si fuesen un acuerdo restrictivo de la competencia pues por sus características, tales como el contexto en que se desarrollan, y los sujetos involucrados, tanto directa como indirectamente, así como otras particularidades, escapan a la órbita de las normas sobre protección de la competencia, razón por la cual esta Delegatura no considera procedente el inicio de una investigación administrativa en el marco de sus funciones como Autoridad Nacional de Competencia.

Finalmente, respecto al posible acuerdo para trasladar los incrementos en el cargo del *fee* de acceso a pista a los pasajeros, esta Delegatura pone de manifiesto la ausencia de pruebas que soporten este presunto acuerdo restrictivo en el Expediente del trámite administrativo bajo referencia. Sobre el punto, el único hecho sobresaliente en tal sentido es el testimonio de **RUTH RODRÍGUEZ TOVAR**, Gerente de Seguros y Combustibles de **AVIANCA**, el cual por sí mismo carece del valor probatorio necesario para concluir que se presentó algún tipo de acuerdo anticompetitivo en el mercado bajo análisis, pues no existe manifestación alguna, por parte de alguna de las otras aerolíneas involucradas en la denuncia, que indique la intención de subir de manera conjunta las tarifas cobradas a los pasajeros que vuelen a la isla de San Andrés, hecho que no se encuentra articulado de ninguna forma en el acervo probatorio contenido en el expediente

Adicionalmente, las manifestaciones realizadas durante el testimonio en comento solamente indican una posibilidad o contingencia futura, es decir, una eventualidad ulterior ligada por completo al factor incertidumbre. Tales manifestaciones implican hechos que no han acaecido, o de los cuales no existe evidencia alguna, motivo por el cual no es razonable que esta Delegatura incoe la persecución administrativa de tal conducta en aplicación de las normas sobre protección de la competencia, pues la conducta denunciada, al no haberse consumado, evidentemente no es susceptible de ser confesada, como equivocadamente asevera el quejoso.

Así, esta Delegatura considera un ingente error afirmar, como lo hace el denunciante en el libelo quejoso, que las manifestaciones realizadas por **RUTH RODRÍGUEZ TOVAR**,

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

que de suyo son de naturaleza indeterminada, accidental y contingente pues expresan un hecho futuro completamente incierto, apuntan a la presencia de un comportamiento "usual" que revela la existencia de un "compromiso previo" entre las aerolíneas, por cuanto tal afirmación implica la adición de un contenido extraño a lo efectivamente declarado por **RUTH RODRÍGUEZ TOVAR**, esto es, implica aseverar que la declarante dijo algo que en realidad no dijo.

8.3. Conclusión

Por las razones expuestas, esta Delegatura encuentra que los hechos narrados en la denuncia en contra de **AVIANCA, AEROREPÚBLICA, LAN y ATAC**, según los cuales estas empresas habrían incurrido en un acuerdo restrictivo de competencia, no constituyen una conducta violatoria de las normas sobre protección de la libre competencia en Colombia.

En este orden de ideas, se advierte que no existen elementos de juicio para adelantar una investigación administrativa, por la presunta infracción de las normas en materia de prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia económica o por competencia desleal administrativa, por lo cual procede el archivo y cierre del trámite radicado con el No. 13-57295.

En mérito de lo anterior, esta Delegatura

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: RECONOCER personería al doctor **GABRIEL IBARRA PARDO** identificado con cédula de ciudadanía No. 3.181.441 de Suba, abogado con Tarjeta Profesional No. 36.691 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado especial del **CONSORCIO AEROPUERTO SANA ANDRÉS Y PROVIDENCIA**, en los términos previstos en el poder que le fuere conferido.

ARTÍCULO SEGUNDO: ORDENAR el archivo del expediente administrativo No. 13-57295, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido del presente acto administrativo a **GABRIEL IBARRA PARDO** identificado con cédula de ciudadanía No. 3.181.441 de Suba, abogado con Tarjeta Profesional No. 36.691 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado especial del **CONSORCIO AEROPUERTO SANA ANDRÉS Y PROVIDENCIA**, entregándole copia del mismo e informándole que en contra de la misma procede únicamente recurso de reposición, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

-- - 16457

RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N° 15

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

PARÁGRAFO: En caso de no ser posible la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la comunicación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del Acto Administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) en concordancia con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto-Ley 019 de 2012.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los

10 MAR 2014

GERMÁN ENRIQUE BACCA MEDINA

Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia

Elaboró: Steven Orozco / Camilo Bustamante
Revisó: Juliana Chinchilla
Aprobó: Germán Bacca

Notificar:

Doctor

GABRIEL IBARRA PARDO

C.C. 3.181.441 de Suba

T.P. 36.691 del C.S.J.

Calle 98 No. 98A-41, Oficina 309 Edificio AB Proyectos

Bogotá - Colombia

Apoderado

CONSORCIO AEROPUERTO SANA ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A.-CASYP

Calle 98 No. 9A-41, Oficina 309

Bogotá - Colombia