



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 008896 DE 2015

( 02 MAR 2015 )

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en la Ley 1340 de 2009 y en el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 76724 del 16 de diciembre de 2014, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante "SIC") declaró que la **CONCESIÓN AEROPUERTO DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A.** (en adelante "CASYP") violó la libre competencia por haber actuado en contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al implementar una práctica, procedimiento o sistema tendiente a la fijación de un precio inequitativo para el cargo no regulado de *fee de acceso a pista* en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés. Como consecuencia de lo anterior, y conforma al artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la SIC impuso a CASYP una multa equivalente a DIEZ MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (10.000 SMLMV), equivalentes a SEIS MIL CIENTO SESENTA MILLONES DE PESOS (\$6.160.000.000.00).

En la misma Resolución se declaró que **EDUARDO BORDA SOTO**, en su condición de Gerente y Representante Legal de CASYP, actuó en contravención de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en la medida en que toleró la conducta realizada por CASYP, y, de hecho, ejecutó la fijación de un precio inequitativo por el mismo concepto. En consecuencia, **EDUARDO BORDA SOTO** fue multado con CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV), equivalentes a SESENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$61.600.000.00).

**SEGUNDO:** Que una vez notificada la Resolución No. 76724 del 16 de diciembre de 2014, y dentro del término legal, CASYP<sup>1</sup> y EDUARDO BORDA SOTO<sup>2</sup> interpusieron recurso de reposición contra la misma, para lo cual presentaron los siguientes argumentos:

**2.1. Argumentos de CASYP**

**2.1.1. Falta de Competencia**

CASYP sostiene que con la expedición de la Resolución recurrida, la SIC excedió su competencia desde dos (2) puntos de vista: (i) reguló los requisitos que debe satisfacer un concesionario aeronáutico a la hora de definir el *fee de acceso a pista*, pese a ser un cargo

<sup>1</sup> Comunicación radicada con el No. 11-63694-511 del 29 de diciembre de 2014.

<sup>2</sup> Comunicación radicada con el No. 11-63694-517 del 16 de enero de 2015.

RESOLUCIÓN NÚMERO - - 8 8 9 6 DE 2015 Hoja No. 2

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

que no está regulado por la ley o el contrato de concesión; y (ii) reguló directamente el precio que debe cobrar **CASYP** a los proveedores de combustible por concepto de acceder a pista, desde el momento en que la Resolución quede en firme y hasta tanto no defina una nueva tarifa que acoja las consideraciones de la Resolución recurrida.

Sobre la primera extralimitación de competencia, **CASYP** resalta que la **SIC** estableció, 4 años después de la fijación del *fee de acceso a pista*, los criterios que en su momento debieron ser tenidos en cuenta por **CASYP** para la definición de esa tarifa. Esta regulación posterior constituyó, en su opinión, la columna vertebral de la sanción impuesta, con lo cual el Superintendente de Industria y Comercio violó la Constitución Política y la ley, al haber regulado los criterios que debe tener en cuenta un concesionario aeroportuario para fijar un cargo no regulado que no retribuya la prestación de un servicio pero que afecte de forma directa la prestación del servicio de transporte aéreo, atribución que escapa, según el recurrente, la órbita de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Recalca que al no ser una Entidad reguladora, y por ende, al no tener las funciones legales de determinar los precios e ingresos no regulados que pueden tener las concesiones aeroportuarias, la **SIC** vulneró las funciones a ella otorgada por el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009.

Respecto a la segunda forma de extralimitación competencial, **CASYP**, esta vez secundada por **EDUARDO BORDA SOTO**, resalta que esta Entidad reguló el precio del *fee de acceso a pista* que debe cobrar el concesionario una vez quede en firme la Resolución recurrida. Adicionalmente, **CASYP** argumenta que la falta de competencia al respecto es tan evidente, que la misma **SIC** reconoce su falta de facultades al exhortar a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** (en adelante "**ANI**") para regular los cargos directamente asociados a la prestación del servicio público de transporte aéreo, incluidos aquellos relacionados con el abastecimiento de combustible.

Al haberse extralimitado por actuar como regulador, la **SIC** estaría vulnerando el artículo 6 de la Constitución Política, el cual establece que los servidores públicos son responsables no sólo por aquello que la ley les prohíbe, como cualquier ciudadano, sino por extralimitarse en el ejercicio de sus funciones.

**2.1.2. Desconocimiento del derecho de audiencia y defensa y violación del debido proceso**

**CASYP** sostiene que la **SIC** violó su derecho al debido proceso por cuanto: (i) la sancionó por una conducta que sólo llegó a tipificarse a través del mismo acto de sanción; y (ii) realizó simulaciones y escenarios económicos que sirvieron para la decisión sancionatoria, sin permitirle a **CASYP** conocer dichas simulaciones para controvertirlas.

Frente a lo primero, **CASYP** manifiesta que el haber sido sancionado con base en unos criterios establecidos con posterioridad al aumento del *fee de acceso a pista* constituye una flagrante violación del artículo 29 de la Constitución, ya que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Frente a la segunda causal de violación del derecho de audiencia, **CASYP** añade que el hecho de haber proyectado unos escenarios respecto a los ingresos que hubiera obtenido **CASYP** de haber aceptado y firmado las ofertas de *fee de acceso a pista* por valores de \$900 y \$500 pesos por galón y el haber usado dichas proyecciones para sustentar la

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

decisión de sancionarlo, representa una violación flagrante del artículo 29 de la Constitución Política en la medida que no se le permitió controvertir lo que allí se definió.

### **2.1.3. Falsa motivación.**

**CASYP** argumenta que la Resolución impugnada se fundamenta en una serie de hechos y motivos que se apartan de lo realmente ocurrido y de las pruebas obrantes en el expediente.

En primer lugar, manifiesta que si bien inicialmente la oferta presentada por la **ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.** (en adelante “**TERPEL**”) era de \$900 pesos por galón de combustible vendido, posteriormente esa cifra aumentó a \$1.000 pesos por galón, tal y como quedó reflejado en las últimas versiones de los proyectos de contratos que obran en el expediente.

En segundo lugar, señala que no pueden considerarse como ciertas las afirmaciones de la **SIC** entorno a que **PEDRO RAMÓN EMILIANI**, miembro de Junta Directiva de **CASYP**, engañó a **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** (en adelante “**CHEVRON**”) sobre la oferta de **TERPEL**, pues fue **CHEVRON** quien buscó insistentemente a **CASYP** para que la retroalimentara sobre la oferta que había presentado respecto de su competencia. Adicionalmente, la **SIC** no tuvo en cuenta que **PEDRO RAMÓN EMILIANI** no era la persona encargada de adelantar el proceso de contratación, y que, como se lee en el correo electrónico citado por la **SIC**, **PEDRO RAMÓN EMILIANI** le informa a **CHEVRON** que “*Terpel está alrededor de 1200/galón*” (Subrayado del recurrente), sin manifestar que ese era el valor exacto de la oferta.

En tercer lugar, sostiene que es falso que **CASYP** estuviese obligada a sustentar económica y financieramente la fijación del *fee de acceso a pista*, pues dicha obligación no está consignada en la ley o el contrato de concesión firmado. Específicamente, **CASYP** señala que “*ni la ley ni el contrato de concesión obligan al concesionario a mostrar el sustento económico y financiero que tuvo en cuenta para aumentar el fee de acceso a pista.*” Lo realmente importante en este caso, según **CASYP**, es que el *fee de acceso a pista* fue fijado con atención al modelo financiero de **CORREVAL**, por lo que tampoco puede calificarse de ajeno a la realidad de la concesión. Teniendo en cuenta lo anterior, **CASYP** considera que la verdadera aproximación que debe hacerse para definir un precio como excesivo es el análisis de rentabilidad del negocio que respalda, y no la comparación de precios en otros mercados. También afirma **CASYP** que la **SIC** desconoció el dictamen pericial de **DESSAU CEI S.A.S.** (**DESSAU**), en el cual se afirma que “*únicamente el escenario C.5 permite una reducción máxima del 17% en la tarifa actual de \$1.200 por galón de combustible, reducción que resulta en un valor de 996 por galón de combustible (...)*”.

En cuarto lugar, resalta que la **SIC** no tuvo en cuenta que si bien los ingresos totales que **CASYP** esperaba recibir por concepto de *fee de acceso a pista*, según la proyección de **CORREVAL**, eran menores a los efectivamente percibidos, otros ingresos proyectados en el mismo modelo resultaron sustancialmente más bajos de lo previsto; como ejemplo de lo anterior, **CASYP** cita la tasa de conversión dólar-peso para efectos del ingreso de la tarifa regulada cobrada a pasajeros internacionales y la tarifa de *ground handling*.

Por último, el recurrente afirma que la **SIC** no tuvo en cuenta los efectos mínimos o casi nulos que el aumento del *fee de acceso a pista* -en la forma en que se realizó- tiene sobre los pasajes aéreos, ya que el aumento por pasaje sería de solamente nueve mil pesos, por lo cual la afectación del pasajero -que es el verdadero consumidor-, sería baja o nula.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

#### **2.1.4. La sanción impuesta**

**CASYP** considera que en la Resolución recurrida, la **SIC** entró a suplir por la fuerza los vacíos regulatorios que la Ley y el contrato tenían para la fijación del *fee de acceso a pista*. Manifiesta que, según la posición de la **SIC**, **CASYP** no podía aumentar el *fee de acceso a pista* en con el objeto de incrementar el rendimiento de la concesión y para adelantar las obras e inversiones pactadas, sino que debía tener una “bola de cristal” para saber los criterios que la Autoridad de Competencia le iba a fijar en un futuro para determinar esa tarifa.

En este orden de ideas, la decisión de la **SIC** fija los requisitos que debían tenerse en cuenta 4 años atrás para determinar el valor del *fee de acceso a pista*. Esta retroactividad de los requisitos sirvió para imponer una multa en razón del mayor ingreso percibido por **CASYP**, lo cual viola su debido proceso y las garantías constitucionales, pues siendo comprensible que la **SIC** fijara la obligación al concesionario para que reliquide hacia futuro la tarifa no regulada, no puede ser aceptable, desde la óptica del derecho, la imposición de la multa pecuniaria. Al respecto, el recurrente trae a colación la sentencia de la Corte Constitucional citada<sup>3</sup> por la **SIC** en su Resolución de Sanción y resalta el siguiente aparte:

*“En esa medida la flexibilidad en la configuración del tipo sancionatorio persigue garantizar la eficiencia y la eficacia en el cumplimiento de los deberes constitucionales a cargo de la Administración, sin que tales propósitos justifiquen la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad sancionadora. Así ha manifestado que: “(...) guarda coherencia con los fines constitucionales de esta actividad sancionatoria administrativa, que las hipótesis fácticas establecidas en la ley permitan un grado de movilidad a la administración, de forma tal que ésta pueda cumplir eficaz y eficientemente con las obligaciones impuestas por la Carta. Sin embargo, debe precisarse que la flexibilidad del principio de legalidad no puede tener un carácter extremo, al punto que se permita la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. Por el contrario, en el derecho administrativo sancionador el principio de legalidad exige que directamente el legislador establezca, como mínimo, los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada, las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar con claridad la conducta, al igual que exige que en la ley se establezca también la sanción que será impuesta o, igualmente, los criterios para determinarla con claridad”.*

De lo anterior, el recurrente concluye que la Corte Constitucional: **“prohíbe precisamente, en respuesta a los principios del debido proceso, de razonabilidad de la pena, de la no retroactividad de la sanción administrativa y del principio del nulla poena sine lege, sancionar con base en criterios de fijación de una tarifa, inexistentes en el contrato, que equivalen a que el Despacho está determinando los elementos básicos de la conducta que está sancionando, con base en una interpretación a posteriori del contrato, que el concesionario no tenía manera alguna de conocer un mucho menos prever”.**

Por lo dicho, considera que la multa que se le impuso resulta contraía a la Ley en la medida en que se le reprochó la realización de una conducta que tan solo fue tipificada como

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-860 del 18 de octubre de 2006, expediente D-6235, M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

contraria a las normas de libre mercado a través del mismo acto administrativo que la sancionó.

### **2.1.5. La sanción económica es confiscatoria**

**CASYP** considera que usar como criterio para la sanción el hecho que hubiera recibido mayores ingresos a los proyectados desde la imposición de un *fee* de \$1.200 pesos por galón, así como el del patrimonio y las utilidades de la concesión, son contrarios al artículo 34 de la Constitución Política por devenir en una multa confiscatoria.

Para **CASYP**, la **SIC** omitió el hecho de que los ingresos percibidos por concepto del *fee de acceso a pista* son ingresos de la concesión y no de ella, motivo por el cual están destinados a la ejecución del contrato de concesión y la efectiva realización de las inversiones pactadas. Adicionalmente, considera que la **SIC** olvidó que de los ingresos que percibe la concesión por ese concepto, el 20.93% pasa a manos de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL** en virtud del contrato de concesión.

Por lo anterior, pretender la devolución de los ingresos percibidos a título de multa equivale a la confiscación de los recursos necesarios para el cumplimiento del contrato administrativo, lo que no sólo representa una extralimitación constitucional de funciones sino un claro *“hecho del príncipe”* que afecta al concesionario.

Por último, **CASYP** considera que la sanción de \$6.160.000.000.00 es confiscatoria para la sociedad, ya que representa el 103% de su patrimonio acumulado y supera en más de 7 veces sus utilidades acumuladas a diciembre de 2013.

## **2.2 Argumentos de EDUARDO BORDA SOTO**

### **2.2.1. La conducta de CASYP**

**EDUARDO BORDA SOTO** coadyuva todos los argumentos expuestos por **CASYP**, y afirma que como no existe responsabilidad alguna de la persona jurídica tampoco puede existir responsabilidad de la persona natural, por lo cual la investigación en su contra debe ser archivada.

### **2.2.2. Incongruencia entre la apertura y la sanción**

**EDUARDO BORDA SOTO** manifiesta que no pudo ejercer su derecho de defensa en la medida en que jamás tuvo la oportunidad de controvertir los motivos en los que se fundamentó su sanción. En su concepto, ni en la apertura ni en el Informe Motivado, se hizo referencia a los hechos por los cuales se le investigaba. Contrario a lo anterior, argumenta que los motivos que fundamentan su sanción sólo surgieron de forma repentina y primigenia en la Resolución de Sanción. En consecuencia, considera que fue sancionado sin ser oído, vulnerándosele así uno de sus derechos más elementales dentro de un Estado Social de Derecho, como es el derecho de defensa.

Agrega que la Resolución de Sanción recurrida pareciera mostrar que la **SIC** parte del supuesto de que la enunciación genérica y abstracta de un aparte de la norma que invoca como violada –determinación de precios inequitativos–, sin ningún tipo de desarrollo, es suficiente para formularle cargos, obligando al investigado a predecir o adivinar cada uno de los hechos y posibles comportamientos por los que puede configurarse la conducta que se le endilga.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

**EDUARDO BORDA SOTO** afirma no entender por qué la **SIC**, teniendo tan claro que su conducta implicaba un sistema alejado de sus proyecciones financieras y económicas y que a esa situación se refería el numeral 1.7. del apéndice E del contrato, no abrió la investigación por esos hechos concretos, en vez de elaborar teorías diametralmente diferentes que implican la consideración de un supuesto servicio de acceso a pista que en sus decisiones posteriores dejó de lado.

**EDUARDO BORDA SOTO** trae a colación dos (2) decisiones judiciales<sup>4</sup> en las que se establece que la apertura de la investigación es el acto de trámite sobre el cual se limita y edifica el procedimiento administrativo, definiéndose de forma precisa el marco de imputación en el que se desarrollará la defensa técnica del administrado y los límites de la administración para proferir una decisión congruente. Por lo anterior, sostiene que la **SIC** no podía imputar la existencia de precios inequitativos a partir de la ausencia de relación entre el servicio de acceso a pista y el *fee* fijado por dicho concepto, y luego sancionar afirmando que si bien no existe un servicio de acceso a pista del que pueda derivarse contraprestación alguna, el *fee* era inequitativo por haberse fijado sin tener en cuenta la necesidad de la concesión y las inversiones que debían hacerse, situación que de hecho había quedado plenamente desvirtuada en el curso de la actuación administrativa.

Por lo anterior, considera que se le ha vulnerado su derecho de defensa al no permitírsele la defensa frente a hechos que solo hasta la Resolución de Sanción se le imputaron y sancionaron, esto es: (i) tolerar la conducta de **PEDRO RAMÓN EMILIANI** y el presunto falseamiento del proceso de subasta; (ii) definir la tarifa de acceso a pista; (iii) establecer un esquema de presión al alza alejado de las consideraciones económicas relacionadas con las cifras proyectadas para la concesión; (iv) aceptar la propuesta de \$1.200 presentada por **CHEVRON**; y (v) seleccionar finalmente a **CHEVRON** como proveedor.

