

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Por regla general es la autoridad nacional de protección de la competencia, excepto cuando se trata de operaciones comerciales entre explotadores de aeronaves

El artículo 8° en cita, en concordancia con el artículo 10 de la misma ley [1340 de 2009], establece por vía general el deber que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio de dar aviso a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados, cuando se trate de obtener el pronunciamiento previo de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con una operación de integración proyectada. El párrafo señala que la AEROCIVIL conserva su competencia. ¿Cuál competencia? Se entiende que es la establecida para la autoridad aeronáutica en el artículo 1866 del Código de Comercio, el cual preceptúa: “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”. Como se advierte, el citado párrafo dispone que la AEROCIVIL “conservará su competencia” y además la complementa y extiende “para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes” en diversos tipos de contratos, entre los cuales se encuentra el de “explotación conjunta” de servicios aéreos. Y, además, de manera expresa señala que comprende los convenios entre explotadores “que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar la competencia o el tráfico aéreo”. El punto en discusión que origina el presente conflicto consiste en determinar si el citado párrafo establece o no una excepción a la competencia privativa de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la competencia. La respuesta debe ser afirmativa si se atiende a la interpretación de la Corte Constitucional en su sentencia C- 277 del 12 de abril de 2011.

FUENTE FORMAL: LEY 1340 DE 2009 - ARTICULO 8 / LEY 1340 DE 2009 - ARTICULO 10 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1866

AEROLINEAS O EXPLOTADORES DE AERONAVES - Integración mediante contrato de riesgo compartido Joint Venture / UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL AEROCIVIL - Es la competente para conocer y aprobar o improbar las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves

En el caso concreto, 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 párrafo 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 [sentencia C-277 de 2011], se tiene que dicha operación de integración empresarial se encuentra dentro del campo de competencia 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 de competencia de la SIC, por no estar comprendidos dentro de la enumeración de contratos de las citadas normas, según lo señala el representante legal de DELTA AIR LINES, 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.

FUENTE FORMAL: LEY 1340 DE 2009 - ARTICULO 8 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1866

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA

Bogotá D. C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00047-00(C)

Actor: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL

Define la Sala el conflicto de competencias administrativas de carácter **positivo**, que plantea la Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante también denominada SIC, frente a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en adelante también llamada AEROCIVIL, con la finalidad de establecer cuál de estas entidades tiene la competencia para adelantar las actuaciones administrativas referentes a la integración, mediante un contrato de riesgo compartido (*Joint Venture*), entre las empresas aéreas AIRFRANCE S.A., DELTA AIRLINES INC., KLM CIA. HOLANDESA DE AVIACION y ALITALIA LINEAS AEREAS ITALIANAS S.P.A.

I. TRAMITE DEL CONFLICTO Y EXISTENCIA DEL MISMO

Mediante oficio Rad. 11-99166-0-0, presentado el 11 de agosto de 2011, el doctor Ramón Francisco Cárdenas Ramírez, actuando como apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), solicitó a esta Sala que “se dirima el conflicto positivo de competencia suscitado entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la Aeronáutica Civil, para determinar la autoridad competente para conocer e iniciar las actuaciones administrativas relativas a la integración por medio de un contrato de Joint Venture entre las empresas AIRFRANCE S.A., DELTA AIRLINES INC., KLM CIA. HOLANDESA DE AVIACION y ALITALIA LINEAS AEREAS ITALIANAS S.P.A.” (folio 142).

El conflicto positivo de competencias administrativas se configura porque, tanto la Superintendencia de Industria y Comercio como la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, avocaron conocimiento de la solicitud de pre-evaluación del contrato de riesgo compartido (*Joint Venture*) que les hicieron los apoderados de las aerolíneas mencionadas, por considerarse competentes para ello (folios 144 y 205).

