

COSA JUZGADA-Requisitos: inexistencia ante actos administrativos diferentes

Entonces, para que se declare la cosa juzgada es indispensable que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. Al analizar la demanda que originó la sentencia de 6 de septiembre de 2001 y la que se tramita, la Sala observa que los actos administrativos demandados son diferentes, pues la primera pretendía la nulidad del artículo primero de la Resolución 820 de 2000, mientras que la segunda persigue la de la Resolución 858 de 2002, de modo que si bien ambos actos fueron expedidos por la AEROCIVIL y versan sobre la misma temática, no existe identidad de objeto. Fuerza es, entonces, declarar no probada la excepción de cosa juzgada.

CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ARTICULO 175: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ARTICULO 32

TIQUETES-Comisión aplicable en rutas internacionales: competencia de la Aeronautica Civil%AERONAUTICA CIVIL-Competencia para fijar porcentaje a cargo de aerolíneas a favor de agencias de viaje por tiquetes

Esta Sección tuvo oportunidad de consignar su pensamiento en torno a la cuestión que vuelve a plantearse, con ocasión de demanda sustentada en hechos y argumentos similares a los que se alegan en el presente caso, donde se pretendía declarar la nulidad de la Resolución 820 de 2000 de la AEROCIVIL, por estimarse que carecía de competencia para fijar el porcentaje mínimo que las aerolíneas deben reconocer a las agencias de viaje por la venta y promoción de tiquetes u órdenes de canje (MCO) en rutas internacionales. Así, en sentencia de 6 de septiembre de 2001 la Sala sostuvo: En lo que respecta al tema que ocupa la atención de la Sala, el artículo 5 del Decreto Núm. 2724 de 1993 señala que le corresponde a la Autoridad Aeronáutica “Desarrollar la política tarifaria en materia de transporte aéreo, nacional e internacional y sancionar su violación”, lo cual implica el establecimiento de parámetros dentro de los cuales se ubican la comercialización y la venta de los servicios aeronáuticos ofrecidos, atendiendo a los intereses de las partes cuya actividad confluye en la prestación de ese servicio, sin desconocer los tratados internacionales, en especial los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio. No puede hablarse, entonces, de incompetencia de la Aeronáutica Civil para determinar el porcentaje de la comisión de las agencias de viajes porque ese tópico ya había sido regulado por la misma entidad, en ejercicio de idénticas funciones a las utilizadas para la expedición de la Resolución Núm. 00820 de 10 de marzo de 2000, las cuales, además, fueron complementadas por la Ley 336 de 1996 y el Manual de Reglamentos Aeronáuticos, bajo el postulado de que esos intermediarios recaudan y administran los valores de los pasajes aéreos, actividad que también requiere de estrecha vigilancia estatal. Si la Aeronáutica Civil, al expedir el acto administrativo demandado, obró en ejercicio de su función y bajo la presunción de legalidad que cobija la actuación estatal, no puede advertirse un desbordamiento de su competencia porque, según la ley, aquélla puede aplicar restricciones a la iniciativa privada cuando se tienda a evitar la competencia desleal y el abuso de la posición dominante que determine el mercado. Una medida de esa naturaleza debe garantizar, como en el caso presente, el equilibrio del sector aeronáutico y la estabilidad de la industria aeronáutica, dentro de la cual están involucrados las líneas aéreas, los usuarios y los intermediarios, tal y como lo reconoce el artículo 1860 del Código de Comercio.

DECRETO 2724 DE 1993 ARTICULO 5; CODIGO DE COMERCIO ARTICULO 1860

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE-Actividad sujeta a intervención, regulación, inspección y vigilancia del Estado

Ello explica que el régimen legal caracterice al transporte público como un servicio público esencial que se presta bajo la regulación, inspección, control y vigilancia del Estado (Ley 336/96, art. 5º), para asegurar la prelación del interés general sobre el particular, garantizar su prestación eficiente y la protección de los usuarios. La seguridad, según lo disponen el artículo 2º de la ley mencionada, y el literal e) del artículo 2º de la Ley 105 de 1993, constituye prioridad esencial en la actividad del sector y del Sistema de Transporte en general. A esos efectos, entre otros, reglamenta las condiciones y los permisos administrativos exigibles a las empresas que pretendan prestarlo (arts. 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley 336/96). Con fundamento en los artículos 150-21, 150-23, 334 y 365 de la Constitución Política y en desarrollo de las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 el Ejecutivo ejerce una intensa y profunda intervención en el transporte público en aras del «mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo», para que en su prestación prevalezca el interés general y se aseguren las condiciones de seguridad, continuidad, comodidad y accesibilidad requeridas para garantizar a los usuarios su prestación eficiente y oportuna.