Para sustentar lo anterior, **EDUARDO BORDA SOTO** cita una sentencia de la Corte Constitucional<sup>5</sup> en la que se establece que no se viola el derecho de defensa de quien es investigado disciplinariamente cuando la autoridad llamada a adoptar la decisión varía la calificación jurídica de la conducta imputada, siempre que se le haya permitido ejercer la defensa efectiva sobre los elementos de su comportamiento por los cuales se le sancionó, cosa que no ocurrió en el presente caso. Adicionalmente, cita el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) para resaltar que *“concluidas las averiguaciones preliminares, si fuera el caso, formulará cargos mediante acto administrativo en que señalará, **con precisión y claridad, los hechos que lo originan**, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes”*.

Por los anteriores argumentos, sostiene que se le vulneró su derecho a la defensa al no habersele imputado de forma precisa los hechos por los cuales se le sanciona.

### **2.2.3. Inexistencia de las conductas por las cuales se le sancionó**

**EDUARDO BORDA SOTO** plantea que la sanción de la **SIC** se basa en hechos que no existieron, y resalta que hay una contradicción latente en los argumentos de la **SIC** cuando

<sup>4</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera (En Descongestión), Sentencia del 12 de diciembre de 2014, Exp No. 2011-0170 y otros acumulados; Consejo de Estado – Sección Cuarta, Sentencia del 15 de agosto de 2007. C.P. HÉCTOR ROMERO DÍAZ, Expediente No. 2007-00450.

<sup>5</sup> No se indica la identificación de la sentencia citada en el recurso presentado.

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

reconoce en **CASYP** un monopolista, pero a su vez, le exige cumplir condiciones de mercado para la fijación del *fee de acceso a pista*, siendo multado por no poder cumplir con una condición imposible.

Agrega que **CASYP** no estaba obligado a adelantar un concurso para la determinación del *fee*, y que por haberlo podido definir de forma unilateral, no tendría necesidad de falsear ningún proceso. Adicionalmente, manifiesta que no existió el engaño endilgado a **PEDRO RAMÓN EMILIANI**, pues la información que transmitió a **CHEVRON** fue espontánea, informal y aproximada, e inspirada en la búsqueda de una retroalimentación de su oferta, no como resultado de una actuar de **CASYP**, **PEDRO RAMÓN EMILIANI** o **EDUARDO BORDA SOTO** para engañar al proveedor. Agrega que no pudo haber tolerado el intercambio de información que se dio entre **CHEVRON** y **EMILIANI** en cuanto ese contacto fue totalmente ajeno a él y escapaba de su órbita de actividad.

Acto seguido, **EDUARDO BORDA SOTO** describe los actos que considera inexistentes, en los siguientes términos:

**2.2.3.1. Del correo electrónico intercambiado entre PEDRO RAMÓN EMILIANI y MARTHA O'MEARA**

**EDUARDO BORDA SOTO** aclara que **PEDRO RAMÓN EMILIANI** no era la persona designada por la Junta Directiva de **CASYP** para adelantar las negociaciones con los proveedores de combustible, y mucho menos la persona designada para adelantar contactos con **CHEVRON**. Agrega que fue **CHEVRON** quien, en su afán por conseguir un "feedback" de su oferta, contactó a **RAMÓN EMILIANI** en cuanto no logró comunicarse en ese entonces con él.

Agrega que por no estar incluido en el grupo de personas encargadas de escoger el proveedor de combustible, **PEDRO RAMÓN EMILIANI** no tenía conocimiento de las ofertas que se habían presentado, motivo por el cual no podía dar esa información de forma precisa. **EDUARDO BORDA SOTO** afirma que quedó demostrado que la Junta Directiva de **CASYP** no tuvo en cuenta la oferta de **CHEVRON** por \$1.200 pesos por galón que se allegó por intermedio de **EMILIANI**, en la medida en que era extemporánea.

Concluye su argumento manifestando que: *"[a]sí las cosas, no es cierto (y no existe prueba alguna que demuestre lo contrario) que el señor Emiliani hubiese engañado a CHEVRON para que formulara una oferta de \$1.200 por galón de combustible vendido. Se trata de una simple suspicacia, de una especulación del Despacho que se basa en un correo electrónico tomado de forma descontextualizada"*.

**2.2.3.2. Imposibilidad de tolerar la supuesta conducta de PEDRO RAMÓN EMILIANI**

Luego de recalcar que no es cierto que **PEDRO RAMÓN EMILIANI** engañó a **CHEVRON**, y por consiguiente no falseó ningún proceso competitivo, **EDUARDO BORDA SOTO** manifiesta que al no ser superior o jefe de **EMILIANI** se le imposibilitaba conocer las conversaciones que mantuvo con **CHEVRON**, y mucho menos debía hacerlo. Por lo anterior, trae a discusión el hecho de que sólo un día después de ocurrido el cruce de correos entre **EMILIANI** y **CHEVRON**, él envió una comunicación a **TERPEL** en la que le informaba que **CASYP** había aceptado la oferta que habían enviado.

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Por lo anterior, considera que el razonamiento de la **SIC** es incomprensible si se tiene en cuenta que la misma Entidad reconoció que no era posible atribuírsele el engaño, pero termina sancionándolo por aducir su tolerancia del papel que desempeñaba en la definición del *fee* y la contratación del distribuidor de combustible. En todo caso, **EDUARDO BORDA SOTO** considera que debe tenerse en cuenta que él no era la persona que debía considerar y adjudicar las ofertas, ya que esa labor era de la Junta Directiva de **CASYP**.

Por último, considera que aceptando –en gracia de discusión– que **EMILIANI** falseó el proceso, el Despacho nunca demostró que **EDUARDO BORDA SOTO** tuviera conocimiento pleno y absoluto de que la oferta de \$1.200 pesos por galón se recibió como producto de un engaño o falsedad.

**2.2.3.3. En su condición de Gerente no seleccionó al proveedor**

Manifiesta **EDUARDO BORDA SOTO** que a él le corresponde rendir cuentas y acatar las decisiones y ordenes de la Junta Directiva, y no al revés, por lo que no estaba en capacidad de oponerse a la decisión que sobre el *fee de acceso a pista* esta adoptara. Agrega que fue la Junta la que decidió considerar como extemporánea la oferta de \$1.200 de **CHEVRON**, y que esta sería la segunda opción en caso de no finiquitarse el negocio con **TERPEL**.

Agrega que la investigación que se le abrió fue por ejecutar la suscripción del otrosí No. 3 del contrato de acceso a pista con **CHEVRON**, y no por haber tolerado la conducta desplegada por un miembro de la junta directiva de **CASYP**.

Así mismo, sostiene que no puede sancionársele simplemente por haber firmado un contrato que la misma Resolución de Sanción consideró como legal, pues se archivó la investigación por la presunta violación de los numerales 1 y 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y en caso de considerar que ese contrato fue el vehículo para que materializara la infracción, la **SIC** no hubiera podido exonerar al proveedor de combustible.

**2.2.3.4. No ejecución de conductas dirigidas a determinar o mantener precios inequitativos**

**EDUARDO BORDA SOTO** afirma que se le sancionó por la ejecución de actos jurídicos que materializaron la fijación de un precio inequitativo, comportamiento que tampoco fue relacionado en la apertura de la investigación. Independientemente de ello, afirma que no fue él quien diseñó el sistema de subasta y no hay prueba en el expediente que demuestre lo contrario. Adiciona que se extraña que la **SIC** no haya especificado cómo "*materializó*" la fijación de la tarifa, o no haya detallado las condiciones de modo, tiempo y lugar en que supuestamente "*estableció*" un esquema de presión al alza.

Agrega que la **SIC** concluye que por haber sido nombrado como vocero de **CASYP** en las negociaciones con los proveedores, se convierte en el creador del mecanismo por el cual se recibieron las ofertas y se fijó la tarifa de \$1.200.

**2.2.3.5. La presunta fijación del fee sin tener consideraciones económicas de mercado**

**EDUARDO BORDA SOTO** señala que la **SIC** se apartó del informe pericial presentado por **DESSAU**, y con ello ignoró las conclusiones a las que llegó el perito respecto a que el incremento no sólo fue justificado sino que incluso se quedó bastante corto para que **CASYP**



*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

podiera cubrir los gastos y costos, y realizar las inversiones requeridas por el contrato de concesión.

Sostiene que el análisis del Despacho se limitó exclusivamente a las proyecciones financieras de **CORREVAL**, y no tuvo en cuenta la realidad económica y financiera de la concesión, la cual quedó plasmada en el peritaje contenido en el expediente. Por lo anterior, considera inadmisibles que los montos de los cargos no regulados y tarifas correspondientes estén atadas a unas estimaciones teóricas, las cuales tendrían para la **SIC** mayor fuerza que las condiciones económicas y financieras reales de la concesión.

Así mismo, manifiesta que la **SIC** hizo unos cálculos que nunca fueron presentados a él o **CASYP**, y por ende no pudo haberlos controvertido, pese a ser sustento de la decisión sancionatoria.

Adiciona que las manifestaciones de la **SIC** sobre la falta de transparencia en el proceso de selección del distribuidor de combustible no son válidas en la medida en que no existe ninguna ley o reglamento que establezca cuál es el método transparente que deban aplicar las concesiones aeroportuarias. Agrega que la **SIC** no cita ninguna jurisprudencia, doctrina, norma o reglamento que establezca que las concesiones aeroportuarias no puedan exceder las proyecciones que hacen, so pena de incurrir en un precio inequitativo.

**EDUARDO BORDA SOTO** expresa que no le era posible prever los criterios que hasta la decisión de sanción definió la **SIC** en torno a la fijación del *fee de acceso a pista*, situación que se limita aún más con el hecho de no tener voz ni voto en la Junta Directiva. Adiciona que otro elemento que demostraría que los criterios no estaban definidos con anterioridad en la ley, es el hecho de que para el sector de la leche fue necesaria la expedición del Decreto 2513 de 2005 para definir lo que se constituye en precio inequitativo de la leche cruda.

Afirma que el hecho de que el *fee de acceso a pista* no esté regulado no puede atribuírsele a **CASYP**, y mucho menos a él. Considera que tampoco es una atribución de la **SIC** la regulación de este precio y limitar el valor de los ingresos que puede percibir un agente económico o concesionario.

#### **2.2.3.6. Petición**

Con base en todo lo expuesto, **EDUARDO BORDA SOTO** solicita que *“revoque la Resolución 76724 de 2014 (16 de diciembre)”*.

**TERCERO:** Que una vez estudiados los argumentos expuestos por los recurrentes, este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los sancionados contra la Resolución No. 76724 del 16 de diciembre de 2014, en los siguientes términos:

#### **3.1. La presunta falta de competencia de la SIC**

**CASYP** y **EDUARDO BORDA SOTO** señalan que la **SIC** se extralimitó en su competencia al sancionarlos **CASYP** por implementar una práctica, procedimiento o sistema tendiente a mantener o determinar un precio inequitativo para el cargo no regulado de *fee de acceso a pista* en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés. En su opinión, cuando la **SIC** interpretó qué era un precio inequitativo y cuáles eran algunas de las condiciones de mercado más básicas a las que debió atender el concesionario para fijar su *fee de acceso a pista*, se extralimitó en sus funciones, debido a que reguló un cargo no regulado. De igual forma, la **SIC** se extralimitó al ordenar que mientras se fijara un nuevo *fee*

RESOLUCIÓN NÚMERO     - - 8 8 9 6     DE 2015 Hoja No. 10

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

de acceso a pista que atendiera a condiciones de mercado, dicho cargo debía fijarse en el punto anterior al incremento que dio lugar a la conducta anticompetitiva, lo cual también implica regular un cargo no regulado.

Para este Despacho, el argumento expuesto por **CASYP** y **EDUARDO BORDA SOTO** en este punto no está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

La posición de los recurrentes parte de la falsa premisa según la cual, cuando se está frente a cargos no regulados, la **SIC** carece de competencia para afirmar que el procedimiento utilizado para su fijación tiende a establecer precios inequitativos. Tal enfoque asume que si el cargo o precio no está regulado, afirmar que el mismo es inequitativo equivale a establecerle un tope, con lo cual se estaría regulando lo que por contrato es no regulado.

Así mismo, señalar que el procedimiento para fijar un cargo no regulado tiende a fijar precios inequitativos, o que desconoció los mecanismos de mercado que debieron tenerse en cuenta para fijarlo, implica regular un cargo no regulado, lo cual está proscrito. Con esto, cuando la Autoridad Nacional de Competencia establece que un procedimiento tiende a fijar precios inequitativos para el caso de un cargo no regulado, no puede señalar que se desconocieron los mecanismos de mercado disponibles para la fijación correcta del precio, ni tampoco enunciar cuáles son algunos de esos mecanismos de mercado que se ignoraron.

La posición también asume falsamente que cuando la **SIC** concluye que en la fijación de un cargo se utilizaron procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos, no es posible ordenar re-fijación del precio utilizando criterios de mercado, ya que ello implica regular el precio. En otras palabras, se piensa que incluso en el evento en que la **SIC** pueda declarar la ilegalidad de la conducta –utilizar un método o sistema para fijar un precio inequitativo–, no puede ordenarle al infractor la suspensión de su conducta y la readecuación del precio utilizando criterios de mercado.

Frente a lo anterior, la cuestión jurídica a determinar es si la **SIC** tiene competencia para declarar que un procedimiento o sistema para fijar un cargo no regulado en una concesión aeroportuaria tiende a fijar precios inequitativos y, por consiguiente, es ilegal. En caso de ser afirmativa la respuesta, se deberá establecer si al momento de concluir que dicho procedimiento tiende a fijar un precio inequitativo, la **SIC** debe motivar las razones por las cuales se desconocieron los criterios de mercado disponibles para fijar un precio no inequitativo, e ilustrar sobre cuáles eran dichos criterios de mercado.

Para este Despacho, la respuesta a las dos cuestiones jurídicas anteriores es afirmativa, conclusión obligatoria tanto de la lectura de las normas de competencia como del contrato de concesión.

El numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, establece que le corresponde a la **SIC** "*[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia (...)*". Así mismo, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011<sup>6</sup>, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función "*[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal **en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica.***"

<sup>6</sup> Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

De otra parte, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 establece que **“[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas”**. Finalmente, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 señala que **“[q]uedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”** (...).

De las anteriores normas jurídicas es claro que:

(i) A la **SIC** le corresponde velar por el cumplimiento de las normas sobre protección de la competencia en Colombia;

(ii) Las normas sobre protección de la competencia aplican en todos los mercados nacionales, y respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica, sin que estén exceptuados de dicha aplicación los consorcios o concesionarios de aeropuertos; y

(iii) Dentro de las normas sobre protección de la competencia que le corresponde aplicar a la **SIC** se encuentra la Ley 155 de 1959, que en su artículo 1 prohíbe toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos, sin que estén exceptuados de la aplicación de dicha norma la fijación de cargos no regulados, ni tampoco los consorcios o concesionarios aeroportuarios.

Así, a **CASYP** y **EDUARDO BORDA SOTO** les aplica la prohibición de implementar toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos, y, en caso de hacerlo, según la ley, la **SIC** será la encargada de tramitar las investigaciones e imponer las sanciones pertinentes cuando ello implique restricciones a la libre competencia.

La prohibición de implementar prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos aplica, sin distinción, a los cargos regulados y no regulados, por varias razones.

Primera, la ley no establece ninguna distinción entre los cargos regulados y no regulados para efectos de aplicar el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por lo cual no es posible entender que le aplica a unos precios pero a otros no. Bien es sabido que cuando la ley es clara y no hace ninguna distinción en su aplicación, no le es dable hacerla al intérprete.

Segunda, las normas de competencia aplican a todos los sectores de la economía y a todo el que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, lo cual incluye el mercado de las concesiones aeroportuarias y todos los cargos que allí se fijen, sin excepción.

Tercera, afirmar que la prohibición de abstenerse de implementar mecanismos tendientes a mantener o determinar precios inequitativos es inaplicable a los cargos no regulados, bajo el argumento de que estos son libres, equivaldría a aceptar que dicha prohibición no le aplica a ningún precio desprovisto de expresa regulación en Colombia -que son la mayoría-, lo cual haría nugatoria la prohibición señalada en la Ley 155 de 1959. En efecto, al ser Colombia una economía de mercado donde por regla general los precios se fijan libremente, la

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

exclusión de los cargos no regulados en una concesión de la aplicación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, conllevaría necesariamente a excluir de la aplicación de la prohibición prácticamente todos los sectores de la economía, ya que todos ellos son no regulados. Por otra parte, decir que la prohibición aplica a todos los precios en Colombia salvo a los no regulados, conllevaría a una aplicación discriminatoria y desigual de la ley que no tiene sustento legal alguno.