La Superintendencia de Industria y Comercio, en su petición de solución del conflicto, manifiesta que “es la entidad nacional de protección de la competencia, quien conoce de forma privativa las investigaciones administrativas y por consiguiente la integración empresarial de AIRFRANCE S.A., DELTA AIRLINES INC., KLM CIA. HOLANDESA DE AVIACION y ALITALIA LINEAS AEREAS ITALIANAS S.P.A.” (folios 149 y 150), mientras que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en su alegato de conclusión, expresa que le corresponde “la competencia para pronunciarse sobre operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves del sector aeronáutico por medio de contratos como el de joint venture” (folio 209) y que ella “es la entidad competente para conocer y aprobar los acuerdos entre explotadores de aeronaves a que se refieren estas normas (alude a los artículos 4º y 8º parágrafo, de la ley 1340 de 2009 y 1866 del Código de Comercio)” (folio 223).

II. ANTECEDENTES

1. Las sociedades AIRFRANCE S.A., DELTA AIRLINES INC., KLM CIA. HOLANDESA DE AVIACION y ALITALIA LINEAS AEREAS ITALIANAS S.P.A., mediante comunicación del 31 de marzo de 2011, presentaron ante la Superintendencia de Industria y Comercio una solicitud de pre-evaluación¹ de la alianza comercial que proyectan realizar por medio de un contrato de riesgo compartido (*Joint Venture*), cuyo texto quedó radicado en la SIC bajo el número 11-039892-0000-0001.

2. Simultáneamente, las mencionadas sociedades presentaron ante la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil una solicitud para aprobación de la misma alianza comercial.

3. La SIC, mediante oficio No. 11-39892-26 del 17 de junio de 2011, requirió el concepto técnico de la AEROCIVIL, de conformidad con el artículo 8º de la ley 1340 de 2009², por ser esta la respectiva autoridad de regulación, control y vigilancia.

¹ La ley 1340 del 24 de julio de 2009, “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”, dice así en la parte inicial del artículo 10:

“Artículo 10.- Procedimiento administrativo en caso de integraciones empresariales.- Para efectos de obtener el pronunciamiento previo de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con una operación de integración proyectada, se seguirá el siguiente procedimiento:

1. 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. (...).”

² El artículo 8º de la ley 1340 de 2009 establece:

“Artículo 8º.- Aviso a otras autoridades.- En la oportunidad prevista en el numeral 4º del artículo 10 (Procedimiento administrativo en caso de integraciones empresariales) de esta ley, o, tratándose de una investigación, dentro de los diez (10) días siguientes a su inicio, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá comunicar tales hechos a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados...”

4. La AEROCIVIL, a través de la Oficina de Transporte Aéreo, respondió el requerimiento anterior y manifestó su competencia para aprobar la integración empresarial:

“Esta entidad considera que el referido contrato ‘Acuerdo de Joint Venture’ cabe dentro del control asignado a la Aerocivil, pues se enmarca dentro del concepto de EXPLOTACION CONJUNTA y atendiendo al hecho que estos acuerdos pueden tratar sobre rutas, aeronaves, marcas, negociándose temas como diversidad de horarios, calidad y capacidad de aeronaves, organización comercial, material de vuelo, personal, etc. Este acuerdo también puede implicar Acuerdos de Código Compartido” (folio 144).

Agregó la AEROCIVIL una descripción de las operaciones que hacen parte de las integraciones objeto de su competencia, y respecto de los contratos de explotación conjunta argumentó la siguiente noción:

“Explotación conjunta: se pueden referir a una variada gama de acuerdos comerciales u operacionales entre explotadores de aeronaves, y que generalmente se realizan en el marco de una alianza, para alcanzar mayores sinergias y eficiencias. Esta figura se encuentra en la normatividad colombiana en algunos de los acuerdos bilaterales de transporte aéreo que hemos suscrito” (folio 144).

5. La SIC envió requerimientos de información a las aerolíneas Continental Airlines, Taca, Aero Gal y Avianca, y de sus respuestas la SIC concluyó que la posición de la AEROCIVIL era reclamar para sí la competencia de estudiar la proyectada integración.

6. La AEROCIVIL, en oficio del 14 de junio de 2011, les manifestó a los apoderados de las aerolíneas comprendidas en la integración que tenía la competencia para conocer de ella y decidir, de conformidad con el artículo 1866 del Código de Comercio y el parágrafo del artículo 8º de la ley 1340 de 2009.

