

INTEGRACIONES EMPRESARIALES EN EL SECTOR AERONÁUTICO  
LA HOMOGENIZACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LA LUZ DE  
LOS MERCADOS TRANSFRONTERIZOS

CESAR ANDRÉS NEGRET GARRIDO

JAVIER EDUARDO OROZCO USTÁRIZ

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO

DIRECTOR

DR. VÍCTOR AYALDE LEMOS

ABOGADO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

BOGOTÁ –COLOMBIA

2015

INTEGRACIONES EMPRESARIALES EN EL SECTOR AERONÁUTICO

LA HOMOGENIZACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LA LUZ DE  
LOS MERCADOS TRANSFRONTERIZOS

CESAR ANDRÉS NEGRET GARRIDO

JAVIER EDUARDO OROZCO USTÁRIZ

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

BOGOTÁ –COLOMBIA

2015

### **NOTA DE ADVERTENCIA**

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

## **TABLA DE CONTENIDO**

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>Pág. 7</b>
<b>2. MARCO JURÍDICO DEL DERECHO A LA COMPETENCIA (LINEAMIENTOS GENERALES).....</b>	<b>Pág. 9</b>
2.1 MARCO CONSTITUCIONAL.....	<b>Pág. 11</b>
2.2.1 FUNDAMENTO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA CONSTITUCION DE 1886 (BREVE APROXIMACIÓN).....	<b>Pág. 11</b>
2.2.2 FUNDAMENTO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA CONSTITUCION DE 1991.....	<b>Pág. 12</b>
<b>3. MARCO LEGAL.....</b>	<b>Pág. 15</b>
3.1 LEY 1340 DE 2009.....	<b>Pág. 15</b>
3.2 CÓDIGO DE COMERCIO.....	<b>Pág. 17</b>
3.3 LEY 105 DE 1993.....	<b>Pág. 19</b>
3.4 CONVENIO SOBRE AVIACIÓN INTERNACIONAL.....	<b>Pág. 20</b>
<b>4. FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO FRENTE A LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES.....</b>	<b>Pág. 23</b>
4.1 DEBER DE INFORMAR LAS CONCENTRACIONES Y LA FACULTAD DE LA SIC PARA CONTROLARLAS. ....	<b>Pág. 24</b>
4.2 PROCEDIMIENTO ANTE LA SIC.....	<b>Pág. 27</b>
<b>5. CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES.....</b>	<b>Pág. 29</b>

5.1 RESTRICCIONES HORIZONTALES A LA LIBRE COMPETENCIA.....	Pág. 32
5.2 RESTRICCIONES VERTICALES A LA LIBRE COMPETENCIA.....	Pág. 34
<b>6. FACULTADES DE LA AEROCIVIL FRENTE A CONCENTRACIONES, INTEGRACIONES Y FUSIONES DE AEROLINEAS.....</b>	<b>Pág. 37</b>
<b>7. COMPETENCIA EN LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBINA....</b>	<b>Pág. 41</b>
7.1 LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA.....	Pág. 41
7.2 INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL SECTOR AERONÁUTICO.....	Pág. 44
7.3 EL TRANSPORTE AEREO COMO UN SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL....	Pág. 49
7.3.1 EL RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA COMPETENCIA. ....	Pág. 55
<b>8. EL MERCADO RELEVANTE EN EL SECTOR AERONÁUTICO.....</b>	<b>Pág. 58</b>
8.1 DEFINICIÓN DEL MERCADO RELAVANTE EN EL SECTOR AREONAUTICO .....	Pág. 59
8.2 MERCADO PRODUCTO .....	Pág. 61
8.3 MERCADO GEOGRÁFICO .....	Pág. 65
8.4 MERCADO TEMPORAL .....	Pág. 69
8.5 HERRAMIENTAS UTILIZADAS PARA LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE. TEST SNNIP O DEL MONOPOLÍSTA HIPOTÉTICO.....	Pág. 70
<b>9. CONTRATOS RELEVANTES EN LA INDUSTRIA AERONÁUTICA.....</b>	<b>Pág. 75</b>
9.1 CONTRATO DE CÓDIGO COMPARTIDO .....	Pág. 75

9.2 CONTRATO DE JOINT VENTURE.....	<b>Pág. 77</b>
9.3 CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE ENTIDADES DEL SECTOR AERONÁUTICO .....	<b>Pág. 80</b>
<b>10. CASOS SOBRE INTEGRACIONES EMPRESARIALES Y CONTRATOS RELEVANTES DEL SECTOR AERONÁUTICO.....</b>	<b>Pág. 84</b>
10.1 FUSIÓN AVIANCA – SAM.....	<b>Pág. 84</b>
10.2 ACUERDO DE JOINT VENTURE ENTRE ALL NIPPON AIRWAYS Co. Ltd.; CONTINENTAL AIRLINES, Inc.; Y UNITED AIRLINES, Inc.....	<b>Pág. 87</b>
10.3 FUSION AMERICAN AIRLINES & US AIRWAYS.....	<b>Pág. 90</b>
<b>11. CONCLUSIONES.....</b>	<b>Pág. 95</b>
<b>12. PROPOSICIONES Y CONSIDERACIONES.....</b>	<b>Pág.100</b>
<b>13. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>Pág 109</b>

## 1. INTRODUCCIÓN

Las necesidades económicas y la evolución de los mercados plantean constantes desafíos a las autoridades de todos los países del mundo, que buscan regular los fenómenos económicos que se presentan en el plano mundial y al interior de sus respectivos territorios. Con la globalización se eliminaron muchas barreras quizás impensadas tiempo atrás, y hoy en día se habla de mercados interconectados, que interactúan todo el tiempo acercando a las personas ofreciéndoles distintos bienes y servicios.

En ese sentido, los modelos económicos propugnan por la internacionalización de los mercados y se ha implementado un derecho de la competencia sustantivo en la mayoría de los países (OMC), sin embargo pareciera ser que las facultades y procedimientos para su aplicación se están rezagando frente a la realidad de los mercados, impidiendo de esta manera la realización de algunas operaciones que buscan generar sinergias en las industrias y beneficios para los consumidores.

La industria aeronáutica y su dinámica ejemplifican la anterior tensión, que puede verse reflejada en diferentes problemas que se manifiestan actualmente. En Colombia, un asunto controversial se presenta con las atribuciones a las autoridades encargadas de aprobar las integraciones empresariales por ejercer el control a ellas atribuido, pues si bien aparentemente en el 2009 legalmente se procuró solventar dicha situación para el sector indicado al dejar la potestad en cabeza de la Aerocivil, las ambigüedades subsisten en cuanto a las facultades residuales y sancionatorias de la Superintendencia de Industria y Comercio. De la misma manera, un inconveniente adicional que presenta el sector sujeto a análisis es la dificultad que representa la delimitación de un mercado relevante, puesto que las rutas son demasiadas en la mayoría de los casos, y los asuntos que disparan las alarmas de la protección de la libre competencia pueden presentarse en solo algunas de ellas, preponderantemente, porque el mercado producto nunca permitirá considerar a todos los consumidores como iguales. Así mismo, otra cuestión que debe ser tenida en cuenta a la hora de analizar el contexto planteado, es que se trata de una industria altamente regulada por parte del Estado, por el ejercicio de su soberanía, pero en casos como el nacional por

tratarse de un servicio público de carácter esencial, existen consecuencias que trascienden de un mayor grado de tutela sobre la industria para mantener los índices competitivos deseados, a llegar incluso a garantizar personalmente la prestación efectiva del servicio, como oportunamente se desarrollara. Por último, vale la pena anticipar que una última preocupación resaltada a la hora de estudiar este tema, fue que actualmente han cogido enorme auge e importancia una serie de vías contractuales que permiten la colaboración entre prestadoras del servicio aéreo para la expansión de sus operaciones comerciales, lo que resulta igual a aerolíneas o competidores directos, que se salen del ámbito de las integraciones en sí, pero no por esto deben estar exentas a una aprobación estatal ni de un análisis económico que a su vez garantice la transparencia en los mercados a la luz de la competencia.

Puesto lo anterior de presente, se puede afirmar que dichos problemas o tensiones resultan ser los asuntos relevantes (*Issues*) que van a ser considerados y estudiados en el presente trabajo de grado, sin embargo, resulta imposible llevar a cabo dicha tarea sin antes plantear una serie de Reglas o Normas jurídicamente aplicables y vinculantes a las cuestiones manifestadas, a través de referencias puntuales al marco jurídico y legal del derecho a la competencia, y concretamente al sector aéreo.

Por último, debido a que los problemas que serán sujetos a análisis ya han sido planteados, tras el análisis a cada uno de ellos, y las oportunas referencias normativas, se establecerán una serie de conclusiones a la revisión llevada a cabo, para que de esta manera pueda ser plasmada una propuesta o una solución satisfactoria, en concreto frente a la cuestión de las integraciones empresariales en el sector, puntualmente como se sugiere que debería ser manejado el asunto en Colombia para corregir lo que se considera el efecto negativo de la Ley 1340 de 2009, adicionando hacia donde debería orientarse el trabajo de las autoridades nacionales en cuanto a la colaboración que se tiene que buscar con quien haga sus veces en otras jurisdicciones, para corregir la existente asimetría de la información.

## 2. MARCO JURÍDICO DEL DERECHO A LA COMPETENCIA (LINEAMIENTOS GENERALES)

El derecho de la competencia, que en la legislación norteamericana se conoce como derecho antimonopolístico, lo podemos definir como *“el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público”*.<sup>1</sup> Este derecho tiene como fuente un mandato constitucional, teniendo en cuenta que la constitución de 1991 en su artículo 333 elevó a canon constitucional la libre competencia económica y el principio de intervención del estado en la economía, tal y como se verá posteriormente en el presente trabajo.

La libertad de competencia económica, es *“la posibilidad que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela.”*<sup>2</sup> Lo ideal es que los consumidores al acudir a los mercados cuenten con distintas opciones sobre bienes y servicios para poder elegir, de existir pocas alternativas muchos de ellos no van a poder satisfacer sus necesidades y otros tendrán que asumir un mayor valor para adquirir los mismos bienes y servicios. Por lo tanto, el derecho a la competencia a través de una legislación de orden público busca regular ciertas condiciones del mercado para que este se desempeñe correctamente; ya que si se adopta una postura pasiva en la cual se permita que el mercado funcione libremente por la oferta y la demanda de productos, posiblemente se presentaran fallas y alteraciones en los mismos.

Adicionalmente, existen diversas maneras de alterar, eliminar o restringir la libertad de competencia, algunas de ellas son legítimas y están permitidas por nuestro ordenamiento

---

<sup>1</sup> Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez. «Fundamentos Económicos del Derecho a la Competencia: Los beneficios del Monopolio Vs Los beneficios de la competencia.» Revista de Derecho a la Competencia 2.2 (2006): 269 - 400.

<sup>2</sup> Miranda Londoño, Alfonso. «Régimen General de la Libre Competencia: Características Principales.» Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho empresarial. Bogotá, 1997.

jurídico, tales como el establecimiento de monopolios de derecho y reconocimiento de marcas, patentes y otros derechos de propiedad industrial.<sup>3</sup>

Sin embargo, existen otras conductas como la explotación abusiva de la posición dominante en un mercado, la realización de prácticas restrictivas de la competencia y la realización de actos de competencia desleal de tipo nacional o internacional (dumping), las cuales han sido catalogadas como patológicas debido a que generan distorsiones y desequilibrios que el mercado por sí solo no puede solucionar, caso en el cual el Estado debe intervenir y suprimirlas.<sup>4</sup>

Para contrarrestar los problemas mencionados, nuestro sistema jurídico cuenta con una serie de normas en materia de competencia entre las cuales se destacan las siguientes : a) *Normas sobre prohibición a las prácticas restrictivas de la competencia y al abuso de la posición dominante en el mercado (contenidas principalmente en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2.153 de 1992 y la ley 1340 de 2009); b) Normas sobre protección al consumidor (contenidas principalmente en la ley 1480 de 2011); c) Normas sobre derechos antidumping y compensatorios (contenidas en el Decreto 150 de 1993 y normas que lo modifican) y d) Normas sobre prohibición de las conductas de competencia desleal (contenidas en la Ley 256 de 1996).*<sup>5</sup>

Es relevante mencionar que no todas las normas mencionadas buscan garantizar los mismos derechos, algunas como las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia buscan “*el bienestar de los consumidores frente a ciertas conductas unilaterales o concertadas de los productores o distribuidores, tendientes a evitar la competencia; las normas sobre protección al consumidor dirigen su esfuerzo principal a exigir garantías mínimas de calidad y servicio para los consumidores; las normas antidumping pretenden proteger en primer lugar a los productores nacionales frente a las prácticas desleales de comercio internacional; y las normas sobre competencia desleal tratan de proteger a los*

---

<sup>3</sup> Miranda Londoño, Alfonso. «Régimen General de la Libre Competencia: Características Principales.» Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho empresarial. Bogotá, 1997.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

*competidores frente a conductas de sus colegas que van en contra de las costumbres mercantiles y que intentan privarlos de parte de su mercado.”<sup>6</sup>*

Para concluir, las normas consagradas en la Constitución política de Colombia, junto con el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y la Ley 155 de 1959 con sus decretos reglamentarios, constituyen el Régimen General de la Libre Competencia en Colombia. A su turno existen unos regímenes especiales dentro de los cuales se encuentra el sector aeronáutico, a este se le aplican normas especiales y subsidiariamente el régimen general.

## **2.2 MARCO CONSTITUCIONAL**

### **2.2.1 FUNDAMENTO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA CONSTITUCION DE 1886 (BREVE APROXIMACIÓN)**

La Constitución de 1886 tenía como objetivo esencial garantizar el orden del país, para ello se buscó la centralización radical del poder público y el fortalecimiento de los poderes del ejecutivo.<sup>7</sup> Desafortunadamente, a pesar de las dificultades existentes en materia económica los constituyentes de la época no aprovecharon la oportunidad para regular con mayor profundidad la materia, como consecuencia de ello los temas económicos no figuraron expresamente en la mencionada Carta Política, siendo regulados por medio de leyes.

En ese orden de ideas, la Constitución de 1886 aparecía como una carta teocrática, apta para una república rural, atrasada y tradicionalista. La crisis económica de 1929 y los graves conflictos rurales y obreros de la década del veinte parecían exigir nuevos instrumentos legales. El liberalismo planteó, como respuesta a los desafíos, un programa de Estado intervencionista, capaz de orientar la vida económica y de colocarse como árbitro en los conflictos entre las distintas clases sociales.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Miranda Londoño, Alfonso. «Régimen General de la Libre Competencia: Características Principales.» Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho empresarial. Bogotá, 1997.

<sup>7</sup> Melo, Jorge Orlando. La constitución de 1886, Nueva Historia de Colombia. Bogotá: Planeta, 1989.

<sup>8</sup> Melo, Jorge Orlando. «Las Reformas liberales de 1936 y 1968.» Credencial Historia 1991, 13 ed.

La reforma de 1936 introdujo en nuestro ordenamiento jurídico cambios importantes, incorporó el concepto de la función social de la propiedad, reconoció el derecho a la huelga, el derecho de las mujeres a ocupar empleos dentro de la administración, así como el derecho de intervención del Estado en la economía. En dicho acto legislativo se establecía que el Estado intervendrá “... *por medio de leyes*”, con lo cual se dio un primer paso al dotar al Estado de facultades para establecer el marco jurídico de la actividad económica. Aunque antes de dicha reforma constitucional ya se habían expedido muchas leyes que implicaban la intervención del Estado en la Economía, no existía un principio Constitucional de intervención en la economía.<sup>9</sup>

Ese artículo fue nuevamente reformado por el Acto Legislativo número 1 de 1945, en el cual se determinó que el Estado intervendría “... *por mandato de la ley*”, con lo cual se introdujo oficialmente la posibilidad de que el Estado interviniera en la economía en forma directa, en competencia con los particulares. Mediante el artículo 6 del Acto legislativo número 1 de 1968 se modifica una vez más la norma objeto de estudio, por medio de la cual se dispone que el Estado puede intervenir en la economía de manera directa a través de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.<sup>10</sup>

### **2.2.2 FUNDAMENTO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA CONSTITUCION DE 1991**

La complicada situación de Colombia en el terreno social, económico y político impulsó un movimiento en la década de los noventa que tenía como finalidad reformar la constitución y modernizar las instituciones para dar soluciones a las necesidades de la época. Adicionalmente, “*los países con economías en desarrollo o en transición adoptaron las políticas de defensa de la competencia con el fin de brindar garantías a la competencia extranjera y proteger sus mercados de la realización de prácticas restrictivas o*

---

<sup>9</sup> Miranda Londoño, Alfonso. «Origen y Evolución del Derecho a la Competencia en Colombia, la ley 155 y su legado.» *Revista del Derecho a la Competencia* 6.6 (2011): 65-148.

<sup>10</sup> *Ibíd.*

*monopolísticas, por medio de las cuales empresas extranjeras podrían destruir la producción nacional y acaparar los mercados”<sup>11</sup>*

Como se puede observar, la economía Colombiana había avanzado considerablemente y para ese momento se necesitaba una regulación distinta y un marco constitucional que sirviera de base para manejar los fenómenos económicos emergentes; en 1990 los postulados de una constitución centenaria no eran suficientes. La comisión quinta de la Asamblea Nacional Constituyente fue la encargada de debatir los temas económicos, sociales y culturales, al interior de la misma se discutieron los temas referentes a los monopolios y prácticas restrictivas de la competencia.

Finalmente, y luego de varias modificaciones se aprobó el artículo 333 que dispone lo siguiente:

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

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

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

*El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. (...)”<sup>12</sup>*

---

<sup>11</sup> Miranda Londoño, Alfonso. «Derecho a la Competencia en la Constitución de 1991.» 20 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA CONGRESO INTERNACIONAL. La Constitución y la Javeriana Conmemoración de los 80 años de la Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá, 2011.

<sup>12</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 333.

El artículo mencionado consagra la libertad económica, la cual ha sido concebida en la doctrina como *“la facultad que tiene toda persona de realizar actividades económicas, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio.”*<sup>13</sup> A su turno, también se encuentra de manera clara el principio de intervención del estado en la economía, el cual se refiere *“al conjunto de actos del Estado por virtud de los cuales toma parte, intercede o media en las transacciones directas o indirectas, sobre bienes y servicios que se presentan entre agentes en un determinado territorio –espacio- y durante un periodo específico –tiempo”.*<sup>14</sup> Esa facultad de intervención se manifiesta en diferentes facetas, una de ellas consiste en una función de garantía, básicamente el estado debe proteger los derechos de los asociados. En segundo lugar, puede intervenir como agente económico, esto es cuando se comporta como productor de bienes y servicios; y en tercer lugar por medio de la actividad de dirección.<sup>15</sup>

De igual manera, el artículo objeto de estudio no sanciona la posición dominante en el mercado, algo totalmente comprensible teniendo en cuenta que esta es una de las metas de todo competidor o productor de bienes y servicios, tener una porción del mercado que le permita obtener una ganancia por su actividad. Sin embargo, si sanciona una de las subespecies de las prácticas restrictivas de la competencia como es el abuso de posición dominante en el mercado.

En conclusión, lo que se buscó al elevar a rango constitucional el derecho a la libre competencia económica fue proteger a los productores y consumidores en el mercado. Los primeros se benefician al existir una regulación que impida la implementación de actos y prácticas que sean contrarios a las reglas del mercado, y los segundos pueden obtener bienes y servicios de mejor precio y calidad al existir una competencia entre productores u oferentes.

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-624 de 1998. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

<sup>14</sup> Alfonso Miranda Londoño, Carlos Pablo Márquez Escobar. «Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la definición de los objetos de la regulación.» *Universitas Javeriana* (2006).

<sup>15</sup> *Ibídem.*

### **3. MARCO LEGAL**

Además de las normas que conforman el Régimen General de la Libre Competencia en Colombia, en nuestro ordenamiento jurídico existen muchas normas que se encargan de regular distintos sectores. En base a lo anterior encontramos disposiciones que regulan el sistema financiero, tales como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de la misma manera existen otras normas para el sector de telecomunicaciones, servicios públicos domiciliarios, etc... En este capítulo se analizarán las normas que de manera principal conforman el marco jurídico del derecho a la competencia aplicable al sector aeronáutico, específicamente aquellas que tienen que ver con las facultades de la Aerocivil en materia de integraciones empresariales, y también se estudiará el Convenio de Chicago, teniendo en cuenta que este establece los principales lineamientos de la aviación civil internacional y contiene la base normativa de los temas que regulan esta actividad.

El marco jurídico presentado en este capítulo servirá posteriormente para entender con mayor profundidad los distintos planteamientos que se quieren desarrollar en este trabajo, así como para explicar las tensiones que se presentan en el sector.

#### **3.1 LEY 1340 DE 2009**

Por medio de la Ley 1340 de 2009 se buscó actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional.

En esta ley se establece que la SIC es la autoridad única de competencia, por ese motivo desarrollará las investigaciones sobre prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal en todos los sectores de la economía. También será la autoridad general para el control de las integraciones empresariales, sin embargo, la revisión de las integraciones en el sector financiero estarán a cargo de la Superintendencia Financiera y las

que se lleven a cabo entre operadores aeronáuticos serán competencia de La Unidad Administrativa especial Aeronáutica Civil, tal como lo dispone el parágrafo del artículo 8 de la ley. Otro cambio relevante que introduce la ley 1340 se observa en su artículo 4, de acuerdo con el cual las normas especiales o sectoriales de competencia se aplican de manera preferente, en caso de vacíos se aplica el régimen general.

Entre otras características importantes de la Ley encontramos las siguientes:

- Permite una mayor participación a los terceros interesados en la investigación administrativa. Los terceros pueden aportar informes, conocer los ofrecimientos de garantía y el informe motivado, y se admite su intervención en esos momentos de la investigación. Se da a las asociaciones de consumidores el estatus de terceros interesados.
- Modifica el régimen de garantías las cuales no pueden ser ofrecidas sino al comienzo de la investigación.
- Se modifica el procedimiento para las integraciones empresariales, el cual ahora tiene dos fases y una duración hasta de 4 meses. Adicionalmente, además de los umbrales económicos ya establecidos, se introduce un umbral de participación en el mercado como se verá posteriormente.
- Consagra un principio de la abogacía de la competencia en virtud del cual a la SIC se le debe consultar su opinión, cuando una autoridad va a expedir una regulación que afecta la competencia.
- Establece que las multas son a favor de la SIC y pueden ser hasta de 100.000 SMLMV o hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor en caso de personas jurídicas y hasta el equivalente de 2.000SMLMV en el caso de personas naturales.
- Se introduce un sistema de clemencia, con el fin de promover la delación de las conductas anticompetitivas.

A pesar de las ventajas señaladas previamente, la Ley 1340 da lugar a situaciones ambiguas. Particularmente su artículo 25, el cual se refiere al régimen sancionatorio al

indicar que “ *por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.*”

En consecuencia, al momento de presentar una solicitud de integración empresarial se creó una situación de inseguridad jurídica, puesto que en la práctica los agentes prefieren presentar la solicitud a ambas autoridades (en este caso Aerocivil y SIC) por el temor de incurrir en una sanción pecuniaria bastante elevada como lo dispone la norma. Lo anterior, ha llevado a que en ciertos casos ambas autoridades se consideren competentes para resolver la operación y de esta manera se generan vacíos que no deberían existir. Esta tensión se analizará con mayor detalle más adelante y se planteará una alternativa para corregirla.

### 3.2 CÓDIGO DE COMERCIO

*“El código de comercio regula el contrato de transportes en general y se refiere tanto al transporte marítimo como al aéreo y a las actividades aseguradoras relacionadas con dichos contratos”.*<sup>16</sup>

A su turno al artículo 1860 precisa las facultades de la aeronáutica civil de la siguiente manera:

*“La autoridad aeronáutica reglamentará y clasificará los servicios aéreos, los explotadores y las rutas, y señalará las condiciones que deberán llenarse para obtener los*

---

<sup>16</sup>Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez. «Derecho a la Competencia en el Sector Aeronáutico Colombiano.» *Revista de Derecho a la Competencia* 4.4 (2008): 287-403.

*respectivos permisos de operación, con la finalidad de lograr la prestación de servicios aéreos seguros, eficientes y económicos, que al mismo tiempo garanticen la estabilidad de los explotadores y de la industria aérea en general.”*

Así como lo explican los doctores Alfonso Miranda y Juan David Gutiérrez en su artículo el derecho de la competencia en el sector aeronáutico, *“la facultad de inspección de la AEROCIVIL no se limita a las actividades aeronáuticas sino que se extiende a las actividades de las agencias de viajes y demás clases de sociedades cuyo objeto sea la intermediación entre las aerolíneas y los usuarios de los servicios aeronáuticos. El artículo 1868 C. Com. faculta a la AEROCIVIL para realizar esta inspección en los siguientes términos”<sup>17</sup> :*

*Artículo 1868.- La inspección de la autoridad aeronáutica, con la finalidad de garantizar la estabilidad de la industria aérea y los intereses del público, se extiende también a los agentes de viajes, intermediarios u operadores de viajes colectivos, que usualmente explotan la industria del turismo en colaboración o en conexión con servicios aéreos.*

En lo que se refiere al control de concentraciones toca remitirnos al artículo 1866, allí se establece que *“quedan sujetos a la aprobación previa de la autoridad aeronáutica los convenios entre explotadores que impliquen acuerdos de colaboración, integración o explotación conjunta, conexión, consolidación o fusión de servicios, o que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar la competencia o el tráfico aéreo.”* El artículo mencionado, ha servido de base para solucionar algunos conflictos de competencia que se han presentado entre la autoridad aeronáutica y la Superintendencia de Industria y Comercio frente a integraciones empresariales en la industria aeronáutica. Esta tensión de abordará con mayor detalle más adelante.

---

<sup>17</sup> Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez. «Derecho a la Competencia en el Sector Aeronáutico Colombiano.» *Revista de Derecho a la Competencia* 4.4 (2008): 287-403.

Por último, siguiendo lo dispuesto en el artículo 1856 del código de comercio, la Aerocivil puede otorgar permisos de funcionamiento para la operación de las empresas que efectúen servicios aéreos comerciales, así como la inspección y vigilancia de esas actividades.

### 3.3 LEY 105 DE 1993

Por medio de la Ley 105 de 1993, se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la nación y las entidades territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones. Esta norma fue modificada parcialmente por la Ley 276 de 1996, la Ley 383 de 1997, la Ley 443 de 1998 y la Ley 787 de 2002. Asimismo, la Ley 105 de 1993 fue reglamentada parcialmente por el decreto 1916 de 1994, el decreto 2263 de 1995 y el decreto 105 de 1995.

En cuanto a los aspectos más relevantes que trata la Ley 105 en relación con la actividad aeronáutica se destacan los siguientes:

- *“El artículo 2 establece que la intervención del Estado es un principio fundamental del Transporte Público, correspondiéndole al Estado la planeación, el control, la regulación y la vigilancia del transporte y de las actividades a él vinculadas.”*
- *“El artículo 3, numeral 2 establece el carácter de servicio público del transporte, en consecuencia el Estado ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación, en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad. El parágrafo segundo de esta norma también establece que cuando se presenten prácticas monopolísticas u oligopolísticas que afecten los intereses de los usuarios en la operación del transporte público, de manera excepcional la Nación, las entidades territoriales, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado de cualquier orden, podrán prestar el servicio público de transporte.”*

- *“El artículo 47 reconoce a la AEROCIVIL como la autoridad encargada de todas las funciones relativas al transporte aéreo.”*
- *“El artículo 55 establece que la AEROCIVIL puede imponer sanciones administrativas a los particulares, personas naturales o jurídicas, relacionadas con el sector, por la violación de los reglamentos aeronáuticos y las demás normas que regulan las actividades del sector aeronáutico. Las sanciones aplicables son: amonestación, multa hasta por cinco mil (5,000) salarios mínimos mensuales, suspensión o cancelación de licencias, matrículas, registros; suspensión de la utilización de bienes o servicios; suspensión o cancelación de permisos o cualquier autorización expedida por esta autoridad. Estas sanciones se aplicarán de acuerdo con la gravedad de la infracción y podrán imponerse acumulativamente y agravarse con la reincidencia.”<sup>18</sup>*

### 3.4 CONVENIO SOBRE AVIACIÓN INTERNACIONAL (CONVENIO DE CHICAGO)

*“La Conferencia de Chicago fue convocada hacia finales del año 1944, como consecuencia del gran desarrollo alcanzado por la actividad aeronáutica, a partir de la Segunda Guerra Mundial. Estados Unidos promovió la celebración de una Conferencia Internacional con el objeto de reunificar diversos acuerdos en el campo de la aviación civil, logrando un texto que fuera fundamento de una legislación de carácter internacional, regulador de la navegación aérea, y unificando criterios y normas que facilitasen su desarrollo.”<sup>19</sup>* En esa convención se intentaron conciliar distintos puntos de vista, en beneficio de la uniformización de principios y métodos a tener en cuenta para el transporte aéreo internacional.

A partir de ese convenio surgen las denominadas libertades del aire, en principio fueron cinco y actualmente son 9, y que consisten en *“derechos de tráfico que un Estado otorga a*

---

<sup>18</sup> Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez. «Derecho a la Competencia en el Sector Aeronáutico Colombiano.» *Revista de Derecho a la Competencia* 4.4 (2008): 287-403.