Cuarta, el que la prohibición de abstenerse de implementar mecanismos tendientes a mantener o determinar precios inequitativos le aplique a los cargos no regulados de una concesión no implica convertir el cargo en regulado; implica que quien lo fija es libre de establecerlo como a bien tenga, pero dentro de los límites que establece la ley o las particulares condiciones de la concesión, conforme a la cual está prohibido utilizar sistemas o procedimientos tendientes a fijar precios inequitativos.

Tal y como ocurre con las personas, que no por el hecho de tener algunos límites legales para actuar dejan de ser libres, en el caso de los precios, el hecho de que puedan ser fijados libremente de acuerdo con las reglas del mercado no implica que cuando la ley y la Autoridad ponen un límite en aplicación de una norma jurídica, el precio se esté regulando o deje de ser “libre”. Así, el declarar que un precio es inequitativo o que el sistema utilizado para fijarlo tiende a mantener o determinar precios inequitativos no implica regular el precio, implica que a pesar de ser fijado de forma libre y de acuerdo con las condiciones de mercado, el precio tiene un límite que se encuentra establecido por ley.

Finalmente, no debe olvidarse que conforme al artículo 333 de la Constitución Política la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero dentro de los límites del bien común. Así, cuando se declara que una actividad o fijación de precio contraría los límites del bien común no quiere decir que deje de ser libre, simplemente implica que la libertad, como cualquier otro derecho, no es absoluta, y que debe ceñirse a unos parámetros de comportamiento.

Además de que la Ley de Competencia—que incluye el artículo 1 de la Ley 155 de 1959- por sí misma es aplicable a los concesionarios de aeropuertos cuando fijan cargos no regulados, el propio contrato de concesión establecía límites a la forma en que se fijaban.

Mucho menos tiene competencia la **SIC** —asumen los recurrentes-, para señalar por qué determinada empresa utilizó mecanismos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos en un caso concreto, ya que tal conducta conllevaría a establecer criterios para fijar el precio y, por consiguiente, a regular un precio no regulado.

En efecto, el contrato No. 7000002- del 10 de enero de 2007, suscrito entre la **AEROCIVIL** y **CASYP**, definió en su Apéndice E cuáles ingresos de la concesión eran regulados y cuáles no regulados, encontrándose dentro de estos últimos el *fee* de acceso a pista. Por su parte, el numeral 1.7. del apéndice E señala que *“[e]n caso de no establecerse contraprestación específica para alguno de los Servicios Asociados a los ingresos No Regulados, se entenderá que el Concesionario podrá fijarla de acuerdo con las normas de libre mercado”*. Más importante aún, dicho numeral señala que *“[e]n todo caso el Concesionario no ejecutará ni permitirá que se ejecuten por parte de los proveedores de los Servicios Asociados a los Ingresos No Regulados prácticas, actos o acuerdos que sean considerados restrictivos de la competencia por **la Ley 155 de 1959** (Por la cual se dictan algunas disposiciones de prácticas comerciales restrictivas), el Decreto 2153 de 1992 y las normas que los complementen, modifiquen o replacen.”*

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Es evidente entonces, que a la fijación del *fee* de acceso a pista (un cargo no regulado) por parte de **CASYP**, le eran aplicables las disposiciones de la Ley 155 de 1959, entre las cuales se encuentra la prohibición de utilizar métodos tendientes a fijar precios inequitativos. También es claro que, contrario a lo que afirma **CASYP**, quien en su recurso afirma *“ni la ley ni el contrato de concesión obligan al concesionario a mostrar el sustento económico y financiero que tuvo en cuenta para aumentar el fee de acceso a pista.”*, el contrato sí establece límites a la fijación del *fee* de acceso a pista, ya que de un lado, obliga al concesionario a fijar dicha tarifa conforme a las reglas del mercado, y de otro, le prohíbe ejecutar prácticas anticompetitivas.

Fue en este contexto que la **SIC** evaluó la conducta de **CASYP**, y concluyó que había utilizado sistemas o métodos tendientes a fijar precios inequitativos al momento de pasar su *fee* de acceso a pista por galón de combustible de 60 pesos a 1.200 pesos, y que no había usado criterios de mercado al establecer dicho *fee*, tal y como lo exigía el contrato.

Al momento de declarar la ilegalidad de la conducta, la **SIC** observó que el monto del incremento del *fee* de acceso a pista de \$60 pesos por galón a \$1.200 pesos por galón por parte de **CASYP**, *“fue absolutamente arbitrario, no tuvo ningún sustento económico, desatendió toda proyección financiera que respecto del cargo realizó el propio concesionario, y adicionalmente desatendió ofertas ya aceptadas por él que demostraban que el fee ofrecido era suficiente para operar la concesión, remunerarla y realizar las inversiones necesarias.”*

Así mismo, la **SIC** señaló que *“CASYP no usó un procedimiento transparente para fijar el fee de acceso a pista. Esto en la medida en que, además de no haber tenido ningún sustento económico o financiero para fijar el fee donde lo fijó, atendiendo a las proyecciones y necesidades de la propia concesión, delegó en terceros (proveedores de combustible) la fijación del cargo a través de una subasta informal que, por los incentivos que generaba, era obvio que su precio podía ser más alto que el ingreso requerido para financiar la concesión. En este orden de ideas, este Despacho considera que el procedimiento adelantado por CASYP para la fijación del fee de acceso a pista y para la selección del proveedor de combustible en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, es tendiente a fijar precios inequitativos en el mercado (...)”*

La **SIC** determinó que **CASYP** no tuvo en cuenta criterios de mercado para fijar el *fee* de acceso a pista. También señaló que **entre los criterios de mercado disponibles** que tiene un concesionario para fijar un cargo no regulado, como lo era el *fee* de acceso a pista, se encuentran, los siguientes:

*“(i) Las proyecciones de ingresos realizadas al inicio de la concesión tanto del cargo no regulado que se pretende fijar como de la concesión en su totalidad. Dichas proyecciones, por supuesto, fueron hechas por el concesionario de acuerdo con las obligaciones de inversión que asumió en virtud del contrato de concesión. Estas proyecciones deben ser tenidas en cuenta ya que los ingresos no regulados y los regulados de una concesión deben ser suficientes (en conjunto) para realizar las inversiones y operar la infraestructura concesionada;*

*(ii) La evolución real del ingreso no regulado que se pretende fijar y de los ingresos de la concesión en su totalidad durante el curso del contrato, proyectando dicha evolución por el tiempo de duración del compromiso que se adquirió con el Estado. Lo anterior teniendo en cuenta que los ingresos no regulados y los regulados deben ser suficientes para realizar las inversiones y operar la infraestructura;*

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

*(iii) La distribución de riesgos establecida en el contrato de concesión, ya que estos muestran quién debe asumir el riesgo de un menor ingreso o utilidad derivada de la concesión;*

*(iv) La utilización de un mecanismo transparente para fijar el cargo no regulado, de tal forma que tenga un fundamento económico real y un propósito de cubrir las inversiones que se requieren para cumplir los compromisos del contrato de concesión y la administración de la misma. **Este mecanismo transparente de ninguna manera implica la negociación de los cargos no regulados con los consumidores que finalmente tienen que pagarlos (ente ellos, las AEROLÍNEAS), pero sí conlleva el uso de factores económicos que tengan sustento real en las proyecciones e inversiones financieras que requiere la concesión –que fue precisamente para lo que se crearon los cargos no regulados-, y no a la utilización de criterios arbitrarios por parte de los concesionarios.**”*

Nótese como la SIC estableció que **entre los criterios de mercado** disponibles para fijar el fee de acceso a pista se encontraban los listados anteriormente, que fueron absolutamente desatendidos por CASYP, **siendo claro que son los criterios de mercado naturales y obvios a los que, por la naturaleza del contrato, debería atender cualquier empresario en una situación como la planteada en este caso.**

CASYP manifiesta que la SIC desbordó su competencia al haber listado algunos criterios de mercado –que se reitera son los obvios y naturales a los que atendería cualquier concesionario-, ya que esto implica **regular de forma ex post** un cargo que por contrato es no regulado. Lo anterior en la medida en que ilustrar sobre algunos criterios para fijar el fee de acceso a pista equivale a limitar la libertad del cargo y, por consiguiente, regularlo. Por otro lado, señala que se le está sancionando por incurrir en una conducta no tipificada al momento de su realización, ya que los criterios que identificó la SIC como “de mercado” no habían sido identificados antes de proferirse la Resolución de Sanción.

Para este Despacho el argumento no está llamado a prosperar por varias razones:

La primera, como ya se dijo, el que un cargo no regulado tenga limitaciones establecidas por ley, incluyendo la prohibición de aplicar métodos que tengan como consecuencia el establecimiento de precios inequitativos, no implica convertir el cargo en regulado, simplemente conlleva a que la libertad en la fijación del cargo no desatienda las condiciones del mercado específico, de tal forma que desborde los límites que la ley ha impuesto para proteger el bien común. El decir que entre los criterios de mercado que debe tener –y de hecho tiene - en cuenta un empresario al momento de establecer un cargo no regulado en una concesión se encuentran: **(i)** lo que esperaba percibir por el cargo; **(ii)** las obligaciones de inversión que tenía con el concedente; **(iii)** la evolución de los ingresos del cargo; **(iv)** la distribución del riesgo establecida en el contrato; etc., no es más que la extracción de los elementos económicos y de mercado que se encontraban disponibles para fijar el cargo, así como una interpretación de las obligaciones establecidas en el contrato mismo.

El que la Autoridad interprete y analice en un caso concreto cuáles son **algunos de los criterios de mercado** disponibles para quien fija un precio en un mercado concreto, no implica que esté regulando el cargo; simplemente constituye un análisis de las herramientas económicas –bastante obvias por lo demás- que estaban a disposición del investigado para fijar el *fee de acceso a pista*, de tal forma que el mismo no fuera establecido de forma arbitraria, como de hecho lo fue en el caso que se sanciona.

La segunda, la mención de algunos de los criterios de mercado disponibles en el caso concreto y que fueron inobservados por CASYP para establecer el valor del *fee de acceso a*

RESOLUCIÓN NÚMERO - - 8 8 9 6 DE 2015 Hoja No. 15

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

*pista* es, desde un punto de vista argumentativo, la motivación por la cual la conducta del concesionario recae en una violación de la disposición contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Esto quiere decir que los criterios inobservados a la hora de fijar el *fee* hacen parte de la adecuación típica de su conducta del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y no del establecimiento de un nuevo tipo administrativo prohibido por las normas de protección de la competencia que **CASYP** no conocía al ejecutar su conducta.

**CASYP** tenía claro que el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 le era aplicable como actor en el mercado que es –tal y como lo dice expresamente el contrato–, de tal forma que debía utilizar métodos que no conllevaran al establecimiento de precios inequitativos en la fijación de su *fee* de acceso a pista. Para ello debió usar métodos de mercado disponibles, entre los que se encuentran los ilustrados por la **SIC** en el acto recurrido, que son los naturales y obvios que hubiese tenido en cuenta un empresario que atendiera a las señales del mercado en el caso concreto.

De esta forma, el haber listado algunos de los criterios de mercado que debió tener en cuenta el concesionario no es sino la motivación misma de la razón por la cual el precio resultó siendo inequitativo, lo cual de ninguna forma se erige como la creación de un nuevo tipo sancionatorio. Simplemente constituye la aplicación concreta de un tipo sancionatorio que, como en todos los casos de protección de la competencia, debe ser analizado a la luz del mercado involucrado. De no haberse enunciado algunos de los criterios de mercado – que se reitera, son los naturales que debería tener en cuenta cualquier concesionario al fijar un cargo no regulado que está sujeto al no establecimiento de un precio inequitativo por ley, y que por contrato debe atender a las condiciones de mercado–, la **SIC** hubiese dejado de motivar en un aspecto su acto administrativo, cuestión que sí hubiese constituido un legítimo reproche a la decisión de la administración.

Como en toda infracción a una norma de competencia, la Autoridad debe decirle al investigado por qué la incumplió, sin que la motivación constituya de ninguna forma la regulación de un precio o una conducta, o la creación de un nuevo tipo sancionatorio. Todo lo contrario, la explicación de por qué se desatendieron criterios de mercado en un caso concreto, que derivaron en el uso de mecanismos tendientes a fijar precios inequitativos, no es otra cosa que la aplicación de la norma al caso concreto.

En tal virtud, no es posible sostener que la Autoridad le opuso a **CASYP** requisitos de mercado inexistentes al momento de la fijación del *fee*, **cuando dichos límites son la traducción, en el caso concreto, de los deberes que tenía del pleno cumplimiento de las normas que protegen la competencia que, para el caso particular, también fueron incluidos como parte del contrato de concesión.**

No resulta aceptable entonces considerar que la **SIC** sancionó a **CASYP** con base en normas que no eran preexistentes al momento de la comisión de su reprochada conducta, o que la descripción de su conducta anticompetitiva es la regulación de una actividad que no estaba sujeta a ninguna limitación, ya que la norma transgredida por **CASYP** está vigente desde 1959, fue reiterada como aplicable en el contrato de concesión, y es una norma de orden público aplicable a su situación. Lo único que hizo la **SIC** fue aplicarla al caso concreto, motivando su acto administrativo a la luz del mercado relevante afectado en este caso y de acuerdo con lo que arrojaron las pruebas practicadas en el curso de la investigación.

Aceptar la tesis propuesta por el recurrente equivaldría a obligar a la **SIC** a determinar que se utilizaron mecanismos para fijar precios inequitativos, sin explicar por qué dichos

RESOLUCIÓN NÚMERO 8896 DE 2015 Hoja No. 16

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

mecanismos resultaban violatorios del régimen de competencia, o cuál era la conducta que según la ley se esperaba del investigado, cuestión que carece de toda lógica. Adoptar esa posición sería tanto como afirmar que un precio es inequitativo, sin decir cuál hubiese sido el precio equitativo, cosa que adolecería de la motivación necesaria de cualquier acto administrativo.

No se puede dejar de lado el hecho de que el establecimiento de los criterios utilizados por la **SIC** para considerar el actuar de **CASYP** contrarió al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 es el resultado de la aplicación del principio de *“motivación suficiente”* de los actos administrativos, que como lo ha sostenido la Corte Constitucional, proviene del *“cumplimiento de preceptos constitucionales que garantizan que los particulares tengan la posibilidad de contradecir las decisiones de los entes públicos ante las vías gubernativa y judicial, evitando de esta forma la configuración de actos de abuso de poder. De esta forma, le corresponde a la administración motivar sus actos y a los entes judiciales decidir si tal argumentación se ajusta o no al ordenamiento jurídico”*<sup>7</sup>.

Es obvio que si la Superintendencia no hubiese ilustrado sobre cuáles eran algunas de las condiciones de mercado a las que debió atender **CASYP** al momento de fijar el *fee de acceso a pista*, el argumento del recurrente no sería que la Entidad entró a regular un cargo no regulable, sino que no motivó debidamente su acto administrativo.

Cuando la **SIC** describe de forma detallada en qué consistió la infracción administrativa cometida por **CASYP**, así como los elementos que se tuvieron en cuenta para considerar que su conducta contrarió la prohibición general de la Ley 155 de 1959, no está ejerciendo una actividad legislativa de tipificación de una conducta anticompetitiva, sino que simplemente está soportando su decisión con base en la carga motivacional que tiene para imponer una sanción, pues el ejercicio de tipificación ya lo hizo el legislador.

Tampoco puede aceptarse que sólo hasta la Resolución de Sanción se delimitaron claramente los límites que tenía **CASYP** para fijar el *fee de acceso a pista*, pues el hecho de que la **SIC** sancione por primera vez una conducta de esta naturaleza en el mercado, y con ello haga una explicación casuística de la aplicación del tipo administrativo, no puede significar la inexistencia de la proscripción legal. Es de recordar que en nuestro sistema jurídico la conducta prohibida no nace desde su aplicación práctica sino desde su tipificación en la ley, y que la teoría de la equidad del precio se ha tratado desde hace mucho tiempo por parte de la doctrina internacional<sup>8</sup> e incluso la nacional<sup>9</sup>, motivos que no permiten afirmar que se trataba de una materia desconocida en el mundo jurídico del Derecho de la Competencia.

Como ocurre en el presente caso, la carga se hace más exigente cuando la conducta es exclusivamente proscribida por la prohibición del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, pues se trata de un tipo más amplio a los considerados restrictivos de la competencia en el Decreto 2153 de 1992. Lo anterior es consecuencia de que dicha disposición se comporta como una norma general de protección de la competencia, idéntica o similar a la que existe en muchos países, la cual cobija en extenso el bien jurídico tutelado que protege el régimen de

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-204 del 14 de marzo de 2012, expediente T-3275969, M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

<sup>8</sup> La OCDE en su documento “Policy Roundtable - “Excessive Prices”, DAF/COMP 2011, p. 55 – 56, menciona como caso emblemático sobre precios inequitativos el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su caso de “United Brands Company y United Brands Continental B.V. v. Comisión de las Comunidades Europeas”, Caso 27/76 de 1978.