CONSTITUCION POLITICA ARTICULOS 333, 334 Y 335; LEY 336 DE 1996 ARTICULO 45; LEY 105 DE 1993 ARTICULOS 2 Y 3

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE-Garantías de libertad económica y de empresa; competencias de intervención y regulación normativa%LIBERTAD ECONOMICA-Limites: interés superior de los consumidores%PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES-Servicio público de transporte

Dentro del marco especial de regulación que le es propio, el servicio público de transporte es prestado, en general, por particulares, quienes con sujeción a las condiciones que fije el Estado para garantizar la seguridad, comodidad y accesibilidad (art. 3º Ley 336 de 1996), desarrollan su actividad con fundamento en las garantías constitucionales de la libertad económica y de la libre empresa. Puesto que el Estado tiene a su cargo la dirección general de la economía, dado que es responsable del mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, le corresponde la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos. De ahí que la libre iniciativa privada no pueda erigirse como un derecho absoluto ni como un obstáculo insuperable para la actividad de intervención del Estado, particularmente en materia económica y de servicios públicos. Las libertades económicas en modo alguno impiden a las autoridades ejercer sus competencias de intervención y de regulación normativa, ni establecer restricciones en defensa del interés superior de los consumidores, pues su exacto alcance obliga a interpretarlas sistemáticamente con todas las normas constitucionales con que coexisten y con sus desarrollos legales, lo que significa que su efectividad no puede lograrse a expensas de otras instituciones de rango constitucional. La libertad no tiene el alcance de sustraer a los actores económicos de los controles constitucional y legalmente establecidos. La libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1º) y por las competencias de intervención y regulación a cargo del

Estado (artículos 333, 334 y 335 CP)»¹ por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1º) y por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 CP).

CONSTITUCION POLITICA ARTICULOS 333, 334 Y 335; LEY 336 DE 1994 ARTICULOS 3 Y 18

PROTECCION DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO-Limites de las libertades económicas%LIMITES DEL BIEN COMUN-Servicio público de transporte%TIQUETES AEREOS-Comisión por venta de tiquetes a cargo de Aerolíneas: legalidad de la reglamentación%AERONAUTICA CIVIL-Tiquetes aéreos: comisión a cargo de aerolíneas

Para esta Sala no resulta acorde con la Constitución, aducir el derecho a la libertad económica, la libertad de empresa y el derecho a la libre competencia económica como si se tratase de barreras infranqueables capaces de impedir la eficaz protección del interés público mediante la adopción de medidas que salvaguarden los intereses de los consumidores, máxime cuando es deber de las autoridades hacer efectiva la prevalencia del interés público, salvaguardar sus intereses y construir un orden justo. El Constituyente de 1991 elevó a la categoría de mandato constitucional la protección de los consumidores y usuarios en el artículo 78 de la Constitución Política; y en el inciso final del artículo 333 señaló que «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.». Es este el sentido del artículo 333 de la Constitución Política cuando preceptúa que «la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común» y que «la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades.». De lo expuesto surge indubitable que, contrariamente a cuanto se afirma en la demanda, de los artículos 333 y 334 de la Constitución Política no puede inferirse la tesis según la cual las restricciones y limitaciones impuestas a las libertades económicas para la protección a los consumidores en aras del bien común, las hagan nugatorias. En criterio de esta Sala, el contenido normativo del acto acusado, lejos de desconocer la libertad económica y la libre competencia, es cabal expresión de los condicionamientos constitucionales que al ejercicio de los derechos económicos imponen la protección del interés general, la prevalencia del bien común y la protección de los consumidores. Concreta el mandato legal de intervención en el sector transporte contenido en las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996, y es consecuencia del ejercicio de las funciones de vigilancia y control en beneficio de los usuarios de los servicios aeronáuticos. No se remite a duda que si las agencias de viaje obtienen una contraprestación económica por la venta de tiquetes aéreos internacionales, los viajeros emplearán sus servicios, lo que de contera beneficia a las aerolíneas, pues a mayores facilidades de obtención del servicio, aumentará su demanda. Concluye la Sala que al expedir la resolución acusada, la AEROCIVIL no extralimitó sus atribuciones ni usurpó las funciones legislativas del Congreso pues, como quedó expuesto, por expresa disposición legal (artículo 2º de la Ley 105 de 1993), le compete vigilar y controlar el transporte aéreo como servicio público esencial (artículo 68 de la Ley 336 de 1996) y, en tal virtud, intervenir en la determinación de los costos que influyen en el precio de los tiquetes aéreos, fijando la comisión que las aerolíneas deben reconocer a las agencias de viaje por la venta y promoción de tiquetes u órdenes de canje (MCO) en rutas internacionales.

¹ Cfr. Sent. C-398/95 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

**CONSTITUCION POLITICA ARTICULOS 78, 333 Y 334; LEY 336 DE 1996
ARTICULO 68; LEY 105 DE 1993 ARTICULO 2**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil siete (2007)

Radicación número: 11001-03-24-000-2003-0027-01

Actor: SANTIAGO SALAH ARGÜELLO

Demandado: AERONAUTICA CIVIL

AUTORIDADES NACIONALES

Se decide en única instancia la acción de nulidad ejercida por el ciudadano SANTIAGO SALAH ARGÜELLO, contra la Resolución 858 de 2002 (7 de marzo) de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (en adelante AEROCIVIL), «*por la cual se modifica la Resolución número 0820 del 10 de marzo de 2000*».

I. LA DEMANDA

1.1. EL ACTO ACUSADO

Es la Resolución 858 de 2002 de la AEROCIVIL, cuyo texto, publicado en el Diario Oficial No. 44.737 de 2002 (12 de marzo) es como sigue:

«[...]

RESOLUCIÓN 858 DE 2002

(marzo 7)

Por la cual se modifica la Resolución número 0820 del 10 de marzo de 2000.