<sup>19</sup> Bourges Capurro, Juan Carlos. «Trabajo de grado.» Desarrollo de una nueva Línea Aero comercial en Argentina para vuelos no regulares, regionales y de cabotaje, a destinos específicamente turísticos. Buenos Aires, Mayo de 2005.

*empresas aéreas extranjeras para la explotación comercial de su espacio aéreo. Las libertades del aire constituyen el vehículo de los derechos de tráfico aéreo, su forma de expresión o materialización.*”<sup>20</sup> Dichas libertades se explican a continuación:

1. *Conocida como “Libertad de Sobrevuelo”, determina el derecho de una aeronave del Estado "A" a sobrevolar el territorio de otro Estado "B" sin aterrizar.*
2. *Conocida como “Libertad de Escala Técnica”, en este caso otorga a una aeronave del Estado "A" el derecho de aterrizar en el territorio del Estado "B", otro estado por razones técnicas (no comerciales) tales como repostar combustible, mantenimiento, emergencias, etc.*
3. *Otorga el derecho a una aeronave del Estado "A" el permiso de desembarcar (por remuneración) en el Estado "B" pasajeros, correo y carga tomados en el territorio del Estado "A". Es denominada Libertad de Transporte al Exterior.*
4. *Define el derecho de una aeronave del Estado "A" para que ésta desembarque pasajeros, correo y carga en el Estado "B", y que tengan como destino el Estado "A". Es llamada también Libertad de Transporte al Interior.*
5. *La quinta libertad o Libertad de Transporte Externo Consecutivo, otorga el derecho a una aeronave del Estado "A" a embarcar pasajeros, correo y carga en el Estado "B" y transportarlos hasta otro Estado "C", con tal que la última parte del vuelo sea una continuación del vuelo inicial "A"-“B”.*
6. *La Libertad de Transporte Externo-Interno o 6ta. Libertad otorga el derecho a una aeronave del Estado "A" para que transporte tráfico comercial entre otros dos Estados "B" y "C", siempre y cuando haga escala en su propio territorio.*
7. *Es conocida también como Libertad de Transporte Externo, en este caso otorga el derecho a una aeronave del Estado "A" para que efectúe transporte comercial, enteramente fuera de su territorio, entre dos Estados "B" y "C”.*

La octava y novena libertad se relacionan con el transporte de cabotaje, la primera de ellas también llamada de “cabotaje consecutivo” es el derecho que se acuerda con un Estado para

---

<sup>20</sup> Santos, Martín Cristo. *Ivao.es*. s.f. 25 de Octubre de 2014. <<http://www.ivao.es/uploads/f13b4583161e9fba9d3f02c0050da546.pdf>>

que sus líneas aéreas puedan realizar transporte de cabotaje (interno) en otro Estado, partiendo (o culminando el servicio) en el país al que pertenece la línea aérea. La segunda también llamada de “cabotaje autónomo”, es el derecho que se acuerda con un Estado para que sus líneas aéreas puedan realizar transporte de cabotaje (interno) en otro Estado.<sup>21</sup>

A su turno, el Convenio de Chicago contiene disposiciones relevantes que de una u otra manera impactan y regulan el sector aeronáutico. Así, el artículo 1o. tiene gran importancia, por cuanto dispone de modo categórico que los Estados tienen soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo que cubre sus territorios.

*“El artículo 5 del Convenio aplica las llamadas primera, segunda, tercera y cuarta libertades del aire para vuelos destinados a servicios aéreos internacionales no regulares, aunque reservándose el estado sobrevolado el derecho de exigir el aterrizaje; que los vuelos se cumplan por rutas determinadas de los mismos por razones de seguridad, así como a imponer los reglamentos, condiciones y limitaciones que considere de lugar. Con esta norma, el Convenio hace aplicable a los servicios no regulares, en forma directa, los derechos aerocomerciales considerados básicos o principales. Una disposición de no menor importancia es la del artículo 6, complementaria en cierta forma del anterior, ya que otorga a cada Estado el derecho a no autorizar servicios aéreos internacionales regulares y en consecuencia, que la autorización a los mismos se establezca a través de permisos especiales. Hé aquí la base para la negociación bilateral y de su consecuencia, la firma de los acuerdos respectivos.”<sup>22</sup>*

*“En cuanto al artículo 7 del Convenio, dispone el derecho de cada Estado a reservar los servicios aéreos domésticos o de cabotaje a las aeronaves o explotadores de su nacionalidad, principio conocido como de “reserva de cabotaje”. En su primer párrafo se establece que los Estados tienen el derecho - no la obligación -, de dicha reserva, por lo cual ello no impide que un Estado otorgue a aeronaves o empresas de otro Estado la*

---

<sup>21</sup> Santos, Martín Cristo. *Ivao.es*. s.f. 25 de Octubre de 2014. <<http://www.ivao.es/uploads/f13b4583161e9fba9d3f02c0050da546.pdf>>

<sup>22</sup> Folchi, Mario. «La Convención de Chicago de 1944 y la Política de los cielos abiertos.» XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico Espacial. Buenos Aires, 2001. 1-6.

*realización de dicha clase de servicios y es así que algunas legislaciones, como por ejemplo la argentina, permiten dichos servicios bajo determinadas condiciones. Esta disposición posee la necesaria y suficiente flexibilidad para que en definitiva, la decisión de los Estados pueda responder a sus intereses determinados sin que resulte quebrantado el espíritu del Convenio.”*<sup>23</sup> El segundo párrafo de este artículo 7 tiene un carácter algo más estricto, ya que por su intermedio los Estados contratantes se han comprometido a no conceder esta clase de autorizaciones en forma exclusiva a otro Estado o línea aérea del mismo, así como a no obtener de otro Estado dicha exclusividad.

Los demás capítulos del convenio tienen que ver con la nacionalidad de las aeronaves, la organización de la aviación civil internacional, medidas para facilitar la navegación aérea, etc. Por último, debe mencionarse el capítulo 16 del Convenio, que admite la posibilidad de constituir consorcios o servicios mancomunados en el ámbito del transporte aéreo internacional, aspecto que últimamente ha tenido un notable desarrollo a través de las llamadas alianzas estratégicas entre líneas aéreas.

#### **4. FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO FRENTE A LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES**

El control a las concentraciones empresariales es una expresión de la facultad de intervención del Estado en la economía, esta herramienta permite a la autoridad de competencia (de manera previa en el caso Colombiano) revisar y en caso tal impedir que se lleven a cabo operaciones que restrinjan indebidamente la competencia, o bien, autorizarlas en forma condicionada con el fin de que la autoridad pueda garantizar la preservación de la libre competencia en los mercados.<sup>24</sup>

Ese control previo al ser una actuación administrativa puede iniciar de varias maneras, ya sea de oficio, por un derecho de petición de interés general o particular y en cumplimiento

---

<sup>23</sup> Folchi, Mario. «La Convención de Chicago de 1944 y la Política de los cielos abiertos.» XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico Espacial. Buenos Aires, 2001. 1-6.

<sup>24</sup> Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez. «El control a las Concentraciones Empresariales en Colombia.» 2007. Centro CEDEC. <<http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-el-control-a-las-concentraciones-empresariales-aml-jdg.pdf>>.

de un deber legal. Lo normal es que las personas interesadas informen a la SIC de la operación que pretenden realizar, dando inicio a un proceso administrativo que terminará con una decisión que apruebe, objete o autorice con condicionamientos la operación. Lo anterior no obsta para que la SIC inicie de oficio la actuación, con el fin de determinar si los agentes económicos han incumplido el deber de informar previamente la realización de este tipo de operaciones, lo cual constituye una infracción a las normas de libre competencia. La notificación previa de operaciones se considera que se realiza en cumplimiento de un deber legal.<sup>25</sup>

#### **4.1 DEBER DE INFORMAR LAS CONCENTRACIONES Y LA FACULTAD DE LA SIC PARA CONTROLARLAS.**

El artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 al regular el Control a las Integraciones Empresariales establece que “ (...) *las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:*

- 1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o*
- 2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.*

---

<sup>25</sup> Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez. «El control a las Concentraciones Empresariales en Colombia.» 2007. Centro CEDEC. <<http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-el-control-a-las-concentraciones-empresariales-aml-jdg.pdf>>.

*En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación (...)*”

Es importante resaltar que previamente, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, las operaciones de consolidación, fusión, integración o toma de control entre empresas dedicadas a la misma actividad, cuyos activos individual o conjuntamente considerados ascendieran a COL\$20'000.000.00 o más, debían ser previamente informadas a la SIC. Como consecuencia de ello, casi todas las operaciones de integraciones empresariales en el país tenían que ser informadas a la SIC debido al bajo umbral previsto en la norma, generado así resultados ineficientes, ya que la autoridad de competencia tenía que revisar muchas operaciones, cuando solo algunas tenían el potencial de generar y causar problemas en los mercados.<sup>26</sup>

Teniendo en cuenta estos antecedentes, se establecieron dos sistemas de autorizaciones, uno general y el otro particular, con el fin de determinar que operaciones de integraciones debían ser informadas, esto a su turno, le permitiría a la SIC realizar de una mejor manera sus funciones y a las empresas desarrollar sus actividades. Mediante la circular externa N° 10 de 2001, modificada posteriormente por la resolución N° 22195 de 2006, se señalaron unos criterios o factores subjetivos y objetivos que permiten determinar cuándo una operación está autorizada de manera general y cuando necesita una autorización particular, caso en el cual se debe presentar una documentación detallada sobre la operación y sus efectos, posteriormente la autoridad decidirá si la aprueba, condiciona u objeta.<sup>27</sup>

En ese orden de ideas, la Superintendencia de Industria y Comercio estableció que pertenecen al Régimen de Autorización General, las operaciones de integración realizadas entre empresas que cumplan con las siguientes condiciones:

---

<sup>26</sup> Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez. «El control a las Concentraciones Empresariales en Colombia.» 2007. Centro CEDEC. <<http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-el-control-a-las-concentraciones-empresariales-aml-jdg.pdf>>.

<sup>27</sup> *Ibíd.*

a) *Que tengan ingresos operacionales anuales en conjunto inferiores a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes; y,*

b) *Que tengan activos totales en conjunto inferiores a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*<sup>28</sup>

De acuerdo con lo dispuesto por la resolución N° 22195 de 2006, se observa que aquellas empresas intervinientes que cumplan estos dos requisitos de manera conjunta, no deberán informar a la SIC de las operaciones de integración que planeen llevar a cabo, pues se entiende que éstas han sido autorizadas y que por tanto, no deberá remitirse a esta entidad ningún documento, ni tampoco se tendrá que esperar respuesta o pronunciamiento alguno de su parte para la autorización de la misma.<sup>29</sup> Para determinar si se cumplen con las condiciones señaladas, se deben analizar los valores registrados en los estados financieros del año fiscal inmediatamente anterior a aquel en que se avisa a la SIC la operación de integración, esto conforme al párrafo primero del punto 2.1 del Capítulo II del Título VII de la Circular Única.

En caso contrario, cuando no se cumplan con las condiciones mencionadas previamente se debe informar la operación, salvo los interesados cuenten con una participación en el mercado inferior al 20%, caso en el cual se entiende autorizada.

*“El objetivo del régimen de autorización general es que se entienda concedida la autorización para realizar la integración, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la Circular Única. De ésta manera, las empresas que pertenecen a éste régimen no tendrán que esperar el pronunciamiento de la SIC ni presentar ante ella ningún documento. De acuerdo con el párrafo cuarto del punto 2.1 del Capítulo II del Título VII de la Circular Única, la obligación de las empresas –cuando se trate de sociedades– consiste en que el representante legal debe poner en conocimiento del órgano social sobre*

---

<sup>28</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución N° 22195 de 2006

<sup>29</sup> Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez. «El control a las Concentraciones Empresariales en Colombia.» 2007. Centro CEDEC. <<http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-el-control-a-las-concentraciones-empresariales-aml-jdg.pdf>>.

*el cumplimiento de las condiciones establecidas por la Circular Única y que este decida “de manera documentada y justificada”. En otros casos, como cuando no se trate de sociedades, la obligación de las empresas consiste en que quien tenga la competencia para decidir sobre la realización de la operación “deje constancia escrita del cumplimiento de las condiciones indicadas.”*

*“En el otro extremo se encuentra el régimen de información particular, al que pertenecen las empresas que pretenden integrarse que no cumplen con una o ninguna de las condiciones señaladas anteriormente. Las operaciones de integración que aquellas pretendan desarrollar, deberán ser informadas de forma previa a la SIC, de acuerdo con lo señalado en la Circular Única.”*<sup>30</sup> Y para poder llevarse a cabo la operación se debe surtir un procedimiento y contar con autorización de la autoridad de competencia.

#### **4.2 PROCEDIMIENTO ANTE LA SIC**

La ley 1340 de 2009 en su artículo 10 se encarga de regular el procedimiento administrativo en caso de integraciones empresariales, en el cual existen una serie de fases o etapas que se deben seguir para adelantar con éxito una solicitud de integración ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

En primer lugar, nos encontramos con una fase de pre-evaluación, en la cual siguiendo lo trazado por el numeral 1 del artículo 10 de la ley 1340 de 2009, *“los interesados presentarán ante la Superintendencia de Industria y Comercio una solicitud de pre-evaluación, acompañada de un informe sucinto en el que manifiesten su intención de llevar a cabo la operación de integración empresarial y las condiciones básicas de la misma, de conformidad con las instrucciones expedidas por la autoridad única de competencia.”* Esta etapa tiene una duración total de 30 días, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de radicación inicial. Una vez radicada la solicitud por parte de las empresas interesadas, la SIC tiene tres (3) días hábiles para publicar la operación de integración en la página web de

---

<sup>30</sup> Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez. «El control a las Concentraciones Empresariales en Colombia.» 2007. Centro CEDEC. <<http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-el-control-a-las-concentraciones-empresariales-aml-jdg.pdf>>.

la entidad, siempre y cuando considere que la información cumple con todos los requisitos señalados en el anexo número 1 de la resolución 12193 de 2013.<sup>31</sup> Es importante señalar que los intervinientes deben precisar cuáles documentos de la solicitud están sometidos a reversa, y mediante escrito motivado pueden solicitar la no publicación de la diligencia por razones de orden público.

Surtido este trámite, los terceros interesados tendrán 10 días hábiles para allegar a la entidad los respectivos comentarios u observaciones que les surjan, así como las pruebas o elementos de juicio que sirvan de análisis para la operación proyectada.

Si dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la información a que se refiere el numeral 1 del artículo 10 de la ley 1340 de 2009, la autoridad de competencia (SIC) no se pronuncia sobre la integración a razón de que la información suministrada resultó insuficiente para evaluar su verdadero impacto en el mercado, se dará inicio a la segunda fase conocida como Evaluación. Es relevante resaltar que si ya se ha radicado la solicitud y la SIC considera que la información no es suficiente o los anexos no son claros, podrá formular un requerimiento de información adicional conforme a lo dispuesto por el artículo 17 del Código Contencioso Administrativo. En ese caso, el petionario cuenta con un término máximo de un (1) mes para dar respuesta al requerimiento de la entidad, so pena de que la solicitud se entienda desistida.<sup>32</sup>

El término previsto para la segunda fase es de tres (3) meses calendario, contados a partir de la fecha en que haya sido recibida la última comunicación remitida por los intervinientes. *“Si el procedimiento continúa, la autoridad de competencia lo comunicará a las autoridades a que se refiere el artículo 8º de esta ley y a los interesados, quienes deberán allegar, dentro de los quince (15) días siguientes, la totalidad de la información requerida en las guías expedidas para el efecto por la autoridad de competencia, en forma completa y fidedigna. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar que se*

---

<sup>31</sup> Superintendencia de Industria Y Comercio. «Guía de análisis de Integraciones Empresariales.» Sic.gov.co. <[http://issuu.com/asteroide10/docs/guaintegracionesempresariales\\_esp](http://issuu.com/asteroide10/docs/guaintegracionesempresariales_esp)>.

<sup>32</sup> Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez. «El control a las Concentraciones Empresariales en Colombia.» 2007. Centro CEDEC. <<http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-el-control-a-las-concentraciones-empresariales-aml-jdg.pdf>>.

*complemente, aclare o explique la información allegada. De la misma manera, podrán los interesados proponer acciones o comportamientos a seguir para neutralizar los posibles efectos anticompetitivos de la operación. Dentro del mismo término los interesados podrán conocer la información aportada por terceros y controvertirla.”<sup>33</sup>*

En ese orden de ideas, una vez la SIC haya estudiado a fondo la solicitud de integración y haya transcurrido el término, esta se pronunciará mediante acto administrativo sobre la operación de integración proyectada, en cualquiera de los siguientes sentidos: 1) Autorizar plenamente la operación. 2) Autorizarla con condicionamientos 3) Objetarla.

La operación será objetada cuando la autoridad encuentra que esta tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia, caso en el cual no la aprueba. Sin embargo, podrá autorizarla con condicionamientos, es decir se acepta la operación pero se le imponen una serie de condiciones u obligaciones para asegurar la preservación de la competencia; el cumplimiento de estas será supervisado periódicamente por la SIC.

De acuerdo con el numeral 5 del artículo 10, si transcurrido el término previsto en la ley (3 meses) para que la autoridad se pronuncie no se obtiene ninguna respuesta, se entenderá que se ha configurado un silencio administrativo positivo y los particulares podrán llevar a cabo la operación.<sup>34</sup> El término solo empezará a correr desde que las empresas intervinientes hayan allegado la totalidad de la información requerida por la SIC.

## **5. CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES**

Llegado este punto, vale traer a presente que el Profesor Alfonso Miranda Londoño, ha indicado que existen, dos “aspectos fundamentales” que hacen que el derecho a la libre competencia, sea efectivamente garantizado en la práctica, que constituyen así derechos y garantías, tanto para oferentes como para demandantes, en cualquier mercado que se quiera analizar, también, destaca, que son múltiples las formas que pueden obstaculizar dicha

---

<sup>33</sup> Artículo 10, numeral 4 de la Ley 1340 de 2009.

<sup>34</sup> Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez. «El control a las Concentraciones Empresariales en Colombia.» 2007. Centro CEDEC. <<http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-el-control-a-las-concentraciones-empresariales-aml-jdg.pdf>>.

libertad que se predica: *“El Derecho a la Libre Competencia Económica implica dos aspectos fundamentales: de una parte garantiza la libertad de los competidores para concurrir al mercado en busca de una clientela; y de la otra implica la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado, bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de competencia. Como es bien sabido, la libertad de competencia se puede ver restringida, eliminada o alterada de diversas maneras: a) por el establecimiento de monopolios de derecho (en la forma prevista por el artículo 336 de la C.P.); b) por el reconocimiento de marcas, patentes y demás derechos de la propiedad industrial; c) por la explotación abusiva de la posición dominante en un mercado; d) por la realización de prácticas restrictivas de la competencia; y e) por la realización de actos de competencia desleal de tipo nacional o internacional (dumping)<sup>35</sup>.”*

En este orden de cosas, la existencia de monopolios de derecho; resulta inevitable, pues la constitución los ha establecido para ciertas industrias como licores o juegos de suerte y azar, que si bien, son permitidos en su disfrute, lo que no les resta su carácter nocivo para la salud mental y fisiológica; han sido garantizados con el propósito de lograr que los recursos provenientes de ellos, se destinen a satisfacer necesidades primordiales de la sociedad tales como la salud y la educación. Por otra parte, el profesor Miranda, resalta no solo la posible alteración, sino que habla de una eventual eliminación de la libre competencia por la explotación abusiva de la posición dominante, lo que sin ir mas lejos, es *“Una posición de fuerza de que goza una empresa del mercado pertinente, del país que le permite : i) Operar de forma independiente de las fuerzas competitivas que existan en ese mercado, o ii) influir en sus competidores o en sus consumidores, o en el mercado pertinente a su favor<sup>36</sup>.”*

Así, en un mundo en el que cada día hay mercados más interdisciplinarios y menos barreras transfronterizas, existen cada vez mayores oportunidades de inversión o expansión de negocios existentes, pero al mismo tiempo, el riesgo latente de afectar el derecho a la

---

<sup>35</sup> Miranda Londoño, Alfonso. «Régimen General de la Libre Competencia: Características Principales.» Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho empresarial. Bogotá, 1997.

<sup>36</sup> Organización de las Naciones Unidas. «Conferencia de las naciones unidas sobre comercio y desarrollo: Ley tipo de defensa de la competencia.» 2007.

competencia aumenta. Por ende, se observa una tendencia a concentrar las empresas, principalmente vía fusiones (en sus diferentes modalidades que ofrece el derecho societario: por absorción, por creación, compra de acciones o de la marca...) o tomas de control; para que las empresas adquieran más poder de mercado y a su vez eliminen a un competidor legítimo dentro del mismo, *“En términos generales, las operaciones de concentración son actos o convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más entidades económicas independientes entre sí pasen a conformar una sola entidad, a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial<sup>37</sup>”*. De ahí que, le corresponde a la autoridad competente evaluar la situación particular de hecho, y tomar una decisión motivada al respecto, como lo señala el Profesor Miranda: *“El control a las concentraciones empresariales constituye una de las más importantes expresiones del derecho de la competencia. En efecto esta herramienta le permite a la autoridad de la competencia (cuando el control es previo como en el caso colombiano) impedir que se lleven a cabo operaciones que restrinjan indebidamente la competencia, o bien, autorizarlas en forma condicionada a través de condicionamientos con el fin de que la autoridad pueda garantizar la preservación de la libre competencia en los mercados<sup>38</sup>”*

En definitiva, al afirmar que *“...la concentración empresarial es el “proceso que conduce a la unificación de empresas, hasta entonces independientes, en nuevas unidades económicas para formar empresas cada vez mayores y, con ello, simultáneamente, a la disminución del número de empresas independientes en un mercado determinado y aún en el conjunto de una economía.<sup>39</sup>”*, se puede concluir que, operaciones de tal índole son de gran importancia para el comportamiento de un determinado mercado, y que por esta razón, no puede haber una libertad total de integraciones, sin que una entidad especializada se pronuncie al respecto; anteriormente en Colombia, se tenía establecido que cualquier integración que generara posición de dominio en el mercado debía ser objetada por la

---

<sup>37</sup> Irarrázabal, Felipe. «Guía para el análisis de Operaciones de concentración.» 2012.

<sup>38</sup> Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez. «El control a las Concentraciones Empresariales en Colombia.» 2007 . Centro CEDEC . <<http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-el-control-a-las-concentraciones-empresariales-aml-jdg.pdf>>.

<sup>39</sup> Molina Sandoval, Carlos. «EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS Y FUSIONES EN EL RÉGIMEN COMPETITIVO ARGENTINO.» Universidad Sergio Arboleda. 16 de 09 de 2014 <<http://www.usergioarboleda.edu.co/investigacion-derecho/edicion1/El-control-de-concentraciones-econ%C3%B3micas-y-fusiones-en-el-r%C3%A9gimen-competitivo-argentino.pdf>>.

autoridad competente <sup>40</sup>; postura hoy revaluada , pues actualmente se sobrentiende que la posición de dominio per-se no es nociva para un mercado, sino el abuso que se pueda hacer de esta.

En conclusión, hay que aclarar que la autoridad competente de velar por los mercados competitivos genérica es la Superintendencia de Industria y Comercio, pero que en ciertos casos, tal potestad ha sido legalmente transferida a otras autoridades para asuntos de carácter puntual, que por su materia requieren de información y conocimientos muy específicos, que trascienden el derecho en si, tal es el caso aeronáutico, como se analiza en el numeral 6 del presente documento (lo propio ocurre con el sector financiero), pero en uno u otro caso el análisis restrictivo debe hacerse en dos ámbitos, dependiendo del tipo de concentración que se pretenda, restricciones que serán horizontales o verticales.

#### 5.1 RESTRICCIONES HORIZONTALES A LA LIBRE COMPETENCIA

Carlos Molina, describe el primer tipo de restricciones señaladas a las concentraciones empresariales, por sus efectos a la libre competencia así: *“La de corte horizontal importa la concentración de varias unidades empresariales que desarrollan o pueden desarrollar una actividad similar en un mercado de producto (aun cuando el ámbito geográfico no permita la identificación de ambas empresas en un mismo mercado relevante). Pueden ser “empresas competidoras”, pues participan en un mismo mercado producto y geográfico; o no... Básicamente la horizontalidad de la concentración está definida por el producto a comercializar y en el mercado de dicho producto se incluyen también aquellos que tienen algún matiz que permite la razonable sustitución..., Lo esencial radica en que esta forma integrativa busca obtener una posición de dominio en el mercado o monopolio<sup>41</sup>”*

Particularmente, este tipo de integraciones, son comunes en el caso de concentraciones empresariales vía fusión de empresas o sociedades, lo cual, tiene un efecto potencialmente

---

<sup>40</sup> Art. 239 del Decreto Extraordinario 1122/99 y Art. 118 del Decreto 266/00.

<sup>41</sup> Molina Sandoval, Carlos. «EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS Y FUSIONES EN EL RÉGIMEN COMPETITIVO ARGENTINO.» Universidad Sergio Arboleda. 16 de 09 de 2014 <<http://www.usergioarboleda.edu.co/investigacion-derecho/edicion1/El-control-de-concentraciones-econ%C3%B3micas-y-fusiones-en-el-r%C3%A9gimen-competitivo-argentino.pdf>>.

nocivo a la libre competencia, ya que *“Una fusión puede tener como resultado crear una firma con una posición tan dominante que sea suficiente para ejercer el poder de mercado. Una fusión puede fortalecer una posición dominante existente, como también puede dejar un mercado con pocas firmas de modo que la competencia efectiva no permanece en el mercado.”*<sup>42</sup>. Entonces, es en este punto donde radica el problema que puede surgir de este tipo de acuerdos, y donde el control de los entes que velen por la libre competencia, particularmente en aquellas jurisdicciones donde el deber de informar los proyectos de integración es de carácter obligatorio, como el caso Colombiano, precisamente porque lo que sucede es que, como ha sido manifestado, en este tipo de uniones lo que se hace es eliminar de manera directa a un competidor, lo que inmediatamente aumenta la participación de una empresa en el mercado, dándole mayor posición de dominio a la adquirente, y de la misma forma, concentra el mercado aún más de lo que posiblemente pueda estar, pues si bien los mismos productos o servicios seguirán a disposición del público, estos estarán en cabeza de un solo productor, a diferencia de la pluralidad que existía antes. Lo anterior, es entonces un riesgo, que en determinados mercados, altamente concentrados, como es el caso del aeronáutico (en particular tratándose de rutas determinadas) sea aún mayor pues lleva a que al eliminar la competencia, se cree una tendencia monopolística u oligopolística, indeseable tanto para consumidores, como para las agencias de regulación. A manera de ejemplo, se observa en Colombia, existen ciertas rutas nacionales como las de Bogotá -Popayán, en donde el único prestador del servicio es AVIANCA, lo que se traduce en precios sumamente altos, a comparación de otras poblaciones de similar tamaño y densidad demográfica, donde si existe una efectiva competencia por adueñarse del mercado.

En otras palabras, si bien, la única manera de aumentar la capacidad productiva de una determinada empresa es incrementando su capacidad, y fusionarse con otra de calidad similar, en cuanto a los servicios o productos ofrecidos, es una vía óptima para ello, los efectos anticompetitivos son de una naturaleza delicada, que merece un análisis detenido en cada uno de los casos, pero en particular, uno tan complejo como el aeronáutico, donde

---

<sup>42</sup> Pinkas, Flint Blanck. Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Legislativo 701 legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

cada ruta, horario, o clase, como será puesto de presente en su momento, determina un mercado relevante diferente, lo que le implicará a la AEROCIVIL, la realización de un ejercicio mucho más elaborado y casuístico para determinar la posibilidad de permitir o condicionar una integración de carácter horizontal, ya que, la entrada de nuevas empresas a prestar un servicio público de carácter esencial, no es para nada fácil por las enormes barreras que existen, y en algunas circunstancias, tampoco resulta atractiva, pues los incentivos económicos de un mercado en particular no son lo suficientemente atractivos, razón, que reitera la importancia del análisis que en la materia, corresponde a la entidad señalada.

## 5.2 RESTRICCIONES VERTICALES A LA LIBRE COMPETENCIA

Por otro lado, existen integraciones que no logran ipso facto eliminar a un rival, o un competidor directo dentro del mismo mercado relevante, sino, que lo que pretenden es fortalecer su posición propia en el mercado a través de la adquisición de los factores de producción que existan dentro de su misma línea así: *“Se dice que dos unidades económicas entablan una relación vertical entre ellas si cada una se dedica a una o más etapas distintas de un proceso de elaboración o comercialización. La relación vertical más fuerte es la que se conoce como integración, que se da cuando las dos unidades económicas están sujetas a una propiedad y un control comunes.”*<sup>43</sup> Dado que, este tipo de concentraciones lo que hacen es disminuir los costos de producción o de la prestación de un servicio, al eliminar la necesidad de contratarlos y adquirirlos como un gasto extra, pasando consecuentemente a producir el determinado insumo de manera autosuficiente, los efectos anticompetitivos parecerían diezmados, o a lo menos, mucho menos preocupantes a los eventuales resultantes de una posible concentración horizontal, en este orden de cosas el profesor de la Universidad de Columbia, Michael Riordan señala :

*“Vertical integration can occur by internal growth or by merger. A firm integrates backward internally by building its own facilities for manufacturing an intermediate good,*

---

<sup>43</sup> Coloma, German. «Integración y contratos verticales entre empresas.» Universidad del CEMA. 17 de 09 de 2014 <<http://www.ucema.edu.ar/u/gcoloma/vertical.pdf>>.