<sup>9</sup> SIC, Resolución No. 37790 de 2011, Caso “Vijagal”.



*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

competencia, y en consecuencia incorpora todas las prohibiciones particulares que el régimen prohíbe y tipifica en el Decreto 2153 de 1992, pero no se agota con ellas.

La prohibición general entra a cobijar aquellas conductas que, sin haberse previsto en el Decreto 2153 de 1992, atentan contra el bien jurídico tutelado por las normas de protección de la competencia, se reitera, como ocurre en muchísimos países bajo la pluricitada prohibición general de prácticas tendientes a limitar, restringir o eliminar la libre competencia.

Al respecto ha expuesto esta Superintendencia:

*"El artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963 establece que:*

*"Artículo 1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos".*

*La anterior disposición ha sido interpretada por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica que conlleve a restringir la competencia en un mercado<sup>10</sup>. De esta manera, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 no tiene un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino por el contrario, las incorpora.*

*En este orden de ideas, la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas o prácticas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 (que el Decreto asume como tendientes a limitar la libre competencia), como aquellas conductas que no obstante no están descritas en el Decreto 2153 de 1992, tienden a limitar la libre competencia. Así, cuando se establece que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos se estaría violando la prohibición general, lo que no impide que la conducta también se encuadre dentro de los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992.*

*En resumen, cuando una conducta se encuadra dentro de las prácticas restrictivas de la competencia previstas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, también se encuadraría en lo dispuesto por la prohibición general, teniendo en cuenta que ésta abarca todas los procedimientos, prácticas o sistemas que limiten la competencia sin excluir los expresamente descritos por la ley.*

*Lo anterior no implica que una violación a la prohibición general también implique de inmediato la violación de una de las prácticas consideradas como anticompetitivas por el Decreto 2153 de 1992, ya que una práctica puede tender a limitar la libre competencia pero no haber sido incluida en la lista de conductas anticompetitivas del Decreto 2153 de 1992"<sup>11</sup>.*

El hecho de que exista una cláusula general que prohíbe las prácticas restrictivas de la competencia y la utilización de mecanismos tendientes a fijar precios inequitativos, no implica que cuando la autoridad encuentra que un actor en el mercado incurrió en dicha violación esté estableciendo un nuevo tipo sancionatorio o regulando una conducta no

<sup>10</sup> Ver Resoluciones Nos. 6839 de 2010 y 65477 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>11</sup> SIC, Resolución No. 53403 de 2013.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

prohibida, bajo el argumento de que la cláusula general no establece específicamente la conducta contraria a la libre competencia. Tal interpretación equivaldría a decir que no existe la cláusula general de competencia que prohíbe las prácticas comerciales restrictivas y que la prohibición prevista en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 es inexistente o no rige (lo cual es francamente absurdo), por el hecho de no especificar exactamente todos los casos en los que dichas prácticas se pueden presentar.

En este sentido, no le asiste razón a **CASYP** cuando afirma que fue sancionado por una conducta que sólo hasta la misma Resolución de Sanción fue tipificada como anticompetitiva, pues como se mencionó, la adecuación típica de una conducta en la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, requiere de una motivación extensa de la adecuación del comportamiento a la norma. En tal virtud, los elementos descritos por la **SIC** en la Resolución recurrida representan la satisfacción del requisito de *“motivación suficiente”* del Acto Administrativo sancionatorio, situación que no puede confundirse con una tipificación de conductas anticompetitivas por vía de la Resolución o actividad regulatoria alguna, pues la tipificación, se reitera, está contenida en el propio artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Hay que tener en cuenta que este ejercicio de clarificación de la ilicitud de la conducta del concesionario se convierte, a su vez, en la mayor garantía que puede recibir el administrado, ya que por medio de él se le brinda, más allá de una simple sanción, la explicación necesaria de cómo su actuar vulneró la normatividad y cómo puede evitar incurrir en este tipo de conductas nuevamente.

En conclusión, la descripción causal que elaboró la **SIC** sobre los elementos que, entre otros, llevaron a la autoridad a considerar que el actuar de **CASYP** fue anticompetitivo, se convierte en la respuesta de la Autoridad a su deber motivacional de su sanción en pro de los derechos de los administrados. Tal situación no puede confundirse con un ejercicio legislativo de definición de nuevos tipos administrativos sancionables ni con una actividad regulatoria, pues la tipificación, se reitera, está contenida en el propio artículo 1 de la Ley 155 de 1959, como durante décadas lo ha sostenido y validado la doctrina y la jurisprudencia.

Por su parte, la determinación de la tarifa operante en el interregno entre la firmeza de la decisión y la fijación de un nuevo *fee* que está acorde con lo establecido en la ley, no constituye actividad regulatoria alguna; simplemente representa el cumplimiento del deber legal de ordenar al infractor la remoción de los efectos causados con su conducta anticompetitiva, lo cual es una consecuencia natural de la declaratoria de ilegalidad. Mal haría esta Superintendencia en decir que un precio se fijó de manera ilegal y no ordenar a las partes retrotraer su conducta al momento anterior a la infracción, y la redefinición del precio utilizando mecanismos legales. Decir que la **SIC** no podía ordenar al sancionado retrotraer su conducta al momento anterior a la ocurrencia de la ilegalidad sería tanto como decir que ante un caso en el que la **SIC**, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, encuentre que un juguete para niños es altamente peligroso para su salud, y no ordene removerlo del mercado para evitar la continuación de los daños causados o que se pueden causar con la conducta.

Como es apenas lógico, esta Superintendencia no puede adoptar la decisión de considerar que el mecanismo empleado por **CASYP** para la fijación del *fee de acceso a pista* es contrario a la ley y al mismo tiempo dejar un vacío sobre las consecuencias que su decisión tiene en el interregno entre la firmeza del Acto Administrativo y el momento en que **CASYP** defina una nueva tarifa en cumplimiento de la orden emitida por esta Entidad. Por este

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

motivo, la conducta jurídicamente procedente y adecuada, que de hecho constituye un deber de la autoridad, fue definir el efecto jurídico inmediato de su decisión, que como resulta jurídicamente lógico, debía ser la retrotracción del cargo que se implementó con violación de la ley, hasta el momento previo de la comisión de la conducta.

No puede olvidarse que una de las funciones del Superintendente de Industria y Comercio, conforme al numeral 8 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 consiste en "[o]rdenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal".

Por lo demás, el haber exhortado a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)** para que estudie la posibilidad de regular cargos no regulados que estén relacionados de forma directa con la prestación de un servicio público, de ninguna forma sugiere que la **SIC** no tenía competencia para sancionar a **CASYP** en este caso. En primer lugar, porque como quedó claro de lo anterior, la SIC es competente para investigar y sancionar el uso de métodos tendientes a fijar precios inequitativos, sin que los cargos no regulados en las concesiones estén excluidos de tal reproche. En segundo lugar, porque el Estado puede regular un cargo con anterioridad o dejarlo libre, sin que por el hecho de no haberlo regulado el mismo pueda resultar inequitativo a la luz del régimen de competencia. En tercer lugar, porque el Estado puede tener diferentes respuestas para una misma situación de hecho, y en las cuales son competentes varias autoridades públicas, incluidas las de prevención de un lado y sanción del otro. El que se exhorte a la **ANI** para que considere la regulación de un precio no es sino una forma de prevenir que un concesionario no aplique procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos, sin que ello implique que la ausencia de regulación haga inaplicable la prohibición establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Por lo expuesto, para este Despacho no le asiste razón a **CASYP** y **EDUARDO BORDA SOTO** para sostener que la **SIC** actuó extralimitándose en su competencia, y en consecuencia, no modificará su decisión por este concepto.

### **3.2. Presunta violación del derecho de audiencia y de defensa frente a los criterios de mercado establecidos por la SIC y los escenarios económicos expuestos por el Despacho**

**CASYP** y **EDUARDO BORDA SOTO** afirman que su derecho de audiencia y defensa fue violado por la SIC ya que: **i)** se les sancionó por una conducta que solo se tipificó al momento de imponérselos la sanción; y **ii)** se simularon unos escenarios económicos que sirvieron de base para imponer la sanción que nunca pudieron ser controvertidos por los sancionados.

El primer argumento no está llamado a prosperar por las razones expuestas en el numeral anterior, de las cuales vale la pena reiterar que: **i)** no es cierto que la conducta por la que se sancionó a **CASYP** solo se hubiese tipificado en la Resolución de Sanción, ya que la prohibición de usar mecanismos tendientes a fijar precios inequitativos está tanto en la ley de competencia vigente desde 1959, y que es aplicable a **CASYP** y **EDUARDO BORDA SOTO**, como en el contrato de concesión, que remite a la Ley 155 de 1959; **ii)** lo que hizo la **SIC** al sancionar a los investigados por haber violado esta prohibición no fue crear un nuevo tipo sancionatorio sino aplicar el existente al caso concreto, motivando las razones que llevaban a la sanción; **iii)** la presentación de una lista de algunos criterios de mercado que están disponibles para que un concesionario fije sus cargos no regulados no constituye la creación de un tipo sancionatorio o una regulación, o una nueva acusación, sino simplemente la traducción, en el caso concreto de la prohibición contenida en el artículo 1 de

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

la Ley 155 de 1959; iv) los elementos descritos por la SIC en la Resolución recurrida representan la satisfacción del requisito de *“motivación suficiente”* del Acto Administrativo sancionatorio, sin que ello implique que los investigados no hayan podido defenderse del cargo formulado, habiendo tenido plena oportunidad de justificar las razones que llevaron al incremento del *fee* de acceso a pista de 60 pesos a 1.200 pesos durante la investigación, así como la adopción del método utilizado para ello; v) los criterios de mercado mencionados por la SIC como algunos de los que debió tener en cuenta el concesionario al fijar su *fee* conforme a las reglas del mercado son aquellos que resultan naturales y obvios para cualquier empresario que se encuentre en el mercado analizado, y de ninguna forma constituyen una sorpresa para el investigado; vi) la teoría de la equidad del precio se ha tratado desde hace mucho tiempo por parte de la doctrina internacional<sup>12</sup> e incluso la nacional<sup>13</sup>, motivos que no permiten afirmar que se trataba de una materia desconocida en el mundo jurídico del Derecho de la Competencia o de aplicación sorpresiva; vii) en la Resolución de apertura de investigación se señaló que el reproche de la conducta giraba en torno a que CASYP no había usado reglas de mercado para fijar su *fee* de acceso a pista, con lo cual desde el principio pudo ejercer de forma específica su derecho de defensa frente a ello. En efecto, la Resolución estableció: *“[d]e acuerdo con el numeral 1.7 del Apéndice E del Contrato de Concesión No. 7000002 celebrado entre CAYP (sic) y la Aeronáutica Civil, que se refiere a los ingresos no regulados, tales como “Abastecimiento de Combustible a Aeronaves”, el concesionario podrá fijar la contraprestación específica para los servicio(s) asociados a los ingresos no regulados, pero de acuerdo con las normas de libre mercado”*.

Frente al segundo argumento, para este Despacho no son de recibo las apreciaciones de CASYP y EDUARDO BORDA SOTO sobre la presunta violación de su derecho de defensa al haber proyectado unos escenarios económicos para sustentar la sanción que se les impuso. El Despacho aprecia una grave confusión en los recurrentes, en la medida en que consideran que los análisis económicos elaborados con base en las pruebas obrantes en el expediente son pruebas nuevas, cuando constituyen simplemente una valoración del material probatorio obrante en el expediente, cuestión que está obligado a hacer el juzgador al momento de fallar.

No puede desconocerse que la naturaleza técnica y especializada de esta Superintendencia en materia de protección de la competencia hace de la controversia en su sede un asunto tanto jurídico como económico. En ese sentido, el ejercicio de la sana crítica del juez –en cabeza de este Despacho– no se limita a sus consideraciones desde puntos de vista netamente jurídicos, sino que aplica los conocimientos especializados de la Entidad sobre los elementos materiales probatorios existentes en el expediente, para adoptar medidas administrativas sancionatorias y conductuales adecuadas cuando el actuar de un agente del mercado transgrede el bien jurídico que la SIC protege en ejecución de las funciones atribuidas a ella.

Así las cosas, la interpretación del material probatorio obrante en el expediente no sólo es una posibilidad que tiene la SIC para sustentar sus decisiones, sino que se convierte en un requisito ineludible para la definición de responsabilidades administrativas en la materia y adoptar las decisiones y correctivos a qué haya lugar. Lo anterior representa la aplicación de las reglas de apreciación de las pruebas, que *“[l]a jurisprudencia ha reconocido y defendido, a partir del principio constitucional de autonomía e independencia judicial, el amplio margen*

<sup>12</sup> La OCDE en su documento “Policy Roundtable - “Excessive Prices”, DAF/COMP 2011, p. 55 – 56, menciona como caso emblemático sobre precios inequitativos el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su caso de “United Brands Company y United Brands Continental B.V. v. Comisión de las Comunidades Europeas”, Caso 27/76 de 1978.

<sup>13</sup> SIC, Resolución No. 37790 de 2011, Caso “Vijagal”.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

*que tienen los jueces al momento de efectuar el análisis de las pruebas aportadas al proceso conforme a las reglas de la sana crítica; no obstante, la Corte ha advertido que tal poder comporta un límite, ya que no puede ser ejercido de manera arbitraria, en tanto puede lesionar derechos fundamentales. En suma, esto implica en dos eventos extremos: evitar pasar por alto la valoración de ciertas pruebas (anomalía esta que tiene una estrecha relación con la ausencia de sustento argumentativo de la providencia judicial) o derivar efectos inexistentes o irracionales de las herramientas recaudadas legítimamente en el proceso”<sup>14</sup>.*

Por lo anterior, el procesamiento de las pruebas incorporadas al trámite, como parte del ejercicio de análisis que debe desarrollar el juez –en este caso la **SIC**–, no configura la práctica de pruebas nuevas, sino que se constituye en el elemento esencial de la aplicación de la sana crítica al material probatorio obrante que le reconoce la ley y la jurisprudencia. Atendiendo a la naturaleza especializada que se debate en este tipo de trámites administrativos, esa sana crítica de la **SIC**, quien es un ente de naturaleza técnica sobre la materia, se extiende a la interpretación de las pruebas tanto en el ámbito jurídico como en el económico.

Teniendo en cuenta lo anterior, los escenarios denunciados por **CASYP** y **EDUARDO BORDA SOTO** como violatorios de su derecho de defensa fueron ejercicios de proyección económica bajo algunas variables (inflación, galones vendidos y fee), para establecer la diferencia entre los ingresos efectivamente percibidos por **CASYP** y aquellos que pudo llegar a recibir con fees de \$500 y \$900 pesos, los cuales nacen de las ofertas de **ENERGIZAR/TERPEL** y **CHEVRON** –oferta anterior a los \$1.200 pesos por galón ofrecidos– respectivamente. Lo anterior, buscaba identificar cuáles serían los ingresos que podría llegar a percibir el concesionario por concepto del *fee de acceso a pista* si no se hubiera ejercido la precisión sobre **CHEVRON** para que incrementara su oferta a \$1.200 pesos por galón, lo cual constituye una mera valoración de las pruebas obrantes en el expediente, necesarias para llegar a la conclusión en el caso concreto.

Es de recordar que los insumos utilizados para la elaboración de los escenarios atacados se encuentran al acceso de las partes en el trámite, desde el mismo momento en que fueron allegados al expediente, motivo que les permitía también a los administrados formular sus propios argumentos económicos para demostrar la teoría del caso que defienden, pues no puede olvidarse que el litigio en prácticas restrictivas de la competencia se componen de pruebas y cargos y descargos jurídicos y económicos, por lo que no en vano, el derecho de la competencia se ubica en lo que se ha dado a conocer como Derecho Económico.

Con independencia de lo anterior, y como se sostuvo en la Resolución recurrida, “el concesionario recibió 62,78% más ingresos de los esperados por concepto de *fee de acceso a pista*, lo que representa \$4.622’595.000 adicionales en estos seis (6) años estudiados (2007-2012)”; criterio que nace del peritaje de **DESSAU**, y es más que suficiente para establecer los beneficios adicionales que obtuvo **CASYP** respecto de sus proyecciones económicas y financieras, a través de su conducta durante esos 6 años.

En este sentido, no es procedente revocar la decisión adoptada con base en la violación al derecho de defensa alegado por los recurrentes en razón de los escenarios económicos corridos por este Despacho, ya que los mismos constituyen la valoración de una prueba que hace el juez al momento de fallar su caso.

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-513 del 30 de junio de 2011, expediente T-2931736, M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

### **3.3. La congruencia entre la apertura y la sanción**

Para el Despacho los argumentos de **EDUARDO BORDA SOTO** respecto de una presunta incongruencia entre la apertura de la investigación y la Resolución de Sanción son **parcialmente** aceptables, en la medida en que la definición de la conducta que se le imputó en la Resolución de Apertura, no contemplaba las conductas por las que finalmente se le sancionó.