El Director de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en uso de sus facultades legales, en especial las conferidas en el Libro

Quinto, Parte Segunda del Código de Comercio y en los artículos 5°, numeral 5 y 8, numeral 3 del Decreto 2724 de 1993, y

CONSIDERANDO:

1. El artículo 333 de la Constitución Política señala que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común y que la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades.

El mismo artículo dispone que el Estado debe evitar y controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. Seguidamente, el artículo 334 de la Constitución estipula (sic) que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, quien intervendrá, por mandato de la ley, entre otras actividades, en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo.

2. En concordancia con los anteriores preceptos constitucionales, la ley ha dispuesto la facultad de intervención del Estado en las actividades del transporte. En efecto, la Ley 105 de 1993, por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, formuló los principios rectores del mismo, señalando como un período fundamental la intervención del Estado, indicando que corresponde al Estado la planeación, el control, la regulación y la vigilancia del transporte y de las actividades a él vinculadas.
3. Específicamente en el caso del transporte aéreo, la Ley 336 de 1996, por la cual se adopta el Estatuto Nacional del Transporte, en su artículo 68 indicó que 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, acuerdos, convenios y prácticas internacionales debidamente adoptadas o aplicadas por Colombia.
4. El artículo 1868 del Código de Comercio señala que la inspección de la autoridad aeronáutica con el fin de garantizar la estabilidad de la industria aérea y los intereses del público, se extiende a los agentes de viaje, intermediarios u operadores de viajes colectivos, que usualmente explotan la industria del turismo en colaboración o en conexión con servicios aéreos.
5. La Resolución número 0820 de 2000 modificó la Resolución número 2743 de 1988, adoptando un esquema más flexible, estableciendo un nivel mínimo de comisión del diez por ciento (10%), que se va reduciendo gradualmente un punto cada seis meses, hasta llegar en enero del año 2002 a una comisión mínima equivalente al seis por ciento (6%).
6. Evaluada la aplicación del nuevo esquema, la autoridad aeronáutica observa que si bien ha permitido mayor competitividad y flexibilidad en el mercado, persisten diferencias entre los agentes de viaje y las aerolíneas.

Esto ha dado lugar a que las partes hayan presentado diversas propuestas de modificación del esquema vigente, sin lograr un consenso. Inclusive, el tema ha sido puesto a consideración de otras instancias del poder público, como el Congreso de la República, donde las partes han expuesto sus argumentos en el marco de varios debates sobre el tema.

7. Lo anterior además, ha conllevado acciones contenciosas argumentando que la autoridad aeronáutica no tiene competencia para regular el tema.

Recientemente se despejó el conflicto jurídico con el fallo del honorable Consejo de Estado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, en la cual ratificó dicha competencia, argumentando entre otros puntos lo siguiente: "...También le corresponde, (refiriéndose a la autoridad aeronáutica) dentro de este ámbito, la adopción de las medidas necesarias para prevenir abusos, buscando un equilibrio que redunde en beneficio de los usuarios directos del servicio público".

Consideró también el honorable Consejo de Estado que: "En lo que toca con las comisiones por venta de tiquetes internacionales, dichas comisiones fueron modificadas con la expedición de la Resolución número 0820 de 2000, pretendiendo establecer rebajas graduales en esos porcentajes y, en general, condiciones más flexibles para que los agentes económicos efectúen sus operaciones comerciales en un ambiente de mayor competitividad o menor intervención, pero siempre en la búsqueda constante del equilibrio y de la estabilidad del sector" (Subrayado fuera del texto).

Además, señaló la alta Corporación: "Las facultades de regulación que tiene la UAE, como suprema autoridad aeronáutica y de intervención directamente asignada por la Constitución Política, le permiten adoptar las medidas que considere necesarias para garantizar el equilibrio en el mercado...".

8. Conforme a todo lo anterior, esta Dirección, en aras de garantizar el equilibrio en el mercado, considera procedente modificar el esquema adoptado en la Resolución número 0820 de 2000, estableciendo un nivel mínimo de comisión intermedio entre el diez por ciento (10%) preexistente y el seis por ciento (6%) previsto en la Resolución 0820 de 2000.

El nuevo nivel mínimo de comisión establecido en un punto intermedio induce eficiencias equitativamente tanto para las aerolíneas como para los agentes de viajes, sin afectar al usuario directo del servicio público del transporte.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

Artículo 1°. El artículo 4° de la Resolución 02743 del 11 de marzo de 1988, modificado por el artículo 1° de la Resolución número 0820 del 10 de marzo de 2000, quedará así:

"Artículo 4°. A partir del 16 de marzo de 2002, la comisión aplicable por concepto de venta y promoción de tiquetes u órdenes de canje (MCO) en rutas internacionales no podrá ser inferior al ocho por ciento (8%)".

Parágrafo. La anterior disposición no puede ser interpretada en el sentido [de] que lleve implícita la facultad de modificar unilateralmente las comisiones expresamente acordadas entre las partes, siempre que se ajusten a lo previsto en esta resolución.

Artículo 2°. La presente resolución rige a partir de su publicación en el Diario Oficial y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

[...]»