7. La AEROCIVIL, mediante oficio del 20 de junio de 2011, informó a la Asociación del Transporte Aéreo en Colombia - ATAC, lo siguiente:

a) Que es la entidad encargada de estudiar y hacer las solicitudes de información que considere pertinentes para determinar los efectos que genera el contrato de *Joint Venture* entre las sociedades de la integración mencionada.

b) Que es la entidad competente para pronunciarse sobre dicho contrato pues este se enmarca dentro del concepto de “explotación conjunta”.

Y añadió:

“Lo anterior en el entendido que la competencia de la Aeronáutica Civil está referida a los aspectos técnicos, operacionales y aerocomerciales, mas no societarios” y que examinado el acuerdo de joint venture presentado **“no se evidencia que comprometan aspectos societarios”** (negrillas de la SIC) (folio 145).

Parágrafo.- La Unidad Administrativa Especial de 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”.

8. Finalmente, la AEROCIVIL refiere en su alegato de conclusión (folios 187 a 223) los siguientes hechos:

a) El contrato transatlántico de *Joint Venture* fue firmado el 20 de mayo de 2009 entre AIR FRANCE, KLM y DELTA AIRLINES, al cual se adhirió ALITALIA el 5 de julio de 2010.

b) La AEROCIVIL recibió para su consideración una copia del mencionado contrato, avocó competencia para conocer del mismo y realizó la pre-evaluación respectiva (folio 205), pero “evidenció que el contrato no desarrolla varios aspectos tales como la comercialización bajo la compartición de códigos, la integración de horarios e itinerarios, razón por la cual la Entidad estima que no cuenta con los elementos esenciales para emitir un pronunciamiento de fondo y por tanto el estatus actual del tema solo puede circunscribirse a la pre-evaluación del tema que en tal forma les fue comunicada” (folio 209).

III. ACTUACION PROCESAL

La presente actuación correspondió por reparto al Consejero Augusto Hernández Becerra (folio 139) y se fijó en lista por el término de tres (3) días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 4º de la ley 954 de 2005. Durante este término, según el Informe Secretarial (folio 224), presentó alegato de conclusión el doctor Alvaro Elías Baene Ferez, obrando como apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (folios 187 a 223), conforme al poder conferido por el doctor Mario Fernando Sánchez Forero, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, facultado para otorgar poder a abogados tanto externos como funcionarios de la entidad (folios 182 a 186).

De igual manera se presentó el alegato de conclusión del doctor Agustín Ibarra Salas, en calidad de apoderado de la Asociación del Transporte Aéreo en Colombia - ATAC, como entidad interesada en la actuación (folios 157 a 181), habiendo acreditado su personería con el correspondiente certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. (folios 231 a 233).

En cumplimiento de la decisión de la Sala del 27 de octubre de 2011, el Consejero Ponente dictó un auto mediante el cual dispuso oficiar a los apoderados o representantes legales en Colombia de las sociedades AIRFRANCE S.A., DELTA AIRLINES INC., KLM CIA. HOLANDESA DE AVIACION y ALITALIA LINEAS AEREAS ITALIANAS S.P.A. para que se sirvieran enviar sus planteamientos sobre la entidad pública que ellos consideraran jurídicamente competente para adelantar las actuaciones administrativas referentes a la aprobación de la integración de dichas empresas aéreas, realizada mediante el Contrato de Riesgo Compartido (*Joint Venture*) firmado por las tres primeras el 20 de mayo de 2009 y por la última el 5 de julio de 2010.

Según el Informe Secretarial de 8 de noviembre de 2011 (folio 240), dentro del término establecido el doctor Ricardo Garnica, en su calidad de representante legal de la sociedad DELTA AIR LINES INC. SUCURSAL DE COLOMBIA, presentó sus planteamientos y adjuntó el correspondiente certificado de la Cámara de Comercio (folios 234 a 239).

IV. PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES Y DEMAS INTERVINIENTES

1. Posición de la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) sostiene que le corresponde “la competencia para adelantar el control de integraciones empresariales del sector aeronáutico por medio de contratos de joint venture” (folio 145) y para fundamentar su competencia privativa en materia de protección de la competencia, salvedad hecha de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, expone entre otros los siguientes argumentos:

“A raíz de la expedición de la Ley 1340 de 2009³ la Superintendencia de Industria y Comercio fue designada como autoridad única a nivel nacional en lo atinente a protección de la competencia, lo cual involucra a las integraciones económicas, prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal administrativa.