*or forward internally by creating its own distribution facilities. Vertical integration by investment in new productive assets usually expands markets, and therefore presumably does not raise competitive concerns. This is not to say that a vertically integrated market structure necessarily outperforms a non-integrated one.... A vertical merger by asset acquisition or stock acquisition potentially raises competitive concerns, in which case conduct restrictions or a divestiture of assets might make acceptable an otherwise anticompetitive vertical merger.<sup>44</sup>”*

Entonces, pese a que, como el efecto inmediato de este tipo de integraciones no es eliminar directamente la competencia, sino fortalecerse internamente para hacerse más fuertes, aumentando su capacidad operacional o productiva, y de esta manera ser más eficientes y así más productivos; no quiere decir, que no existan restricciones en esta materia, particularmente, en el caso que con la integración, uno de los factores de la cadena de producción que adquiere la empresa, sea necesario para que sus contrapartes en el mercado puedan continuar con su actividad; lo que podría derivar en abusos o actos anticompetitivos que sucedáneamente afecten la libre competencia en el mercado. Incidentalmente, *“En el caso particular de las concentraciones verticales, estas pueden estar motivadas por la necesidad de reducir el riesgo de asegurar las fuentes de suministro y mejorar los procesos de producción, de forma que lograrse una mejor eficiencia. Aun cuando en este tipo de concentraciones es menos probable que se presenten efectos nocivos para la competencia, siempre es necesario vigilar que estas integraciones no restrinjan la competencia en los mercados, mediante el uso del poder de mercado, por ejemplo...<sup>45</sup> ”*

Dicho de otro modo, *“Es necesario indicar que las concentraciones verticales son por lo general menos perjudiciales para la competencia efectiva que las horizontales. Esto se debe a que, a diferencia de estas últimas, aquellas no conllevan la pérdida de un competidor directo y, a su vez, pueden dar lugar a mayores eficiencias para la competencia efectiva.... En consecuencia, los perjuicios para los competidores reales*

---

<sup>44</sup> Riordan, Michael. «Competitive Effects of Vertical Integration. »2005. Ed. Universidad de Columbia. <file:///Users/Andy/Downloads/econ\_0506\_11.pdf, >.

<sup>45</sup> Tabora, Marlon. Condiciones Generales de Competencia en Honduras. United Nations Publications, 2007.

*situados en el mercado afectado donde se celebra la operación vertical no se traducen en un perjuicio para la competencia efectiva.*<sup>46</sup> ”; más bien, tienen como un primer efecto estimularla al optimizar su procedimiento interno, mejorando así, la calidad del servicio prestado a los usuarios al nivel general del mercado, pues, al momento en que uno de los competidores mejore, el resto para no verse rezagados se verán obligados a encontrar la manera de hacer lo propio o verse expuestos a perder terreno en dicho mercado. Las concentraciones verticales, presentan entonces la dificultad, de no permitir medir el impacto que afecte a la libre competencia económica de manera inmediata; en contraste, con su contraparte horizontal, donde al eliminar un competidor directo se puede observar casi instantáneamente el efecto en la concentración del mercado, y el aumento de posición dominante; por lo general, en el caso de las integraciones verticales, habrá que esperar a que se empiecen a causar los efectos económicos derivados de ella, así como, los resultados que estos tengan en el mercado.

En conclusión, si bien resulta más complejo ver los efectos anticompetitivos, y en el sector aeronáutico existan estudios que indiquen que en operaciones regionales los efectos de las integraciones verticales son en general benéficos a los pasajeros, pues las aerolíneas integradas funcionan mucho más eficientemente que sus copartidarias que no se encuentran en tal situación, en un mismo aeropuerto en un mismo día, y además, que en días en que las terminales se encuentran más congestionadas o hay problemas climáticos también operan mejor, primordialmente por que dicha integración facilita la toma inmediata de decisiones<sup>47</sup> [Forbes, Lederman, 2010]; no quiere decir, que dejen de ser sujetas a evaluación por la autoridad competente, pues sigue tratándose de una integración como tal, y tampoco significa que se requiera una mayor laxitud a la hora de evaluar los efectos de la operación.

---

<sup>46</sup> Perez Molina, Mario. La evaluación de las concentraciones de empresas en la Unión Europea. Córdoba, s.f. 2012, Pág.73, Tomado de: [http://www.uca.edu.sv/deptos/ccjj/media/archivo/b75be7\\_unioneuropeaempresas.pdf](http://www.uca.edu.sv/deptos/ccjj/media/archivo/b75be7_unioneuropeaempresas.pdf)

<sup>47</sup> Forbes, Silke J. y Mara Lederman. Does vertical integration affect firm performance? Evidence from the airline industry. Vol. 41. The RAND Journal of Economics, 2010.

## 6. FACULTADES DE LA AEROCIVIL FRENTE A CONCENTRACIONES, INTEGRACIONES Y FUSIONES DE AEROLINEAS.

Para hacer referencia al control ex ante de las integraciones empresariales en el sector aeronáutico, resulta importante traer a colación el antecedente Avianca-Sam-Aces del año 2001 que buscaba la conformación de la “Alianza Summa” , en donde el Superintendente de Sociedades, actuando como ad hoc, consideró que la autoridad facultada para ejercer este control era la Aerocivil, en virtud del artículo 1866 del Código de Comercio;<sup>48</sup> de acuerdo con el cual *“quedan sujetos a la aprobación previa de la autoridad aeronáutica los convenios entre explotadores que impliquen acuerdos de colaboración, integración o explotación conjunta, conexión, consolidación o fusión de servicios, o que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar la competencia o el tráfico aéreo.”*

Para esa época, *“la solicitud de integración fue informada por las empresas tanto a la Aero civil como a la SIC, en el entendimiento de que ambas autoridades tenían en esa época facultades para revisar, cada una según sus funciones, este tipo de operaciones.”*<sup>49</sup> De hecho la Superintendencia de Industria y Comercio alcanzó a estudiar el tema y el superintendente en ese entonces Emilio José Archila objetó la operación mediante resolución N° 19534 del 8 de Junio de 2001. Posteriormente, durante el trámite del recurso de reposición interpuesto por las empresas se nombró un Superintendente Ad hoc, el cual mediante la resolución número 29437 del 7 de Septiembre de 2001 determinó que la SIC no tenía competencia para analizar la operación informada, en los siguientes términos<sup>50</sup>:

*(...) “En ninguna de las disposiciones legales vigentes que se refieren a la obligación de las empresas en general de informar a la Superintendencia las operaciones de integración que proyecten, ni en las normas legales vigentes en materia aeronáutica, encuentra el superintendente ad hoc que se produzca modificación o derogación expresa o tácita de la competencia de la autoridad aeronáutica consagrada en forma expresa en el Código de*

---

<sup>48</sup> Calle, José Miguel de la. «Control previo de integraciones empresariales en el sector aeronáutico.» Ámbito Jurídico.

<sup>49</sup> Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez. «Derecho a la Competencia en el Sector Aeronáutico Colombiano.» Revista de Derecho a la Competencia 4.4 (2008): 287-403.

<sup>50</sup> Ibídem

*Comercio. De ello se concluye que la Superintendencia de Industria y Comercio carecía de competencia para proferir la resolución objeto del recurso de reposición para cuyo trámite y decisión fue nombrado mediante decreto 1710 de 2001, de manera que la operación de integración empresarial proyectada entre AVIANCA, SAM y ACES está sujeta exclusivamente a la aprobación previa por parte de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, entidad que cumple con las funciones de autoridad aeronáutica y ante la cual esos mismos solicitantes como se indicará, presentaron una petición referente a la misma operación” (...) <sup>51</sup>*

Mediante la Resolución N° 4888 de 2001 la Aero civil aprobó la operación, sin embargo, la decisión tomada acerca de quién debería conocer las integraciones empresariales en el mercado generó muchas dudas y no logro ser un tema pacífico en los años posteriores. Esto principalmente debido a las interpretaciones sobre la competencia en aquellas operaciones que no incluían en alguna o en todas sus partes a un explotador aéreo, como puede ser la compra de una agencia de viajes por parte de una aerolínea, o en aquellas otras que involucran una transacción entre empresas controlantes de aerolíneas que tampoco tienen la calidad de explotadores aéreos. <sup>52</sup> Algunas interpretaciones dan a entender que la facultad de control previo de integraciones de la Aero civil se limita estrictamente a los acuerdos entre “explotadores aeronáuticos” tal como lo señala el artículo 1866 del código de comercio, en consecuencia dicha entidad no podría conocer operaciones de tal naturaleza y sería la SIC como autoridad única de competencia la encargada de realizar el control a las mismas. <sup>53</sup>

Adicionalmente, la norma del código de comercio fue reglamentada por el numeral 3.6.3.7.3 de los Reglamentos Aeronáuticos Colombianos (RAC) de la siguiente manera:

*“(...) 3.6.3.7.3.- Acuerdos entre empresas. Las negociaciones de las empresas nacionales entre sí con ánimo de integración o fusión con entidades, empresas o gobiernos extranjeros*

---

<sup>51</sup> Superintendente de Industria y Comercio ad hoc, Resolución N° 29437 del 7 de Septiembre de 2001.

<sup>52</sup> Calle, José Miguel de la. «Control previo de integraciones empresariales en el sector aeronáutico.» Ambito Jurídico.

<sup>53</sup> Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez. «Derecho a la Competencia en el Sector Aeronáutico Colombiano.» Revista de Derecho a la Competencia 4.4 (2008): 287-403.

*relativas al transporte aéreo, en cualquiera de sus aspectos tales como la aportación de ganancias, tráfico, servicios, equipos; el establecimiento de tarifas, mejoras de sistemas de seguridad, o para controlar, regular, prevenir o eliminar competencias ruinosas o para regular paradas, itinerarios o prestar servicios en forma cooperativa y en general cualquier acuerdo que afecte al transporte aéreo, requerirá la aprobación de la AEROCIVIL, previa presentación de la documentación correspondiente.”*

Al conceder las normas mencionadas la competencia a la Aerocivil en materia de integraciones empresariales en el sector aeronáutico se presentaron algunos problemas, que tienen que ver con la evaluación y los análisis realizados por la autoridad aeronáutica en el control a las integraciones empresariales. En muchas de las autorizaciones *“no se hizo referencia, entre otros, a la definición de mercados relevantes afectados, identificación de barreras de entrada, indagación sobre competidores actuales y potenciales y, por supuesto, los posibles efectos de la operación.”*<sup>54</sup>

La ley 1340 de 2009 no fue ajena a los problemas que se venían presentando en distintos sectores, por ello en el artículo 6 se reconoce a la Superintendencia de Industria y Comercio como (SIC) como la autoridad única de competencia, sin embargo, en lo relacionado con el sector aeronáutico y el sector financiero se establecen excepciones al principio. En el párrafo del artículo 8 se establece que *“la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil conservará su competencia para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves.”* A su turno, la norma mencionada fue declarada exequible por la sentencia C-227 de 2011 de la Corte Constitucional.

En Noviembre de 2011, la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado definió un conflicto de competencias entre la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) y la Unidad Administrativa especial Aeronáutica Civil, acerca de quién debía evaluar *ex ante* la integración que querían llevar a cabo las empresas AIRFRANCE, DELTA, KLM y

---

<sup>54</sup> Calle, José Miguel de la. «Control previo de integraciones empresariales en el sector aeronáutico.» Ámbito Jurídico.

ALITALIA, mediante un contrato de código compartido. La integración propuesta mezclaba contratos de explotación conjunta (competencia de la AEROCIVIL), con operaciones no descritas en el artículo 8 de la Ley 1340 (cuyo conocimiento está en cabeza SIC), por lo cual ambas autoridades se declararon competentes para conocer la integración.

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo resolvió el conflicto a favor de la Aero civil con base en los siguientes argumentos:

*“La sala observa que el aludido contrato de riesgo compartido (Joint Venture) constituye una operación comercial entre las mencionadas aerolíneas (o explotadores de aeronaves) consistente en una explotación conjunta, de manera que está claramente comprendido en la enumeración de contratos que trae el parágrafo del artículo 8 de la ley 1340 de 2009, así como también en la del artículo 1866 del código de comercio. Por consiguiente, siguiendo el razonamiento de la corte constitucional, se tiene que dicha operación de integración empresarial se encuentra dentro del marco de competencias de la AEROCIVIL, en virtud de una excepción a la regla general según la cual la SIC es la autoridad nacional de protección de la competencia.”*

*“ Si bien pudieran existir algunos detalles de la operación que podrían ser competencia de la SIC, por no estar comprendidos dentro de la enumeración de los contratos de las citadas normas, lo cierto es que al constituir el mencionado contrato una explotación conjunta de servicios aéreos, este factor determina suficientemente la competencia de la autoridad aeronáutica, para conocer y analizar todos los aspectos relativos al estudio y valoración de todos los elementos atinentes a la operación conjunta de servicios aéreos, incluida, por supuesto, la protección de la competencia.”<sup>55</sup>*

En algunos casos pueden existir transacciones que involucren la realización de varios de los contratos u operaciones incluidas en la excepción, pero que observadas en su integralidad implican una cesión del control sobre las actividades de una empresa frente a otra, caso en

---

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de Noviembre de 2011, Expediente número 11001-03-06-000-2011-0047-00. Consejero ponente: Augusto Hernández Becerra.

el cual, además de obtenerse las autorizaciones propias otorgadas por la entidad regulatoria a las operaciones específicas, será necesario gestionar ante la SIC la autorización previa respectiva. Se puede dar el caso de que en una operación entre aerolíneas algunas actividades o detalles sean competencia de la SIC al ser esta la autoridad única de competencia y por no estar dentro de las funciones de la Aero civil, caso en cual se necesitará autorización de ambas autoridades.<sup>56</sup>

En conclusión, este tema debe ser tratado conjuntamente por ambas autoridades, con el fin de que, en ejercicio de los principios de eficiencia y colaboración que rigen la actuación administrativa, se brinde a los usuarios la información necesaria sobre los límites existentes entre las funciones de una y otra autoridad

## **7. COMPETENCIA EN LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA.**

Luego de revisar las facultades de las autoridades en materia de integraciones empresariales, podemos concluir que por norma expresa la aeronáutica civil es la encargada de autorizar integraciones entre explotadores aéreos, las otras operaciones serán estudiadas por la SIC como ya se vio previamente. Las facultades descritas son una manifestación del principio de intervención del Estado en la economía, el cual resulta fundamental para entender como el estado puede influir, guiar y regular la actividad económica con el fin de propender por mayores beneficios para todos sus habitantes. En el siguiente capítulo explicaremos en que consiste la intervención del Estado en la economía y se estudiará cómo funciona dicha intervención en el sector aeronáutico.

### **7.1 LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA**

Actualmente, existe un mundo que predica la existencia y beneficios de mercados abiertos, de fácil acceso para potenciales productores o consumidores; en los cuales la regulación se debe encaminar a garantizar la estabilidad de la economía en sí, donde es habitual observar como los Gobiernos de los diferentes países pretenden por finalidades tanto políticas como

---

<sup>56</sup> De la Calle, José Miguel. «Control previo de integraciones empresariales en el sector aeronáutico.» Ámbito Jurídico

comerciales, establecer acuerdos bilaterales o multilaterales con diferentes Estados; por lo general eliminando barreras arancelarias o matizándolas, para así poder expandir los mercados más allá de las fronteras domésticas. Con todo, no es posible afirmar que una economía libre de intervención estatal, en mayor o menor medida, exista o sea predicable, por más liberal que se afirme ser.

La teoría de la mano invisible de Adam Smith, si bien revolucionó el sistema económico del siglo XVIII, tuvo que ser replanteada con el pasar de los años, y ser radicalmente analizada para tomar posturas alternas con la irrupción de las grandes crisis financieras, particularmente con la gran depresión que vivió la economía norteamericana, y solo pudo ser superada vía intervención estatal incentivando el gasto para dinamizar y reactivar el capital, lo anterior, siguiendo los planteamientos del economista John M. Keynes, reflejados en el New Deal del Presidente F.D.Roosevelt, como lo señala Eduard Goetz : *“Large-Scale and direct Government intervention such as public housing was a product of a political economy that no longer exists, an expanding welfare state underwritten with the surpluses generated by a powerful industrial economy”*<sup>57</sup>. Después, superadas estas etapas de insolvencias, desempleo y pobreza; ideas provenientes de la Universidad de Chicago, y uno de sus renombrados catedráticos, Milton Friedman, si bien, propendían por la privatización de muchas empresas y entidades estatales, así como la reducción del gasto fiscal, nunca plantearon abandonar la intervención estatal, pues como lo ha señalado con gran claridad el reputado economista Joseph Stiglitz : *“The reason that government intervention is desirable is simple: there are large macroeconomic externalities associated with these capital flows. They can result in exchange rate fluctuations, imposing large costs on exporters and importers...”*<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup>Goetz, Edward. «New Deal Ruins: Race, Economic Justice, and public housing policy.» 2013. Cornell University. 15 de 09 de 2014  
<<http://books.google.com.co/books?id=CqPboD8nlJAC&pg=PA6&dq=new+deal+government+intervention&hl=en&sa=X&ei=2K4sVKmwHcrCggSi5YLQCAhttp://books.google.com.co/books?id=CqPboD8nlJAC&pg=PA6&dq=new+deal+government+intervention&hl=en&sa=X&ei=2K4sVKmwHcrCggSi5YLQCA&ved=0CCEQ6AEwAQ#v=onepage&q=new%20deal%20government%20intervention&ved=0CCEQ6AEwAQ#v=onepage&q=new%20deal%20government%20intervention&f=false>>.

<sup>58</sup> Stiglitz, Joseph. «Government Intervention is Desirable.» 2013. Emerging Markets. 15 de 09 de 2014  
<<http://www.emergingmarkets.org/Article/3266187/JOSEPH-STIGLITZ-Government-intervention-is-desirable.html>>.

Puesto lo anterior de presente, es posible sostener que una economía totalmente libre de intervención estatal, es completamente indeseable, bajo el punto de vista del Estado actuando como un sujeto dentro de esta. De la misma manera, otra de las potestades del Estado, es la de regular y reglamentar, que en algunos casos, será atribución del poder constituyente derivado, encabezado por el Senado y la Cámara de Representantes, para los temas que por mandato constitucional deben ser regulados por ley; en otros, será potestad del Gobierno reglamentar dichos mandatos legales, desarrollándolos sin alterarla, dándoles mayor aplicabilidad y puntualidad.

Acto seguido, una de las materias que más trascendencia tiene actualmente dentro de un Estado Social de derecho, como es el caso colombiano, es el de los Servicios Públicos, pues estos, al igual que el aparato estatal han tenido su desarrollo histórico, consagrados con la revolución francesa, han ido cambiando a medida que las atribuciones y tareas estatales cambian, adaptándose a ello, aumentando en número, beneficiarios y prestaciones. Entonces, al tratarse de una materia dinámica, que se adapta a las necesidades sociales de cada momento en particular, son cada vez más los servicios que le compete bien sea prestar al Estado, o garantizar su efectiva prestación; lo anterior es de primordial importancia, ya que, como se desarrollara en el punto 7.3 del presente documento, el transporte aéreo, es actualmente considerado un servicio público, y no uno cualquiera, sino que se le ha otorgado la calidad de esencial. La Corte Constitucional se ha pronunciado en la materia que se desarrolla así:

*“En lo concerniente a los servicios públicos, la intervención económica adquiere una finalidad específica, consistente en asegurar la satisfacción de necesidades básicas que se logra con su prestación, y tiene un soporte constitucional expreso en el artículo 334 de la Carta. Pero, “adicionalmente, en tal materia el Estado dispone de especiales competencias de regulación, control y vigilancia, pues tal prestación se considera inherente a la finalidad social del Estado, por lo cual es deber de las autoridades asegurar que ella sea eficiente y cubija a todos los habitantes del territorio nacional”. Así, por cuanto los servicios públicos son una actividad económica que compromete la satisfacción*

*de las necesidades básicas de la población, y por ello mismo la eficacia de ciertos derechos fundamentales, “la intervención del Estado en la actividad de los particulares que asumen empresas dedicadas a este fin es particularmente intensa, y su prestación se somete a especial regulación y control”<sup>59</sup>.*”

De esta manera, es posible concluir que la intervención estatal en la economía no solo es inevitable, sino necesaria e incluso deseable, tanto como actor dentro de esta, como regulador y supervisor de su funcionamiento, comportamiento y estabilidad. Dicha injerencia, no se encuentra limitada a un campo particular sino que la abarca en su totalidad, y por este motivo se encuentra presente en el sector aeronáutico, como competidor a través de aerolíneas públicas (como sería en Colombia SATENA), como supervisor a través del Ministerio de Transporte, y en temas del derecho a la Competencia particularmente con la AEROCIVIL.

## 7.2 INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL SECTOR AERONÁUTICO

Los profesores Tackler y Fleming, no han vacilado a la hora de señalar el enorme impacto que tiene no solo la intervención Estatal en el sector aéreo, sino también la política: *“Government restrictions on an economy, such as wage and price control or excessive regulation ultimately constrain demand. When such artificial barriers are lifted, the market dictates demand for goods and services and increased air travel is almost always the result. The reason for this is that government regulation in the air industry usually involves ticket prices and market prices. That is, favored airlines are granted a monopoly access... This effectively eliminates competition and restricts the growth of air traffic... The freedom of airlines to fly to whatever destination they wished made flying more convenient for passengers by providing more non-stop flights with greater frequency. Politics also play a*

---

<sup>59</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-186 de 2011, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

*role in air travel. It is not surprising that countries that choose extremely protectionist and radical policies do not experience travel growth...<sup>60</sup>”.*

Pues bien, siendo hoy en día el medio de transporte que acarrea el mayor número de pasajeros a nivel global, con indicadores que aumentan con el paso de los años, demostrando ser una tendencia que en el largo plazo parece no cambiar, y así mismo, representando uno de los mayores servicios para el envío de mercancías, que presenta la ventaja del corto tiempo a comparación frente a las opciones marítimas; resulta inevitable que el Estado se vea inmiscuido en el correcto funcionamiento del sector aéreo, velando por los servicios prestados a pasajeros, condiciones propicias para que aerolíneas puedan desarrollar sus actividades, regulando aspectos como comisiones obligatorias a agencias de viajes o tasas aeroportuarias, garantizando el acceso libre al mercado, así como la competencia leal dentro de este, revisando los proyectos de acuerdos entre aerolíneas, o las posibles fusiones entre estas. De ahí que, resulten ser situaciones muy complejas, puesto que el ente competente, en el caso colombiano la AEROCIVIL, deba llevar a cabo un análisis exhaustivo, que tenga en cuenta no solo los beneficios de la operación, sino los eventuales perjuicios; lo anterior, con la dificultad agregada, que según se analizará en el punto 8, supone la enorme cantidad de mercados relevantes que han de ser tenidos en cuenta; bien sea para la aprobación, condicionamiento o rechazo de la solicitud:

*“Antitrust policy can also affect the levels of competition. A little over a year ago (Artículo del año 2002), United presented plans to acquire US Airways. These plans were later abandoned after the Government decided to challenge the merger. Most observers anticipate that future merger attempts are likely. There is significant statistical evidence that airfares increase as market concentration increases, thereby harming consumers. However, concentrated markets also benefit some consumers by creating bigger networks with more frequent and convenient flights. Moreover, mergers also provide incentives for efficient managerial skills and business practices to dominate. In that mergers lead to*

---

<sup>60</sup> Tackler, Thomas and Bijan Fleming. Introduction to air transport economics: From theory to Applications. Ashgate Publishing, 2013.

*concentrated markets, antitrust policies must balance these two conflicting needs with deciding whether to approve a merger.<sup>61</sup> ”*

De hecho, de ahí radica la vital importancia del derecho a la competencia en la materia tratada; poniendo de presente que este no se limita únicamente a velar por las políticas antimonopolio, ni por la alta concentración de los mercados, situación que en algunos de ellos se torna casi inevitable (al punto que corresponde al Estado garantizar que se preste el servicio directamente para ciertas rutas), sino que, se extiende a que las practicas que se desarrollen dentro de este sector, una vez superadas las barreras de entrada si se quiere, se hagan de manera limpia, transparente y honesta. Tal función, a nivel nacional compete a la Superintendencia de Industria y Comercio de manera general, para cualquier mercado, pero en ciertos casos, como es el del sector aeronáutico o financiero, dicha competencia de velar por el comportamiento del sector y sus diferentes mercados ha sido asignado por el principio de especialidad, a través de la ley, a la AEROCIVIL, razón que demuestra aún más la importancia que representa para el Estado este sector y su funcionamiento, ya que a causa de esto, le pone a una entidad exclusivísima e independiente del mismo ministerio de transporte, la tarea de velar por el correcto desempeño de una de las vías más importantes, para desplazar de un lugar a otro personas y/o mercancías, José Elías del Hierro nos aclara la tarea que recae en esta entidad:

*“La Aerocivil es la única autoridad competente para abrir las investigaciones y sancionar todas aquellas conductas relacionadas con las prácticas restrictivas de la competencia, cuando en dichas investigaciones están involucradas las personas naturales o jurídicas sobre las cuales la Aerocivil tenga la inspección, vigilancia o control. □ Como consecuencia de lo anterior, la SIC no cuenta con las facultades para entrar a investigar en este tipo de asuntos.<sup>62</sup> ”*

Igualmente, una forma alterna, de intervención estatal en el sector, es la de participar en el

---

<sup>61</sup> Gourisankaran, Gautam. «Competition and Regulation in the Airline Industry.» 01 de 2002. University Of Arizona. 14 de 09 de 2014 <[http://www.u.arizona.edu/~gowrisan/pdf\\_papers/airline\\_competition.pdf](http://www.u.arizona.edu/~gowrisan/pdf_papers/airline_competition.pdf)>.

<sup>62</sup> Del Hierro, José Elías. «Aeronáutica Civil o Superintendencia de Industria y Comercio, he ahí el dilema.» 2002. <[http://www.globalcompetitionforum.org/regions/s\\_america/Columbia/Paper%20%20Aerocivil%20o%20SIC%20he%20ahi%20el%20dilema.pdf](http://www.globalcompetitionforum.org/regions/s_america/Columbia/Paper%20%20Aerocivil%20o%20SIC%20he%20ahi%20el%20dilema.pdf)>.

directamente como un competidor o proveedor de servicios, es decir, a través de una aerolínea pública. En ciertos casos, puede ser un negocio rentable y el incentivo a invertir e incursionar en el mercado puede ser puramente económico; en otros, puede ser de carácter patriota, y tratarse de un móvil puramente moral y nacionalista, de tener una aerolínea que funcione incluso con pérdidas, con tal de conservarla, por ser insignia de un país determinado; pero en uno u otro caso han de ser tenidas en cuenta como un competidor más que debe tener las mismas garantías, y sobretodo, ningún privilegio adicional frente a las compañías privadas que compitan dentro de este: *“Competition with a state-owned airline has always been a different proposition from that owned by a privately-owned carrier. State ownership has always been a virtual guarantee that an airline would not be allowed to go out of business, with state subsidy being used to cover operating losses. State owned airlines may, therefore, have been able to take greater risks in defining their business... a factor that made it more difficult for private-owned firms to compete effectively against them...”*<sup>63</sup> Después de todo, existe una cierta tensión, y escepticismo por la verdadera imparcialidad e igualdad de condiciones para compañías privadas y públicas, pero lo cierto es que legalmente deben gozar de las mismas condiciones; puede también suceder, aunque no merezca mayor detenimiento su análisis, que el Estado intervenga directamente como consumidor, bien sea adquiriendo tiquetes excepcionalmente o de manera habitual para ciertos funcionarios o para el envío de ciertas mercancías, es decir, al otro lado de la relación comercial del contrato de transporte.

En este orden de ideas, no se puede pasar por alto el caso ocurrido en Colombia en el año 2002, en el cual se dejó claro que una transportadora aérea de carácter público no se encuentra exenta de la aplicación de las normas tendientes a garantizar el derecho a la libre competencia. En la resolución 04285 del 11 de Febrero de 2002 la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a la empresa SATENA vinculada al ministerio de defensa nacional, por ejercer un abuso de la posición dominante, específicamente por llevar a cabo discriminaciones injustificadas entre sus pasajeros para ofrecerle a algunos de ellos descuentos en las tarifas, causando perjuicios tanto a los consumidores que no tenían acceso

---

<sup>63</sup> Shaw, Stephen. *Airline Marketing and Management*. Ashgate Publishing, 2011.

a tales beneficios, como a los competidores.

Así las cosas, en 56 de las 62 rutas analizadas, siendo cada una un mercado relevante diferente, se encontró que SATENA ostentaba una posición monopolística y en las seis restantes el único competidor era Aires, lo que evidenciaba su posición de dominio. La anterior situación permitía a la aerolínea estatal definir las tarifas y las condiciones del mercado a su gusto, con la facilidad adicional de no tener que reportar a la Aerocivil las variaciones que realizara en estas. Se trataba en todos los casos de mercados altamente concentrados, pues las solicitudes a la Aerocivil para ingresar como competidor en estos se presentaban en muy pocas oportunidades, principalmente por las barreras de entrada legales y económicas, en especial los costos no asumidos por SATENA.