1.2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El actor sostiene que la resolución acusada viola los artículos 16, 150-21, 333 y 334 de la Constitución Política, 3° numeral 6° incisos 3° y 4° de la Ley 105 de 1993 y 68 de la Ley 336 de 1996 por desconocimiento de la libertad contractual, la libertad económica y la autonomía personal; incompetencia y extralimitación de funciones por parte de la AEROCIVIL.

1.2.1. Desconocimiento de la libertad contractual, la libertad económica y la autonomía personal.

Al ejercer función reguladora no es dable al Ejecutivo inmiscuirse en aspectos que compete determinar a las partes que suscriben un contrato de transporte aéreo, en virtud de la libre autonomía de la voluntad, pues son aspectos que no guardan relación con los fines e intereses de la intervención estatal.

La obligación de transferir a las agencias de viaje un porcentaje mínimo del ocho por ciento (8%) por la venta y promoción de tiquetes u órdenes de canje (MCO) en rutas internacionales, impuesta por la resolución acusada, ocasiona un desequilibrio económico para las aerolíneas, que no se encamina a impedir el abuso de la posición dominante en el mercado ni a proteger a los consumidores considerados como la parte débil en el contrato de transporte aéreo, que serían las razones que justificarían la intervención estatal en la economía según los artículos 333 y 334 CP.

La fijación de elementos contractuales sujetos a discrecionalidad de las partes contratantes, como el porcentaje por la venta y promoción de tiquetes, no debe por mandato estatal gravar a las aerolíneas, ajenas al negocio celebrado entre la agencia de viajes y el usuario del servicio o comprador del tiquete.

Las comisiones en las tarifas de transporte aéreo se cobran por disposición administrativa y legal en los términos del Estatuto de la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil (CLAC), aprobado por la Ley 622 de 2000, y de la Resolución A5-

5 complementaria de la A3-2, conforme a las cuales el porcentaje por la venta y promoción de tiquetes debe integrar la tarifa y ser asumido por el usuario del servicio o comprador del tiquete, lo que evidencia la ilegalidad de la carga impuesta a las aerolíneas.

Por Resolución 476 de 1992 la AEROCIVIL reconoció que la tarifa cobrada al usuario «*comprende las comisiones y condiciones de pago a las agencias de viaje*», las cuales, para protegerlo, están limitadas a las disposiciones contractuales.

Lejos de ayudar a la parte débil del contrato que es el usuario, la imposición de comisiones o gravámenes a las aerolíneas causa desequilibrios contractuales.

La resolución demandada protege los intereses particulares de las agencias de viaje por sobre los de carácter general de la colectividad y el bien común; despoja a las aerolíneas de recursos económicos de su propiedad; desestimula la libre competencia y va en detrimento de la calidad del servicio, contraviniendo el artículo 333 CP.

En sentencia T-394 de 1999 ² la Corte Constitucional precisó que la libertad económica sólo puede tener como límite los derechos fundamentales y la prevalencia del interés general, supuesto que no se evidencia en la Resolución 858 de 2002, ya que la imposición de comisiones a las aerolíneas en favor de las agencias de viaje, no mejora la situación de los usuarios del servicio ni contribuye al desarrollo económico del sector ni del país.

El artículo 334 CP resulta vulnerado ya que en un contrato privado las partes deben gozar de igualdad de oportunidades y las obligaciones deben ser equilibradas y equitativas, regla general que se quebrantó cuando el Estado impuso a las aerolíneas una carga excesiva que directamente no mejora la situación de las agencias de viaje como intermediarias en el mercado, infringiendo de paso la autodeterminación privada y personal de los contratantes proclamada en el artículo 16 CP.

El Estado no puede acentuar desmedidamente el carácter público en las relaciones privadas derivadas del contrato como acto jurídico, pues con ello

² M.P. Dra. Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano.

infringe la autonomía de la voluntad de los particulares que obran de buena fe en la dirección de sus propios intereses.

La normativa internacional (Estatuto de la CLAC y la Resolución A5-5 complementaria de la A3-2) y su ley aprobatoria (Ley 622 de 2000) ³ tienen fuerza vinculante y deben ser acatadas.

1.2.2. Incompetencia

La resolución demandada, lo mismo que las resoluciones 2743 de 1998 y 0820 de 2000 pretenden consolidarse como un sistema que regula íntegramente la materia, lo que es inadmisibles pues la fijación de porcentajes por la venta y promoción de tiquetes debe ser materia de una ley que cumpla cabalmente su trámite en el Congreso y sea sancionada por el Presidente de la República. Además, un acto administrativo no debe limitar el alcance de la libertad económica, y menos aún protegiendo intereses particulares.

La facultad legislativa, por mandato del artículo 150 CP, pertenece al Congreso. En virtud de esta facultad el Estado interviene en la economía a través de la expedición de leyes, cuyos efectos no pueden ser alcanzados por resoluciones de un organismo adscrito al Ministerio de Transporte (rama ejecutiva del poder público) como lo es la Unidad Administrativa Especial (UAE) de Aeronáutica Civil.

La materia del servicio público de transporte aéreo de pasajeros es competencia del Congreso de la República y no del poder ejecutivo.

1.2.3. Extralimitación de funciones por parte de la AEROCIVIL.

El artículo 3° numeral 6° inciso 3° de la Ley 105 de 1993 no faculta al Estado para intervenir en la órbita privada de las negociaciones mercantiles. El Estado es competente para proteger la iniciativa privada a través de mecanismos que garanticen la prestación de un servicio aeronáutico seguro y confiable, pero no para ejercer un intervencionismo policivo que afecte la libre determinación de la actividad comercial desarrollada por las aerolíneas, que debe estar enmarcada por las leyes de mercado.

El inciso 4° ídem faculta a la UAE de Aeronáutica Civil, como organismo adscrito al Ministerio de Transporte a establecer «*condiciones de carácter técnico u*

³ Cuya constitucionalidad se examinó en sentencia C-834-01. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

operativo tendientes a garantizar una adecuada prestación del servicio», pero no para determinar condiciones comerciales de carácter contractual.

La AEROCIVIL no está facultada para ordenar ni implementar políticas que determinen las tarifas ni los elementos constitutivos de estas, ni para inmiscuirse en la libertad económica.

El Código de Comercio (Libro Quinto, Capítulo Preliminar y Segunda Parte) no faculta a la AEROCIVIL a intervenir en las decisiones contractuales de las partes que ofrecen y prestan el servicio de transporte aéreo.

El artículo 1868 C. de Co. faculta a la AEROCIVIL como autoridad aeronáutica, a inspeccionar el sector con la finalidad de garantizar la estabilidad de la industria aérea y los intereses del público, lo que no puede equipararse a las funciones de vigilancia y control atribuidas a las Superintendencias.

Asimismo, el Manual de Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC) se limita a establecer normas técnicas especializadas para la aeronavegación civil sin conferirle a la AEROCIVIL facultad para establecer lineamientos en lo relativo a las formas de relación contractual y comercial entre los agentes del sector.

II. LA CONTESTACIÓN

La AEROCIVIL por medio de apoderada, propuso la excepción de cosa juzgada en los términos del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, por considerar que entre la presente demanda y la resuelta por esta Sección en sentencia de 6 de septiembre de 2001 ⁴ existe identidad de causa, la parte demandada es la misma y aun cuando la pretensión no está encaminada a obtener la nulidad del mismo acto administrativo, las Resoluciones 820 de 2000 y 858 de 2002 regulan el mismo tema, o sea el porcentaje mínimo que las aerolíneas deben reconocer a las agencias de viaje por la venta y promoción de tiquetes u órdenes de canje (MCO) en rutas internacionales.

Replicó ser una unidad administrativa especial (UAE) del Ministerio de Transporte con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

El artículo 5° del Decreto 2724 de 1993 señala las funciones de la AEROCIVIL, de las cuales resultan pertinentes las detalladas en los numerales 3°, 5°, 8° y

⁴ Expediente: 11001-03-24-000-2000-6253-01 (6253). C.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola. Actor: Jorge Valencia Arango. Demandada: AEROCIVIL.

especialmente el 11, según el cual le compete fijar el porcentaje por la venta y promoción de tiquetes u órdenes de canje (MCO) en rutas internacionales, que las aerolíneas deben transferir a las agencias de viaje.

Conforme al artículo 2° de la Ley 105 de 1993 el Estado ejerce la dirección, regulación y control del servicio público de transporte de forma que se garantice su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad.

El artículo 68 de la Ley 336 de 1996 precisó que *«el Modo de Transporte Aéreo 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»*.

El artículo 1868 C. de Co. precisa que *«la inspección de la autoridad aeronáutica, se extiende también a los agentes de viajes, intermediarios u operadores de viajes colectivos»*, en cuanto tienen relación con la industria aérea.

Síguese de esta regulación normativa que la obligación de las aerolíneas de transferir a las agencias de viaje un porcentaje por la venta y promoción de tiquetes u órdenes de canje (MCO) en rutas internacionales, está sujeta a regulación por AEROCIVIL. En tal virtud fueron expedidas las resoluciones 7084 de 1981 (26 de octubre) y 2743 de 1988 (11 de marzo) con fundamento en el Decreto 2332 de 1977 y en el Código de Comercio (Libro Quinto, Segunda Parte); lo mismo que las resoluciones 820 de 2000 (10 de marzo), 4966 de 2001 (14 de diciembre) y 858 de 2002 (7 de marzo) con fundamento el Código de Comercio, la Ley 105 de 1993 y el Decreto 2724 del mismo año.

El porcentaje mínimo del ocho por ciento (8%) por la venta y promoción de tiquetes u órdenes de canje (MCO) en rutas internacionales que las aerolíneas deben reconocer a las agencias de viaje, es un mínimo de lícita intervención que el Estado por medio de la AEROCIVIL debe ejercer sobre el servicio.

Compete a la AEROCIVIL fijar las tarifas de transporte aéreo. Esta función conlleva la de fijar el porcentaje de este tipo de comisiones, las cuales no pueden incrementar el valor de los pasajes.

AEROCIVIL debe resolver los conflictos entre aerolíneas y las agencias de viaje, sólo cuando se demuestre que se ha inobservado el porcentaje mínimo, caso en el cual habrá lugar a sanciones por infringir la norma aeronáutica.

Aseveró que no resulta procedente ejercer la acción de simple nulidad con miras a que la AEROCIVIL revise las tarifas y las comisiones que periódicamente fija, lo que puede hacer de oficio o a solicitud de parte, y a la cual podría acceder si así lo ameritan las fluctuaciones del mercado.

Lejos de propiciar inequidades entre aerolíneas y agencias de viaje o de procurar que éstas abusen de su posición dominante sobre aquellas, la AEROCIVIL debe garantizar que haya equilibrio.

En todo contrato de agencia comercial el contratante debe reconocer a su agente una remuneración, en éste caso representada por la comisión que las aerolíneas pagan a las agencias de viaje y que depende del valor del trayecto vendido o de la orden de canje, sin que deba ser directamente proporcional al costo en que incurre la agencia por su comercialización.

Sostuvo que la libre competencia económica no es un derecho absoluto, ni una barrera infranqueable a la intervención del Estado ⁵.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado estimó que hay lugar a declarar probada la excepción de cosa juzgada y ordenar estarse a lo resuelto en sentencia de 6 de septiembre de 2001 ⁶ de esta Sección, pues entre aquella demanda y la que se tramita existe identidad de objeto, causa petendi y de partes.

Al tenor del artículo 175 del Código Contencioso Administrativo para que proceda la cosa juzgada se requiere que el acto demandado haya sido declarado nulo por la jurisdicción contencioso-administrativa o, se haya declarado su legalidad al conocer demanda sustentada en las mismas normas y el mismo concepto de violación en que se fundamenta la nueva demanda.

⁵ Sentencia C-398 de 1995. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶ Expediente: 11001-03-24-000-2000-6253-01 (6253). C.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola. Actor: Jorge Valencia Arango. Demandada: AEROCIVIL.

Al confrontar la acción de nulidad decidida en sentencia de 6 de septiembre de 2001 y la que se tramita, considera satisfechos los presupuestos para que se declare la cosa juzgada, pues una y otra se fundamentan en la presunta vulneración de la misma normativa constitucional, el concepto de la violación se sustenta en la aparente incompetencia de la entidad que expidió los actos demandados y la parte demandada en ambos procesos es la misma, o sea AEROCIVIL.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. La apoderada de la AEROCIVIL reiteró la excepción de cosa juzgada propuesta y reiteró los argumentos expuestos en la contestación.

4.2. El actor guardó silencio.

V. CONSIDERACIONES

- **Cuestión preliminar**

El apoderado de la AEROCIVIL y el Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado sostienen que se hay cosa juzgada, pues en sentencia de 6 de septiembre de 2001 ⁷ esta Sección al conocer demanda tendiente a obtener la nulidad de acto administrativo idéntico al hoy demandado, sustentada en el mismo concepto de violación y siendo en ambas oportunidades parte pasiva la AEROCIVIL, se pronunció declarando su legalidad por estimarla competente para definir el porcentaje mínimo que las aerolíneas deben reconocer a las agencias de viaje por concepto de venta y promoción de tiquetes u órdenes de canje (MCO) en rutas internacionales.

Para resolver se considera:

Artículo 175 del Código Contencioso Administrativo:

«Artículo 175.- COSA JUZGADA. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada "erga omnes".

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada "erga omnes" pero sólo en relación con la "causa petendi" juzgada.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de

⁷ Expediente: 11001-03-24-000-2000-6253-01 (6253). C.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola. Actor: Jorge Valencia Arango. Demandada: AEROCIVIL.

restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios.

[...]»

Artículo 332 del Código de Procedimiento Civil:

«Artículo 332.- COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes, cuando las del segundo proceso son sucesores mortis causa de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de derechos sujetos a registro y al secuestro en los demás casos.

La sentencia dictada en procesos seguidos por acción popular produce cosa juzgada erga omnes.

Los efectos de la cosa juzgada en procesos en que se ventilen cuestiones relativas al estado civil de las personas, se regularán por lo dispuesto en el Código Civil y leyes complementarias.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.
[...]

Entonces, para que se declare la cosa juzgada es indispensable que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Al analizar la demanda que originó la sentencia de 6 de septiembre de 2001⁸ y la que se tramita, la Sala observa que los actos administrativos demandados son diferentes, pues la primera pretendía la nulidad del artículo primero de la Resolución 820 de 2000, mientras que la segunda persigue la de la Resolución 858 de 2002, de modo que si bien ambos actos fueron expedidos por la AEROCIVIL y versan sobre la misma temática, no existe identidad de objeto.

⁸ Expediente: 11001-03-24-000-2000-6253-01 (6253). C.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola. Actor: Jorge Valencia Arango. Demandada: AEROCIVIL.

Fuerza es, entonces, declarar no probada la excepción de cosa juzgada.

- **El caso concreto**

El actor sostiene que al expedir la Resolución 858 de 2002, la AEROCIVIL extralimitó su competencia para «regular» el servicio de transporte aéreo de pasajeros, y usurpó las funciones legislativas del Congreso, y definió aspectos contractuales que debían acordar libremente las aerolíneas y las agencias de viaje, contrariando la libertad contractual, la libertad económica y la autonomía que la Constitución Política les garantiza, y el Estatuto de la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil (CLAC), aprobado por el Congreso mediante Ley 622 de 2000.

Esta Sección tuvo oportunidad de consignar su pensamiento en torno a la cuestión que vuelve a plantearse, con ocasión de demanda sustentada en hechos y argumentos similares a los que se alegan en el presente caso, donde se pretendía declarar la nulidad de la Resolución 820 de 2000 de la AEROCIVIL, por estimarse que carecía de competencia para fijar el porcentaje mínimo que las aerolíneas deben reconocer a las agencias de viaje por la venta y promoción de tiquetes u órdenes de canje (MCO) en rutas internacionales. Así, en sentencia de 6 de septiembre de 2001 ⁹ la Sala sostuvo:

«[...] En lo que respecta al tema que ocupa la atención de la Sala, el artículo 5 del Decreto Núm. 2724 de 1993 señala que le corresponde a la Autoridad Aeronáutica “Desarrollar la política tarifaria en materia de transporte aéreo, nacional e internacional y sancionar su violación”, lo cual implica el establecimiento de parámetros dentro de los cuales se ubican la comercialización y la venta de los servicios aeronáuticos ofrecidos, atendiendo a los intereses de las partes cuya actividad confluye en la prestación de ese servicio, sin desconocer los tratados internacionales, en especial los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio.

[...]

No puede hablarse, entonces, de incompetencia de la Aeronáutica Civil para determinar el porcentaje de la comisión de las agencias de viajes porque ese tópico ya había sido regulado por la misma entidad, en ejercicio de idénticas funciones a las utilizadas para la expedición de la Resolución Núm. 00820 de 10 de marzo de 2000, las cuales, además, fueron complementadas por la Ley 336 de 1996 y el Manual de Reglamentos Aeronáuticos, bajo el postulado de que esos intermediarios recaudan y administran los valores de los pasajes aéreos, actividad que también requiere de estrecha vigilancia estatal.

Si la Aeronáutica Civil, al expedir el acto administrativo demandado, obró en ejercicio de su función y bajo la presunción de legalidad que cobija la actuación estatal, no puede advertirse un desbordamiento de su competencia porque, según la ley, aquélla puede aplicar restricciones

⁹ Expediente: 11001-03-24-000-2000-6253-01 (6253). C.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola. Actor: Jorge Valencia Arango. Demandada: AEROCIVIL.

a la iniciativa privada cuando se tienda a evitar la competencia desleal y el abuso de la posición dominante que determine el mercado. Una medida de esa naturaleza debe garantizar, como en el caso presente, el equilibrio del sector aeronáutico y la estabilidad de la industria aeronáutica, dentro de la cual están involucrados las líneas aéreas, los usuarios y los intermediarios, tal y como lo reconoce el artículo 1860 del Código de Comercio.

[...]»

- **El transporte, servicio público esencial y actividad económica sujetas a la intervención, regulación, inspección y vigilancia del Estado**

La relevancia constitucional del transporte como servicio público, ha sido connotada por la jurisprudencia dada su incidencia en el desarrollo veloz y progresivo de las interacciones de la vida moderna y el significativo progreso social resultante del crecimiento económico que promueva y dinamiza. Se ha puesto de presente:

«[L]a organización del sistema de transporte condiciona gran parte del intercambio económico y social. La fuerza de estructuración económica que posee el transporte público permite, cuando se accede al servicio, participar de la prosperidad general. Su carencia, en cambio, compromete un estándar mínimo de la existencia»¹⁰.

En sentencia de 16 de agosto de 2007 la Sala reiteró:

«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...»¹¹

Ello explica que el régimen legal caracterice al transporte público como un **servicio público esencial** que se presta bajo la regulación, inspección, control y vigilancia del Estado (Ley 336/96, art. 5º), para asegurar la prelación del interés general sobre el particular, garantizar su prestación eficiente y la protección de los usuarios. La seguridad, según lo disponen el artículo 2º de la ley mencionada, y el literal e) del artículo 2º de la Ley 105 de 1993, constituye prioridad esencial en la actividad del sector y del Sistema de Transporte en general. A esos efectos, entre

¹⁰ Sent. T-604/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹¹ CP Marco Antonio Velilla Moreno. Expediente No. 00231. Actor: Roberto Medina López. El fallo desestimar las pretensiones de nulidad de los actos administrativos expedidos por el Ministerio de Transporte para regular las condiciones de operación de los vehículos de servicio público terrestre automotor de carga y su tiempo de vida útil

otros, reglamenta las condiciones y los permisos administrativos exigibles a las empresas que pretendan prestarlo (arts. 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley 336/96).¹²

Con fundamento en los artículos 150-21, 150-23, 334 y 365 de la Constitución Política y en desarrollo de las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 el Ejecutivo ejerce una intensa y profunda intervención en el transporte público en aras del «*mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo*», para que en su prestación prevalezca el interés general y se aseguren las condiciones de seguridad, continuidad, comodidad y accesibilidad requeridas para garantizar a los usuarios su prestación eficiente y oportuna.

- **Las restricciones impuestas a la libertad individual, la libertad de empresa y la libertad económica por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1º) y por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 CP)»**¹³.

Dentro del marco especial de regulación que le es propio, el servicio público de transporte es prestado, en general, por particulares, quienes con sujeción a las condiciones que fije el Estado para garantizar la seguridad, comodidad y accesibilidad (art. 3º Ley 336 de 1996), desarrollan su actividad con fundamento en las garantías constitucionales de la libertad económica y de la libre empresa.

Puesto que el Estado tiene a su cargo la dirección general de la economía, dado que es responsable del mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, le corresponde la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos.

De ahí que la libre iniciativa privada no pueda erigirse como un derecho absoluto ni como un obstáculo insuperable para la actividad de intervención del Estado, particularmente en materia económica y de servicios públicos.¹⁴

Las libertades económicas en modo alguno impiden a las autoridades ejercer sus competencias de intervención y de regulación normativa, ni establecer restricciones en defensa del interés superior de los consumidores, pues su exacto alcance obliga a interpretarlas sistemáticamente con todas las normas

¹² Sentencia C-043 de 1998

¹³ Cfr. Sent. C-398/95 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

¹⁴ Cfr. Sent. C-398/95 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

constitucionales con que coexisten y con sus desarrollos legales, lo que significa que su efectividad no puede lograrse a expensas de otras instituciones de rango constitucional ¹⁵. La libertad no tiene el alcance de sustraer a los actores económicos de los controles constitucional y legalmente establecidos.

« La libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1º) y por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 CP)» ¹⁶ por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1º) y por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 CP)

En reciente pronunciamiento, atinente también al servicio público de transporte la Sala reiteró:

« La libre competencia y la libertad económica que reconocen los artículos 333 y 334 de la Constitución Política no son absolutas. Deben ejercerse «dentro de los límites del bien común» y, desde luego, con estricta sujeción a sus mandatos. » ¹⁷

La garantía de la libertad económica y de la libre empresa en modo alguno impide a las autoridades ejercer sus competencias de regulación normativa ni establecer restricciones en defensa del interés superior de los consumidores, pues su exacto alcance obliga a interpretarlas sistemáticamente con todas las normas constitucionales con que coexisten y con sus desarrollos legales, lo que significa que su efectividad no puede lograrse a expensas de otras instituciones de rango constitucional. La libertad no tiene el alcance de sustraer a los actores económicos de los controles constitucional y legalmente establecidos.

Para esta Sala no resulta acorde con la Constitución, aducir el derecho a la libertad económica, la libertad de empresa y el derecho a la libre competencia económica como si se tratase de barreras infranqueables capaces de impedir la eficaz protección del interés público mediante la adopción de medidas que salvaguarden los intereses de los consumidores, máxime cuando es deber de las

¹⁵ Al analizar una demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 18 de la Ley 336 de 1996 ¹⁵, que cuestionaba las habilitaciones que debe otorgar el Estado para la prestación del servicio público de transporte en función del carácter revocable que la ley les asigna, se reiteró que si bien la Constitución garantiza la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, y el Estado está obligado a impedir su obstrucción y restricción (art. 333)

¹⁶ Cfr. Sent. C-398/95 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

¹⁷ C.P. Camilo Arciniegas Andrade. Expediente No. 03-0027. Actor: Santiago Salah Arguello.

autoridades hacer efectiva la prevalencia del interés público, salvaguardar sus intereses y construir un orden justo.

El Constituyente de 1991 elevó a la categoría de mandato constitucional la protección de los consumidores y usuarios en el artículo 78 de la Constitución Política; y en el inciso final del artículo 333 señaló que *«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.»*

Es este el sentido del artículo 333 de la Constitución Política cuando preceptúa que *«la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común»* y que *«la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades.»*

De lo expuesto surge indubitable que, contrariamente a cuanto se afirma en la demanda, de los artículos 333 y 334 de la Constitución Política no puede inferirse la tesis según la cual las restricciones y limitaciones impuestas a las libertades económicas para la protección a los consumidores en aras del bien común, las hagan nugatorias.

En criterio de esta Sala, el contenido normativo del acto acusado, lejos de desconocer la libertad económica y la libre competencia, es cabal expresión de los condicionamientos constitucionales que al ejercicio de los derechos económicos imponen la protección del interés general, la prevalencia del bien común y la protección de los consumidores.

Concreta el mandato legal de intervención en el sector transporte contenido en las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996, y es consecuencia del ejercicio de las funciones de vigilancia y control en beneficio de los usuarios de los servicios aeronáuticos. No se remite a duda que si las agencias de viaje obtienen una contraprestación económica por la venta de tiquetes aéreos internacionales, los viajeros emplearán sus servicios, lo que de contera beneficia a las aerolíneas, pues a mayores facilidades de obtención del servicio, aumentará su demanda.

Concluye la Sala que al expedir la resolución acusada, la AEROCIVIL no extralimitó sus atribuciones ni usurpó las funciones legislativas del Congreso pues, como quedó expuesto, por expresa disposición legal (artículo 2° de la Ley 105 de

1993), le compete vigilar y controlar el transporte aéreo como servicio público esencial (artículo 68 de la Ley 336 de 1996) y, en tal virtud, intervenir en la determinación de los costos que influyen en el precio de los tiquetes aéreos, fijando la comisión que las aerolíneas deben reconocer a las agencias de viaje por la venta y promoción de tiquetes u órdenes de canje (MCO) en rutas internacionales.

Se impone, pues, denegar las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 23 de agosto de 2007.

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN
Presidenta

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA MARCO ANTONIO VELILLA MORENO