En efecto, con la expedición de la citada norma, se estableció un nuevo régimen de protección de la competencia, derogando tácitamente el régimen anterior, y por consiguiente modificó aquellas modalidades contractuales del artículo 1866 del Código de Comercio, de las cuales conoció la Aerocivil.

El rol de la Aeronáutica Civil, en virtud de sus nuevas competencias establecidas en el parágrafo del artículo 8 de la citada ley, se limita única y exclusivamente a los asuntos relativos a la autorización de 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, la cual continúa en cabeza de la Aerocivil.

En tanto se presenten diversas modalidades contractuales que se extiendan más allá de dichas operaciones, y que, por consiguiente, impliquen otros elementos que se encuentren por fuera de los enunciados en la norma, primará la competencia privativa de esta Superintendencia. Es por esta razón fundamental que continúa en cabeza de la SIC el análisis de efectos sobre la competencia” (folios 147 y 148).

Como se observa, la SIC considera que la enumeración de modalidades contractuales que hace el parágrafo del artículo 8º de la ley 1340 de 2009 es taxativa y por tanto, según su criterio, el control de las modalidades contractuales que no estén allí mencionadas le corresponde a ella.

La SIC hace una serie de consideraciones sobre la operación planteada para determinar que se trata de una integración y agrega:

”Frente al caso particular, y dado que la integración bajo estudio contiene componentes de competencia privativa de esta Superintendencia, la SIC como autoridad única de competencia debe estudiar algunos elementos del contrato de Joint Venture entre las aerolíneas AIRFRANCE S.A., DELTA AIRLINES INC., KLM CIA. HOLANDESA DE AVIACION y ALITALIA LINEAS

³ Nota de la SIC: “La Ley 1340 de 2009 prima sobre las disposiciones del artículo 1866 del Código de Comercio, dado que además de ser norma especial en el tema de protección de la competencia, es ley posterior”.

AEREAS ITALIANAS S.P.A., con el fin de decidir si la integración planteada conduce a una indebida restricción de la competencia” (folio 148).

2. Posición de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - AEROCIVIL

La AEROCIVIL expresa que tiene la competencia para pronunciarse sobre operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves por medio de contratos como el de *Joint Venture* sometido a su examen por las mencionadas aerolíneas, y aduce:

a) El artículo 1866 del Código de Comercio establece que quedan sujetos a la aprobación previa de la AEROCIVIL los convenios entre explotadores de aeronaves que impliquen explotación conjunta de servicios aéreos, y el parágrafo del artículo 8º de la ley 1340 de 2009 dispuso conservar dicha competencia diciendo que competía a la AEROCIVIL la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes, entre otras modalidades, en explotación conjunta. Y agrega:

“Visto lo anterior, esta entidad es competente para conocer y pronunciarse sobre el Acuerdo de Joint Venture presentado a consideración, toda vez que el mismo cabe dentro del control asignado a la AERONAUTICA CIVIL, pues se enmarcaría dentro del concepto de EXPLOTACION CONJUNTA, entendida la explotación conjunta como una figura que se puede referir a una variada gama de acuerdos comerciales u operacionales entre explotadores de aeronaves, y que generalmente se realizan en el marco de una alianza, para alcanzar mayores sinergias y eficiencias. Así mismo estos acuerdos pueden tratar sobre rutas, aeronaves, marcas, negociándose temas como diversidad de horarios, calidad y capacidad de aeronaves, organización comercial, material de vuelo, personal, etc.” (folio 205).

b) La competencia de la AEROCIVIL constituye una excepción a la competencia privativa de la SIC en materia de protección de la competencia, según afirma la Corte Constitucional en la sentencia C-277 del 12 de abril de 2011, en la que declaró exequible el citado parágrafo del artículo 8º de la ley 1340 de 2009, en los siguientes términos:

“La modificación entonces consistió estrictamente en que en los asuntos de competencia relacionados con el sector aeronáutico, no es aplicable la regla general de competencia privativa de la SIC, sino una excepción a ésta, para que la Aeronáutica Civil conservara las facultades al respecto de libre competencia entre empresas aeronáuticas.” (negrillas de la AEROCIVIL) (folio 195).

c) La competencia de la AEROCIVIL para conocer y aprobar o improbar el contrato de riesgo compartido (*Joint Venture*) planteado por las mencionadas aerolíneas, frente a las disposiciones de protección de la competencia, se fundamenta jurídicamente en el artículo 1866 del Código de Comercio, en concordancia con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 8º de la ley 1340 de 2009 y lo expresado sobre este por la Corte Constitucional.

Su apoderado manifiesta en el alegato de conclusión:

“La Ley 1340 de 2009 no derogó el artículo 1866 del Código de Comercio, no sólo porque ambos reiteran la competencia de la AERONAUTICA CIVIL en materia de acuerdos entre explotadores de aeronaves, incluidas las integraciones, sino que los mismos contemplan modalidades de operaciones comerciales diferentes que pueden generar restricciones a la competencia en el sector aeronáutico. De esta forma la Ley 1340 amplía de manera enunciativa y no taxativa las diferentes operaciones de acuerdos comerciales, sobre las que recae la competencia de autorización de la AERONAUTICA CIVIL, por lo que puede entenderse como una norma concordante con el artículo 1866 del Código de Comercio.

Por lo anterior, tanto el Código de Comercio como la Ley 1340 de 2009 constituyen el fundamento de la competencia de la AERONAUTICA CIVIL, teniendo en cuenta la redacción expresa, clara y contundente tanto de la Ley 1340 de 2009 como del artículo 1866 del Código de Comercio.

No debe perderse de vista lo señalado en el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, en el sentido de que en caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, éstas prevalecerán exclusivamente en el tema específico. Así las cosas, no podría interpretarse que operó una derogación tácita al citado artículo 1866, toda vez que el mismo otorga una competencia especial que la Ley 1340 de 2009 por el contrario, la conservó” (folio 213).

d) La AEROCIVIL destaca la importancia de su especialidad y conocimiento en materia aeronáutica, de modo que “puede establecer con el mejor criterio si una operación entre los distintos actores de la cadena del sector aeronáutico va a restringir de manera indebida la competencia en el servicio público esencial de transporte aéreo” (folio 214), y concluye:

“Por todo lo anterior, consideramos que la AERONAUTICA CIVIL conserva su competencia en materia de aprobación de acuerdos entre explotadores de aeronaves, incluidas las integraciones empresariales, manteniéndose la manera como se estaba tratando este tema desde antes de la promulgación de la ley 1340 de 2009, la cual adicionalmente amplió el catálogo de actividades sobre dicha competencia y complementó el artículo 1866 del Código de Comercio” (folio 214).

3. Posición de la Asociación del Transporte Aéreo en Colombia –ATAC

La Asociación del Transporte Aéreo en Colombia - ATAC es una entidad sin ánimo de lucro que, según expresa en su escrito (folios 157 a 181), agrupa a las aerolíneas que movilizan el 97,4% del mercado total nacional e internacional de pasajeros y es la más representativa en el mercado nacional e internacional de carga, razón por la cual establece en sus estatutos, particularmente en el artículo 3, numeral 3.1, literal h), que se encuentra legitimada para “llevar la vocería de esta industria ante los poderes públicos y ante el país”, razón por la cual interviene en esta actuación “en su representación” (folio 157).

La ATAC considera que en este evento la competencia se encuentra en cabeza de la Aeronáutica Civil, para lo cual hace una exposición sobre la tendencia mundial en el sector aéreo y la especialidad del sector. Su análisis jurídico coincide en sus apartes esenciales con el formulado por la AEROCIVIL, razón por la cual no es necesario extenderse aquí sobre tales planteamientos.