Lo mencionado se explica con mayor claridad en la citada resolución de la siguiente manera:

*(...) “Las aerolíneas tienen una libertad tarifaria siempre y cuando se encuentren dentro de los límites aprobados para cada ruta. No obstante, Satena no somete sus tarifas a aprobación de la Aerocivil, circunstancia esta 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.*

*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, mientras los demás competidores si 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 menciona 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.” (...)*

En síntesis, la SIC destacó que lo que se encuentra prohibido es que una empresa con posición de dominio a través de una política de descuentos abuse de dicha posición para establecer discriminaciones entre los usuarios de servicios de condiciones análogas en el mercado relevante definido, porque pasa de ser una simple estrategia comercial a convertirse en una práctica comercial restrictiva.<sup>64</sup>

Por lo tanto, el interés del Estado de intervenir en el sector aeronáutico es total, y como fue puesto de presente, abarca muchos campos y especies dentro de todo el sector; pues al ser un servicio público de carácter esencial, es su principal tarea garantizar la prestación de este, de manera continua e ininterrumpida, a precios justos, con cobertura nacional y propender por su mejora progresiva, como se analiza a profundidad a continuación.

### 7.3 EL TRANSPORTE AEREO COMO UN SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL

Para comenzar, la Revista *Ámbito Jurídico* en su edición del 12 al 25 de Marzo de 2012, haciendo referencia al fallo de la Corte Constitucional, en adelante C.Co., C 122 del 22 de Febrero de 2012, reseñó los criterios para determinar cuándo un servicio público tiene el carácter de esencial: (1) Cuando las actividades del servicio contribuyen de modo directo a

---

<sup>64</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 04285 del 11 de Febrero de 2002

la protección de bienes, o garantizar derechos fundamentales, (2) El peligro que se causaría a un sector de la población con su interrupción, (3) la esencialidad del servicio no tiene en cuenta su naturaleza ni de la importancia del servicio para la economía nacional, y (4) la ponderación de los intereses de los trabajadores a los que se les niega el derecho a la huelga frente a los sacrificios válidos que se pueden imponer a los usuarios de los servicios<sup>65</sup>. Sin embargo, si se detuviese a analizar cada uno de los criterios frente a los servicios que hoy por hoy se tienen como esenciales, podría llegarse a cuestionar por qué han sido catalogados de tal manera, y esto incluiría el transporte aéreo ¿Siempre su prestación implica la garantía de derechos fundamentales? De ahí que, para no detenerse en análisis innecesarios es procedente remitirse a otros pronunciamientos de la C.Co. en la materia.

En este orden de cosas, el interrogante puesto de presente, encuentra solución literal en la jurisprudencia de la C.Co. así : “... *las actividades de las empresas de transporte por tierra, mar y aire, indudablemente son servicios públicos esenciales, porque están destinadas a asegurar la libertad de circulación (art. 24 C.P.), o pueden constituir medios necesarios para el ejercicio o la protección de otros derechos fundamentales (vida, salud, educación, trabajo, etc.)*.”<sup>66</sup> Dicho esto, la actividad aeronáutica y el servicio de transporte que brinda no es un servicio fundamental per-se, sino que tiene esta atribución por conexidad, ya que la garantía de su prestación correcta permite que las personas se puedan desplazar y ejercer su derecho fundamental a la libre circulación, particularmente en aquellos casos donde la movilidad aérea no encuentre un sustituto terrestre o marítimo existente o igualmente satisfactorio, por cuestión de tiempo de desplazamiento o posibilidad de acceso (física o económica); el segundo caso, que plantea el tribunal superior en el acápite citado, es de carácter excepcional pues para proteger otro derecho fundamental se requiere que este haya sido vulnerado o sea amenazado, y la única forma de ampararlo sea desplazándose de un lugar a otro. Lo anterior, permite llegar a una conclusión, y es que el carácter fundamental lo tiene el servicio por el hecho de garantizar la libre circulación de las personas.

---

<sup>65</sup> Ámbito Jurídico, Edición del 12 al 25 de marzo de 2012.

<sup>66</sup> Corte Constitucional, sentencia C-450/1995 Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

Así las cosas, no existe debate alguno frente a que particulares presten directamente los servicios públicos, así tengan el carácter de esenciales, esto porque los servicios en cabeza del estado social de derecho son cada vez mayores en número y dirigidos a un mayor volumen de personas, lo que les otorga el carácter dinámico, y nunca estático. Es vital, que el derecho a la competencia intervenga y vele por la igualdad de oportunidades para concurrir al mercado, pues a pesar de ser un postulado de la Constitución Política la libertad de empresa, por tratarse de una actividad de vital importancia para los ciudadanos del Estado Social de Derecho, el poder prestar el servicio se encuentra sujeto al cumplimiento de una serie de estrictos requisitos, tanto para obtener la autorización necesaria para su efectiva prestación, como para la permanencia en el mercado, lo anterior, no para desestimar la inversión y capital privado, sino establecido a favor de la comunidad, porque en servicios como el transporte, este no solo debe ser garantizado en su prestación continua y eficaz –al igual que todos los servicios públicos–, sino que es fundamental el aseguramiento de la protección y seguridad de los usuarios. Para ilustrar, el Ministerio de Transporte dijo en 1995:

*“En Colombia, la operación del transporte es un servicio público, inherente a la finalidad social del Estado y sujeto a la intervención y reglamentación de las autoridades competentes, en cuya prestación juega un papel decisivo la participación del sector privado...Las disposiciones legales que regulan el transporte, le otorgan el carácter de servicio público esencial y resalta la prelación del interés general sobre el particular, especialmente en lo que tiene que ver con la garantía de la prestación del servicio y la protección de los usuarios.”<sup>67</sup>*

Verbigracia, la ley 336 de 1996, reafirmó el carácter de servicio público esencial del transporte aéreo, pero tuvo la gran importancia de aclarar que a pesar de tener una categoría tan importante constitucionalmente, su regulación continuaría siendo la analizada en el segundo y tercer capítulo de la tesis actual, es decir, dándosele prevalencia al derecho privado, y por los acuerdos que Colombia firme con otros países, pues el transporte aéreo

---

<sup>67</sup> Concepto 0087 del Ministerio de Transporte de Colombia, Expediente 30926, con fecha: 22 de junio de 2004. Págs.1-2

es preponderantemente transfronterizo, por lo que una excesiva normatividad de carácter público interna, solo generaría conflictos y dilataría la búsqueda actual por mercados similarmente regulados entre naciones en la materia: *“El modo de transporte aéreo, además de ser un servicio público esencial, continuará rigiéndose exclusivamente por las normas del Código de Comercio (libro quinto, capítulo preliminar y segunda parte), por el manual de reglamentos aeronáuticos que dicte la unidad administrativa especial de aeronáutica civil y por los tratados, convenios, acuerdos, prácticas internacionales debidamente adoptados o aplicadas por Colombia.”*<sup>68</sup>

Así pues, al transporte en general, tanto para pasajeros como mercancías, se le ha considerado por parte de la C.Co. (C-066/99), como únicamente ser susceptible de regulación vía leyes en sentido formal, es decir, aquellas proferidas por el Congreso de la Republica, ya que hoy en día no es posible que el Gobierno Nacional dicte códigos de ninguna índole. Sin embargo, el manual de reglamentos aeronáuticos (RAC) también regirá la actividad de transporte de manera integral, pues es el reglamento que expide la autoridad competente y especializada en todo el sector aéreo, es decir, la AEROCIVIL. Por ende, estos manuales cuentan con toda la legitimidad del caso, indiferentemente de haber indicado que por la importancia del asunto se requerirá siempre de ley, no es posible desconocer la potestad, también constitucional del Ejecutivo para expedir reglamentos encaminados a desarrollar y detallar cabalmente los postulados legales; recordando que dicha potestad no es exclusiva del gobierno, sino que puede excepcionalmente recaer en diferentes autoridades, como puede ser una autoridad administrativa especial de carácter nacional, como sería la AEROCIVIL, Lo anterior en palabras de la C.Co. :

*“Es claro que la actividad misma del transporte constituye un servicio público, que ha de prestarse en forma permanente, regular y continua, dada la función económica que con ella se cumple y, además, por cuanto resulta indispensable para el desarrollo de las demás actividades de los usuarios, tanto si se trata del desplazamiento de mercancías de un lugar a otro, como en el transporte de pasajeros....en un estado unitario como el nuestro, lo*

---

<sup>68</sup> Artículo 68 Ley 336 de 1996.

*atinente a la regulación de la prestación del servicio público de transporte, los modos y los medios en que este se preste, las condiciones generales para el otorgamiento de las rutas y horarios, los requisitos mínimos de seguridad para los usuarios, la determinación de quiénes han de ejercer la autoridad de transporte, la necesaria coordinación de las autoridades nacionales con las autoridades locales para el efecto, entre otros aspectos, corresponden al legislador, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional, para la cumplida ejecución de la ley, en el ámbito de su competencia, ejerza la potestad reglamentaria<sup>69</sup>”*

Análogamente, en el año 2012, el alto tribunal reiteradamente citado reafirmó a la modalidad de transporte aéreo como un servicio público eminentemente esencial, por los motivos ya reseñados, pero aclarando esta vez, que la libertad de locomoción no es sencillamente un derecho fundamental que le otorga a esta actividad su connotación de esencial, sino que se detiene a explicar que en las sociedades modernas, las personas se encuentran obligadas a desplazarse de manera constante de un lugar a otro, desplazamientos que llevan a cabo para a su vez, en muchos de los casos, poder disfrutar de otros derechos:

*“El transporte público aéreo es, por mandato de la ley, un servicio público esencial, lo que significa que el mercado económico que le es propio está altamente intervenido por el Estado. Esto con el fin de asegurar la seguridad, eficiencia, calidad y acceso equitativo a las prestaciones correspondientes. Además, para el ejercicio de esas actividades de intervención se ha previsto por el ordenamiento jurídico a la Aerocivil como autoridad aeronáutica, quien tiene la competencia para regular la actividad e, incluso, imponer sanciones en razón del incumplimiento de las reglas aplicables, en especial aquellas contenidas en los RAC.... **En el caso del transporte, en general, y su modalidad aérea, en particular,** concurren diversas razones para concluir que se trata de un servicio público vinculado estrechamente con la satisfacción de los derechos fundamentales. Las sociedades contemporáneas, signadas por procesos de urbanización y especialización de los factores productivos, obligan a que los individuos deban permanente movilizarse largas*

---

<sup>69</sup> Corte Constitucional, Sentencia C 066- 1999, Magistrados ponentes Fabio Morón Díaz, Alfredo Beltrán Sierra.

*distancias, en aras de ejercer sus derechos y competencias, acceder a distintas posiciones jurídicas, cumplir con sus obligaciones contractuales, dirigirse a la infraestructura para la prestación de otros servicios públicos, etc. La libertad de locomoción, así entendida, no se concentra exclusivamente en la garantía de transitar libremente por el territorio nacional, sino también con la existencia de mecanismos que permitan hacerlo en condiciones razonables y adecuadas. Esos instrumentos no son otros que los medios de transporte de pasajeros<sup>70</sup>.”*

Además, insiste en que los medios en que se preste el servicio deben ser suministrados en condiciones “razonables y adecuadas”; de ahí que, es perfectamente válido indicar que la única forma de lograr esto es a través de mercados competitivos. A pesar, de que en el sector aeronáutico los mercados serán en mayor o menor medida concentrados inevitablemente, la única forma de lograr una prestación en las condiciones que la corte plantea es a través de la concurrencia de diferentes empresas transportadoras, que de esta manera, compitan entre ellas por ganarse la confianza de los consumidores, en este caso pasajeros, a través de mejores servicios que pueden ser sujetos a diferentes valoraciones subjetivas por parte de cada usuario, pero que bajo un análisis objetivo constituyen puntos de ponderación que permiten valorar la calidad del servicio público en general, por ejemplo: tarifas de pasajes o costos de fleteo, servicios adicionales prestados, valor de tarifas conexas al servicio, cantidad de rutas ofrecidas, infraestructura puesta a disposición del transportador y a su vez de los pasajeros... entre otras. Por consiguiente, un mercado ideal, que en la práctica resulta utópico; solamente será alcanzable si se garantizan igualdad de condiciones para incursionar en el mercado, participar en este y a su vez mantenerse inmerso en condiciones competitivas, que se obtendrán sancionando conductas desleales o anticompetitivas, y a su vez protegiendo el uso que se haga de una eventual posición dominante, en cada uno de los diferentes mercados relevantes, que según se va a explicar, corresponden a todas y cada una de las diferentes rutas. Lo anterior, no solo constituye un fin del derecho a la competencia, sino que puede predicarse que con ello efectivamente se estarían persiguiendo fines constitucionales, debido a que, la C.Co. en su calidad de

---

<sup>70</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-987 de 2012, Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

guardiana de la supremacía de la carta política nacional, y a su vez, como su interprete, a través de fallos de constitucionalidad como el analizado, delimita los preceptos y fines a los que debe procurar llegarse, no como un simple anhelo, sino como una meta, que tarde o temprano se debe alcanzar.

### 7.3.1 EL RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA COMPETENCIA

En principio, el ordenamiento jurídico colombiano está influenciado en materia de servicios públicos por la doctrina francesa, lo que implica que sea una labor inherente al Estado garantizar bien sea su prestación directa, o a través de un particular; tendencia esta última que ha tenido gran acogida recientemente, ya en la Unión Europea se ha logrado la liberalización de los servicios públicos de energía eléctrica, gas, servicios postales y sistema de transporte ferroviario, como lo denota Koen Nodmen; los actuales proveedores privados de cada uno de estos servicios tienen la obligación de suministrarlos no solo amparados bajo un interés comercial, sino bajo el cumplimiento de estrictos requisitos adicionales por la importancia que representan para la comunidad<sup>71</sup>.

En este orden de ideas, la liberalización progresiva de los servicios públicos no es total, pues algunos de ellos por sus características propias deberán ser prestados de manera exclusiva por el Estado, como es el caso de la Defensa o Fuerza pública. Pero, en todos aquellos, que permitan la participación como un agente más en el mercado, y simultáneamente convenga más que exista un ambiente propicio a la sana y libre competencia, será mejor para la comunidad general, ya que de un lado, los proveedores del servicio se verán motivados a mejorar cada día más sus actividades, para así atraer más clientela y obtener con ello mayores ingresos; por el otro, los usuarios se verán directamente beneficiados de estas prácticas, no únicamente recibiendo mejores precios y tarifas, sino, por una cantidad enorme de valores agregados que provendrán del mejor desempeño al que se verán obligadas las empresas. Para ilustrar, en el caso particular del

---

<sup>71</sup> Nomden, Koen. «Reconciling liberalization and Public Service Obligations.» Pittsburg University. <[http://aei.pitt.edu/869/1/scop97\\_1\\_3.pdf](http://aei.pitt.edu/869/1/scop97_1_3.pdf)>.

sector aéreo, basta observar el enorme efecto que las transportadoras autodenominadas de bajo costo, han tenido en las aerolíneas tradicionales, que no se han visto obligadas únicamente a bajar sus tarifas, sino que ofrecen mejores experiencias a bordo de sus vuelos, al igual que antes y después de estos, buscando otro grupo de consumidores; dicha dinamización ha llegado al punto de crear una competencia que se ha extendido incluso a infraestructura aeroportuaria, donde es posible ver que en las ciudades de mayor tráfico aéreo, su aeropuerto principal ha perdido capacidad para albergar todas las aerolíneas que concurren a ese mercado; se han visto entonces obligadas a contar con más de uno, llegando hasta los cuatro como sucede en Londres o Frankfurt, o tres como en Nueva York; donde cada uno cuenta con operadores diferentes, muchos de los cuales vuelan las mismas rutas; lo que se traduce en una competencia mayor cada día, la cual claro está, debe ser arduamente vigilada y supervisada.

Sin embargo, surge un punto de fricción en este contexto, pues no solo los servicios públicos, deben ser vigilados para mantener las condiciones competitivas del mercado, sino que debe hacerse lo propio con todos los sectores donde se predique la existencia de la libre competencia, a pesar de ello, las bondades de una excesiva vigilancia pueden verse opacadas puesto que *“Uno de los problemas fundamentales del Derecho de la Competencia en Colombia, radica en la proliferación normativa y la multiplicidad de autoridades de la Competencia, que a la larga pueden entorpecer el desarrollo de los principios que informan este derecho, e impedir el logro de sus objetivos. Lo anterior resulta especialmente grave en un país como Colombia, que está tratando de atraer a los inversionistas extranjeros con el fin de que participen en la gestación de la infraestructura nacional. Resulta evidente que el Derecho de la Competencia constituye parte importante del entorno jurídico, cuya claridad y estabilidad ejerce una influencia definitiva en la decisión de los inversionistas sobre su participación en los proyectos del país”*<sup>72</sup>.

Entonces, corresponde a las autoridades nacionales, no solo, asegurar la prestación de dichos servicios, sino además, hacerlo de manera que garantice la libre competencia en el

---

<sup>72</sup> Miranda Londoño, Alfonso. El derecho de la competencia en la ley de servicios públicos domiciliarios. Bogotá, 1997. Pág. 7.

sector, tanto para las oportunidades de concurrir a él como oferente, como para la elección de la mejor oferta en los criterios subjetivos de cada usuario; todo ello, procurando mantener un delicado equilibrio, o balance si se quiere, para que la advertencia que hace el Doctor Alfonso Miranda en la cita transcrita, no pase a materializarse en una realidad indeseada, pues en el particular efecto que se resalta de la inversión extranjera, hay que tener en cuenta que en el sector aeronáutico en particular, Colombia cuenta con una aerolínea nacional cada vez más en auge y crecimiento, como AVIANCA, debido precisamente a la inversión extranjera que se hizo para su adquisición por parte de inversionistas brasileros; y de la misma manera, la incursión de aerolíneas de bajo costo para ciertas rutas en el mercado, que ha dinamizado este, aumentando sustancialmente el tráfico de pasajeros en este modo de transporte en los últimos años.

Sin embargo, hay que reiterar que la eficiencia y beneficios comerciales no son los únicos factores que deben ser ponderados en el mercado de los servicios públicos, pues hay un interés general que ha de primar sobre el particular en cuanto a su prestación, la competencia en el sector debe ser bienvenida e incentivada, pero nunca podrá valorarse, por más bondades que pueda generar, como se haría en un campo de servicios que no sean esenciales, o un simple mercado producto. El argumento planteado lo respalda el profesor G. Monti de la Universidad de Cambridge en el Reino Unido:

*“Finally, from the perspective of politics, the role of competition is affected by concerns relating to the protection of citizens rights to have access to certain public services. The community has provided a variety of responses to accommodate public services and competition... Accordingly, there are instances where competition law is deemed inapplicable so as not to interfere with national welfare systems (by reference to the principle of solidarity), others were an exemption from competition law obligations is granted, provided public services are offered in an efficient manner...assuming that the*

*competitive markets are the best way to ensure citizens' rights... There is much progress to be made to strike an adequate balance between competition and public service*<sup>73</sup>. ”

En conclusión, la relación entre los servicios públicos y el derecho a la competencia es muy estrecha, y se hace aún más fuerte cuando se refiere a aquellos que han sido categorizados como esenciales, puesto que es tarea del Estado, garantizar la efectiva e ininterrumpida prestación de estos a favor de la comunidad entera; así lo entiende Jairo Rubio, quien fue Superintendente de Industria y Comercio “*la libre competencia es una de las herramientas con que cuenta el Estado para expandir el acceso a los servicios públicos. En efecto, cuando se abre un mercado a la libre competencia, ello se traduce en un aumento en la eficiencia y, por ende, en una reducción de costos, que conlleva a una disminución de precios que implica ampliar el acceso a los servicios públicos. En otras palabras, promover la competencia permite alcanzar tarifas justas y razonables y, por ende, la expansión del servicio*<sup>74</sup>”.

## **8. EL MERCADO RELEVANTE EN EL SECTOR AERONAUTICO.**

Después de estudiar la intervención del Estado en el sector aeronáutico, llegamos a la conclusión de que en este mercado es deseable la intervención del mismo debido a los distintos problemas y fallas que se pueden presentar. Lo anterior adquiere mayor relevancia, si tenemos en cuenta que el transporte aéreo es considerado como un servicio público esencial, el cual requiere de la atención del Estado para su efectiva prestación por parte de aerolíneas privadas o públicas, y así garantizar que las personas tengan acceso al mismo.

En esta parte del trabajo vamos a analizar con profundidad el mercado relevante en el sector aeronáutico. La definición del mismo resulta bastante compleja en algunos casos como se pasará a explicar, sin embargo, es necesario revisarlo para poder tener en cuenta las posibles implicaciones que una operación de integración puede tener en el mismo y los

---

<sup>73</sup> Monti, Giorgio. EC Competition Law. Cambridge University Press, n.d

<sup>74</sup> Rubio Escobar, Jairo. «La libre competencia como mecanismo para expandir los servicios Públicos.» Superintendencia de Industria y Comercio. <[http://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/articulos/La\\_Libre\\_Competencia.pdf](http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/La_Libre_Competencia.pdf)>.

distintos factores que debe tener en cuenta la autoridad de competencia al momento de aprobar, negar o condicionar una integración en este sector. En primer lugar explicaremos el mercado producto, luego el mercado geográfico y por último el mercado temporal.

## 8.1 DEFINICIÓN DEL MERCADO RELAVANTE EN EL SECTOR AREONAUTICO

En primer lugar, hay que empezar por aclarar lo que se entiende por mercado relevante, que de acuerdo a Álvarez y Lizana, es *“aquel concepto teórico instrumental que nos sirve para determinar un ámbito de análisis. El mercado relevante se identifica con relación a dos aspectos: en cuanto a la cosa, pasando a denominarse mercado relevante material o del producto, y en cuanto al espacio, denominándose en tal sentido mercado relevante geográfico.”*<sup>75</sup>, destacan así mismo que en el mercado producto, lo importante es identificar el bien o servicio que dará además, el nombre al mercado, y también, se debe determinar la Sustituibilidad del determinado bien, o su elasticidad; en lo referente al geográfico, lo que interesa es la localidad espacial de las transacciones. Así las cosas, en el sector aeronáutico, la identificación de los mercados relevantes, resulta un tanto engorrosa, puesto que siempre se habla de una pluralidad de ellos, y por lo general, nunca habrá una categoría general de estos, pues, a pesar de que académicos como Goeteyn sostengan que *“El mercado relevante en estos casos, deberá ser que cada combinación de punto de origen y punto de destino, generalmente deban ser considerados como un mercado distinto y separado, desde el punto de vista del consumidor”*<sup>76</sup>, como se explicara a continuación, su delimitación resulta ser un poco más complicada.

En este orden de ideas, la complejidad que presenta la determinación del mercado relevante en el sector aéreo, se puede observar en el compendio “Market Definition in Antitrust, Theory and case studies”, publicado en el año 2012, por la Asociación Americana del Bar, que dedica un capítulo entero a la industria área de pasajeros; en su parte introductoria da luces de la dificultad que acaba de ser planteada, al poner de presente entre otras que : el

---

<sup>75</sup> Álvarez, Juan Antonio and Claudio Lizano. Dumping y Competencia Desleal Internacional. Editorial Jurídica de Chile, n.d.

<sup>76</sup> Goeteyn, Geert. Market definition in the aviation sector, In remedies in the Network Industries: EC Competition Law VS Sector Specific Regulation. 2004.

sector aéreo tiene la particularidad que permite el uso de tarifas diferenciadas, lo que conduce a mercados relevantes que pueden llegar a ser muy estrechos, no hay un simple mercado de ‘pasajeros’ (para diferenciarlos de carga), sino que existe entre ellos una categorización entre aquellos que vuelan por motivos de trabajo, en horarios ‘prime’ es decir, o muy temprano en la mañana o entrada la noche, mientras que, aquellos que viajan por ocio, tienden más a hacerlo a mitad del día o buscar medios alternativos de transporte, que de acuerdo con lo ya expuesto serian sustitutos para el mercado en particular. American Airlines se percató de la anterior situación, y categorizo a los primeros como inflexibles y a los segundos como flexibles, lo que implicó, y sigue al día de hoy vigente, mayores tarifas para los ejecutivos, segregando ambas clases.

Posteriormente, las aerolíneas, implementaron un sistema de vuelos por conexiones, a través de HUB’s (centros de conexiones), que hacían la prestación del servicio mucho más efectiva y rentable puesto que es más económico desplazar las grandes naves de un lugar de origen al centro de conexiones a que realice el trayecto directo, así mismo, les permite poner a disposición del público rutas, que de no ser por el centro de conexiones, no podría operar (Como el caso de Avianca y sus destinos en California vía Centro América), ahorrando además recursos, puesto que cambiar rutas es relativamente fácil, frente a las enormes inversiones y tiempo que resultan necesarios para poner en operación o desmantelar un HUB. Adicionalmente, indica la referida publicación que a la hora de definir el mercado, el Departamento de Justicia Americano se ha centrado en pares de ciudades, y en algunos casos, ha combinado un conjunto de pares de ciudades que formen entre si HUB’s o regiones, a su vez, tiene en cuenta el tipo de pasajeros, dependiendo si se trata de ocio o trabajo, llegando a ser aún más específico al catalogarlos como pasajeros sensibles al tiempo (serán aquellos que serán reacios a cambiar el destino de su ruta o a volar con escalas, cuando exista en la ruta un vuelo directo). Por otro lado, el Departamento de Transporte Americano, ha adoptado definiciones más amplias del mercado relevante, puesto que a su parecer la entrada al mercado era aparentemente sencilla<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012.

En resumidas cuentas, el abrebocas al tema puesto de presente, obliga a estudiar por separado los diferentes componentes del mercado relevante, procurando aclarar la complejidad para su definición en el sector que se desarrolla, analizando las variantes y posibilidades a tener en cuenta en cada uno.

## 8.2 MERCADO PRODUCTO

Ante todo, como se resaltó el mercado producto de una parte permite identificar el bien, o en el caso sujeto a análisis, el servicio, que a su vez dará el nombre o denominador al mercado relevante, en esta ocasión, de acuerdo a reiterados pronunciamientos del Departamento de Justicia Americano se puede definir el mercado producto como “Transporte aéreo<sup>78</sup>”. Sin embargo, una categorización tan amplia resulta efímera e insuficiente, ya que el transporte puede versar tanto para carga como para pasajeros e incluso ambos; en el presente caso el énfasis se encuentra en los segundos.

Así mismo, ha encontrado la doctrina y a través de ella la jurisprudencia que no todos los pasajeros son iguales, en otras palabras, no hacen parte del mismo mercado relevante puesto que *“las aerolíneas tienen la habilidad de diferenciar a los pasajeros por su clase de tarifa, lo que lleva a mercados más estrechos ... cobran menores tarifas a aquellos pasajeros viajando para vacaciones (ocio), mientras que, cobra mayores tarifas a pasajeros que viajan por negocios, que pueden ser menos flexibles<sup>79</sup>.”* Por ejemplo, en la aprobación de la alianza *Oneworld*, el Departamento de Justicia definió el mercado producto como vuelos sin escala trasatlánticos, declarando así mismo que las categorías de primera clase, y clase ejecutiva se encontraban en un mercado diferente al de la económica o turista con restricciones; llamando así a los primeros ‘premium market’, y a los últimos ‘non-premium market’. En algunos mercados geográficos, se preocupó únicamente por los primeros, mientras que en otros se preocupó por la totalidad de viajeros en la ruta<sup>80</sup>,

---

<sup>78</sup> American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012. Pág.209

<sup>79</sup> American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012. Pág.207-208

<sup>80</sup> American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012. Pág.214

específicamente: “en los pasajeros ‘Premium’ será menos probable ver que sustituyan un vuelo sin escalas por uno con una conexión, lo que por ende reducirá la competencia efectiva en mercados entre pares de ciudades sin escalas. De la misma manera, dichos pasajeros tampoco estarán dispuestos a desplazarse a los aeropuertos más distantes de la ciudad, en caso de que siga siendo el mismo mercado<sup>81</sup>”. A su vez, en la fusión Northwest – Continental en 1998, el Departamento de Justicia definió dos mercados relevantes producto: (1) Servicio aéreo por horario programado, y (2) Servicio aéreo por horario programado para viajeros ‘business’<sup>82</sup>, reafirmando así la duplicidad de categorías de pasajeros, que no deben ser incluidos en el mismo mercado relevante, así sea la misma ruta, y una misma nave preste servicio a ambos. Se dio también el caso, que la misma entidad encontró al mercado relevante como todo el transporte corporativo y gubernamental ‘business’ (US Airways-United Airlines, 2001).<sup>83</sup>

Así las cosas, advierten Álvarez y Lizana que este mercado tiene un segundo componente que hace referencia a la elasticidad producto, ya identificado como ‘transporte aéreo de pasajeros’, esto significa, la facilidad que tiene para ser sustituido por otro en el caso del consumidor, es decir, una medición a la respuesta de la cantidad demandada o calidad suministrada ante la variación de uno de sus determinantes<sup>84</sup>, el ejemplo más claro es el precio. En efecto, en el sector aéreo “*pueden ser tenidos en cuenta otros medios de transporte sustitutos dentro del mercado producto, ya que buses, trenes e incluso automóviles pueden llegar a ser parte del mismo mercado relevante de ciertas rutas aéreas en particular, en especial aquellas muy cortas, al punto que Southwest en sus inicios, determinaba las tarifas de los vuelos para hacerlas comparables con los automóviles... Si un número determinado de pasajeros están dispuestos a utilizar un medio alternativo de transporte, al punto de hacer que una ruta deje de ser rentable para un hipotético*

---

<sup>81</sup> American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012. Pág.218

<sup>82</sup> American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012. Pág.223

<sup>83</sup> American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012. Pág.224

<sup>84</sup> Mankiw, Gregory. Principles of Economics. 2010.Pág. 90

*monopolista, dichos medios estarán incluidos en el mismo mercado relevante que la ruta...observando que porcentaje de los pasajeros cambiaban de medio.<sup>85</sup>”*

Puesto que, ha sido puesto de presente que no todos los pasajeros hacen parte del mismo mercado relevante, y que en un mercado relevante en particular medios de transporte alternativos al aéreo pueden ser tenidos en cuenta como sustitutos satisfactorios, al evaluarlos en términos de tiempo de desplazamiento y precio o tarifa del correspondiente tiquete, hay que analizar una situación particular, consistente en si dos alternativas de transporte que hacen parte del mismo método son o no parte del mismo mercado, en otras palabras, si los vuelos directos, y aquellos que emplean una o más conexiones o escalas, en exactamente la misma ruta hacen o no parte de un mismo mercado. Puesto esto de presente, *“Hay que observar el costo de oportunidad del tiempo de viaje para determinar el mercado relevante... Para determinar si vuelos directos, constituyen un mercado separado para pasajeros ‘business’, comparando el costo de oportunidad promedio del tiempo de una persona de un vuelo con una escala, frente a aquel sin esta. El Departamento de Justicia ha discutido evidencia para determinar si vuelos directos y vuelos con conexión se encuentran en un mismo mercado relevante (Considerando que los pasajeros pagan tarifas mayores en vuelos sin conexión trasatlánticos, que son operados por un número menor de competidores independientes).<sup>86</sup>”*. Por consiguiente, es posible afirmar la existencia de un mercado de pasajeros en conexión, que concurren a este principalmente por el menor precio de los tiquetes, pues no son sensibles al tiempo total del viaje, ya que utilitariamente la menor tarifa pagada, con respecto a un vuelo directo a el mismo destino, les representa un mayor beneficio que el menor tiempo en llegar a este, entonces el mercado, será el de los viajeros que no pertenezcan a la categoría ‘business’.