Como se puede leer en la Resolución de Apertura, la Delegatura le imputó a **EDUARDO BORDA SOTO** la vulneración de lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en los siguientes términos:

*"Esta Delegatura considera necesario abrir investigación respecto del señor **EDUARDO BORDA SOTO** para determinar si en su calidad de Representante Legal del concesionario CASYP para la época de los hechos investigados, ejecutó las conductas presuntamente restrictivas de la competencia. Esta consideración se basa en lo siguiente:*

*El señor **EDUARDO BORDA SOTO** fue nombrado Presidente y Representante Legal de la sociedad **CASYP S.A.**, mediante Acta No. 63 del 19 de noviembre de 201., de la Junta directiva de la sociedad. De esa manera, se puede determinar que el señor Borda Soto ha ejercido la representación legal desde noviembre de 2010 a la fecha, es decir que se encontraba en el cargo durante la negociación de la prórroga del contrato de acceso a pista cuyos términos y aplicación habrían generado la conducta presuntamente restrictiva". (Subrayado fuera del texto)*

En este sentido, y pese a que la prohibición contemplada en la norma imputada proscribiera cualquier acto de colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia, la Delegatura limitó la responsabilidad de **EDUARDO BORDA SOTO** al verbo rector de "ejecutar", motivo por el cual le asiste razón respecto a que el acto de "tolerar" no se le imputó para poder ser sancionado por haber tolerado la conducta de **PEDRO RAMÓN EMILIANI**. Por este motivo, esta conducta no puede ser tenida en cuenta a la hora de dosificar su multa, y en consecuencia, es procedente la reducción de la sanción impuesta en este sentido. Lo anterior no se predica respecto de los actos de "ejecución" que configuraron la conducta anticompetitiva y que sí fueron imputados correctamente a **EDUARDO BORDA SOTO**.

Por otra parte, no es cierto que no se le hayan formulado cargos con claridad respecto a su responsabilidad por haber ejecutado la materialización del proceso de fijación del *fee de acceso a pista* y la respectiva suscripción de los instrumentos jurídicos que cristalizaron el establecimiento del precio inequitativo por ese concepto.

El cargo que se le imputó a **EDUARDO BORDA SOTO** estaba vinculado con la ejecución personal de la práctica restrictiva reprochada al agente del mercado **CASYP**. Por su parte, en la Resolución de Apertura de la Investigación, la Delegatura le imputó a **CASYP** la fijación del *fee de acceso a pista* sin cumplir con las condiciones fijadas en el contrato de concesión y la ley de protección de la competencia. Al respecto se expresó que "[d]e acuerdo con el numeral 1.7 del Apéndice E del Contrato de Concesión No. 7000002 celebrado entre **CASYP** (sic) y la Aeronáutica Civil, que se refiere a los ingresos no regulados, tales como "Abastecimiento de Combustible a Aeronaves", el concesionario podrá fijar la contraprestación específica para los servicio(s) asociados a los ingresos no regulados, pero de acuerdo con las normas de libre mercado". Aunado a lo anterior, la Delegatura subrayó

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

en la transcripción de la cita de esta norma contractual (i.e. cláusula 1.7 del apéndice E del contrato de concesión), lo relativo a la prohibición expresa de no ejecutar actos o acuerdos contrarios a la libre competencia que prohíbe la Ley 155 de 1959.

En este sentido, era claro que a **EDUARDO BORDA SOTO** se le atribuía la ejecución de la conducta que se le imputaba a **CASYP**, que como se lee de la resolución de apertura, se limitó a la fijación del *fee de acceso a pista* inobservando las condiciones de mercado y las normas de protección de la competencia –incluida cualquier clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos–.

La materialización de la fijación de este *fee* se hizo a través de la suscripción del Otrosí No. 3 al contrato de acceso a pista celebrado entre **CASYP** y **CHEVRON**, el cual fue suscrito por **EDUARDO BORDA SOTO**. Por este motivo, no es cierto, como lo afirma **EDUARDO BORDA SOTO**, que la **SIC**, teniendo tan claro que su conducta implicaba un sistema alejado de sus proyecciones financieras y económicas y que a esa situación se refería el numeral 1.7. del apéndice E del contrato, no le abrió la investigación por esos hechos concretos, ya que en la apertura de la investigación se establecieron claramente los parámetros sobre los que se adelantaría la investigación.

Ahora bien, si lo que pretende con este argumento **EDUARDO BORDA SOTO** es que la **SIC** tuviera plenamente demostrada su responsabilidad al momento de abrir la investigación, está buscando infructuosamente que la **SIC** deje de lado el fin mismo que tiene la etapa investigativa en un trámite por prácticas restrictivas de la competencia, como es el de tener claridad sobre qué paso en una situación que presuntamente constituye una violación a las normas de competencia. Aceptar que la **SIC** ya debe tener absolutamente clara la ocurrencia de la conducta y todos sus pormenores haría innecesaria la investigación misma y obligaría a pretermitir la oportunidad procesal de los investigados de dar un debate probatorio frente a lo ocurrido.

Sorprende a este Despacho que **EDUARDO BORDA SOTO** argumente que se le vulneró su derecho de defensa en la medida en que en la apertura de la investigación se estableció que el precio del *fee de acceso a pista* era inequitativo con relación al servicio que cubría, y en la sanción se reconociera que no existía un servicio como contraprestación sino un simple derecho de acceso. Como se desprende de la decisión recurrida, y se describió en numerales anteriores, esta Entidad encontró que la equidad del valor del *fee* no podía medirse con relación a la contraprestación que generaba, sino que debía satisfacer las necesidades de inversión de la concesión y el porcentaje de las mismas que se proyectó que debía soportar. Más aún, fue el propio **EDUARDO BORDA SOTO** quien afirmó en el trámite que el acceso a pista no era un servicio sino un simple derecho de acceso, lo que por supuesto no elimina la anticompetitividad del método utilizado para su fijación ni tampoco varía la imputación realizada.<sup>15</sup>

Por lo demás, esta posición es más beneficiosa para los investigados en cuanto les otorga mayor margen de justificación del valor del *fee*, ya que los ingresos proyectados para soportar las inversiones de la concesión son mayores a los escasos costos que representa el permiso de acceso a pista. Como se mencionó con anterioridad, la equidad del precio se predica de la relación que este guarda respecto a los costos y gastos que lo inspiran. Así, de haberse hecho caso omiso a la naturaleza del sistema administrativo del Aeropuerto, así como el fin para el cual se estableció este cargo, se llegaría a que cualquier valor fijado para

<sup>15</sup> Folio 6714 del Cuaderno Público No. 29 del Expediente. Descargos al informe motivado de EDUARDO SOTO BORDA,

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

el *fee* pudo haber sido inequitativo en la medida en que los costos y gastos que se generan por permitir el ingreso del proveedor de combustible a plataforma son cero (\$0), y ya se encuentran cobijados por otros cargos que se cobran.

En este sentido, la **SIC** consideró que por no tener contraprestación tangible, el *fee de acceso a pista* debía observarse desde las inversiones que debía cubrir bajo el modelo de concesión, teniendo en cuenta la carga que debía soportar de acuerdo con las proyecciones con las que accedió el concesionario al contrato, situación que es infinitamente más favorable para los administrados en la medida que un valor alto del *fee* es más justificable en la medida en que debe soportar las inversiones de la concesión, en su proporción proyectada, y no simplemente atendiendo al desgaste de la plataforma que genera el ingreso de los vehículos del proveedor de combustible.

Ahora bien, vale la pena mencionar que al considerar que el *fee de acceso pista* no es un servicio sino un simple derecho de acceso, no tiene por qué verse alterada la estrategia de defensa de los investigados, pues si ellos hubieran logrado justificar la equidad del valor del *fee* con relación a los costos que generara permitir al proveedor de combustible acceder a la rampa del Aeropuerto -valor muy inferior al de los ingresos esperados-, estaría plenamente demostrado que el *fee* atiende a las inversiones de la concesión, ya que dichas erogaciones son mayores a los gastos de mantenimiento de plataforma.

Por todo lo expuesto, considera este Despacho que la imputación a **CASYP** por haber establecido un procedimiento tendiente a fijar un precio inequitativo, fue suficientemente clara para ejercer el derecho de defensa, y consecuentemente también lo era para **EDUARDO BORDA SOTO**, pues la formulación de cargos en su contra se dirigía a ejecutar las conductas presuntamente restrictivas de la competencia de **CASYP** (incluida haber establecido un procedimiento tendiente a fijar un precio inequitativo), y que la fuente de inequidad (desatender condiciones de mercado para la fijación del *fee*) fue delineada desde el principio.

#### **3.4. La presunta falsa motivación de la sanción sobre hechos inexistentes**

Este Despacho no encuentra demostrado que sean ciertas las apreciaciones de **CASYP** y **EDUARDO BORDA SOTO** sobre el hecho de que la sanción que se le impuso se fundamenta en una serie de hechos alejados de la realidad y en contradicción con los documentos obrantes en el expediente, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

##### **3.4.1. La oferta presentada por TERPEL**

Como primera medida, esta Superintendencia considera que no faltó a la verdad cuando manifestó en su Resolución de Sanción que la oferta que presentó **TERPEL**, por concepto de *fee de acceso a pista*, fue de \$900 pesos por galón. Dicha oferta obra a folio 122 del Cuaderno Público No. 1 del expediente, y en ella **TERPEL** propuso a **CASYP** pagarle "*una tarifa por galón vendido de \$900 por galón con incremento anual al inicio de casa año del ipc.*"; **oferta que fue inicialmente aceptada** por **CASYP**, pero no pudo concretarse en un contrato de acceso a pista.

Ahora bien, la discrepancia presentada por los recurrentes se sustenta en el hecho de que la **SIC** haya usado esa oferta de 900 pesos para unas proyecciones económicas, cuando en el



*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

transcurso de la negociación de ese contrato con **TERPEL** se llegó a ofrecer \$1.000 pesos por galón<sup>16</sup>, es decir, \$100 pesos más del valor inicialmente aceptado.

Si bien esto es cierto, tal situación no modifica en ninguna medida el uso de los \$900 pesos por galón dentro de la proyección económica mencionada, ya que la misma se realizó para mostrar, con base en los galones efectivamente vendidos, cuánto dinero adicional recibió **CASYP** por concepto del *fee de acceso a pista* entre 2012 y 2014 respecto a lo que habría recibido de haber firmado la oferta de \$900 pesos ofertado por **TERPEL**; no por el hecho de haber sido ese el valor finalmente ofrecido por ese proveedor, **sino porque al haber sido aceptada esa oferta dejan concluir que ese valor le era suficiente a CASYP para satisfacer las necesidades de la concesión.**

Así se evidencia en la literalidad de la Resolución recurrida cuando se expresó lo siguiente:

*"Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho proyectó la diferencia entre los ingresos que hubiera obtenido CASYP de haberse aceptado y firmado una oferta de \$900 pesos (que además ya había aceptado, lo cual supone que era suficiente para remunerar sus inversiones) y una de \$500 pesos por galón, en contraste con los ingresos efectivamente obtenidos con la oferta de \$1.200 aceptada.*

*Para lo anterior, se tuvieron en cuenta los años 2012 a mitad de 2014(\*), y se verificó los diferentes ingresos que hubiese obtenido CASYP con un fee de \$500 (i.e. oferta de **ENERGIZAR**) y uno de \$900 pesos por galón (i.e. penúltima oferta de **CHEVRON**), teniendo en la inflación de 2012 de 2.4%, 2013 de 1.9% y 2014 2.5%.*

**Tabla No. 8 - Ingresos obtenidos con diferente fee ofertado**

Año	Galones vendidos	Ventas reales	Con fee de 500 + inflación	Con fee de 900 + inflación
2012	5.502.886	\$6.603'463.200	2.751'442.917	\$4.952'597.250
2013	5.821.472	\$7.118'496.000	2.966'040.000	\$5.338'872.000
2014*	2.518.126	\$3.156'143.700	1.315'059.875	\$2.367'107.775
Total	13.842.484	\$16.878'102.900	7.032'542.792	12.658'577.025

**Fuente:** Elaboración SIC."

Por lo expuesto, no resulta relevante el hecho de que en las negociaciones posteriores a la aceptación de la oferta de **TERPEL** se haya logrado llevar el fee ofrecido a \$1.000 pesos por galón, ya que lo importante en la proyección era la comparación de los ingresos reales, con los que el mismo concesionario entendió que eran suficientes para la concesión, teniendo en cuenta que aceptó dicho valor inicialmente.

En este sentido, las afirmaciones de **CASYP** sobre la existencia de negociaciones posteriores a la aceptación de la oferta con **TERPEL** que llevaron al aumento de su oferta de \$900 a \$1.000 pesos por galón, no sólo no desvirtúan lo expuesto por esta Superintendencia, sino que la diferencia entre lo efectivamente recibido por **CASYP** y lo que hubiera podido obtener con ese fee de \$900 pesos, no fue el único elemento utilizado por esta Entidad para la definición de la multa impuesta. Como puede evidenciarse en otros apartes de la Resolución recurrida, la **SIC** comparó lo que efectivamente recibió **CASYP** por este concepto, entre 2007 y 2012, y lo que esperaba percibir en ese mismo periodo de tiempo según sus proyecciones financieras, arrojando como resultado que **CASYP** recogió

<sup>16</sup> A partir de la Versión 5 del contrato en folio 5314 del Cuaderno Público No. 22 y folio 5411 del Cuaderno Público No. 23 del Expediente.

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

\$4.622'595.000 de pesos más de lo que había proyectado, cifra que se obtiene con total independencia de la oferta de TERPEL.

### **3.4.2. La capacidad de PEDRO RAMÓN EMILIANI para comprometer a CASYP**

Este Despacho rechaza las afirmaciones de CASYP y EDUARDO BORDA SOTO respecto a que PEDRO RAMÓN EMILIANI, en su rol de miembro de la Junta Directiva de esa sociedad, no engañó a CHEVRON respecto de la oferta que su competidor (i.e. TERPEL) había presentado.

CASYP sustenta su argumento en el hecho de que fue CHEVRON quien buscó a PEDRO RAMÓN EMILIANI para que retroalimentara su oferta de fee para ser elegido como proveedor de combustible y no CASYP a PEDRO RAMÓN EMILIANI o EDUARDO BORDA SOTO quien lo buscó para cometer el engaño. Esta situación no riñe con los elementos fácticos expuestos por esta Entidad en la Resolución de Sanción, y tampoco desvirtúa la conclusión a la que llegó la SIC en cuanto *"encontró evidencias suficientes para considerar demostrado que PEDRO RAMÓN EMILIANI falseó un proceso competitivo adelantado por CASYP, denominado "subasta informal", para la fijación del precio del fee de acceso a pista"*, toda vez que *"[d]e un correo electrónico del 8 de noviembre de 2010 se lee que PEDRO RAMÓN EMILIANI informa a MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA (representante legal de CHEVRON): "Sé que la oferta de Terpel está alrededor de los \$1200/galón". Situación que llevó a CHEVRON a ofrecer el valor de \$1.200 pesos por galón que resultó contratado"*.

Los motivos que inspiraron el contacto inicial entre PEDRO RAMÓN EMILIANI y MARTHA LUCIA O'MEARA BAUTISTA no condiciona el resultado que tuvo el correo final suscrito por aquel, en el que informó a CHEVRON que *"la oferta de Terpel está alrededor de los \$1200/galón"*. Es claro que con independencia de que ese correo constituya la respuesta a una solicitud de retroalimentación o una iniciativa del miembro de Junta Directiva de CASYP, su efecto práctico fue influenciar a CHEVRON, con información falsa, para que esta propusiere un fee de \$1.200 pesos por galón so pena de perder el contrato de suministro en la Isla. Más cuando la diferencia entre \$900 pesos por galón y \$1.200 en ese contexto, no es menor. En concordancia con lo expuesto en la Resolución recurrida, esta Superintendencia mantiene su posición de considerar que la información dada por PEDRO RAMÓN EMILIANI respecto a la oferta de TERPEL constituyó un engaño que derivó en la oferta de \$1.200 pesos por galón que finalmente fue implementada por CASYP.

Este Despacho tampoco acepta los argumentos de CASYP y EDUARDO BORDA SOTO respecto a que PEDRO RAMÓN EMILIANI no era la persona encargada de adelantar el proceso de contratación y que atendiendo a que en su correo expresa la palabra *"alrededor"*, no puede considerarse que manifestó que efectivamente la oferta de TERPEL era de \$1.200 ¿Cómo se pretende desvirtuar el peso y validez de una información de esta naturaleza cuando proviene de un miembro de Junta Directiva de la sociedad contratante, quien hacía pocos días era el Gerente y Representante Legal?

Por una parte, como quedó demostrado en el desenlace fáctico del proceso de contratación del suministro de combustible en San Andrés, la condición de PEDRO RAMÓN EMILIANI como miembro de Junta Directiva de CASYP llevó a que su intervención incentivara a CHEVRON a ofrecer \$1.200 por galón, rol que complementó con ser él quien llevó esa oferta a la Junta Directiva. En esos términos, PEDRO RAMÓN EMILIANI no sólo intervino en el proceso de contratación, sino que su participación fue respaldada por CASYP al aceptar la oferta que consiguió extemporáneamente.

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Existen inconsistencias en los argumentos que pretenden desvirtuar el rol de **PEDRO RAMÓN EMILIANI** en el proceso de definición del *fee de acceso a pista*, pues **EDUARDO BORDA SOTO** afirma que **PEDRO RAMÓN EMILIANI** no fue designado para adelantar el proceso de negociación con los potenciales proveedores de combustible, pero en los documentos aportados con su recurso se establece en el Acta No. 61 de Junta Directiva, del 16 de septiembre de 2010, que se comisionó a **VERÓNICA ECHEVERRI**, **PEDRO JAVIER CANO** y el Gerente, quien en su momento era **PEDRO RAMÓN EMILIANI**, teniendo en cuenta que en el Acta No. 63, del 19 de noviembre de 2010, se acepta la renuncia al cargo de Gerente por parte de él y se nombra a **EDUARDO BORDA SOTO** en su lugar, para conformar el *"comité de combustibles y culmine el estudio y la mejor oferta para la concesión"*<sup>17</sup>.

En ese sentido, **PEDRO RAMÓN EMILIANI** sí hizo parte del equipo comisionado inicialmente por la Junta Directiva de **CASYP** para la definición del proveedor de combustible y el correspondiente *fee de acceso a pista*, y una vez renunció a esta posición no perdió su calidad de directivo como miembro de la Junta Directiva. Así las cosas, concurda parcialmente el Despacho con lo manifestado por **EDUARDO BORDA SOTO** cuando en su recurso de reposición manifestó que *"no era la persona a quien correspondía considerar y adjudicar las ofertas y, de hecho, no fue él quien lo hizo, ya que esa fue labor que pertenecía a la órbita exclusiva de la Junta directiva de CASYP (...)"*. No es claro para esta Entidad el que **EDUARDO BORDA SOTO** pretenda menospreciar el rol de la Junta Directiva para justificar que la actuación de **PEDRO RAMÓN EMILIANI** no representaba a **CASYP**, pero al mismo tiempo traslada toda la responsabilidad de la fijación del *fee* a la Junta Directiva para intentar dar apariencia de intrascendente al rol que él jugó en el proceso.

De la mano con lo anterior, tampoco es de recibo el argumento expuesto por los recurrentes respecto al desconocimiento de **PEDRO RAMÓN EMILIANI** sobre la oferta puntual de **TERPEL**, pues como se desprende del acta de Junta Directiva de **CASYP** No. 62, una sesión anterior a la aceptación de la renuncia de **PEDRO RAMÓN EMILIANI** como Gerente de **CASYP**, se manifiesta que *"[s]e informó a la Junta sobre las últimas ofertas de contraprestación de combustibles donde claramente la más alta es la de Terpel con un valor por galón vendido de \$900 con una indexación anual del IPC. Ellos piden un periodo de contrato de 10 años. La junta solicito (sic) al gerente discutir las condiciones con el comité designado en este tema y le presente a Terpel las conclusiones"*.

Ahora bien, independientemente de lo anterior, y adoptando por ciertas las afirmaciones contradictorias respecto a **PEDRO RAMÓN EMILIANI**, el rol que desempeñaba como miembro de la Junta Directiva era estatus suficiente para poder inducir al error a **CHEVRON** sobre el precio de sus competidores y llevarlo a ofertar los \$1.200 por galón que finalmente ofreció. Así mismo, si como lo sostiene **EDUARDO BORDA SOTO** el señor **PEDRO RAMÓN EMILIANI** no tuviera incidencia alguna en la toma de la decisión sobre el *fee* –cosa que no es cierta–, el primero que debió reconocerlo y así dejárselo saber a **CHEVRON** era él mismo, pues el contacto que hicieron con él lo hicieron por su condición de directivo dentro de **CASYP**, y no por otro motivo, situación suficiente para comprometer a la sociedad con la información que transmitía en ejecución de dicho rol.

Por último, resulta contradictorio el argumento de **EDUARDO BORDA SOTO** respecto a que la Junta Directiva de **CASYP** no tuvo en cuenta la oferta de \$1.200 pesos por extemporánea,

<sup>17</sup> Acta No. 61 de Junta Directiva de **CASYP**.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

cuando fue precisamente esa la oferta que finalmente se materializó a través del otrosí No. 3 firmado por él mismo. ¿Cómo podría decirse entonces que no se tuvo en cuenta una oferta cuando en el mismo recurso presentado manifiesta que la misma se tuvo en cuenta como segunda opción?

### **3.5. La limitación para fijar el fee de acceso a pista**

En concordancia con lo expuesto en numerales anteriores respecto a la tipificación de la conducta de **CASYP** en la prohibición consagrada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, no comparte este Despacho la posición de los recurrentes, según la cual, no estaban supeditados a sustentar económica y financieramente la fijación del *fee de acceso a pista*. No puede perderse de vista que dicha obligación nace de los límites que les asistían en virtud de las normas de protección de la competencia que regulan la actividad de los concesionarios en su libre ejercicio de definición de los cargos no regulados por el contrato o la ley.

Como se expuso en el Acto Administrativo recurrido, al igual que en apartes de la presente Resolución, el *fee de acceso a pista* es un cargo cuya fijación debe guardar relación con las inversiones que pretende sufragar el concesionario y con la situación económica de la concesión frente al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato. Sostener que por tratarse de un cargo no regulado no tiene ningún límite para su fijación implicaría no solo sustraer de las normas de competencia la imposición de dicho cargo, sino también eliminar cualquier tipo de riesgo comercial<sup>18</sup> en el contrato, de tal forma que cualquier reducción en la utilidad que se presente en desarrollo de la concesión pueda remediarse a través del abuso de un cargo que, por afectar directamente la prestación del servicio público, es una fuente prácticamente ilimitada de recursos.

Ahora bien, son improcedentes los argumentos expuestos por **EDUARDO BORDA SOTO** respecto a que no existe en la ley o reglamento un método transparente que deban aplicar las concesiones aeroportuarias para la fijación de este tipo de cargos, y que por ello no podría exigírsele dicho requisito a **CASYP**. Tal posición llevaría al absurdo de afirmar que: (i) la ley no puede establecer prohibiciones, sino que tiene que regular todas las conductas que están le están permitidas a un agente del mercado; (ii) no es posible sancionar a un agente por violar una prohibición legal, sino solo por no seguir una conducta permitida; (iii) en caso de que la ley no establezca un patrón específico de conducta para determinada situación (es decir, no diga, en positivo, qué hacer) no sería posible imponer sanciones a un investigado, a pesar de haber transgredido una prohibición legal.

Tal interpretación llevaría, además, a la obligación de que la ley o reglamento establecieran todos los tipos de acuerdos comerciales que están permitidos en concreto, de tal forma que si la ley no ha previsto una actuación particular de parte del investigado ante cierta situación, no será posible imponerle una sanción, a pesar de que implique una violación a una prohibición.

Pretender que la ley prevea todos los actos que los particulares pueden hacer llevaría además al ilógico de que: (i) se produzca normatividad excesiva para cobijar todos y cada uno de los escenarios posibles que pueden enfrentarse; (ii) se pierda constantemente la vigencia de las norma, en cuanto el dinamismo de la sociedad y de los mercados crea constantemente nuevas formas jurídicas de relacionarse; y (iii) se vulnere el principio de

<sup>18</sup> Ver páginas 59 a 61 de la Resolución No. 76724 del 16 de diciembre de 2014.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

legalidad en el que se establece que los particulares pueden hacer todo aquellos que no les está prohibido. Por lo anterior, las normas sancionatorias son de contenido prohibitivo, para que llegado el caso de que una conducta se adecúe típicamente en ella, como puede ser la ejecutada por **CASYP** y **EDUARDO BORDA SOTO**, la Autoridad competente imponga las sanciones a que haya lugar para reprimir la conducta, sancionar su ejecución y restablecer los daños causados al mercado.

Por lo antes mencionado, no es de recibo el argumento de que **CASYP** no puede ser sancionado -pese a que su conducta infringió la literalidad del artículo 1 de la Ley 155 de 1959-, en la medida en que no hay ninguna norma que establezca cómo deben adelantarse un proceso de fijación de precios transparente por parte del concesionario. No puede olvidarse que se calificó el procedimiento como no transparente en la medida en que no sólo se permitió que llegaran ofertas fuera de término y por medios no regulares, sino como se dijo en la Resolución recurrida, por *“no haber tenido ningún sustento económico o financiero para fijar el fee donde lo fijó, atendiendo a las proyecciones y necesidades de la propia concesión (...)”* y por haber delegado *“en terceros (proveedores de combustible) la fijación del cargo a través de una subasta informal que, por los incentivos que generaba, era obvio que su precio podía ser más alto que el ingreso requerido para financiar la concesión”*.

Por otra parte, tampoco es aceptable el argumento de **EDUARDO BORDA SOTO** según el cual otro elemento que demostraría que los criterios que debía tener en cuenta **CASYP** a la hora de fijar el *fee de acceso a pista no estaban definidos* en la ley, es el hecho de que para el sector de la leche fue necesaria la expedición del Decreto 2513 de 2005 para definir lo que se constituye en precio inequitativo de la leche cruda. El que se expida una normatividad regulatoria que establece la inequidad de un precio no implica que aquellos que no están regulados en la ley no tengan límites, como se explicó anteriormente, ya que la inequidad de la que habla el artículo 1 de la ley 155 de 1959 no excluye los cargos no regulados.

Como se ha señalado a lo largo del presente Acto Administrativo, así como la Resolución recurrida, los límites para la fijación del fee de acceso a pista, atendiendo a su naturaleza y las condiciones de las concesiones aeroportuarias, se encuentran en la equidad de su precios respecto del fundamento para su existencia (i.e. inversiones de la concesión) y porcentaje que se prevé que el cargo deba soportar (i.e. proyecciones financieras).

### **3.6. La fijación del fee de acuerdo a las proyecciones financieras**

Tampoco pueden ser de recibo los argumentos de **CASYP** en cuanto a que se sujetó a sus proyecciones financieras para la fijación del *fee de acceso a pista*, ya que es precisamente el no haberlo hecho lo que quedó demostrado a lo largo de la investigación y ameritó, en adición a otros hechos, la sanción impuesta.

Como las proyecciones de **CORREVAL** constituyen el modelo de negocio propuesto por **CASYP** para la administración de los aeropuertos de San Andrés y Providencia, en ellas se atribuyó a los diferentes ingresos que podía tener la concesión un valor que refleja la porción de la operación concesionaria que se esperaba soportar con dicho cargo. En el caso del *fee de acceso a pista*, atendiendo a su naturaleza ya descrita en párrafos anteriores y la Resolución recurrida, esa expectativa constituye un importante insumo para determinar la equidad del precio que se fijó, pues no es posible relacionarlo a los costos que genera. De igual forma, la aceptación de la oferta de 900 pesos por parte de **CASYP** constituye un indicador de cómo con el ingreso fijado en dicho tope era posible soportar la operación de la concesión y sus inversiones respectivas.

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Dejar el cargo indefinidamente abierto representaría poder sobre explotarlo para cumplir cualquiera de los objetivos de la concesión, y así eliminar cualquier situación de disminución en la utilidad que en virtud del contrato el concesionario debe soportar. En este sentido, la proyección de **CORREVAL** reflejaba la pretensión de **CASYP** sobre el monto del ingreso que le podía otorgar el *fee de acceso a pista* que, atendiendo a la naturaleza del cargo y su impacto en el servicio público de transporte, refleja en cierto grado la proporcionalidad equitativa de lo que podía extraerse de él.

Ahora bien, lo importante frente a las proyecciones financieras de **CORREVAL** no era individualmente el precio que esperaban imponer o la cantidad de galones que esperaban vender, sino el ingreso que pretendían obtener en razón de esas dos variables. En otras palabras, no le sirve de nada a **CASYP** fijar el mismo valor del *fee* empleado en los modelos de las proyecciones, si el volumen de galones vendidos no le permite llegar a los ingresos que van a soportar sus inversiones, ni tampoco vender la misma cantidad de galones que esperaban vender si se fija un *fee* por galón menor al proyectado. El fin de las proyecciones es obtener los ingresos esperados para que puedan adelantar las inversiones pactadas.

En esa medida, la coherencia entre las proyecciones de **CORREVAL** y el valor del *fee* de acceso a pista definido se predica del resultado obtenido por dicho concepto, esto es, el monto de los ingresos que se perciben versus los que se esperaban recibir. **Por lo anterior, no es cierto que CASYP se haya apegado a sus proyecciones en la fijación del fee de acceso a pista, pues sólo en los 6 años estudiados en la Resolución recurrida (2007 a 2012) CASYP recibió un 62,78% más ingresos de los esperados, porcentaje que representa un mayor valor de ingresos por este cargo de \$4.622'595.000.**

En consecuencia, considerar que **CASYP** cumplió con las proyecciones de **CORREVAL** al fijar el *fee de acceso a pista* contradice las evidencias encontradas y sus mismas afirmaciones cuando sostiene que *"si bien los ingresos totales que CASYP esperaba recibir por concepto de fee de acceso a pista eran menores, según la proyección de Correval, otros ingresos proyectados resultaron menores a los previsto"*.

Por otra parte, no comparte este Despacho las afirmaciones de **CASYP** entorno a que no se analizaron los mayores ingresos obtenidos por concepto de *fee de acceso a pista* frente a otros rubros que no pudieron generar los ingresos proyectados. Aceptar esta posición sería reconocer que el *fee de acceso a pista* es un ingreso al cual se puede acudir indiscriminadamente y sin límites para cubrir cualquier disminución en la utilidad de la concesión, una especie de comodín. Por lo demás, no está claramente demostrado el menor valor percibido por los demás ingresos de la concesión, ni su proporción, ni los motivos que llevaron a ello.

Tampoco comparte este Despacho los criterios de **CASYP** para determinar que los efectos de su conducta son nugatorios si se tiene en cuenta que el efecto de la misma sólo podría llegar a implicar un incremento de aproximadamente \$9.000 pesos por tiquete en los pasajes a San Andrés. No debe olvidarse que el hecho de que cada consumidor individualmente no sufra una afectación significativa frente al valor total del pasaje, no implica que la extracción de rentas de la sociedad en su conjunto sea baja. En las conductas anticompetitivas extractivas ocurre precisamente lo contrario: las empresas se coluden, cartelizan o abusan de su posición de dominio afectando a las personas individualmente consideradas en montos relativamente bajos, pero a toda la sociedad en montos supremamente altos. Aceptar esa tesis equivaldría a afirmar, en el caso del derecho penal, que el cajero de un banco que hurta solo 9.000 pesos por consumidor no debería ser sancionado, a pesar de que extrajo millones de dólares en el agregado. Más aún, no debe olvidarse que uno de los

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

propósitos de la aplicación de las normas de competencia es la eficiencia económica, la cual se ve afectada sustancialmente por extracciones ilegales de rentas que en el agregado son importantes.

Por lo anterior, pretender supeditar la aplicación de las normas de competencia a que la afectación de cada consumidor individualmente considerado sea sustancial no solo desnaturaliza el carácter del régimen, sino que desconoce los propósitos que tiene la Entidad para intervenir en los mercados y protegerlos de conductas que falsean la libre concurrencia.

Tampoco comparte este Despacho la posición de **EDUARDO BORDA SOTO** en cuanto a que el Despacho le dio mayor valor a las proyecciones financieras de **CORREVAL** que a la realidad de la situación financiera de la concesión que expuso **DESSAU** en su informe pericial, pues de esos dos insumos se desprenden dos de los límites que tenía **CASYP** a la hora de definir el valor del fee, a saber: (i) la necesidad de que la fijación del fee de acceso a pista atiende a las necesidades financieras de la concesión para las que fue creado y tenga sustento económico y financiero; y (ii) la necesidad de que el *fee de acceso a pista* guarde relación con la porción de las inversiones de la concesión que se había proyectado debía soportar.

Desde la óptica del primer límite, **CASYP** debía fijar el *fee de acceso a pista* atendiendo a la razón para la cual se creó ese ingreso, esto es, atendiendo a la forma de administración del Aeropuerto y a las inversiones que debían llevarse a cabo en ejecución del contrato de concesión. Para corroborar lo anterior, no sólo debía observarse el informe pericial de **DESSAU**, sino también comprobarse que el procedimiento empleado para la fijación del valor hubiese tenido un sustento económico y financiero al momento de su fijación, cuestión que no ocurrió en este caso. Tan es cierto lo anterior que **CASYP** prácticamente delegó el establecimiento del *fee de acceso a pista* a terceros quienes determinarían el mismo con sus propuestas de subasta, y si tomar en consideración la estructuración de la concesión, sus variables económicas, las inversiones a las que se comprometió, su proyección frente a ellas, entre otras. Esto cobra relevancia si se tiene en cuenta que la normatividad colombiana proscribe la implementación de sistemas o procedimientos tendientes a fijar precios inequitativos, con lo cual se ataca no solo un resultado sino un procedimiento.