4. Posición de DELTA AIR LINES INC. SUCURSAL DE COLOMBIA

La sociedad DELTA AIR LINES INC. SUCURSAL DE COLOMBIA expresa en su escrito (folios 234 a 236) que, aun cuando la ley 1340 de 2009 establece que la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC, es la autoridad nacional de protección de la competencia, consagra dos excepciones en materia de integraciones empresariales en las que dicha entidad no tiene competencia para aprobar, condicionar u objetar las operaciones: las integraciones entre entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia (artículo 9º) y algunas modalidades de operaciones que se realicen en el mercado aeronáutico entre explotadores de aeronaves (artículo 8º).

Considera que el párrafo del artículo 8º de la ley 1340 de 2009 complementa lo dispuesto en el artículo 1866 del Código de Comercio, y le entrega a la AEROCIVIL el control de las integraciones en el sector aeronáutico, pero exclusivamente cuando se realicen entre explotadores de aeronaves y se refieran a los acuerdos enumerados taxativamente en la ley. Precisa, además, que en la integración entre DELTA, AIRFRANCE, KLM y ALITALIA existen aspectos que se encuentran dentro del control asignado a la AEROCIVIL, pues el acuerdo incorpora, por ejemplo, “contratos de código compartido” y actividades de “explotación conjunta”.

Agrega que el *Joint Venture*, mecanismo de integración de la operación, incorpora otra serie de medidas y políticas que desbordan los acuerdos mencionados en el párrafo del artículo 8º de la ley 1340 de 2009 como, por ejemplo, ajustar la capacidad de las rutas, reconfigurar la flota de las aerolíneas y tomar decisiones conjuntas para generar ingresos, que son competencia de la SIC. Considera entonces, que existe una competencia compartida entre la AEROCIVIL y la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer y aprobar la integración empresarial entre las cuatro aerolíneas mencionadas.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia de la Sala

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 4º de la ley 954 de 2005, la Sala es competente para conocer de la presente actuación por tratarse de un conflicto de competencias referente al ejercicio de funciones administrativas suscitado entre dos entidades públicas del orden nacional: la Superintendencia de Industria y Comercio y la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

2. Análisis del conflicto

La Sala observa que el problema jurídico del presente conflicto de competencias claramente gira en torno a la interpretación del artículo 8º de la ley 1340 de 2009, junto con su párrafo, que dice así:

“Artículo 8º.- Aviso a otras autoridades.- AVISO A OTRAS AUTORIDADES. En la oportunidad prevista en el numeral 4 del artículo 10 de esta ley, o, tratándose de

una investigación, dentro de los diez (10) días siguientes a su inicio, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá comunicar tales hechos a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados. Estas últimas podrán, si así lo consideran, emitir su concepto técnico en relación con el asunto puesto en su conocimiento, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación y sin perjuicio de la posibilidad de intervenir, de oficio o a solicitud de la Superintendencia de Industria y Comercio, en cualquier momento de la respectiva actuación. Los conceptos emitidos por las referidas autoridades deberán darse en el marco de las disposiciones legales aplicables a las situaciones que se ventilan y no serán vinculantes para la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, si la Superintendencia de Industria y Comercio se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar, de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos jurídicos o económicos que justifiquen su decisión.

Parágrafo.- La Unidad Administrativa Especial de 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”.

El artículo 8° en cita, en concordancia con el artículo 10 de la misma ley, establece por vía general el deber que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio de dar aviso a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados, cuando se trate de obtener el pronunciamiento previo de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con una operación de integración proyectada.

El párrafo señala que la AEROCIVIL conserva su competencia. ¿Cuál competencia? Se entiende que es la establecida para la autoridad aeronáutica⁴ en el artículo 1866 del Código de Comercio, el cual preceptúa:

“Artículo 1866.- 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”.

Como se advierte, el citado párrafo dispone que la AEROCIVIL “conservará su competencia” y además la complementa y extiende “para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes” en diversos tipos de contratos, entre los cuales se encuentra el de “explotación conjunta” de servicios aéreos. Y, además, de manera expresa señala que comprende los convenios entre explotadores “que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar **la competencia** o el tráfico aéreo”.

El punto en discusión que origina el presente conflicto consiste en determinar si el citado párrafo establece o no una excepción a la competencia privativa de la

⁴ El artículo 1782 del Código de Comercio indica cuál es la autoridad aeronáutica en el país:

“Artículo 1782.- Por ‘autoridad aeronáutica’ se entiende el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil o la entidad que en el futuro asuma las funciones que actualmente desempeña dicha jefatura.