En relación con dicha categoría ‘business’ de pasajeros, las variables a tener en cuenta para ellos han sido aún más especificadas y hasta moleculizadas, se puede ver que el Departamento de Transporte, acepta que la mayoría de pasajeros de esta categoría no están

---

<sup>85</sup>American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012. Pág.208

<sup>86</sup>American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012. Pág.211

dispuestos a desplazarse a otro aeropuerto, por su parte, la Civil Aeronautics Board encontró un mercado 'premium' para aquellos pasajeros sensibles al tiempo de viaje<sup>87</sup>. La primera de estas ideas, será analizada al detalle en el mercado geográfico, pero lo que aquí resulta importante es entender que existen ciudades que cuentan con más de un aeropuerto, y entonces, para un pasajero de esta categoría no resulta indiferente que su origen o destino sea uno u el (los) otro(s) a pesar de que como ciudad sea exactamente igual, lo anterior, puede ser motivado subjetivamente por cada uno, pero razones a tener en cuenta pueden ir desde distancia del centro de la ciudad a la terminal efectiva, aerolíneas que presten sus servicios desde o hacia cada uno, facilidades y servicios de la terminal, entre otros. En cuanto a los pasajeros sensibles al tiempo de viaje, puede hacerse referencia tanto a la anotada sensibilidad de la distancia de la ciudad al aeropuerto, como a la indiferencia o no a un vuelo con conexiones, ante la opción disponible de uno directo en el mismo trayecto.

En fin, si bien se está hablando de un mercado relevante de transporte aéreo de pasajeros, este debe siempre mirarse de manera detallada, partiendo de la base que existen diferentes categorías de pasajeros, que no se diferencian únicamente por el precio que pagan a cambio del pasaje aéreo, sino que tienen unos criterios de elasticidad mucho menos flexibles que un pasajero de los que se han catalogado como 'non-premium', o que viajen por ocio o placer. De la misma manera, es de vital importancia, una vez definido el mercado geográfico, establecer si en esa ruta en particular pueden existir otros medios de transporte que puedan operarla, y a su vez, determinar si cada uno de esos medios resulta satisfactorio para todos los usuarios del trayecto aéreo, o solo una u otra de las clases de pasajeros; partiendo de la premisa que a menor distancia, mayor cantidad de formas de desplazarse de un punto a otro habrá, y a mayor distancia ocurrirá lo contrario, la existencia de vuelos trasatlánticos reafirma el anterior argumento, pues ipso facto descarta cualquier opción terrestre como sustituto sin ningún análisis.

Así mismo, hay que enfatizar en que el hecho de que se presente un mercado de pasajeros en conexión va de la mano de la existencia de uno de aquellos sensibles al tiempo de viaje,

---

<sup>87</sup> American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012. Pág.228

y ambos elementos serán trascendentales a la hora de analizar la Sustituibilidad eventual dentro del mercado. Para concluir, hay que dejar plasmada la afirmación que hay que tener un supremo cuidado al analizar el mercado relevante producto en esta industria, pues las categorías de pasajeros, trascienden de manera diferente a los elementos de Sustituibilidad que acompañarán en el análisis a cada una.

### 8.3 MERCADO GEOGRÁFICO

El mercado geográfico es aquel que permite determinar con claridad la territorialidad donde las transacciones del servicio ofrecido se presentan, o como anteriormente se decía la localidad espacial de estas. En el sector aéreo, como pasará a observarse *“El departamento de justicia ha delimitado el mercado geográfico como un par de ciudades por su localidad, por ejemplo, “Nueva York a Washington”<sup>88</sup>”*; es decir, que de manera general cada una de las rutas o trayectos aéreos constituye un mercado independiente y único, que debe ser por consiguiente, analizado como tal; en el ejemplo citado no puede hablarse de un mercado aéreo estadounidense, ni de un mercado del noreste americano, sino que el mercado geográfico está delimitado única y exclusivamente por un par de ciudades que lo dotan de particularidad, que en algunos casos se hace incluso más detallado, pasando a ser entre aeropuertos y ya no entre ciudades. En efecto, otra forma muy común de desarrollar el mercado geográfico es lo que se conoce como O&D, que se traduce en Origen y Destino; así pues, cada ciudad, o aeropuerto, tendrá tantos mercados relevantes como destinos tenga desde ahí, e igual número a los vuelos que arriben de donde quiera que provengan, al punto que *“Ha llegado a definirse como todos los vuelos directos entre una sola ciudad y todo el resto (non stop city pairs to and from Minneapolis-St.Paul)<sup>89</sup>”*.

Sin embargo, el sistema O&D, a pesar de predicar de manera preponderante los pares de ciudades para la definición del mercado, en ocasiones, dependiendo de la situación de hecho que se quiera analizar, puede ser ampliado o restringido; llegando a las excepciones

---

<sup>88</sup> American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012. Pág.209

<sup>89</sup> American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012. Pág.221

de la generalidad, puesto que ordinariamente “la mayoría de los pasajeros buscan llegar de un ‘punto A’ a un ‘punto B’, dicha ruta constituye el punto de partida lógico para definir el mercado relevante. Sin embargo, el análisis debe considerar las otras opciones del pasajero... El mercado puede llegar a ser aún más estrecho que de un simple ‘punto A’ a un ‘punto B’, por ser tan específico de versar sobre un par de aeropuertos... Así mismo, puede ser más amplio que un par de ciudades al punto de ser una región<sup>90</sup>... Así, en mercados domésticos el Departamento de transporte puede considerar el mercado relevante como parejas de ciudades, o ampliarlo para incluir pares de Países.<sup>91</sup>”

Incidentalmente, la Comisión para la competencia de Singapur en una decisión del año 2006, resalta el funcionamiento del sistema de origen y destino a partir de pares de ciudades, lo que aquí se ha denominado la regla general, reafirmando que es lo usual, así: “CCS notes that, typically, the starting point for market definition relating to the provision of scheduled air passenger transport services is the origin and destination (O&D) pair, usually a city-pair. Passengers generally want to travel to a specific destination and will not substitute another destination when faced with a small, non-transitory increase in price. Therefore, each combination of a point of origin and point of destination can form a separate market. This is in line with CCS' past decisions on similar airline cooperation<sup>92</sup>”

En algunos casos, se ha debatido si aeropuertos de la misma ciudad hacen parte del mismo mercado relevante; Esto fue sujeto a consideración en la fusión entre Southwest Air con Muse Air en 1985, donde se analizó que la ciudad de Dallas contaba con 2 aeropuertos: Dallas Love Field (DLF) y Dallas Fort Worth (DFW), el Departamento de Justicia analizando mercados punto de origen punto destino, concluyendo que la mayoría de los pasajeros utilizaban DLF, ya que la diferencia de tiempo para desplazarse a cada uno de ellos desde el centro de Dallas para un pasajero ejecutivo era del 33%, y que al haber mayores tarifas de entrada a DFW frente a DLF, no hacían parte del mismo mercado

---

<sup>90</sup> American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012. Pág.207-209

<sup>91</sup> American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012. Pág.213

<sup>92</sup> Competition Commission Singapore. CCS 400/002/06. 2006.

relevante geográfico, a pesar de servir a la misma ciudad<sup>93</sup>. En otras ocasiones, ha encontrado dicha entidad que el mercado relevante de ninguna manera puede ser por pares de aeropuertos, sino que el relevante será únicamente por pares de ciudades, independientemente del número de aeropuertos que una u otra pueda tener ya que en casos anteriores había encontrado que los aeropuertos de ciudades como Nueva York o Washington DC eran sustitutos [United-Continental<sup>94</sup>].

En efecto, el hecho que dos aeropuertos que presten sus servicios a una misma ciudad, puedan no hacer parte del mismo mercado relevante, requiere de un análisis aún más exhaustivo que permita excluirlos, la ya anotada Comisión para la Competencia de Singapur en decisión del año 2011, da unos criterios que permiten llegar a una conclusión tal, entre ellos se encuentran la cantidad de frecuencias ofrecidas y el tiempo entre una y otra, los horarios, las conexiones y aerolíneas que oferte el aeropuerto, en general la calidad de servicios que este tenga a disposición del público, la cercanía de los vuelos sustitutos de los diferentes aeropuertos. En el caso particular de los vuelos de largo y mediano trayecto, hay aún más razones para considerar a los aeropuertos alternos en un área metropolitana como sustitutos, se resalta en la misma decisión, ya que en estas ocasiones, el tiempo del trayecto terrestre (ciudad-terminal) representa tan solo una muy pequeña fracción del tiempo total de viaje<sup>95</sup>". Por último, en lo que se refiere al análisis de la competitividad de un mercado geográfico que debate si dos aeropuertos de una misma ciudad son o no relevantes, *"El Departamento de Justicia enfatiza en los HUB's donde encuentra que la entrada al mercado relevante es muy difícil debido a los costos y el tiempo asociados a la construcción de un centro de conexiones de esta índole, también se preocupa por las restricciones aeroportuarias, tales como derechos de aterrizaje y despegue<sup>96</sup>"*, así las cosas, si uno de los aeropuertos de la ciudad es un centro de conexiones de una compañía,

---

<sup>93</sup> American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012. Pág.222

<sup>94</sup> American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012. Pág.226-227

<sup>95</sup> Competition Commission Singapore. CCS. Decision CCS 400/001/11. 4 de 07 de 2011. 19 de 09 de 2014<[http://www.ccs.gov.sg/content/dam/ccs/PDFs/Public\\_register\\_and\\_consultation/Public\\_register/Anticompetitive\\_Agreements/CCS\\_400-001-11%20UA\\_CA\\_ANA%20\(ND\).pdf](http://www.ccs.gov.sg/content/dam/ccs/PDFs/Public_register_and_consultation/Public_register/Anticompetitive_Agreements/CCS_400-001-11%20UA_CA_ANA%20(ND).pdf)>.

<sup>96</sup> American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012. Pág.218

esta tendrá sobre dicha terminal una posición de dominio fuertemente marcada, que se traduce en tener ocupados buena parte de los cupos de aterrizaje, despegue, puertas de embarque, entre otras, lo que implica que será mucho más difícil, que otra transportadora llegue a esa terminal a prestar sus servicios. En conclusión, si uno de los aeropuertos es un HUB de una aerolínea, muy probablemente no hará parte del mismo mercado relevante de otro aeropuerto de la misma ciudad, o que preste sus servicios a ella, por las anotadas barreras de entrada.

En síntesis, a pesar que el Departamento de Justicia siempre ha tendido a definir el mercado relevante geográfico de acuerdo parejas de ciudades origen/destino, el factor determinante para elegir dichas combinaciones fue por lo general facilidad de la entrada a cada uno de los aeropuertos, traducida en cupos de aterrizaje o despegue, o si se trata o no de un HUB de una determinada aerolínea<sup>97</sup>, a pesar de ello, el mercado O&D si bien mayoritariamente maneja puntos entre dos ciudades, este esquema puede ser ampliado o restringido, lo primero, pasando a regiones e incluso países; lo último, teniendo como mercado relevante aquel entre aeropuertos de manera específica y no ciudades. Para terminar, la dificultad que presenta el mercado geográfico es que a la hora de analizar cualquier operación de este sector, van a tener que tener que ser valorados tantos mercados como rutas tenga el punto de origen o destino que se tome, y los efectos pro o anti competitivos deberán ponderarse en cada uno por separado, no pudiendo ser posible tomar decisiones generales, sino teniendo consideraciones para cada una de las múltiples rutas o trayectos, que tendrán conclusiones y medidas diferentes y especiales para cada una de ellas, que serán mayores o menores dependiendo de qué tan específico haya sido delimitado el producto geográfico por la autoridad competente.

---

<sup>97</sup> American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012. Pág.228

## 8.4 MERCADO TEMPORAL

Primeramente, hay que dejar claridad en que si bien los mercados producto y geográfico son los que determinan el relevante en sí, en el caso del sector aéreo hay que hacer una referencia aunque sea sucinta al ‘mercado temporal’, que es una valoración que deberá ser tomada en cuenta a la hora de ver el posible poder de monopolio, como también sería el caso de las barreras de entrada<sup>98</sup>. Puesto esto de presente, hay que siempre tener en cuenta que los proveedores del servicio de transporte aéreo, si bien pueden tener la disposición e incluso la intención de operar una determinada ruta, barreras como las ya planteadas en el caso que un aeropuerto sea un centro de conexiones, a manera de ejemplo, les impiden materializar estos proyectos, entonces, hay que afirmar que cuando se analiza el mercado relevante las únicas aerolíneas que deben ser incluidas y tenidas en cuenta son las que en ese preciso momento temporal efectivamente presten el servicio desde esa ciudad o terminal, según sea el caso, o aquellas firmas *“que probablemente podrían proveer respuestas rápidas para suministrar la prestación del servicio en una determinada ruta con un impacto competitivo directo, sin incurrir en gastos excesivos”*<sup>99</sup>, nunca, dejando el análisis sujeto a variables hipotéticas, que podrían implicar resultados injustos por parte de las autoridades que condicionarían o negarían operaciones, basadas en supuestos, que no solo afectan a quienes soliciten la autorización, sino probablemente a los consumidores de dicha(s) ruta(s).

En breve, este sector presenta muchas barreras de entrada que le impiden a una firma entrar a competir con la facilidad que lo haría en otro mercado, las únicas aerolíneas que deben formar parte del mercado relevante, son aquellas que puedan prestar el servicio ipso facto, es decir, en el preciso momento que se está haciendo todo el análisis, o que puede hacerlo de manera rápida y eficaz, sin realizar desembolsos excesivos de ninguna índole.

---

<sup>98</sup> Pellise Capell, Jaume. Mercado Relevante, Posición de Dominio y Otras Cuestiones Que Plantean Los Artículos 82 TCE y 6 LEDC. Editorial Aranzadi, 2002. Pág.109

<sup>99</sup> American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law, Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d. 2012. Pág.210

## 8.5 HERRAMIENTAS UTILIZADAS PARA LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE. TEST DE SNNIP O DEL MONOPOLISTA HIPOTÉTICO.

La definición del mercado relevante es un instrumento que se utiliza para comprender el contexto en el que se desarrolla la rivalidad competitiva entre las empresas y, sirve para realizar una primera aproximación sobre el posible dominio de la empresa objeto de investigación.

Para determinar ese mercado, es necesario *“identificar el conjunto de productos (bienes o servicios) que rivalizan entre sí en la satisfacción de las necesidades de los consumidores, el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos en un plazo relativamente reducido de tiempo, y el área geográfica en la que las condiciones de competencia para el suministro de dichos productos son suficientemente homogéneas y diferentes de las de otras áreas geográficas próximas.”*<sup>100</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, y reconociendo la dificultad que existe en algunos casos para definir con precisión el mercado relevante como sucede en la industria aeronáutica, la pregunta que surge a continuación, es: ¿qué criterios o instrumentos utilizan las autoridades de competencia para analizar estos mercados?

Con el fin de garantizar la seguridad jurídica y la objetividad en las intervenciones administrativas de las autoridades, estas deben publicar los criterios a la hora de definir los mercados. A nivel mundial uno de los métodos más utilizados es el denominado Test de SNNIP (Small But Significant Non Transitory Increase in Price) o Test del monopolista hipotético.

*“La aplicación rigurosa del test es laboriosa y costosa, de forma que con frecuencia se trata de evitar recurriendo a precedentes nacionales o europeos en búsqueda de las definiciones adoptadas en el pasado. El problema es que los mercados son dinámicos y*

---

<sup>100</sup> Fernando Jiménez Latorre, Enrique Cañizares Pacheco. «Dificultades para la definición del mercado relevante.» Madrid: Fundación Rafael Pinto, 2005.

*cambian con el tiempo y las especificidades legales, estructurales o institucionales pueden perfectamente hacer que lo que se ha decidido en una jurisdicción o en un momento del tiempo no sea aplicable al resto de las jurisdicciones o a otros momentos del tiempo. Por tanto, en aquellos casos en los que se prevén problemas de competencia el ejercicio de definir el mercado relevante suele ser inevitable.* “<sup>101</sup>

La aplicación del test del monopolista hipotético puede ser argumentativa o estar basada en evidencia del mercado. Actualmente, con los desarrollos tecnológicos es mucho más fácil acceder a la información sobre precios y cantidades que se encuentran en el mercado, sin embargo, esta no siempre está disponible lo que conlleva a que se presenten problemas con la misma generando asimetrías, y en consecuencia es necesario disponer de instrumentos de observación alternativos. Lo descrito anteriormente es uno de los grandes problemas que se presentan en el mercado aeronáutico a la hora de autorizar integraciones empresariales, ya que al estar en presencia de un mercado global una operación aprobada en un país puede tener efectos en otro lugar y las autoridades de competencia no siempre cuentan con la misma información.

Algo que se puede observar en la práctica, es que dadas las implicaciones de la definición del mercado relevante, con frecuencia las autoridades y las empresas objeto de investigación defienden concepciones distintas sobre la definición del mercado, al existir discrepancias las empresas por lo general buscan demostrar que este es mucho más amplio de lo que se pretende demostrar.

*“El poder de mercado se refiere a la habilidad que tiene un vendedor en un mercado determinado para fijar el precio de su producto de manera tal que produzca la mayor ganancia para su empresa.”*<sup>102</sup> Es decir, el productor o prestador de bienes y servicios tienen la posibilidad de incrementar los precios por encima del nivel competitivo, claro esta que dicha capacidad dependerá de si este enfrenta o no presiones competitivas que

---

<sup>101</sup> Fernando Jiménez Latorre, Enrique Cañizares Pacheco. «Dificultades para la definición del mercado relevante.» Madrid: Fundación Rafael Pinto, 2005.

<sup>102</sup> Pinkas Flint Blanck. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Estudio exegético del Decreto Legislativo 701 legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Junio de 2002. Pág. 87.

disciplinen su comportamiento. Para entender el Test de SNNIP es necesario precisar dos conceptos fundamentales:

- **Sustituibilidad de la demanda.** *“La presión competitiva más inmediata que enfrenta una empresa puede venir dada por la posibilidad de que, en respuesta a un incremento en precios de su producto, sus clientes decidan redirigir el consumo hacia otros productos o servicios que consideran sustitutivos, ya sea por razones de sus características técnicas, precios o, en definitiva, su capacidad para satisfacer una determinada necesidad de forma equiparable.”*
- **Sustituibilidad de la oferta.** *“El comportamiento de una empresa se puede ver asimismo disciplinado por la posibilidad de que, en respuesta a un incremento en precios, otras empresas decidan comenzar a competir con ella suministrando uno o varios de esos bienes o servicios que el consumidor considera sustitutivos.”*

Los conceptos mencionados se concretan en el test de SNNIP o del monopolista hipotético, el cual funciona de la siguiente manera:

*“El test parte de un bien, por ejemplo, X, y un área geográfica, A, que conjuntamente determinan lo que podría denominarse el conjunto de partida. A continuación, se supone que el suministro del bien X dentro del área geográfica A está controlado por un monopolista (el monopolista hipotético) que decide incrementar de forma permanente los precios entre un 5% y un 10% y se evalúa si dicho incremento en precios resulta rentable:*

- *Si resulta rentable, se podría concluir que el monopolista no enfrenta restricciones competitivas que le impidan incrementar los precios – es decir, que no existen sustitutivos de demanda u oferta – y que, por tanto, el bien X y el área geográfica A constituyen un mercado relevante.*
- *Que no resultase rentable indicaría que existen restricciones competitivas que impiden al monopolista hipotético incrementar los precios.*

*Una posibilidad sería, por ejemplo, que los consumidores hubiesen redirigido su consumo hacia el bien alternativo Y. En este caso, Y ejercería una presión competitiva sobre X, por lo que X e Y deberían incluirse dentro del mismo mercado relevante. También podría darse el caso de que los consumidores hubiesen decidido comprar el bien X a los productores situados en el área geográfica vecina B. En este caso, el mercado relevante debería ampliarse en su dimensión geográfica para abarcar las zonas A y B.*

*En el ejemplo, el test debería repetirse de nuevo considerando que el monopolista controla el suministro de X e Y (o, alternativamente, el suministro de X en el área A-B) e incrementa los precios entre un 5% y un 10%, de forma que – en su caso – sea posible detectar la existencia de otras presiones competitivas.*

*El ejercicio se repetiría hasta identificar el mercado relevante, que se correspondería con un conjunto de productos considerado en un área geográfica que “merezca la pena monopolizar” – esto es, donde un monopolista hipotético podría incrementar los precios de forma rentable.*

*De acuerdo con este marco analítico, para que 2 productos formen parte del mismo mercado relevante no tienen por qué ser idénticos o ser considerados sustitutivos por la totalidad de consumidores. No es necesario que sean sustitutivos “perfectos”. Basta con que un número suficiente de consumidores esté dispuesto a sustituir un bien por el otro en respuesta a variaciones en los precios relativos.”<sup>103</sup>*

Si bien el Test descrito aporta elementos importantes a la hora de definir los mercados relevantes, ello no significa que se trate de herramientas perfectas o infalibles, también se presentan algunas limitaciones como la Falacia de Celofán, según la cual “las empresas que gozan de poder de mercado elevan sus precios hasta el nivel donde ulteriores incrementos en precios no resultan rentables. Este nivel puede ser tal que, en respuesta a un incremento en precios, el consumidor esté dispuesto a redirigir su consumo hacia

---

<sup>103</sup> Fernando Jiménez Latorre, Enrique Cañizares Pacheco. «Dificultades para la definición del mercado relevante.» Madrid: Fundación Rafael Pinto, 2005.

*productos que no consideraría como sustitutivos en caso de que los precios se situasen en el nivel competitivo. De esta forma, una aplicación rigurosa del test del monopolista hipotético llevaría a una definición de mercado excesivamente amplia que diluiría de forma artificial el poder de mercado que en realidad posee (y ejerce) el operador objeto de investigación.* <sup>104</sup>

El test del monopolista hipotético está diseñado para identificar las restricciones competitivas que impiden a una empresa incrementar los precios por encima del nivel competitivo. Este énfasis en el precio sugiere que puede no ser una herramienta adecuada para el análisis de aquellas industrias donde las empresas compiten a través de otras variables diferentes del precio. <sup>105</sup> Adicionalmente, existen otros métodos y sistemas de análisis que dependiendo del caso en particular pueden tener mayor o menor aplicación, por ejemplo en el caso Nestlé/Perrier la comisión europea utilizó el análisis de correlaciones para definir el mercado en la industria del agua embotellada; en Estados Unidos en casos como Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services (1992), el Tribunal Supremo prescindió del análisis estructural tradicional de poder de mercado y basó su juicio en evidencia directa sobre daño a la competencia, variables que dependerán de la situación de hecho en particular.

En conclusión, la definición del mercado relevante resulta en algunas ocasiones una herramienta limitada, que dificulta en su aplicación por la cantidad y calidad de la información disponible. En algunos casos como sucede en el sector aeronáutico es muy difícil delimitar ese mercado, esto acompañado de que no existen métodos o herramientas que permitan identificar con precisión y certeza dicho ámbito. A pesar de que algunos test o sistemas de análisis son más aceptados que otros, en ciertos eventos es indispensable mirar el caso en concreto y utilizar el que más se ajuste a la situación particular, tal como se reseñó y se evidenció, no todos los casos son estudiados y analizados de la misma manera.

---

<sup>104</sup> Fernando Jiménez Latorre, Enrique Cañizares Pacheco. «Dificultades para la definición del mercado relevante.» Madrid: Fundación Rafael Pinto, 2005.

<sup>105</sup> *Ibíd*em

## **9. CONTRATOS RELEVANTES EN LA INDUSTRIA AERONÁUTICA**

A medida que las aerolíneas pretenden ampliar cada vez más el alcance de las operaciones comerciales que realizan diariamente, diversificando su red de vuelos, para primordialmente, atraer mayor volumen de clientes que aumentaran el caudal de ingresos operacionales; se encuentran con que el mercado aeronáutico presenta muchas barreras legales de entrada, por estar altamente regulado debido a el hecho de ser un servicio público esencial, de la misma manera, cuenta con barreras de tipo logístico y económico; dentro de las primeras por ejemplo, debe indicarse que los aeropuertos no tienen disponibilidad para alojar todas las naves que se quisiera, ni cupos suficientes de despegue o aterrizaje para todos, las rutas que pretenden operar pueden a su vez no son autorizadas. En cuanto a las barreras económicas, es fácil percibir que una inversión en este sector es enorme, pues se trata de elementos necesarios para proveer un servicio que cuestan mucho dinero, y así mismo, en algunos casos, requieren de mucho tiempo para poder ser efectivamente disfrutados en caso de adquirirse.

Debido a que, se trata de un mercado cambiante este requiere de soluciones ágiles, sin embargo, como se manifestó, el tiempo, la regulación y la inversión no permiten darles tal connotación, por ello, han surgido una serie de vías jurídicas contractuales que permiten una mayor competencia, a través de acuerdos y trabajo conjunto entre aerolíneas, que se salen del ámbito de fusiones y concentraciones. Aquí, se estudiarán puntalmente tres de las opciones de mayor acogida actualmente.

### **9.1 CONTRATO DE CÓDIGO COMPARTIDO**

Incidentalmente, resulta común que los consumidores adquieran tiquetes aéreos para una ruta específica, en cierta compañía, y a la hora de llegar al aeropuerto se encuentren con que el pasaje que adquirieron a pesar de corresponder al mismo número de vuelo, va a ser operado por una aerolínea diferente. Así, es también normal en la práctica, que ciertas transportadoras ofrezcan rutas que sus naves y tripulación propia realmente no operan. Lo

anterior, se logra a través de lo que se denomina *code-share agreement*, o códigos compartidos, como lo explica la U.S. General Service Administration:

*“Code sharing is a commercial agreement between two airlines that allows an airline to put its two-letter identification code on the flights of another airline as they appear in computerized reservations systems. For example, Delta Airlines might have an agreement to operate flights for United Airlines on a route. This flight would be listed under United’s identification code (UA) but actually operated by Delta Airlines. Most Airlines, including all City Pair Program contract carriers, participate in some type of commercial code-share agreement. These Agreements allow carriers to expand their service offerings without additional resources, equipment and costs. Due to these business agreements, many of the carriers cannot legally obligate their code-share partners’ inventories for YCA (Unrestricted) contract fees<sup>106</sup>.”*

A causa de esto, las bondades de los códigos compartidos salen a la luz por si solas; pues, no solo se trata de facultar a una transportadora para vender los vuelos de otra, ya que con ellos las aerolíneas de manera inmediata, pueden expandir sus rutas y de esta forma hacerse más atractivas a los potenciales pasajeros, lo anterior sin incurrir en mayores gastos, ya que se saltan todas las barreras regulatorias para la ruta, así como aeroportuarias y sobretodo económicas, porque no deberán proveer sus propias naves para el cubrimiento del servicio, ni tampoco deberán contratar más personal para llevar a cabo la labor; que se encuentra totalmente en la aerolínea que venía prestando el servicio, con las correspondientes autorizaciones del caso. Así, existiendo en la práctica la misma frecuencia del mismo vuelo, y siendo operado tal y como venía haciéndose, más personas se verán incentivadas a utilizar sus servicios, y ambas aerolíneas tendrán réditos y beneficios económicos por ello, particularmente a través de comisiones.

En un reporte elaborado para la Comisión Europea de la Competencia, Steer Davies ilustra, con inmensa claridad los principales móviles que llevan a las compañías transportadoras a interesarse por este tipo de acuerdos: *“The underlying motivation of airlines in entering*

---

<sup>106</sup>Página Servicios Generales Administrativos EEUU. 09 de 2014 <<http://www.gsa.gov/portal/content/103887>>.

*into code-share agreements is to broaden the offer that airlines can make to customers in terms of the number of destinations and, in some cases, the flight timings that they can offer potential customers, without the costs and difficulties involved in additional investment in equipment or in mergers with other airlines (which may in any case be prohibited by legislation or international agreements)<sup>107</sup>. ”*

A pesar de ello, “Los reguladores de la competencia han puesto en duda los beneficios de los acuerdos de códigos compartidos, en especial cuando estos versan sobre rutas que son operadas por muy pocas aerolíneas en competencia... En especial, cuando se pretenda prohibir el abuso de una posición dominante si uno u otro de los contratantes del código compartido tienen posición de dominio en el mercado relevante, o cuando el código compartido efectivamente contribuya a la creación, mantenimiento del statu-quo o fortalecimiento de su poder de mercado, o les permita efectivamente explotar dicho mercado<sup>108</sup>”. En conclusión, si bien comercialmente es un contrato que tiene enormes beneficios, derivados preponderantemente de su rápida ejecución y agilidad temporal, económica o regulatoria, no puede ni debe pasar inadvertido ante los ojos de la autoridad que vele por el mantenimiento de las condiciones competitivas de cada uno de los mercados aéreos, pues como se señaló, puede ser una forma muy fácil de establecer posiciones de dominio, a través de medios que ahorran enormes recursos a una de las compañías, en competencia con otras que han incurrido en enormes gastos para poder encontrarse en la prestación efectiva del servicio.

## 9.2 CONTRATO DE JOINT VENTURE

Análogamente, el interés de las aerolíneas trasciende de poder extender una o varias rutas ofrecidas a sus clientes, y su interés pasa de operar vuelos en conjunto con una copartidaria, a realmente maximizar su capacidad operativa al punto de no solo ponerla a rendir al máximo para su propio beneficio, sino extender esa capacidad de explotación a otras

---

<sup>107</sup> Gleave, Steer Davis. «Competition Impact of codeshare Agreements.» Enero de 2007. European Commission. 14 de 09 de 2014 <<http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/airlinecodeshare.pdf>>.

<sup>108</sup> Thomas, Caroline and Marc Waha. «Competition law aspects of codesharing agreements: how to fly in safe skies.» Lexology (2009).

aerolíneas, que a su vez le permitirán a la primera utilizar sus recursos como contraprestación, para que así ambas partes alcancen niveles operativos que por sí solas nunca podrían pretender, sin realizar importantes inversiones de tiempo y recursos para ello. Un ejemplo ilustrativo, fue el Joint Venture contractual al que llegaron Qantas y Emirates en 2012, según lo reseña el Financial Review, el acuerdo permite que ambas cooperen tanto en la programación de vuelos, como en la venta conjunta de tiquetes entre Australia y Dubái, compartir lounges y salas de espera ejecutivas, así como redimir conjuntamente millas de los programas de viajeros frecuentes de una u otra empresa; con la gran ventaja de no requerir por parte de ninguna de las dos compañías una inversión o un desembolso para poner el acuerdo en funcionamiento y principalmente permitirle a Qantas utilizar Dubái como HUB o aeropuerto que opere como centro de conexiones entre vuelos desde el continente oceánico hacia Europa, facultándolo para utilizar el aeropuerto base de Emirates para sus servicios dejando de pagar para ello regalías a Singapur como venía haciéndolo. Podría, llegarse al interrogante frente al móvil particular, y este, no fue otro que competir con empresas nuevas que como Virgin Atlantic habían generado en la transportadora australiana pérdidas cercanas a los 450 millones de USD<sup>109</sup>. Lo anterior, aparentemente muestra toda como una propaganda, que solo presenta las bondades de un acuerdo de esta índole, pero Ryan Marth además, de resaltar lo ya descrito, plantea el interrogante de los perjuicios que podrían tener en el sector de la competencia:

*“On one hand, the joint venture provides a method of organization which enables competitors to join together to produce that which is beyond the productive capacity or inclination of its individual members. Conversely, the joint venture threatens to reduce actual or potential competition between rivals by providing a method of operations which engenders collusion detrimental to competition... In some cases, a joint venture might allow participants to realize a number of otherwise unattainable market efficiencies...by allowing firms to make better use of existing assets, joint ventures facilitate the expansion of participant businesses into new product, services, and geographic markets... Joint ventures also have the potential to harm competition. When competitors collaborate, their*

---

<sup>109</sup> Cleary, Andrew. «Qantas lands joint venture alliance with Emirates .» [Financial Review](#) (2012).

*ability and incentive to compete against one another may be compromised... Joint ventures thus create the risk of collusion-precisely the type of anticompetitive conduct that antitrust law aims to prevent<sup>110</sup>.*”

Es por esto, que las autoridades deberán dar su visto bueno para los pretendidos acuerdos de esta índole, en el ejemplo planteado anteriormente la labor recayó en la Comisión Australiana de la Competencia y el Consumidor; lo que permite observar que a pesar de buscar dinamizar el mercado y el sector, siguen existiendo barreras administrativas y regulatorias que consumen tiempo valioso antes de poder poner en ejecución cualquier proyecto comercial de estas magnitudes. Así las cosas, hay que hacer en cada uno de los casos una doble ponderación, por una parte, estarán todas las bondades comerciales y económicas generadas, pero por otra, la prestación del servicio público en la que ya se hizo exhaustivo énfasis. Frente a los enormes beneficios, la sola operación del contrato los resalta, como se observa en lo expuesto por Lufthansa : *“A joint venture (JV) is currently the most intensive form of cooperation in airline Alliance. Unlike the manufacturing sector, the companies here contribute production and management resources instead of capital. This form of cooperation is contractually agreed and is therefore also known as a contractual joint venture... By coordinating key areas and virtually bundling resources, airlines can make better use of available capacity. This becomes easier with harmonized, combinable fares and the joint marketing of flights, which takes advantage of the partners’ sales strength in their home markets. Corporate customers and travel agencies in particular benefit from having a single point of contact for all airlines when the airlines bundle together a wide range of offers in an easy-to-manage agreement like this. Individual travelers benefit most from the ability to combine segments to reach their destination and from the increased availability of special fares and additional seating capacity so that they can use their bonus miles for free tickets... Jointly marketing flights also reduces the*

---

<sup>110</sup> Marth, Ryan. «Antitrust Treatment of Joint Ventures: Analyzing Competitor Collaborations .» 05 de 2009. Robins, Kaplan, Miller & Ciresi LLP. 15 de 09 de 2014 <<http://www.rkmc.com/resources/articles/antitrust-treatment-of-joint-ventures-analyzing-competitor-collaborations>>.

*economic risk of adding new routes – and sometimes makes these new routes possible in the first place<sup>111</sup>”.*

En definitiva, la revisión y aprobación por parte de la autoridad de los acuerdos de esta índole, ha de ser tolerada como un mal necesario, a pesar de todo lo bueno que puedan traer consigo; desventajas como las ilustradas por Marth, concretamente, la pérdida de incentivos para mejorar, pueden existir; y como en la economía se observan prácticas restrictivas a la competencia, abusos de posición dominante en mercados tan concentrados como este en determinadas rutas, así como conductas desleales, debe haber una institución que vele por la transparencia prioritariamente en nombre de los usuarios del servicio, pues como ha sido destacado, en un mundo cada vez más globalizado es fundamental garantizar su desplazamiento.

### 9.3 CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE ENTIDADES DEL SECTOR AERONÁUTICO

Paralelamente, el contrato de colaboración entre aerolíneas es el de mayor auge y más desarrollo en la actualidad mundial, si bien, al pensar en esta materia lo común es remitirse a alianzas globales como One World, SkyTeam o Star Alliance, que entre las tres mueven dos tercios de los pasajeros mundiales cada doce meses, lo cierto, es que según explica en su tesis de maestría del MIT el ingeniero Antonio Tugores cada año surgen alrededor de 2000 nuevas alianzas o acuerdos de cooperación en el mundo; en el sector aeronáutico las diferentes compañías se ven incentivadas a llegar a este tipo de acuerdos para generar mayores utilidades, disminuir los costos de operación y dispersar el riesgo colocándose en una posición más fuerte, por fuera de su mercado doméstico.<sup>112</sup> De esta manera, expanden sus servicios inmediatamente, para un ejemplo local, se puede hacer referencia a la ya extinta alianza Summa (Avianca, Aces & Sam).

---

<sup>111</sup> Lufthansa Página web oficial. <<http://www.lufthansagroup.com/en/company/alliances/joint-ventures.html>>.

<sup>112</sup> García, Antonio Tugores. «Analysis of Global Airline Alliances as a Strategy for International Development.» Boston: MIT, 2012.

De la misma manera, las alianzas pueden ser de diversas índoles, por una parte, podrán ser Tácticas, donde haciendo alusión nuevamente a la Tesis del Sr. Tugores, se observa que son normalmente empleadas para acuerdos bilaterales, y el uso de rutas específicas limitadas, preponderantemente a través de los ya analizados acuerdos de código compartido o joint ventures; por otro lado, están las alianzas Estratégicas, que para el mismo autor, podrán ser tanto bilaterales como multilaterales, donde se desarrollan de manera más compleja pues se trata de compañías que comparten un objetivo o tienen entre sí una meta común, empleando este acuerdo para lograr sus metas conjuntamente, sugiere además criterios para identificar una alianza de este tipo: uso de una marca común, servicio prestado estandarizado, y sobretodo, una mezcla de naves, tripulación, derechos adquiridos, rutas y facilidades en terminales<sup>113</sup>.

Lo anterior, no solo lo reafirma sino que lo ejemplifica y desarrolla A. Szakal así:

*“Airlines enter into cooperative arrangements for a variety of reasons, and the details of those arrangements vary widely depending upon the markets in which, and the partners with whom they cooperate. While there are no definitive categories or labels, cooperation can be generally characterised as taking the form of either a “tactical” or a “strategic” alliance. Carriers may form tactical alliances to address a specific deficiency in their networks. Tactical alliance agreements typically involve only two carriers and cover a limited number of routes, with the principal objective of providing connectivity to each carrier’s respective networks. Tactical alliances often involve at least one independent carrier that is not a member of a larger strategic alliance. While tactical alliances are still rather common, many carriers providing international service increasingly prefer to join one of the three branded strategic alliances – Star Alliance, SkyTeam, or oneworld – which are also commonly referred to as the “global alliances.” Members of the global alliances coordinate on a multilateral basis to create the largest possible worldwide joint network.*

---

<sup>113</sup> Concepto 0087 del Ministerio de Transporte de Colombia, Expediente 30926, con fecha: 22 de junio de 2004. Págs.1-2

*The global alliance model generally applies to the entirety of member airlines' networks and offers a much wider scope for revenue synergies<sup>114</sup>”*

Sin embargo, Tugores-García, en su investigación, resalta cuatro posibles problemas anticompetitivos que pueden surgir de este tipo de acuerdos de colaboración frente a aerolíneas que no se encuentren en dichas alianzas, a saber : (1) Una barrera muy fuerte de acceso al Mercado, por la dificultad que representaría para aerolíneas externas a la alianza a acceder a los HUB's o aeropuertos de conexión, con un dominio por parte de una compañía que si haga parte de esta; pudiendo incluso repercutir en una menor cantidad de rutas ofrecidas, (2) Un impacto en el valor de las tarifas, pues al actuar en un mismo mercado relevante, o lo que sería lo mismo, una ruta homogénea, bajo un propósito común y siguiendo los postulados de la alianza, podría generarse una “colusión”, por una fijación de precios consentida previamente o una práctica conscientemente paralela, (3) Limita la posibilidad de que aerolíneas que ofrezcan vuelos directos en determinada ruta se interesen en esto por los altos costos que representaría, puesto que el punto de llegada o de partida representaría un HUB o punto de conexiones no ya de una aerolínea en particular, sino de todas las que se encuentren en una alianza con ella, lo que restringiría los mercados de vuelos directos, dándole más volumen a aquellos con escalas. Y por último, (4) al adquirir tickets en agencias de viajes o páginas web que ofrezcan diferentes aerolíneas, una ruta en particular va a aparecer una y otra vez bajo el mismo número de vuelo, pero enlistado bajo diferentes aerolíneas en virtud de la enorme cantidad de códigos compartidos que surgirían, lo anterior, frente a las aerolíneas que no hacen parte de la alianza donde su ruta solo aparecerá en el sistema una vez<sup>115</sup>.

Aunque esto, solo son los criterios de un autor, permiten tener un parámetro de análisis de beneficios y perjuicios de las alianzas para la industria y el sector aeronáutico; planteamientos que la entidad encargada de aprobar, rechazar o condicionar la propuesta contractual debe tener en cuenta a la hora de tomar su decisión. A modo de ejemplo, un

---

<sup>114</sup> Szakal, Arpad. «Global Airline Alliances - A Competition Law Perspective.» Aviation Law EU. <<http://www.aviationlaw.eu/wp/wp-content/uploads/2013/09/Global-Airline-Alliances-A-competition-law-perspective.pdf>>.

<sup>115</sup> Concepto 0087 del Ministerio de Transporte de Colombia, Expediente 30926, con fecha: 22 de junio de 2004. Págs.1-2

caso de condicionamientos para aprobación muy interesante se produjo entre Lufthansa y Scandinavian, donde se aprobó con ciertas condiciones que garantizaran la competitividad del mercado, pero a su vez teniendo en cuenta la Comisión Europea para la Competencia, las bondades que un acuerdo de esta índole puede generar, ponderando así:

*“In 1996 the Commission conditionally approved for a period of ten years a co-operation agreement between Lufthansa and SAS setting up an operationally and commercially integrated transport system. The Commission recognized the efficiencies of the co-operation arrangement and the gains for consumers. However, it imposed certain conditions designed to ensure that new entrants would be able to serve the routes covered by the alliance. These conditions concern essentially the giving-up of slots at saturated airports, a freeze on the number of frequencies operated by LH and SAS, the conclusion of interlining agreements with new entrants, participation by the latter in the FFPs of LH and SAS, and termination by the parties of some of their co-operation agreements with other airlines... Co-operation between airlines can facilitate the healthy restructuring of air transport in Europe and lead to improvement in the quality of consumer services and better cost control. The Commission takes in principle a favorable attitude towards co-operation, in particular alliances, between airlines. However, the Commission must ensure that effective competition on all markets is maintained and that alliances do not rule out opportunities for real competition from new operators on main routes<sup>116</sup>”.*

En breve, los acuerdos de cooperación si bien presentan muchos beneficios para los prestadores del servicio, y a primera vista hacen lo propio con los pasajeros, hay que tener en cuenta, que pueden producir efectos nocivos tanto para el mercado como para los consumidores, un estudio realizado en el 2011 para el Centro Europeo de Investigación Económica, encontró que las aerolíneas por fuera de las ya descritas Alianzas Globales, terminan reduciendo el número de vuelos hacia o desde los aeropuertos en que las transportadoras que si hacen parte de la misma tienen la mayoría de su flota, en ocasiones hasta por encima de un 8%, y que en todos estos casos, el tráfico aéreo es reemplazado por

---

<sup>116</sup> Stragier, Joos. «Current Issues Arising with Airline Alliances.» 11 de 1999. European Commission. 17 de 09 de 2014 <Disponible en: [http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1999678\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1999678_en.html)>.

aerolíneas que compongan la alianza, reduciendo así la competencia, afirmando a su vez que la competencia siempre se verá reducida en todos los mercados relevantes, cuyo origen sea un HUB (terminal de conexiones) de una compañía de la alianza<sup>117</sup>. En síntesis, resulta ser una vía jurídica de expansión económica, que se sale de la órbita de las fusiones e integraciones, pero no por esto, debe ser ajena a la supervisión y aprobación estatal, que haciendo remisión a Jun Li y Serguei Netessine, de la Universidad de Pennsylvania, no debe ser centrada única y exclusivamente en las condiciones de el mercado y la estructura de vuelos de las compañías en el momento previo a la alianza, ya que una vez aproada y puesta en ejecución, las aerolíneas tienden a cambiar su red de manera rápida y dinámica, puesto que, si se hablara de una fusión seria mucho mas sencillo ver los resultados inmediatos frente a los competidores<sup>118</sup>, un análisis similar será necesario, así no sea una concentración empresarial como tal.

## **10. CASOS SOBRE INTEGRACIONES EMPRESARIALES Y CONTRATOS RELEVANTES DEL SECTOR AERONAUTICO**

### **10.1 FUSIÓN AVIANCA – ACES - SAM (Alianza Summa)**

Para comenzar el análisis de esta alianza estratégica, hay que remitirse a la motivación que llevo a tal decisión. En este orden de ideas, observando lo planteado por Elizabeth Vidal<sup>119</sup>, AVIANCA y ACES siempre habían sido rivales, pero los atentados del 9/11 en la ciudad de Nueva York, generaron una incertidumbre mundial en el transporte aéreo de pasajeros, que y junto con un enorme incremento de los precios del petróleo por la guerra en Irak; sumado a que desde el 2003 iba a regir la política de cielos abiertos que determinaba la libre competencia en rutas internacionales. La realidad era que entrar al mercado con aerolíneas extranjeras que las “duplicaban en eficiencia” las aterraba, más aun, con el antecedente que cada compañía había intentado sin éxito cautivar como socio extranjero a aerolíneas americanas, que se negaron en el caso de AVIANCA por el exceso de pasivos, y

---

<sup>117</sup>Hueschelrath, Kai and Volodymyr Bilotkach. «Airline Alliances, Antitrust Inminity and Market Foreclosure.» 2011. 14 de 09 de 2014.

<sup>118</sup> Netessine, Serguei and Jun Li. «Partening with Competitors - Effects of Alliances on Airline entry and capacity decisions.» 15 de 09 de 2014 <<http://www.insead.edu/facultyresearch/research/doc.cfm?did=47211>>.

<sup>119</sup> Arizabaleta, Elizabeth Vidal. Diagnostico Organizacional. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2004.Pag. 147-148

de ACES por su pequeño tamaño [VIDAL 2004]. Entonces, dice puntualmente la autora referenciada que *“la situación de las 2 aerolíneas no era igual frente a la alianza que se proponía. Ambas la necesitaban pero no tenían el mismo afán. Para AVIANCA era urgente. Solo entre 1998 y 2000 tuvo pérdidas por 548.000 millones de pesos...la operación de la compañía era deficitaria...ACES, en cambio...No estaba muy endeudada ni perdía grandes sumas de plata como su rival. Su problema es que no tenía ninguna capacidad de crecimiento.”*<sup>120</sup>»

Sin embargo, la Superintendencia de Industria y Comercio –En adelante SIC-, Encabezada por Emilio J. Archila, negó la integración, ya que haciendo un análisis basado en la fórmula Herfindahl-Hirschmann, que permite delimitar el índice de concentración del mercado y así, un eventual poder de monopolio, donde en resumidas cuentas un índice por encima de 2500 indica que se trata de una industria altamente concentrada, y una concentración entre los 1.500 y 2.500 puntos será moderadamente concentrada<sup>121</sup>. Dice al respecto Gerardo Reyes : *“Antes de la operación, el indicador de AVIANCA, Según los cálculos de la Superintendencia, ya era preocupante, pues llegaba a 2600. Si se hiciera la integración, ese mismo índice sería en rutas nacionales de 4.807, y en el caso de las internacionales...2830. Lo que esto significa es que la integración haría que la empresa resultante quedara en la posibilidad de determinar unilateralmente las condiciones del mercado incluyendo precios y calidades, lo cual implicaría una indebida restricción a la competencia. Pero hay otras consecuencias que señalo la resolución por la cual se negó la integración: habría incremento de precios, en el mercado de rutas nacionales no quedaría un segundo competidor significativo... la integración generaría perjuicios a los consumidores debido a la reducción de la oferta.”*<sup>122</sup>

Llegado a este punto, gracias a argumentos jurídicos que alegaban imparcialidad y pronunciamientos indebidos del caso por parte del mencionado superintendente, que por el

---

<sup>120</sup> Arizabaleta, Elizabeth Vidal. *Diagnostico Organizacional*, Bogotá: Ecoe Ediciones, 2004.Pag. 147

<sup>121</sup> «Justice Department Files Antitrust Lawsuit Challenging Proposed Merger Between US Airways and American Airlines.» 13 de 08 de 2013. *Department of Justice Office of Public Affairs*. 20 de 09 de 2014 <<http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-files-antitrust-lawsuit-challenging-proposed-merger-between-us-airways-and> >.

<sup>122</sup> Reyes, Gerardo. *Don Julio Mario*. Bogotá: Editorial Grijalbo, 2003.

propósito de este documento no vale la pena ahondar, se concluyó por parte de la superintendencia de sociedades (SS) que la SIC carecía de competencia para decidir del asunto, que había sido debidamente apelado (lo que llevo a la SS a actuar como tribunal ad hoc), y por ende, la decisión la tendría que tomar la AEROCIVIL<sup>123</sup>. Lo anterior, como lo hace notar José Miguel de la Calle, basándose en el Art.1866 del Código de Comercio, quien indica además que, a pesar de que esta última autoridad aprobara la integración, sin tener en cuenta los importantes factores anticompetitivos que llevaron a la SIC a negar la integración en su momento, plantea que *“La pregunta sobre que autoridad debía conocer de las integraciones en el mercado no logro ser un tema pacifico... Tampoco fue claro el alcance y profundidad del análisis realizado por la autoridad aeronáutica en lo que respecta a la evaluación que implica el control previo de integraciones. En efecto, en algunas de las autorizaciones otorgadas, no se hacía referencia, entre otros, a la definición de mercados relevantes afectados, identificación de barreras de entrada, indagación sobre competidores actuales y potenciales y, por supuesto, los posibles efectos de la operación<sup>124</sup>.”* A pesar, de que la ley 1340 de 2009, declara a la SIC como única autoridad de competencia, hace un señalamiento a la especialidad en su artículo 8, donde deja en cabeza de la AEROCIVIL la aprobación de ciertas situaciones de hecho particulares, entre ellas conocer de integraciones empresariales en el sector. De la misma manera, para el señor De la Calle, existen situaciones grises, donde no es clara la competencia de una u otra entidad, lo que no solo genera inseguridad jurídica, sino que ha llevado a que en la práctica se presenten solicitudes previas a ambas entidades, sin ir más lejos : *“pueden existir transacciones que involucren la realización de varios de los contratos u operaciones incluidas en la excepción, pero que observadas en su integralidad implican una cesión del control sobre las actividades de una empresa frente a otra, caso en el cual, además de obtenerse las autorizaciones propias otorgadas por la entidad regulatoria a las operaciones específicas, será necesario gestionar ante la SIC la autorización previa respectiva... Sin lugar a dudas, se trata de un tema que debe ser abordado de manera conjunta por la Aerocivil y la SIC, con el fin de que, en ejercicio de los principios de*

---

<sup>123</sup> Diario EL PAIS de Cali, Edición del 19 de Septiembre de 2001

<sup>124</sup> Calle, José Miguel de la. «Control previo de integraciones empresariales en el sector aeronáutico.» Ámbito Jurídico

*eficiencia y colaboración que rigen la actuación administrativa, se brinde a los usuarios la información necesaria sobre los límites existentes entre las funciones de una y otra autoridad.*<sup>125</sup>”

En suma, la inseguridad jurídica que se presentó, choca tajantemente con el modelo económico que se busca en la actualidad, que lucha por la internacionalización de los mercados, pues pareciera ser que las facultades y procedimientos para la aplicación del derecho sustantivo que existen en el sector aeronáutico se encuentran rezagados con la situación que se observa en otros países, como se analiza a continuación en los casos de derecho comparado; puesto que, hoy en día, no tienen por qué existir dudas frente a la competencia de una u otra entidad en la aprobación de una operación de tal índole, y así mismo, se presenta una fuerte tensión referente al límite del derecho a la competencia frente a la realidad económica del sector, donde las aerolíneas se verían muy afectadas en cuanto a sus opciones de mantenerse activas de no seguir adelante con la operación, pero, por las condiciones del mercado, mantener los niveles deseados de competencia resulta virtualmente inmanejable. De la misma manera, lo ha entendido Philippe de Lombaerde al sentar que: *“la fusión Avianca-Aces, ilustra muy bien la problemática del derecho a la competencia en las condiciones actuales... independientemente de la problemática de las competencias (SIC frente a AEROCIVIL) y de la independencia del regulador frente a los intereses comerciales en este caso, es claro que la política de competencia pierde sentido si no se toman en cuenta las macrotendencias en el entorno (procesos de apertura... y procesos de globalización de empresas)*<sup>126</sup>.”

## 10.2 ACUERDO DE JOINT VENTURE ENTRE ALL NIPPON AIRWAYS Co. Ltd.; CONTINENTAL AIRLINES, Inc.; Y UNITED AIRLINES, Inc (2011)

En primer lugar, resulta importante dejar claridad que la aprobación de este acuerdo fue sujeta al análisis de la Comisión para la Competencia de Singapur, CCS; que determinó el

---

<sup>125</sup> Ibídem

<sup>126</sup> Lombaerde, Philippe de. Liberación Comercial, Concentración Industrial y Política de Competencia en Colombia [La regulación económica : Tendencias y Desafíos]. Bogotá: Universidad del Rosario Centro de textos de jurisprudencia, 2004. Pág. 104

mercado relevante como aquel de servicios aéreos para pasajeros, resaltando que se trata de vuelos de trayectos largos y/o medianos donde no existe un medio sustituto que resulte satisfactorio en términos de tiempo y costos, lo dicho, consta en la decisión número CCS 400/001/11 del 4 de Julio de 2011. Así pues, lo que con él se pretendía, era que All Air Nipón, Continental y United Airways (UA en adelante) pudieran efectivamente unir sus rutas con el propósito, de conjuntamente establecer y emplear su capacidad, fijar horarios y tarifas para determinadas rutas transpacíficas. A causa de esto, todos los ingresos irían a un fondo común, para luego ser redistribuidos a cada una de las aerolíneas, supeditando cuantías a una fórmula que los intervinientes establecerían; el objetivo, es básicamente lo que la CCS denomina ‘metal-neutrality’, es decir, que resultaría indiferente que aerolínea opere una aeronave en cada una de las rutas comprendidas en el acuerdo<sup>127</sup>. El alcance de este, abarca 295 ciudades en los Estados Unidos, 41 en Japón, y comprende 11 rutas entre ambos países, con más de 120 frecuencias semanales, para los usuarios, tiene la gran ventaja de que aumenta la cobertura de los programas de viajero frecuente a las rutas de las aerolíneas comprendidas en el acuerdo<sup>128</sup>.

En lo referente a aprobaciones locales, en el año 2010, tanto el Departamento de Transporte Norteamericano (DOT), como el Ministerio De tierras, infraestructura, transporte y turismo japonés dieron el visto bueno correspondiente<sup>129</sup>. Cuando el Departamento de Transporte, hace un análisis en esta materia lo hace bajo dos parámetros, por un lado, un análisis competitivo del acuerdo o situación de hecho que se propone, y por el otro, una serie de consideraciones relativas al interés público: *“DOT's review of international alliance agreements has two steps. First, DOT determines whether an agreement "substantially reduces or eliminates competition." If it does, then DOT must disapprove it unless DOT finds that the agreement "is necessary to meet a serious transportation need or to achieve important public benefits" and there is no less anti-competitive alternative. If DOT approves an anti-competitive agreement on those grounds, then it must exempt it from the*

---

<sup>127</sup> CCS 400/001/11. No. CCS 400/001/11. Competition Commission Singapore. 01 de 2011.

<sup>128</sup> [United Airlines Website](http://ir.unitedcontinentalholdings.com/phoenix.zhtml?c=83680&p=irol-newsArticle&ID=1545236&highlight). 15 de 09 de 2014 <<http://ir.unitedcontinentalholdings.com/phoenix.zhtml?c=83680&p=irol-newsArticle&ID=1545236&highlight>>.

<sup>129</sup> [Japan Corporate Network](http://www.japancorp.net/press-release/23267/ana,-continental-and-united-cleared-for-trans-pacific-jv). 17 de 09 de 2014 <<http://www.japancorp.net/press-release/23267/ana,-continental-and-united-cleared-for-trans-pacific-jv>>.

*antitrust laws. Second, if DOT finds that an agreement does not reduce or eliminate competition and is consistent with the public interest, then DOT must approve it. But exemption from the antitrust laws is authorized only if it is required by the public interest; even then immunity is authorized only "to the extent necessary to allow the person to proceed with the transaction specifically approved by the order and with any transaction necessarily contemplated by the order"*<sup>130</sup>.

En el caso particular, el DOT aprobó la solicitud en virtud que nadie se opuso al acuerdo, por no rechazar la inmunidad antimonopolio, ni tampoco fueron interpuestos recursos que demostraran los posibles efectos nocivos que el acuerdo podría tener en los consumidores, ya que si bien, la asociación americana de pilotos solicitó como medida condicionante que se estableciera una forma equitativa de distribuir salarios, no argumentaron el efecto negativo a la competencia que respaldara su petición; el DOT decidió actuar “de manera expedita” aprobando la solicitud, dando así además, cumplimiento al acuerdo de cielos abiertos suscrito entre EEUU y Japón, dándole la razón así a lo solicitado por las aerolíneas en julio de 2010<sup>131</sup>. Entre las razones que fueron pertinentes para la aprobación “*El DOT, encontró que brindar inmunidad anti-trust permitiría que las aerolíneas racionalizaran operaciones en vuelos entre los EEUU y Asia, y de la misma manera, mejoraría la competencia al ofrecerle a los consumidores más opciones en el mercado trans-pacífico. La inmunidad Anti-trust, también reduciría los tiempos de viajes y esperas de conexiones, expandiría las redes de rutas actuales, disminuiría el valor de las tarifas y costos en general, según indico el DOT*<sup>132</sup>”.

De la misma manera, la base del acuerdo recaía en un ‘metal-neutrality agreement’, según fue explicado, es importante señalar el precedente del DOT en la materia según lo

---

<sup>130</sup> Gillespie, William and Oliver Richard. «Antitrust Immunity and Airline Alliances.» 2011. USA Department of Justice. 2015 de 09 de 2014 <<http://www.justice.gov/atr/public/eag/267513.pdf>>.

<sup>131</sup> «US-JAPAN AIRLINE CASE (Before the Department of Transport).» 09 de 07 de 2010. 16 de 09 de 2014 <<http://airlineinfo.com/ostpdf78/760.pdf>>.

<sup>132</sup> Hawkins, Derek. «DOT Blesses Immunity For US-Japan Airline Alliances.» 07 de 10 de 2010. LAW 360. 16 de 09 de 2014 <<http://www.law360.com/articles/199642/dot-blesses-immunity-for-us-japan-airline-alliances>>.

desarrollan Havel y Sanchez<sup>133</sup>, que explican que contrario a lo que sucede en Europa, donde las autoridades son enfáticas en que lo primordial es buscar los posibles efectos anticompetitivos de este tipo de acuerdos en lugar de propender por ver si otorgar inmunidad antimonopolio, observando las eventuales repercusiones nocivas ruta por ruta, en los EEUU: *“The DOT is not actually scouring for antitrust violations (That is the job of the Department of Justice) but deciding weather to grant antitrust immunity. Although part of the required statutory testing is to determine, weather an alliance or Joint venture will have anticompetitive effects (otherwise there is no need for immunity), the DOT’s investigative emphasis is more logically placed on the benefits offered by the proposed arrangement...Because metal neutral joint ventures are more anticompetitive yet offer more benefits”*

En el análisis de la CCS, en la ya citada decisión, la principal preocupación fue que al pasar de una cooperación a un verdadero Joint Venture se acabaría con la competencia efectiva entre las tres aerolíneas participes en los mercados relevantes comprendidos, pues de un lado, serian casi inhábiles para hacerlo sin incumplir los acuerdos contractuales entre sí, y de otro, no habría un verdadero incentivo económico para ello, por los pactos de distribución de ingresos (Pág. 17 CCS 400/001/11). Sin embargo, la cantidad de beneficios que se llegarían a dar fue superior al eventual daño a la competencia en los determinados mercados, tanto para consumidores como el servicio en sí.

### 10.3 CASO FUSION AMERICAN AIRLINES & US AIRWAYS, GRACIAS AL ACUERDO LOGRADO CON EL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA (2013)

Por el hecho que esta fusión pudo llevarse a cabo, actualmente, se habla de la aerolínea más grande del mundo, que *“operara diariamente más de 6,700 vuelos, A 330 destinos en más de 50 países. De manera conjunta, ambas aerolíneas, tienen un personal de más de 100,000 empleados mundialmente<sup>134</sup>”*. Pero, contrariamente a lo ocurrido con el Joint

---

<sup>133</sup> Havel, Brian and Gabriel Sanchez. The principles and practices of international aviation law. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

<sup>134</sup> Maynard, Michelle. «What to expect from the American-US Airways Merger.» Forbes 2013.

Venture analizado anteriormente; en el presente caso no hubo un proceso tan pacífico e indisputado, ya que, si bien, el DOT siguió teniendo competencia para conocer y decidir de fondo la solicitud hecha, hubo oposición por parte de la división antimonopolio del Departamento de Justicia (en adelante DOJ), que el 13 de agosto de 2013 demandó la fusión junto con seis fiscales generales de diferentes estados, alegando que de llevarse a cabo la operación se “*reduciría de manera sustancial la competencia para vuelos comerciales en mercados locales dentro de los Estados Unidos lo que obligaría a los pasajeros a pagar mayores tarifas, que implicarían concomitantemente recibir menos servicios*”, y así mismo se pretendía “*preservar la competencia cabeza a cabeza existente entre las firmas, que el acuerdo eliminaría*”<sup>135</sup>. De esta manera, el entonces Fiscal General Eric Holder, manifestó en la demanda que el transporte aéreo es vital para los consumidores americanos que viajan tanto por placer como por trabajo, y que el acuerdo en sí solo lograría que los pasajeros ‘pagaran el precio’, es decir, un incremento en las tarifas aéreas auxiliares (chequeo de equipajes, cambios de vuelos...), tiquetes y también menos opciones de donde escoger; sumado a una concentración en el mercado de rutas domésticas que superaría el 80%; resumiendo su argumento, en que el pueblo americano merecía más, y esto significaba que se mantuviera la competencia, sin desestabilizar el mercado<sup>136</sup>.

Causaba entonces, particular preocupación lo que el DOJ denominó un monopolio, en el aeropuerto de vuelos domésticos de Washington DC (R. Reagan) donde controlarían el 63% de los vuelos salientes, y el 69% de los turnos de despeje y aterrizaje, y que si bien, en materia de precios las aerolíneas de bajo costo como JetBlue y Southwest podrían seguir intentando competir, no podrían cubrir todo el mercado geográfico, pues por su tamaño y capacidad operativa vuelan a una menor cantidad de destinos, y probablemente, no podrían

---

<sup>135</sup> «Justice Department Files Antitrust Lawsuit Challenging Proposed Merger Between US Airways and American Airlines.» 13 de 08 de 2013. Department of Justice Office of Public Affairs. 20 de 09 de 2014 <<http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-files-antitrust-lawsuit-challenging-proposed-merger-between-us-airways-and>>.

<sup>136</sup> «Justice Department Files Antitrust Lawsuit Challenging Proposed Merger Between US Airways and American Airlines.» 13 de 08 de 2013. Department of Justice Office of Public Affairs. 20 de 09 de 2014 <<http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-files-antitrust-lawsuit-challenging-proposed-merger-between-us-airways-and>>.

en el largo plazo constreñir el comportamiento coordinado entre las aerolíneas potencialmente fusionadas<sup>137</sup>.

En consecuencia, la oposición del DOJ y ciertos fiscales estatales a la autorización de la fusión, obligo a que se diera una negociación entre las partes, que llego en el mes de noviembre de 2013 con un acuerdo satisfactorio para todos, bajo los términos del cual las aerolíneas a fusionar adquirieron la obligación con el DOJ de “*vender o liberar cupos de aterrizaje y despegue en los aeropuertos de Nueva York La Guardia (17) y Washington DC Reagan (52), así como ciertos puestos de parqueo y equipos de soporte al servicio en los mismos aeropuertos, lo propio con dos lugares de parqueo y los correspondientes equipos de apoyo en Boston, Los Ángeles (LAX), Miami, Chicago y Dallas*<sup>138</sup>.” Por su parte, con los Fiscales Estatales que se opusieron, las compañías se comprometieron a “*mantener sus Hubs (Aeropuertos que funcionan como centro de conexiones para una aerolínea en ciertas rutas) en Charlotte, Nueva York (JFK), Los Ángeles, Miami, Chicago (O’Hare), Philadelphia y Phoenix, todos consistentes con las operaciones que las aerolíneas venían desarrollando históricamente, por un periodo de tres años. Además, por un periodo de cinco años, se comprometieron las transportadoras a mantener aunque sea un vuelo diario entre cada uno de esos Hubs a cada aeropuerto demandante del respectivo estado, que al momento del acuerdo, tuviera a lo menos un vuelo diario programado por parte de United Air o American Airlines*<sup>139</sup>”.

Así las cosas, hay que hacer la aclaración que en el presente caso se requirió del visto bueno además, de la Corte Americana de Quiebras (U.S Bankruptcy Court) pues American Airlines, había solicitado protección de quiebra en el 2011, para poder reducir costos

---

<sup>137</sup> *Ibíd*em

<sup>138</sup> AMR Corporation and US Airways Announce Settlement with U.S. Department of Justice and State Attorneys General. 12 de 11 de 2013. 18 de 09 de 2014 <<http://hub.aa.com/en/nr/pressrelease/amr-corporation-and-us-airways-announce-settlement-with-us-department-of-justice-and-state-attorneys-general>>.07/1-el-control-a-las-concentraciones-empresariales-aml-jdg.pdf>.

<sup>139</sup> «Justice Department Files Antitrust Lawsuit Challenging Proposed Merger Between US Airways and American Airlines.» 13 de 08 de 2013. Department of Justice Office of Public Affairs. 20 de 09 de 2014 <<http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-files-antitrust-lawsuit-challenging-proposed-merger-between-us-airways-and>>.

laborales, y confrontar el alza de los precios del petróleo<sup>140</sup> para con ello, reducir costos de la labor deficitaria que llevaba presentando en los años inmediatamente anteriores. A causa de esto, dicha corte, a través del juez Sean Lane, considerando que la pieza clave para que American Airlines pudiera salir de la quiebra, dependía del éxito de la fusión; aprobó la serie de acuerdos a los que habían llegado las compañías con el DOJ, pues considero que la combinación de aerolíneas podría efectivamente sacar a American Airlines de la quiebra, y que las concesiones hechas por ambas, eran en su criterio satisfactorias<sup>141</sup>, particularmente aquellas en que las aerolíneas *“aceptaron a renunciar a docenas de cupos de aterrizaje y despegue, en los aeropuertos de Nueva York (La Guardia) y Washington DC (Reagan)...Además, negó una solicitud de suspender temporalmente la fusión, por la presentación de una demanda de carácter civil que se proponía impedirle.”*<sup>142</sup>. Así pues, para despejar dudas en cuanto al análisis de los efectos anticompetitivos, dijo textualmente el juez que dio el visto bueno pendiente: *“One must assume the anti-competitive concerns... have been satisfactorily addressed”*<sup>143</sup>

En suma, después del arduo proceso de negociaciones y ‘settlements’, el DOT aprobó la fusión entre las aerolíneas. A pesar, de que hubo una defensa a la libre competencia, y se constriñó a las compañías a hacer concesiones para que el DOJ no impidiera llevar a cabo la operación, quedan dudas frente al alcance de estas, como hace reflexionar Ashley Halsey, analista del Washington Post: *“In the eyes of low-cost carriers, the merger was akin to the last land grab. If they did not get access to prime-time slots at key airports through the Justice Department’s intervention, they might be locked out or have only a limited presence at those airports for a long time. Airports in these cities are the most difficult for an airline to enter and establish a meaningful presence...Access to key airports*

---

<sup>140</sup> Peterson, Kyle and Daily Matt. American Airlines files for Bankruptcy. 2011. 18 de 09 de 2014 <<http://www.reuters.com/article/2011/11/30/us-americanairlines-idUSTRE7AS0T220111130>>.

<sup>141</sup> Isidore, Chris. American US Air cleared to land merger. 2013. <<http://money.cnn.com/2013/11/27/news/companies/american-us-air-merger/>>.

<sup>142</sup> Jones, Charisse. Judge Signs Off on American, US Airways Merger. 2013. <<http://www.usatoday.com/story/travel/flights/2013/11/27/american-and-us-airways-merger-bankruptcy-judge/3759761/>>.

<sup>143</sup> «Justice Department Files Antitrust Lawsuit Challenging Proposed Merger Between US Airways and American Airlines.» 13 de 08 de 2013. Department of Justice Office of Public Affairs. 20 de 09 de 2014 <<http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-files-antitrust-lawsuit-challenging-proposed-merger-between-us-airways-and>>.

*may prove critical to the survival of those competing with the three big airlines known as legacy carriers.*<sup>144</sup>” Simultáneamente, Rick Seaney –CEO Farecompare.com -, anota que para consumidores ubicados en ciudades pequeñas, va a resultar más difícil encontrar buenas tarifas, puesto que menos aeropuertos regionales terminaran siendo atendidos, entonces, para encontrar tiquetes a precios accesibles, los pasajeros deberán emplear aeropuertos de conexión con mayor frecuencia, de la misma manera, hace notar como el acuerdo a pesar de hacer que se renuncia a ciertos cupos en determinados aeropuertos, solo va a hacer que las aerolíneas compitan por ganarse el mercado a través de ofertas en el corto plazo, pues a medida que pase el tiempo, solamente se reemplazará a US Airways por JetBlue o Southwest<sup>145</sup>, destaco.

En resumidas cuentas, es válido dejar sentada la inquietud que Hugo Martin plantea en su análisis para el periódico Los Ángeles Times, si será que el DOJ se “dio por vencido con demasiada facilidad”, al llegar a un acuerdo con las promitentes fusionantes antes de dar la disputa judicial para impedir la operación, que probablemente, hubiera conseguido mayores beneficios para los consumidores gracias a un número más significativo de obligaciones y acuerdos que se hubieran podido adquirir así se hubiera aprobado la integración de todas maneras; preguntándose si por ejemplo la renuncia del 15 % de cupos de aterrizaje del aeropuerto Reagan es suficiente medida compensatoria, teniendo en cuenta, que con la fusión controlaran el 69%<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Halsey, Ashley. Justice set to approve merger of American Airlines, US Airways. 2013. <[http://www.washingtonpost.com/local/trafficandcommuting/justice-set-to-approve-merger-of-amr-us-airways/2013/11/12/2531b9f0-4bab-11e3-9890-a1e0997fb0c0\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/local/trafficandcommuting/justice-set-to-approve-merger-of-amr-us-airways/2013/11/12/2531b9f0-4bab-11e3-9890-a1e0997fb0c0_story.html)>.

<sup>145</sup> FOX News. What the American US Airways Merger means to the Traveler. <<http://www.foxnews.com/travel/2013/11/12/what-american-and-us-airways-merger-means-to-traveler/>>.

<sup>146</sup> Martin, Hugo. Merger of American Airlines and US Airways cleared for takeoff. 2013. <<http://articles.latimes.com/2013/nov/12/business/la-fi-airline-merger-20131113>>.

## 11. CONCLUSIONES

1) El caso de la Fusión Avianca-Aces ilustra una preocupante realidad de inseguridad jurídica en Colombia, donde a pesar de existir competencia atribuida legalmente a la Aerocivil para la toma de decisiones en la materia, hay quienes encuentran una cierta ambivalencia argumentando que el control para velar por el derecho a la competencia debe permanecer en la SIC, que es la entidad que hace el análisis más exhaustivo de todos y cada uno de los mercados relevantes, razón por la cual, se reitera que el análisis debe ser realizado por ambas autoridades de manera conjunta, buscando generar un funcionamiento ágil y eficiente dada la importancia del sector.

Lo anterior, para superar la inseguridad que existe, puesto que de lo contrario el proceso de globalización de las empresas que se pretende se vería limitado y rezagado con respecto a las macro tendencias mundiales observables en otros mercados. Así las cosas, los casos analizados de derecho comparado sirven para ilustrar como en Países como EEUU, si bien hay una entidad estatal encargada de la aprobación de los acuerdos del sector aéreo que será el Departamento de Transporte, esta se preocupa preponderantemente por analizar los potenciales beneficios que una operación en este sector podría tener, a pesar de revisar que no hayan efectos anticompetitivos que impidan otorgar una inmunidad anti-trust; los pronunciamientos que hagan no son indiscutibles, puesto que otra autoridad que es el Departamento de Justicia, en su división antimonopolio tiene la facultad de investigar conjuntamente la propuesta de las transportadoras, y en caso de encontrar posibles efectos nocivos a la libre competencia podrá oponerse a la aprobación, o solicitar el condicionamiento de esta, lo que llevará a resultados más benéficos, donde cada autoridad revisará los elementos correspondientes a su especialidad académica y jurídica, concentrándose en lo que le compete a cada una, no solo agilizan la toma de decisiones sino que aportan consideraciones de valor que su contraparte puede haber pasado por alto, de manera que únicamente trabajando en armonía para un mismo fin y así llegando a un acuerdo se tomen de ser necesario, decisiones conjuntas o con el consentimiento de ambos.

En conclusión, la idea de que la SIC y la AEROCIVIL, trabajasen juntas, teniendo sus funciones y atribuciones completamente establecidas, no es una utopía, sino que generaría beneficios mucho mayores, y la complementariedad solucionaría la inseguridad jurídica y constituiría una garantía para consumidores y prestadores del servicio, que acercaría al país más a la realidad actual de los mercados transfronterizos aéreos.

2) En el ámbito de las fusiones e integraciones empresariales en el sector aéreo, debe siempre observarse si se trata de una de tipo vertical, o si por el contrario es de tipo horizontal. En el primero de los casos, medir el impacto de los efectos económicos de esta operación a la luz de la competencia resulta mucho más sencillo pues se está eliminando a un competidor directo dentro del mismo mercado relevante, lo que aumenta inmediatamente la posición de dominio que se ostenta, y se requiere de un análisis muy cuidadoso en la materia, pues en Colombia de manera particular, se trata de un sector enormemente concentrado en lo que respecta a los prestadores del servicio, pues si bien, en los últimos años nuevas aerolíneas han entrado a ofrecer sus servicios generando incrementos significativos en los índices de competencia, esto únicamente ha ocurrido en algunas rutas muy concretas, en particular aquellas de más tráfico comercial, por lo que la industria sigue siendo muy restringida, al punto que en ciertos mercados relevantes desde el punto de vista geográfico, el servicio es prestado únicamente por una compañía, y en ciertos casos esta es de propiedad estatal, que se ve obligada a poner naves y tripulación para su operación, únicamente para garantizar el servicio público esencial, entonces, el análisis antimonopolio deberá ser realizado ruta por ruta.

Por otra parte, al analizar los efectos de una integración vertical, estos no resultan tan sencillos como en el caso previamente analizado, pues la competencia directa con rivales permanece igual, puesto que ninguno se está suprimiendo para empezar a formar parte de otra aerolínea perdiendo su independencia, en esta ocasión, hay que concluir que si bien a primera vista desde el punto de vista del consumidor, estas integraciones pueden ser benéficas por permitir la toma rápida y efectiva de decisiones, no pueden pasar por alto el control de las autoridades, que deberán en todos los casos analizar la operación, con el

mismo rigor y criterios que empleen para las de carácter vertical, ya que, al no haber tantos insumos y recursos para el sector como se quisiera en Colombia, una integración vertical podría generar abusos por parte de quien los controle con respecto a sus competidores, entre otros efectos indeseados al largo plazo.

3) La intervención estatal en el sector aéreo resulta inevitable, e incluso deseable. Dicha injerencia puede darse de dos formas, bien sea como un competidor directo por los incentivos económicos que el negocio le genere al mantener una aerolínea pública, o para prestar un servicio que ha sido catalogado como público esencial, en aquellos casos en que las aerolíneas comerciales no operen determinada ruta por no ser lo suficientemente atractiva, garantizando así la prestación efectiva de tal servicio. Por otro lado, el Estado puede intervenir como regulador en el sector, velando por la libre competencia a través de la regulación y supervisión necesarias, preocupándose por el funcionamiento transparente y efectivo del sector, por tratarse de un servicio público de una categoría tan especial hoy en día que no puede ser descuidado.

4) El transporte aéreo de pasajeros no es un servicio público esencial *per se*, a pesar de que en la sociedad actual muchas veces se requiera hacer uso de este medio de transporte para el goce efectivo de otros derechos que son fundamentales por si solos, deberá entonces siempre analizarse la sustituibilidad que pueda existir, lo que es igual a observar si en la ruta en particular existen otras formas de transporte que el consumidor pueda emplear y le resulten igual de satisfactorios en términos de tiempo y costo. Así las cosas, el transporte aéreo de pasajeros será un servicio público esencial en la medida que garantice el derecho fundamental a la libertad de circulación de las personas (Art. 24 C.P.), o les permita a través de este materializar el disfrute de otros derechos *per se* fundamentales (Vida, Salud, Trabajo...), lo que obliga a que su prestación efectiva deba ser siempre supervisada, y en algunos casos proveída por el mismo Estado; lo primero, resultará indiscutible cuando entre el destino y el origen no exista otra forma de movilizarse, sea terrestre o acuática, o que de existir por razones de costos y tiempo no resulten igualmente satisfactorias; lo segundo,

cuando la única forma de garantizar un derecho fundamental sea desplazándose, según lo ha señalado la C.Co. en los citados pronunciamientos.

5) En la determinación del mercado relevante producto, la idea general es que se trate de servicio de transporte aéreo de pasajeros, pero no todos estos son iguales ni pertenecen a una categoría única, por ello, se torna de gran importancia el análisis del tipo de pasajeros (consumidores), pues de esta clasificación dependerá la sustituibilidad del servicio. Puesto esto de presente, hay que recapitular en que existen pasajeros con horarios flexibles y no flexibles, ya que los primeros serán sensibles al tiempo de viaje, mientras que los segundos podrán optar por vuelos en escala o en conexiones, lo que permite afirmar que estos últimos y los vuelos directos en determinada ruta no componen el mismo mercado producto. Así las cosas, a medida que aumente la sensibilidad al tiempo de viaje, disminuirán los sustitutos posibles del mercado para ese consumidor (medios de transporte alternativos sean o no aéreos). Hay que añadir, que el mercado relevante producto siempre se tratará de un servicio con enormes barreras de entrada, no solo económicas, sino de índole regulatorio e incluso temporal, pues así se cuente con el capital y la solvencia financiera que implica casi cualquier desembolso en esta área los permisos no son fáciles de obtener, y los cupos de los aeropuertos (aterrizaje, despegue, parqueo...) no tienen la disponibilidad que todas las transportadoras desearían. Así las cosas, en líneas generales el transporte aéreo de pasajeros, puede clasificarse en pasajeros que viajan por negocio y aquellos que lo hacen por ocio, entendiendo así que los servicios que los primeros esperan recibir, desbordan lo buscado por los últimos, y así mismo, los horarios que buscan utilizar tendrán un costo mayor, puesto que no encontrarán un sustituto al servicio para llegar a otro lugar que les satisfaga, pues los servicios sustitutos serán inversamente proporcionales a la sensibilidad al tiempo del pasajero, que será a su vez el criterio preponderante para catalogarlos como 'business' o 'leisure'.

6) A la hora de analizar el mercado geográfico, se llega a la conclusión que este siempre sea O&D (Origen y Destino), y que la regla general es que se maneje o analice entre ciudades, sin embargo, esto puede cambiar dependiendo del análisis que se pretenda hacer, pudiendo

de esta manera ampliarse hasta llegar a regiones e incluso países, o restringirse y que se analice la ruta entre dos aeropuertos específicos, que como fue manifestado pueden no pertenecer al mismo mercado relevante a pesar de prestar sus servicios a una misma ciudad (en aquellos casos en que cuente con más de un aeropuerto). Así mismo, en el mercado geográfico hay que afirmar que el número de mercados es tan extenso como el número de rutas que maneje la terminal aérea que se analice, entonces, podrán existir conflictos relevantes para el derecho a la competencia en algunas rutas, o incluso en todas, pero el análisis deberá llevarse a cabo de manera independiente, es decir considerando la situación de hecho una por una, con el factor extra que hay que tener en cuenta, que hace referencia a la existencia de un HUB, puesto que si uno de los dos puntos del O&D es una terminal de conexiones de una aerolínea, habrá inmediatamente más dificultad para que los competidores accedan a esta y poder ofrecer sus servicios, pues no existe facilidad de entrada. Por último, el análisis puede ser hecho dentro de una ruta en particular para todos los pasajeros, o solo para algunos de ellos, de acuerdo a la categorización que se haga de ellos al momento de determinar el mercado relevante producto.

7) Las únicas aerolíneas que deben ser consideradas dentro del análisis que determine el mercado relevante, son aquellas que en ese preciso momento de tiempo estén prestando el servicio en la ruta analizada, o que de lo contrario pueda entrar a prestarlo de manera inmediata sin incurrir en gastos excesivos, en otras palabras, el llamado “mercado temporal” únicamente podrá estar compuesto por las compañías que superen con facilidad las barreras de entrada empezando a operar inmediatamente, o que estén prestando el servicio efectivamente en ese momento.

8) Las aerolíneas tienden a ampliar su red de operaciones constantemente, buscando para ello vías expeditas, ágiles y simples, que se salgan del ámbito de fusiones empresariales, y les permitan maximizar su potencial poniéndolo además a disposición de otras aerolíneas, pues actualmente los acuerdos de colaboración, código compartido o joint ventures, permiten que las compañías transportadoras hagan estas expansiones comerciales sin incurrir en los enormes gastos que supondría romper las barreras de entrada al mercado,

aprovechándose así de sus rivales que ya lo han hecho. Sin embargo, a pesar de las muchas bondades comerciales que esto parecería ofrecer, la autoridad encargada de velar por la competencia deberá analizar y autorizar todas y cada una de estas opciones comerciales, ponderando siempre los beneficios económicos que estos acuerdos traen con sí, pero sin descuidar que se trata de un servicio público esencial, lo que ameritara siempre un mayor análisis.

Al mismo tiempo, estos contratos lo que buscan es preponderantemente agilidad temporal, es decir, ejecución casi inmediata, razón por la cual la autorización dada debe ser tomada en el menor tiempo posible, y no extenderse a los plazos que podrían presentarse por ejemplo en el caso de una fusión, teniendo en cuenta además, el hecho de que cada ruta al ser un mercado diferente, obligara a la autoridad a poner en muchos casos condicionamientos frente a algunas de ellas, para permitir el crecimiento comercial de la compañía no entorpeciendo estos acuerdos, pero al mismo tiempo garantizando la competitividad dentro de los mercados, analizando concomitantemente que pasajeros se verán beneficiados o perjudicados, viendo en cada una de las rutas que categoría de estos es quien más hace uso de ellas.

## **12. PROPOSICIONES Y CONSIDERACIONES**

El sector aeronáutico permite apreciar con claridad la realidad de que las autoridades colombianas se encuentran limitadas e incluso subyugadas por las normas locales a la luz del derecho a la competencia y administrativo. Lo anterior, toda vez que el derecho nacional se encuentra rezagado con respecto a lo que ocurre en otras jurisdicciones, poniendo de presente una alarmante inseguridad jurídica al momento de aprobar integraciones empresariales en el sector. Esta situación es preocupante y reclama atención.

El presente trabajo de grado pretende plantear una solución al problema ilustrado, en primer lugar respecto de la asignación de competencias administrativas entre la SIC y la AEROCIVIL, y en segundo lugar respecto de la necesidad de abordar el análisis de este

tipo de operaciones de integración empresarial de manera coordinada con otras autoridades, locales e internacionales, encargadas de analizarlas.

Con este marco de referencia, si bien este trabajo no se orienta a inmiscuirse con profundidad en el área del derecho administrativo, hay que señalar que existe un problema de competencias atribuidas a diferentes autoridades en Colombia para el sector aeronáutico. Lo que se vio como un esfuerzo para avanzar al promulgar la ley 1340 de 2009 no se logró, por el contrario empeoró el panorama existente al punto de desplazar a un segundo plano el derecho a la competencia y sus fines, lo que ha ocasionado un mayor deterioro en la necesaria seguridad jurídica que reclama el sector. Estas falencias sólo se han podido paliar a través de prácticas de hecho, o ad hoc, bajo la idea de “curarse en salud”, por parte de quienes necesitan y por tanto solicitan la aprobación de dichas integraciones.

La ley antes citada se orientó a que la AEROCIVIL, como autoridad especializada en el sector aeronáutico, debido a su carácter técnico, tuviera dentro de su resorte la aprobación de las solicitudes de integraciones del sector. Lamentablemente el proceso de expedición de la norma, no fue acompañado de un fortalecimiento institucional orientado a crear una área especializada en materia de competencia, que le permitiera con propiedad asumir las nuevas competencias, asignadas por el legislador, esta ausencia ha derivado en que se ejerce la función, pero sin el rigor de conocimientos y experiencia necesarios, por las consideraciones de las decisiones que se están adoptando vía actos administrativos, luzcan precarias, superfluas y ligeras, para no decir que el análisis de esa unidad especial sobre competencia es mínimo. Esta debilidad institucional redundante en una evidente afectación en lo que debe ser el adecuado disfrute de un servicio público esencial de todas las personas, que no es otro que el de poder acudir con confianza legítima, ante quien puede definir con propiedad una petición. Para conformar este débil marco institucional se debe tener presente que la Superintendencia de Industria y Comercio, conserva ciertas competencias en esta materia entre ellas la facultad de sancionar con enormes sumas de dinero a quienes no le informen sobre el interés de realizar una fusión o una integración.

Esta dualidad de ante quien acudir ha derivado en una práctica recurrente, se presentan las solicitudes o peticiones ante ambos entes, así se evita la posibilidad de una multa emanada de la SIC. Esto ocurre a pesar de la expresa consagración legal de que es una atribución propia de la Unidad aeronáutica especial, la aprobación de fusiones o integraciones de esta naturaleza.

En el otro extremo de la relación, esta dualidad de atribuciones, esta doble vía en que una entidad pierde la competencia de aprobar, pero mantiene la de sancionar, autoriza o da licencia a la creatividad de las personas jurídicas o naturales sujetas a la supervisión, las que utilizan o se valen de diferentes formas contractuales, que fueron analizadas, y que les permiten las aerolíneas expandir su red de operaciones y maximizar sus beneficios, trabajando de consuno con quienes serían sus competidores. Así las cosas, sin tramitar licencias ni permisos para integrarse y honrar las normas de competencia llegan al mismo puerto con figuras como los códigos compartidos, joint ventures, acuerdos de colaboración, y demás vehículos jurídicos existentes. Esta creatividad jurídica enmascara situaciones que no resistirían un análisis antimonopolio y menos uno que se oriente hacia la preservación de una competencia sana en el sector para cada uno de los diferentes mercados relevantes, que como se observó oportunamente son numerosos, y es menester abordarlo de manera individual, caso por caso. Lo señalado, se dificulta aún más, puesto que debido a las circunstancias de mercado, este tipo de operaciones podrían llegar a constituir situaciones de integración, puesto que existen Joint Ventures que por sus términos derivarían en dicho ámbito, o podrían ocurrir adquisiciones minoritarias (20% o menos) que dependiendo de la situación de hecho, podrían a la luz del derecho a la competencia ser consideradas una toma de control, esto debido a que el concepto de control del Decreto 2153/92 difiere al control puramente societario.

Se reitera que el panorama comentado es consecuencia de que las solicitudes de fusión o de integración, se deben tramitar ante una autoridad que a pesar de ser competente y especializada en el sector, no cuenta con el recurso humano ni la estructura administrativa interna para pronunciarse con rigor y propiedad en los temas concernientes a sector tan

importante como el que se pretende amparar bajo la luz del derecho a la competencia. (AEROCIVIL); así mismo, la definición de control que da la ley y las normas legales administrativas limitan a la SIC, al punto de que esta sólo pueda hacer lo que esta escrito para la aplicación de nuevos conceptos.

Así las cosas, aunque la ley 1340 resulta nociva y perjudicial para la competencia, pues a pesar de que uno de sus móviles fue dar soporte y solventar la situación de falladores ad hoc y con ello corregir el fenómeno de inseguridad jurídica que se presentó en la decisión sobre la fusión de AVIANCA-SAM-ACES, se dispuso que en el sector, la única autoridad competente para conocer de integraciones sería la AEROCIVIL. Pero si bien fijó la atribución o la competencia dejó de lado ordenar la creación de una dirección o departamento técnico y jurídico idóneo y solvente, en materia tan especializada como la competencia, es decir que no bastaba que el ente fuera el especializado en materia aeronáutica, era indispensable además, su fortalecimiento interno. Tarea que sigue aun pendiente. Entonces, el espíritu del presente documento es subrayar el vacío existente en nuestro orden jurídico y para ello la necesidad de una fórmula de competencias concurrentes en la materia, únicamente para los casos en que la SIC lo considere necesario. El anterior postulado, resulta vacío o débil si no se explica la solución a profundidad; se quiere dejar puesto de presente que una forma ideal de solventar estos problemas planteados sería que la autoridad genérica de aprobar las integraciones empresariales, ve por el derecho a la libre competencia, es decir, se atribuirá la SIC, la posibilidad de un análisis paralelo al que realice la autoridad especializada en la materia AEROCIVIL, la cual conservara en todo caso la capacidad de aprobar estas integraciones otorgada por la criticada ley 1340 así: La solicitud deberá ser presentada únicamente a la AEROCIVIL quien decidirá de fondo en la materia, haciendo un análisis riguroso en cuanto a los efectos que la operación pueda tener en el sector bajo sus criterios y análisis puntuales con respecto a efectos en el área bajo su supervisión. Adicionalmente, toda la información presentada a dicha entidad deberá ser puesta a disposición simultáneamente a la SIC, quien realizará un análisis de todos los posibles efectos que lesionen o que pongan en peligro a la competencia en cada uno de los mercados, considerando el tipo de integración que se pretenda llevar a

cabo. Así, de no encontrar ningún reparo en esta materia, emitirá un acto administrativo comunicándolo. De lo contrario de encontrar efectos potencialmente nocivos en alguno o algunos de los mercados analizados, se lo comunicara a la AEROCIVIL, quien estará obligada a llevar a cabo una especie de ‘settlement’ con la SIC, antes de poder pronunciarse favorablemente a la solicitud, que se le ha formulado, materializando así una verdadera y efectiva abogacía de la competencia. En la negociación (‘settlement’), ambas entidades deberán buscar llegar a condicionamientos para los mercados que puedan presentar resultados anticompetitivos y establecer correlativamente, cual sería la mejor manera de implementarlos. Si no se logra el acuerdo la SIC tendrá la facultad para no recomendar la integración por los efectos, de la misma en contra de la libre competencia. Dicho en otra forma, se reserva la potestad de no permitir la autorización únicamente por motivos de esta índole y por ningún otro. En conclusión, la AEROCIVIL mantiene la competencia que legalmente se le otorgó para este tipo de integraciones, pero limitada al visto bueno que debe impartir la SIC, exclusivamente dentro del ámbito de la libre competencia, que constituirá el principio y el fin de su margen de análisis, pues cualquier consideración de otra naturaleza la colocaría en los terrenos de la usurpación y de extralimitación de funciones. Lo anterior, porque la competencia es una específica y puntual atribución de la ley.

Ahora, idéntico recorrido deberá seguirse para los casos en que se presenten solicitudes de aprobación, para los vehículos contractuales que fueron analizadas en el presente trabajo de grado. Sin embargo, se enfatiza que las decisiones frente a estos, si bien deberán estar sustentadas sobre los mismos criterios de riguroso análisis, tiene que ser más ágil para honrar los móviles que llevan a los solicitantes a optar por estas vías, entre otros: la agilidad temporal y la celeridad administrativa.

Por otro lado, existe la dificultad derivada de estar en un sector cada día más entrelazado, con diferentes jurisdicciones y más globalizado, consecuencia de que los países cada vez se encuentran más integrados entre sí, y con ello la expansión de las operaciones aéreas aumenta de manera exponencial diariamente. Sin embargo, no existe una autoridad mundial en materia de aviación que tenga a su cargo la revisión de los proyectos de integraciones y

de acuerdos en el sector que tienen efectos que desborden las fronteras de un país. En la segunda década del siglo XXI resulta complejo divisar otra conferencia como la Bretton Woods que de manera ideal y fundada nos pudiera brindar una “OMA” (Organización Mundial de la Aviación) para solventar esta necesidad. Se dice complejo, porque si ni la contundencia y las afectaciones evidentes que sobre el planeta ha ocasionado el cambio climático, han logrado arribar a un acuerdo mundial sobre el tema, pretender que la cesión de facultades decisorias sobre temas, que envuelven conceptos sensibles como soberanía y espacio aéreo resulta lejano, pero deseable y necesario.

Entonces, si bien existen tratados entre los diferentes países que buscan solucionar estos vacíos, y hay casos como el ya analizado acuerdo de Chicago al que se han adherido un enorme número de naciones, subsiste la preocupación de que el sector aéreo se vea inmerso en lo que ciertos economistas han denominado “*Spaguetti Bowl Theory*”, o una serie de acuerdos multi o bi nacionales en cada Estado, los cuales no solucionan el alarmante contexto de que es posible obtener una aprobación y una negación de una misma solicitud de integración, cuando es necesario tramitarla ante autoridades que envuelven más de una jurisdicción, a pesar de gravitar sobre la misma situación de hecho. Puesto esto de presente, lo que se ha venido manifestando es que existen enormes problemas de comunicación, es decir una asimetría de la información, que conlleva a efectos muy indeseados para un sector que no puede ser desregulado, ni dejado a la deriva dada su enorme importancia para la sociedad hoy en día, como no hay forma de transmitir y compartir la información, se presentan los ya mencionados pronunciamientos en cada jurisdicción.

En Colombia, lo que ha sucedido es que a la hora de solicitar la aprobación de las integraciones, el formulario que se presenta expresamente interroga a las partes sobre ante que otras autoridades se ha solicitado dicho permiso, lo que obliga a mencionarlas a todas, sean o no parte del ordenamiento jurídico interno. Ante esto, se supone que las autoridades se pasan la información con la que cuentan de manera extra oficial y tratan de armonizar las decisiones, esta sana colaboración, a la que no están legalmente obligadas, en

ocasiones conlleva a que no se presenten fallos unívocos, se mantiene pues la posibilidad de aprobación y negación simultánea en una u otra jurisdicción. Sin embargo, hay que recalcar la importancia de los secretos comerciales que recaen bajo la propiedad de cada una de las empresas bajo el amparo de la información confidencial privilegiada, de esta manera, para compartir la información con las autoridades de otros países, tanto la SIC como quien haga sus veces en otros lugares tendrían que solicitar autorización para ello por parte de cada uno de los intervinientes.

Entonces, lo que se propone en el presente trabajo de grado es que sencillamente en cada uno de los casos opere una autoridad que se encargue de tomar una decisión única que obligue a todas las naciones autorizantes, es decir, que sea capaz de proferir una decisión vinculante, que obligue a las autoridades de los países que resulten afectados con la integración a acatar, como si se tratase de una especie de laudo arbitral, solo que en este caso no es para la resolución de un conflicto, sino para aprobar una operación que tendrá efectos en más de una jurisdicción, cuya principal bondad sería solventar los problemas derivados de la asimetría de la información, compartiendo esta. Puede pensarse en que sea posible que las decisiones sean adoptadas a través de paneles que funcionen bajo la autoridad de organismos internacionales como la Organización Internacional para la Aviación Civil, agencia especializada de las Naciones Unidas, que ya trabaja con 191 miembros. De esta manera cada panel tomará en cuenta las consideraciones que aporte la autoridad encargada de aprobar o rechazar la medida en cada uno de los países intervinientes, resultantes del análisis hecho por cada una de acuerdo a los criterios que consideren oportunos y conducentes (que vendrían siendo las “partes intervinientes”), así sería posible expedir una resolución uniforme que cobije y vincule a todos, completamente imparcial. De la misma manera, resultara saludable tanto para el ordenamiento jurídico local, como para las transportadoras interesadas y así mismo para el desarrollo del mercado de manera armónica. Además, se corregiría la mencionada asimetría de la información y selección adversa. Siguiendo este orden de ideas, dejar la responsabilidad de las aprobaciones de integraciones empresariales en el sector a la discreción de una u otra autoridad de manera independiente, más allá de que se transmitan

la información extraoficialmente, sin un marco normativo que obligue a tener colaboración entre sí, permitirá que se continúe con prácticas *de facto* que hacen que un país con una posición global importante, logre después de aprobar una integración, que otro que encuentre razones suficientes a la luz de preservar la libre y sana competencia en los mercados relevantes intervenidos que es mejor negar o a lo menos condicionar la solicitud, termine aprobando por la simple razón de no verse expuesto a medidas económicas retaliatorias.

Sin embargo, una alternativa más eficaz de implementar que plantea el presente trabajo, es que en cada uno de los casos en que una solicitud de integración en el sector, deba estar sujeta a una serie de aprobaciones en diferentes jurisdicciones, es que existan mecanismos jurídicos que obliguen a las entidades a compartir información, para permitir que el análisis por parte de cada una de ellas, cuente con los mismos elementos de juicio, y así mismo, que durante el proceso de la toma de decisiones, existan canales jurídicos que permitan a estas compartir sus ideas y consideraciones más importantes a medida que vayan surgiendo, lo que si bien nunca garantizaría decisiones exactas, puede hacer que se tengan en cuenta las posturas de las entidades extranjeras copartidarias, que en teoría deberían estar orientadas a perseguir los mismos fines. Es decir normas y criterios claros, objetivos que habiliten la posibilidad de los precedentes y que sobre proscriba o al menos limite la discrecionalidad decisoria de funcionarios únicos.

Dichas medidas, corregirían incluso una situación más grave como sería que se objetara una integración porque no se tiene la información completa o necesaria, y se objete entonces sin causa o justificación alguna, o viceversa, en caso tal que se aprobara porque no se conoce la fuerza que tiene el competidor afuera.

En conclusión, si se quiere que la industria aeronáutica colombiana crezca y pueda efectivamente competir con las empresas extranjeras, necesitamos no sólo maximizar la capacidad operacional sino aumentar el tamaño de las compañías transportadoras, ya que con empresas micro esto resulta imposible, pero la forma de lograrlo no es importando

normas y regulaciones del exterior para implementarlas localmente, pues esto resulta siendo un esfuerzo inane e iluso. Como también los es atribuir potestades decisorias a entidades que no cuentan con los recursos técnicos necesarios para el análisis que requiere el amparo de un derecho como el de la libre competencia.

Entonces, si no queremos que Colombia siga rezagada a la luz de los mercados transfronterizos, es menester dejar de perseguir únicamente la agilidad temporal para garantizar el principio de colaboración armónica entre entidades, de manera que la institución a cuyo cargo está velar por la protección a la libre competencia, le sea dado asistir de manera técnica en la toma de decisiones a la autoridad especializada en el funcionamiento del sector aéreo. Así se beneficia al consumidor, se contribuye a la seguridad jurídica institucional, todo lo cual redundara en lograr una mayor atracción de inversión privada en una industria que exige gran cantidad de capital. No se nos escapa que en el ámbito internacional, es más complejo y lento poder llegar a soluciones como las esbozadas, pero cuando se llegue a ellas en su base encofraremos necesariamente la corrección de las asimetrías de la información y estarán incluidos unos caminos jurídicos que permitirán a las autoridades de cada lugar tomar sus respectivas decisiones con la misma información que sus pares. Esto seguramente no asegurara un fallo igual en cada latitud pero es un punto de partida que genera ilusión y un poco mas de confianza, por la transparencia del procedimiento, además, para no desanimarse, la historia muestra ejemplos como el de la muy larga “ronda de Uruguay” que décadas después terminó en lo que hoy es la consolidada OMC.

### 13. BIBLIOGRAFIA

- Alfonso Miranda Londoño, Carlos Pablo Márquez Escobar. «Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la definición de los objetos de la regulación. .» Universitas Javeriana (2006 ).
- Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez. «El control a las Concentraciones Empresariales en Colombia .» 2007 . Centro CEDEC . <<http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-el-control-a-las-concentraciones-empresariales-aml-jdg.pdf>>.
- Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez. «Fundamentos Económicos del Derecho a la Competencia: Los beneficios del Monopolio Vs Los beneficios de la competencia. .» Revista de Derecho a la Competencia 2.2 (2006): 269 - 400.
- Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez. «El control a las Concentraciones Empresariales en Colombia .» 2007 . Centro CEDEC . <<http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/>
- Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez. «Derecho a la Competencia en el Sector Aeronáutico Colombiano.» Revista de Derecho a la Competencia 4.4 (2008): 287-403.
- AMR Corporation and US Airways Announce Settlement with U.S. Department of Justice and State Attorneys General. 12 de 11 de 2013. 18 de 09 de 2014 <<http://hub.aa.com/en/nr/pressrelease/amr-corporation-and-us-airways-announce-settlement-with-us-department-of-justice-and-state-attorneys-general>>.07/1-el-control-a-las-concentraciones-empresariales-aml-jdg.pdf>.
- Álvarez, Juan Antonio and Claudio Lizano. Dumping y Competencia Desleal Internacional. Editorial Jurídica de Chile, n.d.
- Ámbito Jurídico. 25 de 03 de 2012, 12-25 de Marzo ed.
- American Bar Association. ABA Section of AntiTrust Law,Market Definition In AntiTrust: Theory and Case Studies. n.d.
- Arizabaleta, Elizabeth Vidal. Diagnostico Organizacional . Bogotá: Ecoe Ediciones, 2004.
- Calle, José Miguel de la. «Control previo de integraciones empresariales en el sector aeronáutico .» Ámbito Jurídico

- Capurro, Juan Carlos Bourges. «Trabajo de grado .» Desarrollo de una nueva Línea Aero comercial en Argentina para vuelos no regulares, regionales y de cabotaje, a destinos específicamente turísticos. Buenos Aires , Mayo de 2005.
- CCS 400/002/06. 2006.
- CCS 400/001/11. No. CCS 400/001/11. Competition Commission Singapore. 01 de 2011.
- CCS. Decision CCS 400/001/11. 4 de 07 de 2011. 19 de 09 de 2014 <[http://www.ccs.gov.sg/content/dam/ccs/PDFs/Public\\_register\\_and\\_consultation/Public\\_register/Anticompetitive\\_Agreements/CCS\\_400-001-11%20UA\\_CA\\_ANA%20\(ND\).pdf](http://www.ccs.gov.sg/content/dam/ccs/PDFs/Public_register_and_consultation/Public_register/Anticompetitive_Agreements/CCS_400-001-11%20UA_CA_ANA%20(ND).pdf)>.
- Cleary, Andrew. «Qantas lands joint venture alliance with Emirates .» Financial Review (2012).
- Coloma, German. «Integración y contratos verticales entre empresas.» Universidad del CEMA. 17 de 09 de 2014 <<http://www.ucema.edu.ar/u/gcoloma/vertical.pdf>>.
- Comercio, Superintendencia de Industria Y. «Resolución 22195 .» 2006.
- Comercio, Superintendencia de Industria Y. «Guía de análisis de Integraciones Empresariales.» Sic.gov.co. <[http://issuu.com/asteroide10/docs/gu\\_aintegracionese\\_mpresariales\\_esp](http://issuu.com/asteroide10/docs/gu_aintegracionese_mpresariales_esp)>.
- Concepto 0087. No. Expediente 30926. 22 de 06 de 2004.
- Del Hierro, José Elías. «Aeronáutica Civil o Superintendencia de Industria y Comercio, he ahí el dilema.» 2002. <[http://www.globalcompetitionforum.org/regions/s\\_america/Columbia/Paper%20-%20Aerocivil%20o%20SIC%20he%20ahi%20el%20dilema.pdf](http://www.globalcompetitionforum.org/regions/s_america/Columbia/Paper%20-%20Aerocivil%20o%20SIC%20he%20ahi%20el%20dilema.pdf)>.
- Fernando Jiménez Latorre, Enrique Cañizares Pacheco. «Dificultades para la definición del mercado relevante.» Madrid: Fundación Rafael Pinto, 2005.
- Folchi, Mario. «La Convención de Chicago de 1944 y la Política de los cielos abiertos .» XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico Espacial . Buenos Aires , 2001. 1-6.
- Forbes, Silke J. y Mara Lederman. Does vertical integration affect firm performance? Evidence from the airline industry. Vol. 41. The RAND Journal of Economics, 2010.

- FOX News. What the American US Airways Merger means to the Traveler. <<http://www.foxnews.com/travel/2013/11/12/what-american-and-us-airways-merger-means-to-traveler/>>.
- García, Antonio Tugores. «Analysis of Global Airline Alliances as a Strategy for International Development.» Boston: MIT, 2012.
- Gillespie, William and Oliver Richard. «Antitrust Immunity and Airline Alliances.» 2011. USA Department of Justice. 15 de 09 de 2014 <<http://www.justice.gov/atr/public/eag/267513.pdf>>.
- Gleave, Steer Davis. «Competition Impact of codeshare Agreements.» Enero de 2007. European Comission. 14 de 09 de 2014 <<http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/airlinecodeshare.pdf>>.
- Goeteyn, Geert. Market definition in the aviation sector, In remedies in the Network Industries: EC Competition Law VS Sector Specific Regulation. 2004.
- Goetz, Edward. «New Deal Ruins: Race, Economic Justice, and public housing policy.» 2013. Cornell University. 15 de 09 de 2014 <<http://books.google.com.co/books?id=CqPboD8nJAC&pg=PA6&dq=new+deal+government+intervention&hl=en&sa=X&ei=2K4sVKmwHcrCggSi5YLQCAhttp://books.google.com.co/books?id=CqPboD8nJAC&pg=PA6&dq=new+deal+government+intervention&hl=en&sa=X&ei=2K4sVKmwHcrCggSi5YLQCA&ved=0CCEQ6AEwAQ#v=onepage&q=new%20deal%20government%20intervention&ved=0CCEQ6AEwAQ#v=onepage&q=new%20deal%20government%20intervention&f=false>>.
- Gourisankaran, Gautam. «Competition and Regulation in the Airline Industry.» 01 de 2002. University Of Arizona. 14 de 09 de 2014 <[http://www.u.arizona.edu/~gowrisan/pdf\\_papers/airline\\_competition.pdf](http://www.u.arizona.edu/~gowrisan/pdf_papers/airline_competition.pdf)>.
- Halsey, Ashley. Justice set to approve merger of American Airlines, US Airways. 2013. <[http://www.washingtonpost.com/local/trafficandcommuting/justice-set-to-approve-merger-of-amr-us-airways/2013/11/12/2531b9f0-4bab-11e3-9890-a1e0997fb0c0\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/local/trafficandcommuting/justice-set-to-approve-merger-of-amr-us-airways/2013/11/12/2531b9f0-4bab-11e3-9890-a1e0997fb0c0_story.html)>.
- Havel, Brian and Gabriel Sanchez. The principles and practices of international aviation law. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Hawkins, Derek. «DOT Blesses Immunity For US-Japan Airline Alliances.» 07 de 10 de 2010. LAW 360. 16 de 09 de 2014 <<http://www.law360.com/articles/199642/dot-blesses-immunity-for-us-japan-airline-alliances>>.

- Hueschelrath, Kai and Volodymyr Bilotkach. «Airline Alliances, Antitrust Iniminity and Market Foreclosure.» 2011. 14 de 09 de 2014.
- Irarrazabal, Felipe. «Guía para el análisis de Operaciones de concentración.» 2012.
- Isidore, Chris. American US Air cleared to land merger. 2013. <<http://money.cnn.com/2013/11/27/news/companies/american-us-air-merger/>>.
- Japan Corporate Network. 17 de 09 de 2014 <<http://www.japancorp.net/press-release/23267/ana,-continental-and-united-cleared-for-trans-pacific-jv>>.
- Jiménez Latorre, Fernando and Enrique Cañizares Pacheco. «Dificultades para la definición del mercado relevante.» Segundo Seminario de Derecho y Economía de la competencia. Fundación Rafael Pinto, 2005.
- Jones, Charisse. Judge Signs Off on American, US Airways Merger. 2013. <<http://www.usatoday.com/story/travel/flights/2013/11/27/american-and-us-airways-merger-bankruptcy-judge/3759761/>>.
- «Justice Department Files Antitrust Lawsuit Challenging Proposed Merger Between US Airways and American Airlines.» 13 de 08 de 2013. Department of Justice Office of Public Affairs. 20 de 09 de 2014 <<http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-files-antitrust-lawsuit-challenging-proposed-merger-between-us-airways-and>>.
- «Ley 336, Artículo 68.» 1996.
- Lombaerde, Philippe de. Liberación Comercial, Concentracion Industrial y Política de Competencia en Colombia” [La regulación económica : Tendencias y Desafíos]. Bogotá: Universidad del Rosario Centro de textos de jurisprudencia, 2004.
- Miranda Londoño, Alfonso. El derecho de la competencia en la ley de servicios públicos domiciliarios. Bogotá, 1997.
- Miranda Londoño, Alfonso. «Régimen General de la Libre Competencia :Características Principales .» Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho empresarial . Bogotá, 1997.
- Miranda Londoño, Alfonso. «Derecho a la Competencia en el Sector Aeronáutico Colombiano .» Revista de Derecho a la Competencia 4.4 (2008 ): 287-403.
- Miranda Londoño, Alfonso. «Origen y Evolución del Derecho a la Competencia en Colombia, la ley 155 y su legado.» Revista del Derecho a la Competencia 6.6 (2011): 65-148.

- Miranda Londoño, Alfonso. «Derecho a la Competencia en la Constitución de 1991 .» 20 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA CONGRESO INTERNACIONAL. La Constitución y la Javeriana Conmemoración de los 80 años de la Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá, 2011.
- Lufthansa Página web oficial.  
<<http://www.lufthansagroup.com/en/company/alliances/joint-ventures.html>>.
- Mankiw, Gregory. Principles of Economics. 2010.
- Martin, Hugo. Merger of American Airlines and US Airways cleared for takeoff. 2013. <<http://articles.latimes.com/2013/nov/12/business/la-fi-airline-merger-20131113>>.
- Marth, Ryan. «Antitrust Treatment of Joint Ventures: Analyzing Competitor Collaborations .» 05 de 2009. Robins, Kaplan, Miller & Ciresi LLP. 15 de 09 de 2014 <<http://www.rkmc.com/resources/articles/antitrust-treatment-of-joint-ventures-analyzing-competitor-collaborations>>.
- Maynard, Michelle. «What to expect from the American-US Airways Merger.» Forbes 2013.
- Melo, Jorge Orlando. La constitución de 1886, Nueva Historia de Colombia. Bogotá: Planeta, 1989.
- Melo, Jorge Orlando. «Las Reformas liberales de 1936 y 1968.» Credencial Historia 1991, 13 ed.
- Molina Sandoval, Carlos. «EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS Y FUSIONES EN EL RÉGIMEN COMPETITIVO ARGENTINO.» Universidad Sergio Arboleda. 16 de 09 de 2014 <<http://www.usergioarboleda.edu.co/investigacion-derecho/edicion1/El-control-de-concentraciones-econ%C3%B3micas-y-fusiones-en-el-r%C3%A9gimen-competitivo-argentino.pdf>>.
- Monti, Giorgio. EC Competition Law. Cambridge University Press, n.d.
- Netessine, Serguei and Jun Li. «Partening with Competitors - Effects of Alliances on Airline entry and capacity decisions.» 15 de 09 de 2014 <<http://www.insead.edu/facultyresearch/research/doc.cfm?did=47211>>.
- Nomden, Koen. «Reconciling liberalization and Public Service Obligations.» Pittsburg University. <[http://aei.pitt.edu/869/1/scop97\\_1\\_3.pdf](http://aei.pitt.edu/869/1/scop97_1_3.pdf)>.

- Organización de las Naciones Unidas. «Conferencia de las naciones unidas sobre comercio y desarrollo: Ley tipo de defensa de la competencia.» 2007.
- Página Servicios Generales Administrativos EEUU. 09 de 2014 <<http://www.gsa.gov/portal/content/103887>>.
- Pellise Capell, Jaume. Mercado Relevante, Posicion de Dominio y Otras Cuestiones Que Plantean Los Artículos 82 TCE y 6 LEDC. Editorial Aranzadi, 2002.
- Perez Molina, Mario. La evaluación de las concentraciones de empresas en la Unión Europea. Cordoba, s.f.
- Peterson, Kyle and Daily Matt. American Airlines files for Bankruptcy. 2011. 18 de 09 de 2014 <<http://www.reuters.com/article/2011/11/30/us-americanairlines-idUSTRE7AS0T220111130>>.
- Pinkas, Flint Blanck. Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Legislativo 701 legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- Resolución 04285. 11 de 02 de 2002.
- Reyes, Gerardo. Don Julio Mario. Bogotá: Editorial Grijalbo, 2003.
- Riordan, Michael. «Competitive Effects of Vertical Integration.» 2005. Ed. Universidad de Columbia. <file:///Users/Andy/Downloads/econ\_0506\_11.pdf, >.
- Rubio Escobar, Jairo. «La libre competencia como mecanismo para expandir los servicios Públicos.» Superintendencia de Industria y Comercio. <[http://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/articulos/La\\_Libre\\_Compentencia.pdf](http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/La_Libre_Compentencia.pdf) >.
- Sentencia C-624 de 1998. Corte Constitucional . 1998.
- Sentencia C 066. Corte Constitucional. 1999.
- Sentencia C 186 de 2011. Corte Constitucional. 2011.
- Sentencia C-450. Corte Constitucional. 1995.
- Sentencia T987. Corte Constitucional. 2012.
- Shaw, Stephen. Airline Marketing and Management. Ashgate Publishing, 2011.
- Szakal, Arpad. «Global Airline Alliances - A Competition Law Perspective.» Aviation Law EU. <<http://www.aviationlaw.eu/wp/wp->

content/uploads/2013/09/Global-Airline-Alliances-A-competition-law-perspective.pdf >.

- Stiglitz, Joseph. «Government Intervention is Desirable.» 2013. Emerging Markets. 15 de 09 de 2014 <<http://www.emergingmarkets.org/Article/3266187/JOSEPH-STIGLITZ-Government-intervention-is-desirable.html>>.
- Stragier, Joos. «Current Issues Arising with Airline Alliances.» 11 de 1999. European Commission. 17 de 09 de 2014 <Disponible en: [http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1999678\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1999678_en.html)>.
- Tabor, Marlon. Condiciones Generales de Competencia en Honduras. United Nations Publications, 2007.
- Tackler, Thomas and Bijan Fleming. Introduction to air transport economics: From theory to Applications. Ashgate Publishing, 2013.
- The United States Department of Justice. <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hhi.html>>.
- Thomas, Caroline and Marc Waha. «Competition law aspects of codesharing agreements: how to fly in safe skies.» Lexology (2009).
- United Airlines Website. 15 de 09 de 2014 <<http://ir.unitedcontinentalholdings.com/phoenix.zhtml?c=83680&p=irol-newsArticle&ID=1545236&highlight>>.
- «US-JAPAN AIRLINE CASE (Before the Department of Transport).» 09 de 07 de 2010. 16 de 09 de 2014 <<http://airlineinfo.com/ostpdf78/760.pdf>>.