En estos términos, si bien el peritaje de **DESSAU** sugiere que, para ese momento, el *fee de acceso a pista* fijado por **CASYP** servía en algunos escenarios simulados para recuperar la utilidad que no se había obtenido anteriormente, tal situación –que además surge como explicación posterior de la conducta–, no desvirtúa la utilización de un procedimiento o sistema tendiente a fijar precios inequitativos en este caso (la subasta informal no transparente que llevó a la fijación de un fee sin sustento económico); tampoco sana el que no se hubiesen utilizado las variables económicas disponibles al momento de fijar el precio, ni deja claro si el alegado menor ingreso de la concesión por otros rubros es producto de la ineficiencia del concesionario o de otras variables ajenas a su actuar comercial.

En cuanto al segundo límite, es claro para este Despacho que el concesionario aeroportuario debía tener en cuenta el peso de las inversiones de la concesión que debía soportar el *fee de acceso a pista* al momento de fijar el precio, atendiendo a lo que proyectó al momento de hacerse con el contrato de concesión. Lo anterior, busca evitar que este ingreso no regulado, cuya naturaleza e importancia se describió en numerales anteriores, se sobre explote indiscriminadamente para aumentar las utilidades del concesionario, o para cubrir su disminución por causas que pueden ser imputables a él, pues de ser así se trataría de un ingreso comodín de la concesión, que eliminaría cualquier riesgo en la concesión, pues ante

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

la imperiosa obligación de que las aerolíneas tengan necesariamente que abastecerse de combustible, estarían no dispuestas sino obligadas a pagar la suma que fuera por acceder al combustible. En este sentido, en este caso específico se toma como criterio para definir si en la fijación del precio se usaron métodos tendientes a valores inequitativos, entre otros, el haber ignorado totalmente la proyección financiera que el mismo concesionario hizo sobre lo que esperaba percibir por el fee de acceso a pista, pues en ella se resumen las expectativas del concesionario sobre el fee y lo que pretendía cubrir con el.

En el expediente quedó demostrado que respecto los ingresos esperados según las proyecciones financieras, **CASYP** obtuvo \$4.622'595.000 más de ingresos de lo que esperaba recibir entre 2007 y 2012 por este rubro.

En esta medida, no es posible afirmar que la **SIC** le dio mayor relevancia a las proyecciones de **CORREVAL** que a la situación financiera expuesta por el perito, toda vez que ambos elementos eran necesarios para determinar la equidad del procedimiento utilizado para la fijación del fee. Justificar la sobre explotación del *fee de acceso a pista* y el uso de métodos para fijar precios inequitativos, bajo el argumento de que el concesionario ha disminuido su utilidad, sin siquiera tener en cuenta el desarrollo del *fee de acceso a pista* durante todo el contrato de concesión, implicaría la no asunción de ningún riesgo de utilidad por parte del concesionario, y además permitiría el uso indiscriminado de cargos no regulados en perjuicio de las consumidores (aerolíneas) y consumidores finales (pasajeros). Todo adjudicatario de una concesión aeroportuaria corre riesgos de tener mayores o menores utilidades, y la existencia de cargos no regulados como este *fee* no pueden ser utilizados de forma ilegal y explotativa para sanear los menores ingresos.

Finalmente, llama poderosamente la atención de este Despacho que **CASYP** y **EDUARDO BORDA SOTO** afirmen en el recurso de reposición que el cobro de los \$1.200 pesos por galón como *fee de acceso a pista* era necesario para cubrir las inversiones, cumplir con el contrato y obtener utilidades, sugiriendo que de lo contrario se haría inviable la concesión, cuando al inicio de la investigación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio propusieron, como garantía para terminar el trámite administrativo, reducir el fee de \$1.200 a máximo \$480 pesos, un valor sustancialmente menor. De hecho, **CASYP** manifestó que se comprometería a contratar un experto para que, después de un análisis económico, dijera cuánto se debería cobrar por el fee de acceso a pista, sin que en ningún caso fuera *“superior al tope de cuatrocientos ochenta pesos MCTE (\$480.00), por cada galón de combustible...”*<sup>19</sup>.

¿Cómo puede entonces **CASYP** sugerir que el *fee* de \$1.200 era necesario para cubrir las inversiones que como concesionario estaba obligado a hacer, cuando él mismo ofreció reducir dicho valor en mucho más del 50%? ¿Acaso **CASYP** pensaba establecer de forma **voluntaria** un *fee* de acceso a pista que hiciera inviable la concesión y que no cubriera las inversiones o eliminara toda utilidad del contrato?

Tal posición carece de toda lógica. Si **CASYP** ofreció recalcular el *fee* de acceso a pista, y reducirlo a un tope de \$480 pesos (ahí sí utilizando, como el mismo lo propuso, criterios técnicos para la fijación del *fee*), pudiendo ser incluso menor a esa cifra, es porque dicho monto era suficiente para cubrir las inversiones que debía hacer la concesión y remunerar la misma. Ningún concesionario racional, estaría dispuesto, voluntariamente, a hacer inviable su proyecto empresarial, lo cual contradice las afirmaciones que hace **CASYP** hoy frente a

<sup>19</sup> Folio 3833 del Cuaderno Público No. 15 el Expediente.



*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

que el *fee* de 1.200 era económicamente necesario. Por el contrario, dicho ofrecimiento ratifica la posición expresada por la Superintendencia en la Resolución de Sanción, en el sentido de que al fijar el *fee* de 1.200 pesos **CASYP** utilizó procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos, y que además no usó ningún criterio económico para establecer su *fee* en \$1.200. Por otra parte, tal ofrecimiento le resta credibilidad a lo manifestado por **DESSAU**, que es absolutamente contradictorio con el dicho propio de **CASYP**.

Tampoco son de recibo los argumentos de **EDUARDO BORDA SOTO** sobre la falta de motivos que tenía **CASYP** para falsear un proceso de definición del *fee de acceso a pista* en la medida en que no estaba obligado a adelantar un concurso de esa naturaleza, pues el hecho de que el concesionario pudiera determinar unilateralmente el valor del *fee*, e independientemente del método que eligiera para asignarlo, debía sujetarse a los mismos criterios ya explicados por esta Entidad para que su precio guardara equidad con los motivos que lo inspiraron, atendiendo a la prohibición legal de establecer procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos establecida en la Ley 155 de 1959 y respetar la libre competencia.

En esta medida, el argumento de no poder existir motivo para falsear el proceso elegido por **CASYP** debido a la posibilidad que tenía de determinar unilateralmente ese valor se cae de su propio peso por dos razones: (i) que con independencia del método elegido para determinar el *fee de acceso a pista*, **CASYP** debía atender a los mismos criterios de equidad en el procedimiento; y (ii) el hecho de haber elegido un método como la “*subasta Informal*”, pudiendo elegir cualquier otro método, no le da carta abierta para adelantarlos de forma no transparente, con engaño sobre una de las ofertas (i.e. manifestación de una oferta de \$1.200 pesos de **TERPEL** que nunca existió), desconociendo la aceptación de una oferta menor a 1.200 (i.e. oferta de **TERPEL** de \$900), que sugiere la suficiencia de la misma para hacer rentable la concesión, y delegando a un tercero un valor que debería fijar el concesionario con fundamentos técnicos y económicos, y no arbitrariamente como se hizo.

### **3.7. La ausencia de regulación y facultad ilimitada del concesionario**

No comparte este Despacho las conclusiones a las que llega **CASYP** respecto a que con la sanción de la Superintendencia se le está limitando la posibilidad de obtener la mayor renta posible de los cargos no regulados en pro del desarrollo de las inversiones de la concesión.

Es menester recordar que, como se expresó tanto en el Acto recurrido como en la presente Resolución: (i) el cargo no regulado está sujeto a los límites establecidos en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y no es ilimitado o arbitrario como sugiere **CASYP**, o esté exceptuado de la aplicación de la norma; (ii) el ofrecimiento de reducir la tarifa con criterios técnicos a un monto que por muy alto sería de \$480 sugiere que la explicación del cobro de un *fee* de 1.200 no era necesario para cubrir las obligaciones del contrato; (iii) incluso si lo fuera —que no es cierto—, la decisión recurrida se centró en la equidad del precio del *fee de acceso a pista*, y no de otros ingresos no regulados; y (iv) sugerir que el *fee de acceso a pista* puede fijarse de forma indiscriminada y a los máximos límites posibles en la prestación de servicio de transporte aéreo implica eliminar todos los riesgos comerciales de la operación, y garantizar que frente a la menor utilidad, el concesionario siempre podrá extraer rentas de forma indiscriminada de un cargo no regulado que no remunera un servicio (acceso a pista) y que, además, afecta directamente el transporte aéreo.

Por lo demás, como se explicó en la Resolución recurrida, así como en párrafos anteriores del presente acto, la naturaleza del *fee de acceso a pista*, en virtud de su vinculación directa

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

con la prestación del servicio público de transporte aéreo, hace que cualquier práctica o procedimiento tendiente a fijar un precio inequitativo sea especialmente preocupante, en la medida que su valor debe guardar relación con las inversiones que se deben realizar en virtud del contrato y la utilidad esperada por el cobro del cargo; en otras palabras, la equidad del procedimiento y el cargo respecto al motivo por el que se creó. Tal y como se señaló en la Resolución recurrida, “[p]ara esta Superintendencia, un concesionario aeroportuario incurre en prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos cuando no atiende a criterios económicos o financieros que justifiquen el monto del cargo de cara a las inversiones que requiere la concesión y a la remuneración esperada del contrato”.<sup>20</sup> Este límite encuentra justificación no solo en la ley, sino en la necesidad de evitar afectaciones a la prestación del servicio público de transporte aéreo, cuya adecuada operación es lo que en principio justifica la concesión misma.

Así, la normatividad vigente establece límites a la libertad económica del concesionario para la fijación del *fee* de acceso a pista como cargo no regulado, prohibiendo el establecimiento de sistemas o procedimientos tendientes a fijar un precio inequitativo. El hecho de que no exista regulación contractual para la definición del valor del *fee*, no implica que, como se dijo, la ley no se aplique al concesionario, de tal forma que tenga libertad absoluta para determinar el monto de este tipo de cargos no regulados que afectan la prestación del servicio.

### **3.8. El presunto valor confiscatorio de la multa impuesta**

No comparte este Despacho las apreciaciones de **CASYP** referente a que los ingresos que percibió por concepto del *fee de acceso a pista* no pueden ser motivo de una sanción de la Superintendencia porque no le pertenecen a él sino a la concesión. Esta teoría, basada en el hecho de que la contraprestación de esos ingresos percibidos es completar las inversiones y obras prometidas en el contrato de concesión, no puede convertirse en una autorización para que por medio de conductas restrictivas de la competencia los concesionarios aeroportuarios obtengan los recursos necesarios para cumplir con los compromisos a los que se obligaron en el contrato de concesión.

No puede olvidarse, como ya se ha mencionado anteriormente, que una de las falencias de **CASYP** a la hora de fijar el *fee de acceso a pista* fue precisamente no atender a sus proyecciones financieras, pues de ellas se puede desprender la correlación de equidad entre el valor determinado y la financiación de la concesión. En este sentido, independientemente de que los ingresos por concepto de *fee de acceso a pista* se destinen a la financiación de la concesión, la sanción se dirige a la obtención de esos mayores valores en desarrollo de una práctica restrictiva de la competencia.

Sin importar cuál es la destinación que tienen los recursos obtenidos por medio de la ejecución de una práctica restrictiva de la competencia, el origen de su obtención está afectado por el incumplimiento de las disposiciones legales en materia de protección de la competencia. La reinversión, el reparto, cobertura de obligaciones, y cualquier otro fin para el cual se hayan destinado los mayores ingresos percibidos por **CASYP** de forma ilegal en razón del *fee de acceso a pista*, no limita la capacidad sancionatoria de esta Entidad como autoridad de la libre competencia en Colombia. En consecuencia, las utilidades consolidadas de la concesión no pueden ser un límite para para la fijación de la multa.

<sup>20</sup> Resolución No. 76724 de 2014, Página 77.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Por otra parte, para este Despacho considera que no es cierta la afirmación según la cual los ingresos percibidos por **CASYP** por el fee de acceso a pista de \$1.200 pesos tenían como destino único el cumplimiento de las obligaciones de la concesión. Se reitera que fue el propio **CASYP** quien ofreció reducir el fee de acceso a pista de \$1.200 pesos a \$480 pesos, lo cual muestra que esos \$480 pesos eran, como mucho, los necesarios para cumplir las obligaciones del contrato y remunerar la concesión. Esto muestra que una sanción basada en la diferencia entre \$480 pesos por galón cobrado y \$1.200 pesos no hubiese sido, de ninguna manera, confiscatoria. Mucho menos lo puede ser una sanción que, como la impuesta en la Resolución recurrida, tuvo como base en la diferencia existente entre la oferta de \$900 pesos que ya había aceptado **CASYP** a **TERPEL** (lo que sugiere que también era suficiente para cubrir las inversiones y remunerar la concesión), y los \$1.200 pesos efectivamente cobrados, más un incremento en la sanción de carácter disuasorio, ya que la sanción no puede ser simplemente retributiva.

De la mano con lo mencionado sobre riesgos comerciales del concesionario, el hecho de que **CASYP** haya usado los ingresos percibidos con un método ilegal para cubrir los menores ingresos que obtuvo por otros conceptos, es clara muestra de que el concesionario solventó su riesgo comercial de percibir menores ingresos por otros conceptos a través de una conducta ilegal, eliminando así el riesgo que debía asumir en virtud del contrato. Esto es precisamente lo que la **SIC** pretende evitar, que el concesionario aeronáutico acuda a estos cargos no regulados (i.e. *fee de acceso a pista*) cuya demanda es inelástica por su vinculación con la normal prestación del servicio público de transporte aéreo, para aprovecharse incrementarlos de forma desmedida y poner en riesgo el desarrollo de la operación aérea.

Ahora bien, caso distinto se presenta respecto del patrimonio, el cual si bien es un criterio establecido en la ley para la fijación de la multa, no implica que la **SIC** no pueda imponer multas superiores al mismo. Si bien se trata de un criterio de dosificación, éste no puede ser una cláusula pétrea para la Autoridad Administrativa en cuanto, atendiendo a cada caso particular, no puede premiarse a quienes aprovechándose de un patrimonio menor, cometen faltas graves a la libre competencia. Esta Entidad reitera que del contexto del presente caso, en el cual **CASYP** no solo ofreció como garantía para terminar la investigación reducir el *fee* de acceso a pista de \$1.200 pesos a \$480 pesos, -lo que en sí mismo muestra que la diferencia entre dichas sumas no estaba destinada a cumplir el contrato o realizar inversiones sino a aumentar los ingresos injustificadamente-, sino que además aceptó la oferta de **TERPEL** de \$900 pesos, aceptación que se entiende también suficiente para operar la concesión. Dichas conductas muestran que la multa fue todo menos confiscatoria, a pesar de que sea alta frente al patrimonio de la concesión.

Debe reiterarse que el patrimonio es tan solo uno de los criterios a tener en cuenta al imponer sanciones de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. También se debe tener en cuenta la participación en el mercado de la empresa infractora (que en este caso es monopolista), su participación en la conducta (que fue total), el beneficio obtenido por el infractor (que con base en las cifras anteriores fue bastante alto), la dimensión del mercado afectado (el transporte aéreo a la Isla de San Andrés), entre otros.

No obstante lo anterior, este Despacho observa que es procedente la reducción de la multa en el presente caso, ya que le asiste razón a **CASYP** cuando afirma que la **SIC** no tuvo en cuenta en la dosificación de la sanción que el noventa y seis por ciento (20.996%) de los ingresos brutos percibidos por él debían pasar a manos de la **AERONÁUTICA CIVIL** en virtud del contrato de concesión. Teniendo en cuenta lo anterior,

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

la **SIC** tendrá en cuenta este porcentaje transferible a la **AERONÁUTICA CIVIL** para reducir la sanción impuesta en un porcentaje igual.

### **3.9. La ausencia de ejecución de la conducta por parte de EDUARDO BORDA SOTO**

Este Despacho no comparte las apreciaciones de **EDUARDO BORDA SOTO** respecto a la inexistencia de un rol activo de su parte que pudiera llevar a concluir que ejecutó la conducta anticompetitiva reprochada a **CASYP**. No es aceptable sostener que el rol de un Gerente y Representante Legal dentro de una sociedad se limita a obedecer ciegamente las indicaciones que le da la Junta Directiva, y que su actividad se limita a prestar la firma para materializar las decisiones impersonales de una sociedad.

Para este Despacho, la responsabilidad de una persona se predica del aporte que hace a la comisión de la conducta, que en el caso de un representante legal atiende a las decisiones que adopta en ejercicio de su rol o respecto a las decisiones que en su posición de representación legal debe conocer, decidir e implementar. Lo anterior implica que la responsabilidad de **EDUARDO BORDA SOTO** desde la óptica de la imputación formulada en la apertura de la investigación, se comprueba con el aporte que con su conducta hace (i.e. firma del otrosí No. 3) a la materialización del procedimiento tendiente a fijar precios inequitativos por medio de la suscripción del negocio jurídico que aterriza al mundo negocial el precio del *fee de acceso a pista* reprochado.

En estos términos, pese a no ser imputable a él la ejecución del engaño sobre **CHEVRON**, **EDUARDO BORDA SOTO** perfeccionó el contrato que instauró el valor de \$1.200 pesos por galón que escogió **CASYP** por medio de un procedimiento que no tuvo en cuenta las necesidades de inversión de la concesión ni la porción de dichas inversiones que se tenían proyectadas y que debían ser tenidas en cuenta para soportar este cargo no regulado. Esta situación resulta suficiente para reprochar la ejecución de la conducta que se le reconviene al concesionario, pues a **CASYP** no se le endilga exclusivamente haber engañado a **CHEVRON** sino también haber fijado un *fee* que no tuvo en cuenta en su procedimiento los límites de la equidad de su valor.

Aceptar la tesis de **EDUARDO BORDA SOTO** llevaría al absurdo de manifestar, por ejemplo, que quien firma como representante legal un contrato en el cual hay un acuerdo de precios con los competidores (cartel), no es culpable de tal conducta en la modalidad de ejecución, en la medida en que quien tomó la decisión de cartelizar la empresa fue la junta directiva. En ese caso, sería imputable una corresponsabilidad, pero no la absolución de quien firma el contrato.

Por estas razones, los argumentos de **EDUARDO BORDA SOTO** a este respecto no están llamados a prosperar.

### **3.10. La independencia de los cargos imputados a CASYP**

No comparte este Despacho los argumentos de **EDUARDO BORDA SOTO** entorno a que no puede sancionársele simplemente por haber firmado un contrato que la misma Resolución de Sanción consideró como legal. Esta postura nace de la confusión de **EDUARDO BORDA SOTO** frente a los tres (3) cargos que se le imputaron a **CASYP**. Como se evidencia en la Resolución recurrida, y consecuentemente en la apertura de la investigación con pliego de cargos, a **CASYP** y **CHEVRON** se les imputaron tres (3) conductas distintas: (i) la celebración de un acuerdo anticompetitivo que tenía por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios; (ii) la celebración de un acuerdo que

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

tenía por objeto o como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, y; (iii) la ejecución de una práctica, procedimiento o sistema tendiente a mantener o determinar precios inequitativos.

Si bien las tres (3) conductas tenían como eje materializado el otrosí No. 3 suscrito entre **CASYP** y **CHEVRON**, el archivo de las diligencias de dos (2) de los tres (3) cargos no implicaba la transferencia de legalidad a la conducta que fue sancionada. Cada uno de los cargos imputados es independiente, y así como no es posible exonerarse de la responsabilidad de todos demostrando su inocencia en uno, tampoco es posible atribuirles responsabilidad en todos cuando sólo se ha demostrado en uno.

Lo que manifestó la Superintendencia cuando archivó dos (2) de los tres (3) cargos imputados fue:

*“Contrario a la posición de la Delegatura, este Despacho considera que no es posible atribuirle a los investigados la celebración de un acuerdo que tenga por objeto o como efecto la fijación de un precio por cuanto: (i) no existe evidencia de un acuerdo entre **CHEVRON** y **CASYP** cuyo objeto fuera trasladar el fee de acceso a pista a las aerolíneas, ni tampoco un incentivo económico efectivamente demostrado para ello; (ii) el fee de acceso a pista es un costo de **CHEVRON** que por naturaleza se transfiere a sus clientes por medio del precio que cobra por el suministro de combustible, lo cual constituye una explicación comercial.*

(...)

*En conclusión, al ser el fee de acceso a pista un costo en que debe incurrir **CHEVRON** para suministrar combustible en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, bajo ninguna perspectiva constituye una obligación adicional o separada del negocio de suministro de combustible. Por este motivo, **CHEVRON** establece un precio -único o discriminado- por medio del cual cubre las expensas en las que incurrió para prestar el servicio de suministro de combustible. Mal haría este Despacho en afirmar que el fee de acceso es una obligación independiente cuando en sí mismo representa un costo obligatorio para el distribuidor de combustible.”*

Como se puede ver, en ningún aparte de la Resolución se reconoce que la suscripción del otrosí No. 3 no implicó la materialización de un procedimiento tendiente a fijar precios inequitativos. Las afirmaciones de la **SIC**, que sirvieron para el archivo de las dos (2) conductas mencionadas estuvieron exclusivamente dirigidas a desvirtuar la existencia de un acuerdo entre **CASYP** y **CHEVRON** para la fijación de un precio y adelantar una venta atada. A través de esas afirmaciones, la **SIC** reconoció que desde el punto de vista de los cargos imputados por la presunta violación de los numerales 1 y 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el contrato perfeccionado a través del otro sí No. 3 no se podía considerar como restrictivo de la competencia; pero esta situación no puede tomarse como un archivo general de toda la investigación, pues quedó un cargo pendiente de resolverse en medio de ese análisis, y fue precisamente el que sí constituyó el reconocimiento de una conducta anticompetitiva unilateral por parte de **CASYP**, protocolizada en el otrosí No. 3.

Por último, tampoco se puede acoger la tesis de **EDUARDO BORDA SOTO** de que el hecho de considerar que el Otrosí No. 3 constituyó la materialización de la conducta del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, deba incluir dentro del reproche a **CHEVRON**.

Al respecto manifestó este Despacho en la Resolución recurrida:

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

*“Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución, **CHEVRON** simplemente trasladó el costo que debía pagarle a **CASYP** por el acceso a pista, una conducta que no es reprochable. Más aún, se demostró que **CHEVRON** fue el sujeto pasivo del sistema de simulación de competencia implementado por **CASYP** que derivaba en el aumento del precio de unas ofertas, no un instigador de dicha conducta. Con lo anterior, **CASYP** logró que con su actuación **CHEVRON** ofreciera un valor superior al que hubiera presentado en caso de haberse enfrentado a un escenario de competencia por el mercado real y transparente. Por lo demás, es claro que es el concesionario quien tiene la responsabilidad de fijar el fee de acceso a pista de acuerdo con sus proyecciones económicas y financieras -cosa que en este caso no ocurrió-, y no el distribuidor de combustible quien simplemente debe pagar aquello que el concesionario le exige para entrar a la pista.*

*Por lo anterior, **CHEVRON** no es responsable del procedimiento puesto en práctica por **CASYP**, sino que incluso se vio afectado por tal conducta, pues es claro que de no haber buscado información sobre su situación en la puja y no haber sido engañado por **CASYP** respecto de la oferta presentada por **TERPEL**, no habría ofrecido \$1.200 pesos por galón.*

*Así las cosas, no es posible atribuirle responsabilidad alguna a **CHEVRON** por la definición de este procedimiento adoptado por **CASYP** y por ende no es procedente sancionarla por infracción a las normas de competencia”.*

Por lo demás, la **SIC** no manifestó que el contrato fuera legal, simplemente señaló que el mismo no tenía por objeto o como efecto un acuerdo restrictivo de la competencia, sin que tal manifestación sanee otras ilegalidades que a través del mismo se cometan.

Por todo lo expuesto, no son de recibo los argumentos de **EDUARDO BORDA SOTO** respecto a que la **SIC** consideró que el Otrosí No. 3 suscrito por él fue considerado legal en términos absolutos, y que de no serlo, debió vincularse a **CHEVRON** en la conducta.

**CUARTO:** Que teniendo en cuenta las consideraciones expresadas en los numerales anteriores, la **SIC** procede a redosificar la multa impuesta a **EDUARDO BORDA SOTO** y **CASYP**, en los siguientes términos:

#### **4.1. Redosificación de la multa de EDUARDO BORDA SOTO**

Teniendo en cuenta lo expresado en numerales anteriores sobre la razón que le asiste a **EDUARDO BORDA SOTO** de que no podía usarse el hecho de haber tolerado la conducta de **RAMÓN EMILIANI** para agravar la sanción impuesta por ejecutar la materialización del precio inequitativo en el *fee de acceso a pista*, este Despacho reducirá en un 40% la multa que se le impuso en la Resolución No. 76724 del 16 de diciembre de 2014.

En consecuencia, la multa impuesta a **EDUARDO BORDA SOTO**, por haber actuado en contravención de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 en relación con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al ejecutar la fijación de un precio inequitativo para el cargo no regulado de *fee de acceso a pista* para proveedores de combustible en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, se reducirá a **SESENTA SALARIOS**

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

**MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES A 2014<sup>21</sup> (60 SMMLV de 2014), equivalentes a TREINTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$36'960.000).**

#### **4.2. Redosificación de la multa de CASYP**

En cuanto a **CASYP**, teniendo en cuenta lo expuesto en numerales anteriores, este Despacho redosificará su sanción teniendo en cuenta que el veinte punto novecientos noventa y seis por ciento (20.996%) de los ingresos que percibió por concepto del fee debían trasladarse a la **AERONÁUTICA CIVIL**.

En consecuencia, la multa impuesta a **CASYP**, por haber violado la libre competencia al haber actuado en contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en cuanto implementó una práctica, procedimiento o sistema tendiente a la fijación de un precio inequitativo para el cargo no regulado de fee de acceso a pista para proveedores de combustible en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, se reducirá a **OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES A 2014<sup>22</sup> (8.260 SMMLV de 2014), equivalentes a CINCO MIL OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$5.088'160.000).**

En cuanto al valor de la sanción, este Despacho reitera que no acoge los argumentos de **CASYP** respecto a que el monto fijado como multa es excesivo, ya que para la definición de ese valor se utilizaron criterios como la diferencia de los ingresos obtenidos por **CASYP** frente a los que hubiera recibido de haber adoptado un fee de \$900 y \$500 pesos por galón vendido, mientras que el mismo concesionario había ofrecido a esta Superintendencia, como garantía para archivar la presente investigación, fijar el fee de acceso a pista en el valor que arrojará un estudio hecho por un experto que en todo caso *"no será superior al tope de cuatrocientos ochenta pesos MCTE (\$480.00), por cada galón de combustible"*<sup>23</sup>. En estos términos, los criterios utilizados por la **SIC** fueron más benéficos para **CASYP** que los que la misma sancionada propuso como tope para el ofrecimiento de garantías.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

#### **RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO: TENER** como pruebas los documentos aportados por **EDUARDO BORDA SOTO** en su recurso de reposición contra la Resolución No. 76724 del 16 de diciembre de 2014.

**ARTÍCULO SEGUNDO: MODIFICAR** el **ARTÍCULO PRIMERO** de la Resolución No. 76724 del 16 de diciembre de 2014, en los siguientes términos:

<sup>21</sup> Por ser el salario mínimo mensual legal vigente al momento en que se profirió la Resolución de Sanción aquí impugnada.

<sup>22</sup> Por ser el salario mínimo mensual legal vigente al momento en que se profirió la Resolución de Sanción aquí impugnada.

<sup>23</sup> Folio 3833 del Cuaderno Público No. 15 el Expediente.

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

**"ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR** que la **CONCESIÓN AEROPUERTO DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. -CASYP-**, identificada con NIT. 900.127.236-2, violó la libre competencia por haber actuado en contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al implementar una práctica, procedimiento o sistema tendiente a la fijación de un precio inequitativo para el cargo no regulado de fee de acceso a pista para proveedores de combustible en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

En consecuencia, **IMPONER** una multa a la **CONCESIÓN AEROPUERTO DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. -CASYP-**, identificada con NIT. 900.127.236-2, de **OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES A 2014 (8.260 SMMLV de 2014), equivalentes a CINCO MIL OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$5.088'160.000.00 m/cte).**

**PARÁGRAFO:** El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

**Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación."**

**ARTÍCULO TERCERO: MODIFICAR** el **ARTÍCULO TERCERO** de la Resolución No. 76724 del 16 de diciembre de 2014, en los siguientes términos:

**"ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR** que **EDUARDO BORDA SOTO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 3.227.164, actuó en contravención de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 con relación de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al tolerar una práctica, procedimiento o sistema tendiente a la fijación de un precio inequitativo para el cargo no regulado de fee de acceso a pista para proveedores de combustible en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, y ejecutar la fijación de un precio inequitativo por el mismo concepto, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

En consecuencia, **IMPONER** una multa a **EDUARDO BORDA SOTO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 3.227.164, por valor de **SESENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (60 SMMLV), equivalentes a TREINTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$36'960.000.00 m/cte).**

**PARÁGRAFO:** El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia,



RESOLUCIÓN NÚMERO - - 8 8 9 6 DE 2015 Hoja No. 41

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

*con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.*

***Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación."***

**ARTÍCULO CUARTO: CONFIRMAR** en todas las partes no modificadas por los artículos precedentes, la Resolución No. 76724 del 16 de diciembre de 2014, atendiendo a lo preceptuado en la parte motiva de la presente Resolución.

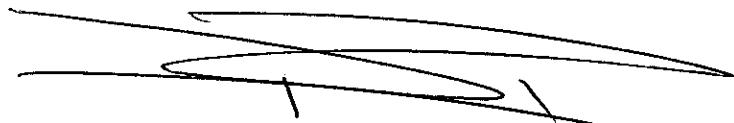
**ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente Resolución a la **CONCESIÓN AEROPUERTO DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. -CASYP-** y **EDUARDO BORDA SOTO**, entregándole copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

**ARTÍCULO SEXTO: COMUNICAR** el contenido de la presente Resolución a **CHEVRON PETROLEUM COMPANY -CHEVRON-**, **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA**, **LAN COLOMBIA AIRLINES S.A.**, **AEROREPÚBLICA S.A. -COPA-**, **AVIANCA S.A.**, y a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL, AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI).**-, entregándoles copia de la misma.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., a los **02 MAR 2015**

El Superintendente de Industria y Comercio



**PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO**

Proyectaron: Luis Castell, Felipe Serrano Pinilla  
Revisó: Felipe Serrano Pinilla  
Aprobó: Pablo Felipe Robledo Del Castillo

**NOTIFICACIONES:**

**CONCESIÓN AEROPUERTO DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA (CASYP)**

NIT 900.127.236

Apoderado:

**ANDRÉS FERNÁNDEZ DE SOTO**

C.C. 79.153.646

T.P. 41.615 del C.S. de la J.

Carrera 7 No. 71 – 52, Torre B Piso 9.

Bogotá, D.C.

RESOLUCIÓN NÚMERO 8896 DE 2015 Hoja No. 42

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

**EDUARDO BORDA SOTO**

C.C. 3.227.164

Apoderado

**GABRIEL IBARRA PARDO**

C.C. 3.181.441

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

Calle 98 No. 9A - 41 Oficina 309

Bogotá, D.C.

**COMUNICACIONES:**

**CHEVRON PETROLEUM COMPANY (CHEVRON)**

NIT 860.005.223

**MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA**

C.C. 35.501.288

Apoderado:

**ALFONSO MIRANDA LONDOÑO**

C.C. 19.489.933

T.P. 38.447 del C.S. de la J.

Calle 72 No. 6 – 30 Piso 12.

Bogotá, D.C.

**LAN COLOMBIA AIRLINES S.A.**

NIT 830.019.189

Apoderado:

**JORGE JAECKEL KOVACS**

C.C. 80.410.552

T.P. 64.720 del C.S. de la J.

Calle 90 No. 19A – 49, Oficina 803

Bogotá, D.C.

**AVIANCA S.A.**

NIT 890.100.577

**AEROREPÚBLICA S.A. – COPA**

NIT 800.185.781

Apoderada:

**ADRIANA CONSUELO LÓPEZ MARTÍNEZ**

C.C. 52.051.679

T.P. 85.250 del C.S. de la J.

Carrera 7 No. 74 – 56, Oficina 703.

Bogotá, D.C.

**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL**

NIT. 899.999.059-3

Director General

**GUSTAVO ALBERTO LENIS STEFFENS**

Edificio NEA – Avenida Eldorado 103-15

Bogotá, D.C.

**AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)**

NIT. 830.125.996-9

Presidente

**LUÍS FERNANDO ANDRADE MORENO**

Calle 24 A # 59 - 42 Edificio T3 Torre 4 Piso 2. Ciudadela Empresarial Sarmiento Angulo,

Bogotá, D.C.