Corresponde a esta autoridad dictar los reglamentos aeronáuticos”.

Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la competencia.

La respuesta debe ser afirmativa si se atiende a la interpretación de la Corte Constitucional en su sentencia C- 277 del 12 de abril de 2011, mediante la cual declaró “exequible el parágrafo del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009, por los cargos analizados”, los cuales consistían en la presunta violación de los principios de consecutividad e identidad flexible en la aprobación de ese parágrafo por el Congreso de la República.

Al efectuar el análisis respectivo, la Corte encontró que se respetaron tales principios y en su fundamentación manifestó lo siguiente:

“Ahora bien, justamente como resultado de las observaciones hechas por aquellos quienes defendieron el criterio de la especialidad, se concluyó que **era necesario que se conservara la competencia de la Aeronáutica Civil para la autorización de todas las operaciones comerciales, entre los explotadores de aeronaves**, consistentes en contratos de códigos compartidos, sustracción con hurto, utilización de aeronaves, enfrentamiento, intercambios y bloqueo de espacios en aeronaves. De los asuntos relacionados con la competencia de las empresas aeronáuticas, los parlamentarios acogieron lo advertido por la Aeronáutica Civil y por la Asociación de Aviadores en cuanto a que esos aspectos no se rigen por la legislación colombiana, sino que se rigen por convenios internacionales y **consideraron que se trata de un sector de carácter especializado que requiere un conocimiento específico por parte de quien lo vigile.**

(...)

Si bien el texto específico de este parágrafo fue introducido durante el cuarto debate ante la Plenaria de la Cámara de Representantes, su contenido material - **el mantenimiento de las competencias de la Aeronáutica Civil para la autorización de todas las operaciones comerciales, entre los explotadores de aeronaves, consistentes en contratos de códigos compartidos, sustracción con hurto, utilización de aeronaves, enfrentamiento, intercambios y bloqueo de espacios en aeronaves**- guarda una conexidad temática directa con el contenido de las demás disposiciones del artículo 8 y del Capítulo III sobre *Autoridad nacional en materia de protección de la competencia*, y, en general, con el objeto y esencia de la Ley cual es el de establecer un régimen de protección de la libre competencia.

En efecto, la conexidad directa que existe entre el parágrafo acusado y el artículo y capítulo a los cuales pertenece **reside en la relación que existe entre la regla general y la excepción**. El artículo 6 consagra la regla general de constituir a la SIC como la autoridad única en materia de protección de la competencia, esto es, adquiere la facultad privativa de adelantar las *investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.*

(...)

El parágrafo acusado establece una excepción a todo el anterior régimen, señalando que la Unidad Administrativa Especial de la 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.

(...)

En efecto, **la creación de una excepción a la regla general** según la cual sólo existe una autoridad única en materia de protección de la libre competencia económica que es, precisamente, uno de los pilares de la Ley, no puede entenderse como un asunto ajeno, extraño o lejano al objeto y esencia del proyecto que en ese momento se discutía y que, claramente hace parte de la libertad de configuración normativa del legislador. Si bien una de las características principales de la Ley es la centralización de facultades en materia de competencia en cabeza de la SIC, en ésta no se agota su objeto y fin pues, en esencia, el contenido general de la misma busca sistematizar y regular todo lo atinente a la protección de la libre competencia económica, marco dentro del cual cabe perfectamente el contenido de la norma acusada como manifestación del principio democrático.

Mantener en cabeza de la Aeronáutica Civil la 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, no es un asunto que modifique sustancialmente el proyecto de ley hasta el punto de hacerlo totalmente distinto al hasta ese momento aprobado, pues simplemente **constituye una excepción a la regla general sobre competencia orgánica del objeto de la ley.** La modificación entonces consistió estrictamente en que **en los asuntos de competencia relacionados con el sector aeronáutico, no es aplicable la regla general de competencia privativa de la SIC, sino una excepción a ésta, para que la Aeronáutica Civil conservara las facultades al respecto de libre competencia entre empresas aeronáuticas.**

(...)

Así las cosas, la Sala concluye que sí existe identidad entre la modificación introducida por la norma acusada y la esencia y objeto de la ley en cuanto **existe una relación de regla general y excepción** perfectamente válida dentro del principio democrático y de libertad de configuración normativa del legislador..." (negrilla y subrayado de la Sala).

En el caso concreto, 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 8º 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 campo de competencia 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 de competencia de la SIC, por no estar comprendidos dentro de la enumeración de contratos de las citadas normas, según lo señala el representante legal de DELTA AIR LINES, 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.

El artículo 1866 del Código de Comercio, como ya se ha señalado, confiere facultad a la autoridad aeronáutica para expedir aprobación previa respecto de los convenios entre explotadores que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar la competencia o el tráfico aéreo. De dicha norma y del análisis precedente se deriva con toda claridad que las actividades de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - AEROCIVIL no están restringidas a las funciones de control propias de la policía administrativa, sino que se extienden al ejercicio de la atribución estatal de intervención económica en su moderna concepción. Así las cosas, el artículo 1866 del Código de Comercio debe interpretarse en el contexto de la Constitución y de la propia ley 1340 de 2009.

Como ya ha tenido oportunidad de observar la Sala, desde 1991 la Constitución *“adoptó las nuevas tendencias publicistas que ubican los servicios públicos en el contexto empresarial de un mercado libre en el que el Estado concurre, en su condición de agente económico en igualdad de condiciones con los particulares habilitados a tal efecto por la Constitución, sin que por ello pueda liberarse del más esencial de sus deberes en esta materia: intervenir, o lo que es lo mismo, regular, controlar y vigilar el desempeño de los agentes económicos que interactúan en el intercambio libre de bienes y servicios a fin de obtener su propósito último valiéndose de los instrumentos que pone a su disposición la función interventora, esto es, asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados, maximizar la eficacia en la prestación de los servicios públicos, minimizar el impacto nocivo de los monopolios en la economía, y por sobre todo asegurar la función social de la empresa”*.⁵

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1866 del Código de Comercio y el parágrafo del artículo 8º de la ley 1340 de 2009, debe concluirse que la AEROCIVIL es la entidad competente para conocer y aprobar o improbar las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves, consistentes en contratos como el mencionado de riesgo compartido (*Joint Venture*), con base en las normas y reglamentos aeronáuticos y las disposiciones de protección de la competencia, incluyendo estas últimas, en especial, las referentes a prácticas comerciales restrictivas y el régimen de integraciones empresariales (art. 2º ley 1340 de 2009).

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Primero.- Declarar que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - AEROCIVIL es la entidad competente para emitir la autorización o aprobación

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de octubre 16 de 2002, Radicación número 1454, Consejera ponente Susana Montes de Echeverri.

previa de la operación comercial consistente en el mencionado Contrato de Riesgo Compartido (*Joint Venture*) celebrado entre las sociedades AIRFRANCE S.A., DELTA AIRLINES INC., KLM CIA. HOLANDESA DE AVIACION y ALITALIA LINEAS AEREAS ITALIANAS S.P.A., en aplicación de las normas y reglamentos aeronáuticos y las disposiciones sobre protección de la competencia.

Segundo.- Reconocer personería al doctor Ramón Francisco Cárdenas Ramírez, como apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC, al doctor Alvaro Elías Baene Ferez, como apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - AEROCIVIL, al doctor Agustín Ibarra Salas, como apoderado de la Asociación del Transporte Aéreo en Colombia - ATAC, y al doctor Ricardo Garnica como representante legal de DELTA AIR LINES INC. SUCURSAL DE COLOMBIA, en la presente actuación.

Tercero.- Comunicar esta decisión a la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - AEROCIVIL, la Asociación del Transporte Aéreo en Colombia - ATAC, y las sociedades DELTA AIR LINES INC. SUCURSAL DE COLOMBIA, AIRFRANCE S.A., KLM CIA. HOLANDESA DE AVIACION y ALITALIA LINEAS AEREAS ITALIANAS S.P.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA
Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Consejero

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO
Consejero

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala