



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **7 6 7 2 4** DE 2014

( **1 6 DIC 2014** )

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

*"Por la cual se impone una sanción"*

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011, el Decreto 2153 de 1992<sup>1</sup> y

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 44410 del 26 de agosto de 2011<sup>2</sup>, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la "Delegatura") abrió investigación y formuló pliego de cargos para determinar si la **CONCESIÓN AEROPUERTO DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A.** (en adelante "**CASYP**"), y **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** (en adelante "**CHEVRON**"), actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y en los numerales 1 y 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos contrarios de la libre competencia).

Así mismo, se abrió investigación y se formuló pliego de cargos contra **EDUARDO BORDA SOTO**, en su calidad de Gerente y representante legal de **CASYP** y **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA**, en su calidad de Gerente de Productos Comerciales y representante legal de **CHEVRON**, por la presunta configuración de la responsabilidad prevista 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 a las conductas endilgadas a las personas jurídicas ya mencionadas.

**SEGUNDO:** Que la actuación tuvo origen en una comunicación proveniente del Viceministerio de Turismo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, radicada ante esta Entidad No. 11-063694-1 del 26 de mayo de 2011<sup>3</sup>, mediante la cual se remitió copia de una comunicación suscrita por **AEROREPÚBLICA S.A.** -la cual opera bajo la marca comercial **COPA AIRLINES COLOMBIA** (en adelante "**COPA**")-, dirigida a **CASYP**, en la que se exponían inquietudes y peticiones respecto a la potestad del concesionario para fijar el cobro de la tarifa denominada "*acceso a pista aeropuerto ADZ*" y el incremento que sufrió dicha tarifa en el primer semestre de 2011. Así mismo, esta Entidad recibió una denuncia presentada por **COPA**, mediante escrito radicado No. 11-076934 del 20 de junio de 2011<sup>4</sup>, contra **CASYP** y **CHEVRON**, por la comisión de presuntas prácticas comerciales restrictivas.

<sup>1</sup> Modificado por el Decreto 019 de 2012.

<sup>2</sup> Folios 2424 a 2448 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente. En adelante, cuando en la presente resolución se haga referencia al "Expediente", entiéndase que corresponde al Expediente No. 11-063694.

<sup>3</sup> Folios 7 a 10 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>4</sup> Folios 2173 a 2269 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO **7 6 7 2 4** DE 2014 Hoja No. 2

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

En esencia, **COPA** manifiesta que por medio de un contrato, **CHEVRON** se comprometió a pagar a **CASYP** \$1.200 por galón de combustible vendido en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, con la contraprestación de ser el distribuidor exclusivo de combustible en dicho terminal.

Adicionalmente, **COPA** expone que la forma pactada para el pago de los referidos \$1.200, consistiría en cobrar directamente esa suma a los clientes de **CHEVRON**, por medio de una línea separada en sus facturas.

También, expuso su preocupación por que el *fee* de acceso a pista pasó de \$58.71 por galón en enero de 2011 a \$500 por galón en febrero de 2011; luego a \$750 por galón en marzo de 2011 a \$1.000 por galón en abril de 2011; y finalmente, a \$1.200 por galón a partir de mayo de 2011.

Como conclusión, **COPA** plantea que atendiendo a la posición de dominio que ostentan **CASYP** y **CHEVRON**, estas dos habrían celebrado un acuerdo para cargar a las aerolíneas con valores excesivos por un cargo que en teoría debería ser asumido por **CHEVRON**, ya que aquellas no podrían resistirse al aumento debido a la exclusividad que tiene **CASYP** en la Isla y **CHEVRON** en el aeropuerto.

Por todo lo expuesto, concluye **COPA** que **CASYP** y **CHEVRON** están imponiendo precios inequitativos y celebrando un acuerdo para establecer precios.

A partir de lo anterior, la Delegatura ordenó la iniciación de una averiguación preliminar con el fin de determinar la ocurrencia de presuntas conductas anticompetitivas por el cobro de un valor excesivo de la tarifa denominada “*acceso a pista aeropuerto ADZ*” en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés.

Posteriormente, la Delegatura ordenó abrir investigación y formular de pliego de cargos a través de la Resolución No. 44410 de 2011, modificada por la Resolución No. 60302 del 31 de octubre de 2011<sup>5</sup> contra **CASYP**, **CHEVRON**, **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) y **MARTHA LUCIA O’MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**).

**TERCERO:** Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación y formulación de Pliego de Cargos, y dentro del término legal señalado en el artículo 157 del Decreto 019 de 2012, **AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A.** (en adelante “**LAN**”) mediante comunicación radicada No. 11-063694-33 del 22 de septiembre de 2011<sup>6</sup>; **COPA** mediante comunicación radicada No. 11-063694-34 del 30 de septiembre de 2011<sup>7</sup>; **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.** (en adelante “**AVIANCA**”) mediante comunicación radicada No. 11-063694-37 del 30 de septiembre de 2011<sup>8</sup>; y la **ASOCIACIÓN DE TRANSPORTE AÉREO EN COLOMBIA** (en adelante “**ATAC**”) mediante comunicación

<sup>5</sup> Folios 3251 a 3262 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente.

<sup>6</sup> Folios 2483 a 2535 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

<sup>7</sup> Folios 2536 a 2727 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

<sup>8</sup> Folios 2973 a 3072 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO **76724** DE 2014 Hoja No. 3

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

radicada No. 11-063694-36 del 30 de septiembre de 2011<sup>9</sup>, solicitaron ser vinculadas a la presente actuación administrativa como terceros interesados.

La Delegatura dio traslado de las anteriores solicitudes a los investigados, mediante Resolución No. 60066 del 28 de octubre de 2011<sup>10</sup>, quienes se opusieron a vincular a **LAN, COPA, AVIANCA** y **ATAC** como terceros interesados, argumentando que no acreditaron el interés directo e individual para intervenir dentro de la presente actuación administrativa.<sup>11</sup>

Después de valorar los escritos presentados por **LAN, COPA** y **AVIANCA** (en adelante, y en conjunto, "**LAS AEROLÍNEAS**") y **ATAC**, así como los escritos presentados por los investigados, la Delegatura encontró probado el interés directo de **LAS AEROLÍNEAS** en la presente actuación administrativa y, por ende, mediante la Resolución No. 75392 del 22 de diciembre de 2011<sup>12</sup> les reconoció la calidad de terceros interesados. Por el contrario, la Delegatura decidió, en la misma resolución, no reconocer a **ATAC** como tercero interesado, por cuanto no encontró acreditado su interés directo en la presente actuación administrativa.

Frente a la decisión de la Delegatura, en el sentido de no reconocer a **ATAC** como tercero interesado, esta interpuso recurso de reposición mediante comunicación radicada No. 11-063694-80 del 4 de enero de 2012. El recurso fue resuelto por la Delegatura mediante la Resolución No. 8256 del 24 de febrero de 2012<sup>13</sup>, confirmando la resolución recurrida en todas y cada una de sus partes.

**CUARTO:** Que mediante la Resolución No. 28835 del 3 de mayo de 2012, la Delegatura citó a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL** (en adelante "**AEROCIVIL**") para que se hiciera parte dentro del presente trámite administrativo como tercero interesado, en los términos del artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 157 del Decreto 019 de 2012. En respuesta a la citación de la Delegatura, la **AEROCIVIL**, mediante comunicación radicada No. 11-063694-131 del 22 de mayo de 2012, manifestó no tener ningún interés directo en la investigación y por consiguiente, no consideró razonable su vinculación en calidad de tercero interesado.

**QUINTO:** Que mediante comunicación radicada No. 11-63694-35 del 30 de septiembre de 2011, **LAS AEROLÍNEAS** solicitaron al Superintendente de Industria y Comercio que, en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 1 de la Ley 1340 de 2009, decretara las siguientes medidas cautelares:

*"1. Que se ordene a las sociedades **CASYP** y **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** la suspensión inmediata de las conductas contrarias al régimen de protección a la competencia base de la presente investigación, especialmente la consistente en el traslado del aumento injustificado realizado a partir del 1 de febrero de 2011 en el cobro llamado "fee por acceso a pista", a las aerolíneas que operan en el aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla de la isla de San Andrés.*

<sup>9</sup> Folios 2733 a 2972 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente.

<sup>10</sup> Folios 3251 a 3254 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente.

<sup>11</sup> Folios 3542 a 3566 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

<sup>12</sup> Folios 3656 a 3671 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

<sup>13</sup> Folios 3698 a 3704 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO **76724** DE 2014 Hoja No. 4

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

2. Que se ordene a las sociedades **CASYP** y **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** abstenerse de utilizar cualquier otro medio para fijar directa o indirectamente de manera inequitativa la tarifa del "fee por acceso a pista", o subordinar la prestación del suministro de combustible a la aceptación de otras condiciones no relacionadas con el precio del combustible. (...).

El Superintendente de Industria y Comercio, mediante Resolución No. 778 del 18 de enero de 2012, rechazó la solicitud de medidas cautelares.

**SEXTO:** Que dentro del término para presentar descargos, solicitar y aportar pruebas, los investigados presentaron ofrecimiento de garantías, mediante comunicación radicada No. 11-063694-60 del 11 de abril de 2011<sup>14</sup>, adicionada mediante comunicación radicada No. 11-063694-69 del 30 de noviembre de 2011<sup>15</sup> y, posteriormente, sustituida integralmente por la comunicación radicada No. 11-063694-142 del 6 de julio de 2012<sup>16</sup>.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, esta Entidad corrió traslado a los terceros interesados de los ofrecimientos de garantías presentados por los investigados. **LAS AEROLÍNEAS** se pronunciaron mediante comunicaciones radicadas Nos. 11-063694-143<sup>17</sup>, 11-0636894-144<sup>18</sup> y 11-0636894-145<sup>19</sup>, todas del 1 de agosto de 2012, rechazando los ofrecimientos, toda vez que el memorial que sustituyó en su integridad la solicitud de garantías fue presentado extemporáneamente. Así mismo, manifestaron que las garantías no eran suficientes ni idóneas para contrarrestar los efectos nocivos de las conductas investigadas.

El Superintendente de Industria y Comercio rechazó los ofrecimientos de garantías mediante las comunicaciones radicadas Nos. 11-063694-231<sup>20</sup>, 11-063694-232<sup>21</sup>, 11-063694-233<sup>22</sup>, todas del 4 de septiembre de 2012, por considerar que las mismas no eliminaban por completo el efecto negativo que se habría podido ocasionar con las prácticas supuestamente anticompetitivas, ni tampoco generaban efectos positivos que permitieran asegurar una mejoría fundamental en la competencia en los mercados presuntamente afectados por las conductas investigadas.

**SÉPTIMO:** Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación a los investigados, y corrido el término para solicitar y aportar pruebas conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, la Delegatura decretó la práctica de algunas pruebas de oficio y de otras solicitadas por los investigados y los terceros interesados,

<sup>14</sup> Folios 3265 a 3272 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

<sup>15</sup> Folios 3572 a 3621 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

<sup>16</sup> Folios 3830 a 3837 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

<sup>17</sup> Folio 3837A del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

<sup>18</sup> Folio 3837B del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

<sup>19</sup> Folio 3837C del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

<sup>20</sup> Folios 4635-B a 4635-H del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

<sup>21</sup> Folios 4635-I a 4635-S del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

<sup>22</sup> Folios 4635-T a 4635-AE del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO **7 6 7 2 4** DE 2014 Hoja No. 5

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

mediante la Resolución No. 47756 del 8 de agosto de 2012<sup>23</sup>, modificada por la Resolución No. 77894 del 14 de diciembre de 2012<sup>24</sup>, y adicionada por la Resolución No. 36174 del 17 de junio de 2013<sup>25</sup>.

**OCTAVO:** Que mediante la Resolución No. 54405 del 19 de septiembre de 2012<sup>26</sup>, la Delegatura rechazó por infundada la solicitud de nulidad de las visitas administrativas practicadas el 15 y 16 de agosto de 2012 interpuesta por **CASYP** y coadyuvada por **EDUARDO BORDA SOTO**<sup>27</sup> (representante legal de **CASYP**), por cuanto no encontró vicio o irregularidad.

De otra parte, la Delegatura mediante la Resolución No. 1803 del 29 de enero de 2013<sup>28</sup> y Resolución No. 501 del 10 de enero de 2014<sup>29</sup>, aceptó el desistimiento de pruebas.

**NOVENO:** Que el 28 de mayo de 2014, una vez culminó la etapa probatoria y realizada la audiencia de descargos prevista en el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, la Delegatura presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio, el Informe Motivado con el resultado de la etapa de instrucción (en adelante "Informe Motivado")<sup>30</sup>, en el cual recomendó sancionar a **CASYP** y **CHEVRON** por violación del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdo que tenga por objeto o tenga como efecto la fijación directa o indirecta de precios), y consecuentemente también sancionar a **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) y **MARTHA LUCIA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**), en virtud de lo previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Por otra parte, la Delegatura recomendó archivar la investigación a favor de **CASYP** y **CHEVRON** respecto de las conductas imputadas por violación de lo previsto en el numeral 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdo que tenga por objeto o tenga como efecto subordinar el suministro de un producto a aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones) y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), y consecuentemente también archivar la investigación iniciada a **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) y **MARTHA LUCIA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**), en virtud de lo señalado en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

<sup>23</sup> Folios 3838 a 3858 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente.

<sup>24</sup> Folios 4901 a 4907 del Cuaderno Público No. 20 del Expediente.

<sup>25</sup> Folios 5766 a 5771 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

<sup>26</sup> Folios 4795 a 4800 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

<sup>27</sup> **CASYP** y **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) solicitaron, mediante comunicaciones radicadas con números, 11-063694-90 del 23 de agosto de 2012, 11-63694-199 del 27 de agosto de 2012, y 11-063694-241 del 7 de septiembre de 2012, se declarara la nulidad de las visitas administrativas practicadas los días 15 y 16 de agosto de 2012, las cuales habían sido decretadas en la Resolución No. 47756 del 8 de agosto de 2012.

<sup>28</sup> Folios 5063 a 5069 del Cuaderno Público No. 20 del Expediente.

<sup>29</sup> Folios 6139 a 6142 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente.

<sup>30</sup> Folios 6409 a 6523 del Cuaderno Público No. 28 del Expediente.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Para sustentar las anteriores recomendaciones, la Delegatura sostuvo los siguientes argumentos en su Informe Motivado:

**9.1. Sobre el mercado relevante afectado por las conductas investigadas**

La Delegatura definió el mercado relevante en el cual tuvieron lugar las conductas investigadas como el de *"abastecimiento de combustible de aviación en el aeropuerto internacional GUSTAVO ROJAS PINILLA"*<sup>31</sup>. Adicionalmente, aclaró que por el hecho de que las aeronaves que vuelan al Aeropuerto El Embrujo en Providencia se aprovisionan de combustible en San Andrés, no se incluiría el aeropuerto de Providencia en el mercado afectado. Por otra parte, señaló que como consecuencia de que los impactos de la conducta se limitaban exclusivamente al suministro de combustible a aeronaves, se delimitó el alcance del Informe Motivado a este mercado relevante, pese a la definición amplia de servicios aeroportuarios formulada en la apertura de la investigación<sup>32</sup>.

Respecto al mercado, la Delegatura identificó que en el lado de la demanda de abastecimiento de combustible están las aerolíneas, y del lado de la oferta de dicho bien están **CASYP** y **CHEVRON**, el primero como concesionario y el segundo como subcontratista y prestador del servicio.

**9.2. Sobre la contravención del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdo que tenga por objeto o tenga como efecto la fijación directa o indirecta de precios entre CASYP y CHEVRON)**

En el Informe Motivado, la Delegatura analizó si la conducta de **CASYP** y **CHEVRON** constituye una contravención de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, según el cual están prohibidos los acuerdos *"que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios"*.

La Delegatura aclaró que no se pronunciaría sobre las remuneraciones a las que tendría derecho el concesionario (i.e. **CASYP**) en virtud de la suscripción del Contrato de Acceso a Pista del 24 de diciembre de 2010 con **CHEVRON**, incluyendo su respectivo Otrosí No. 3. El foco de atención de la Delegatura se centró en el acuerdo entre **CASYP** y **CHEVRON** para trasladar un costo (i.e. *fee* de acceso a pista) a las aerolíneas.

En este orden de ideas, la Delegatura encontró probado que **CASYP** y **CHEVRON**, quienes pertenecen a niveles diferentes de la cadena de suministro de combustible en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, acordaron que **CHEVRON** le pagaría a **CASYP** un cargo por suministro de combustible (*fee* de acceso a pista) de \$1.200 por galón suministrado, cargo que sería transferido a las aerolíneas. Como contraprestación, **CHEVRON** tendría el derecho exclusivo de distribuir combustible en el aeropuerto de San Andrés. Según la Delegatura, el acuerdo contrario a la libre competencia no se predica de la fijación del *fee* de acceso a pista ni de su monto, como lo alegan las investigadas, sino del acuerdo para trasladar ese valor a las aerolíneas.

<sup>31</sup> Folio 48 del Informe Motivado.

<sup>32</sup> Nota al pie de página 174 del Informe Motivado en el Folio 48 del mismo.

RESOLUCIÓN NÚMERO 7 6 7 2 4 DE 2014 Hoja No. 7

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Por otra parte, la Delegatura determinó que la tarifa que cobra **CHEVRON** a las aerolíneas bajo el concepto de “*cargo por acceso a pista aeropuerto ADZ*”, constituye un verdadero precio, independientemente de las diferentes denominaciones usadas por los investigados para referirse a él.

Según la Delegatura, el costo que **CASYP** y **CHEVRON** fijaron para que **CHEVRON** distribuyera combustible de forma exclusiva en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, y que acordaron trasladar aguas abajo a las aerolíneas (cobrado bajo el rubro “*cargo por acceso a pista aeropuerto ADZ*”), es parte integral del precio que las aerolíneas tienen que pagar a **CHEVRON** como contraprestación por el servicio de aprovisionamiento de combustible.

Así las cosas, el precio pagado por las aerolíneas ( $p^f$ ) está compuesto por dos elementos:

- (i) el valor del combustible, el cual es fijado por **CHEVRON** ( $p_{chevron}$ ); y
- (ii) el *fee* de acceso a pista fijado por **CASYP**, y que junto con **CHEVRON** acordaron trasladar a las aerolíneas ( $p_{casyp}$ ).

Con la siguiente fórmula, la Delegatura explica la formación del precio del galón de combustible cobrado a las aerolíneas en el Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés:

$$p^f = p_{chevron} + p_{casyp}$$

Así, para la Delegatura la violación al numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 se habría configurado cuando **CASYP** y **CHEVRON** acordaron que la tarifa de acceso a pista que se pagaría a **CASYP** por cada galón de combustible que suministrara **CHEVRON** en el aeropuerto de San Andrés (y que es un cobro al cual tiene derecho el concesionario **CASYP** según el contrato de concesión que celebró con el Estado), debía ser trasladada -y por consiguiente asumida- por las aerolíneas a quienes se suministraría el combustible.

**9.2.1. Sobre las pruebas que según el Informe Motivado acreditan la existencia de un acuerdo que tiene por objeto la fijación de precios entre CASYP y CHEVRON.**

Para la Delegatura, se encuentra probado que **CASYP** y **CHEVRON** acordaron cobrarle a las aerolíneas un sobreprecio por cada galón de combustible que se suministrara a las aeronaves, denominado *fee* de acceso a pista. Dicho *fee* sería pagado a **CASYP** por **CHEVRON**, quien a su vez lo cobraría a las aerolíneas a cambio de que **CASYP** le diera a **CHEVRON** el suministro exclusivo de combustible en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés.

La Delegatura fundamentó su decisión en las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

Advierte que **CHEVRON** remitió una oferta a **CASYP** el 18 de noviembre de 2010 para la renovación del contrato de acceso a pista para combustibles de aviación en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés. Este contrato le permitiría a **CHEVRON** continuar suministrando combustible a las aeronaves en dicho aeropuerto.

RESOLUCIÓN NÚMERO **76724** DE 2014 Hoja No. 8

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

En la mencionada oferta, **CHEVRON** manifiesta asumir el incremento del *fee* de acceso a pista a \$1.200 por galón, pero con la condición de que **CASYP** le permitiera a **CHEVRON**: (i) facturar de manera independiente y discriminada en cada factura el monto que corresponde al cargo por acceso a pista y el monto que se cobra por el combustible; y (ii) entregar el dinero a **CASYP** dentro de los veinte (20) primeros días del mes siguiente al de su recaudo. Para la Delegatura, el hecho que **CASYP** y **CHEVRON** hubiesen acordado que en las facturas de cobro de **CHEVRON** a las aerolíneas se discriminara el costo correspondiente a combustible y el costo correspondiente a *fee* de acceso a pista es prueba de que **CASYP** y **CHEVRON** acordaron trasladar el cargo de acceso a pista a las aerolíneas. Así, se habría configurado una estrategia mancomunada para trasladar el valor del acceso a pista aguas abajo con la finalidad de extraer rentas de verdadero sujeto pasivo de la obligación (las aerolíneas) quien no participó en la determinación del precio.

Adicionalmente, la Delegatura determinó que los correos electrónicos intercambiados entre los investigados dan cuenta de la estrategia mencionada, la cual se materializó con el Contrato de Acceso a Pista que celebraron el 24 de diciembre de 2010.

Según el Informe Motivado, a través del acuerdo **CASYP** incrementaría sus ingresos a través de un *fee* de acceso a pista de \$1.200 pesos, que en últimas sería cobrado por **CHEVRON** a las aerolíneas y posteriormente trasladado por aquella a **CASYP**. Para que **CHEVRON** accediera a pagar un *fee* de acceso a pista de \$1.200 y a trasladar dicho costo a las aerolíneas, **CASYP** le informó a **CHEVRON** que otros proveedores de combustible, como por ejemplo la **ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.** (en adelante **TERPEL**), estaban dispuestos a pagar el incremento del *fee* de acceso a pista de hasta 1.200 pesos. Tan es esto así que **CASYP** le insinuó a **CHEVRON** que si no accedía al incremento del *fee* de acceso a pista procedería a realizar una subasta para adjudicar el derecho de suministrar combustible en el aeropuerto de San Andrés.

Lo anterior quedó demostrado, según la Delegatura, con el intercambio de correos electrónicos entre **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) y **PEDRO RAMÓN EMILIANI** (anterior representante legal de **CASYP**):

- Correo del 8 de noviembre de 2010. Enviado por **PEDRO RAMÓN EMILIANI** (anterior representante legal de **CASYP**) a **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**):

*“Hola Martha*

*En este momento me encuentro en Corea y acá el celular Colombiano (sic) no funciona. Si es muy urgente me puedes llamar al (...). Sé de la última junta que la mejor oferta era la de Terpel (...).”<sup>33</sup>*

- Correo del 8 de noviembre de 2010. Enviado por **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) a **PEDRO RAMÓN EMILIANI** (anterior representante legal de **CASYP**):

<sup>33</sup> Folio 4471 del Cuaderno Público No. 18 del Expediente

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

*"Ayúdenos con feedback para ver qué podemos hacer. Es importante que tengan en cuenta que el suministro de Chevron es super (sic) confiable y que es bien difícil que otro proveedor pueda superarlo (...)"*<sup>34</sup>

- Correo del 8 de noviembre de 2010. Enviado por **PEDRO RAMÓN EMILIANI** (anterior representante legal de **CASYP**) a **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**):

*"Acá estamos 14 horas adelante. Ustedes tienen una gran ventaja sobre los otros y es que no tienen que hacer inversión en infraestructura, esto debe reflejarse en la oferta. Sé que la oferta de Terpel está alrededor de los \$1200/galón"*<sup>35</sup> (Subrayado fuera del texto)

La Delegatura pudo constatar que efectivamente el precio ofertado por **CHEVRON** fue el más alto de entre todas las ofertas presentadas por los competidores (\$1.200 por galón de gasolina suministrado en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés) y es igual al sugerido por **CASYP**.

Por el lado de **CHEVRON**, el interés subyacente al acuerdo era obtener el acceso exclusivo a plataforma para poder suministrar combustible en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, siempre y cuando **CASYP**, absorbiera los costos reputacionales que se generarían por el traslado del sobre costo a las aerolíneas.

La Delegatura encontró correos electrónicos que demuestran el mencionado interés:

- Correo interno. Enviado por **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) a **JAVIER PARADA** (abogado senior de la Gerencia Legal de **CHEVRON**) y a **JUAN CARLOS MORENO** (empleado de **CHEVRON**):

*"Buenos días Javier y Juan Carlos,*

*Cassyp (sic), el concesionario de San Andrés, está solicitando un incremento en el fee de acceso a rampa de PS\$ 900/gal, en caso contrario abrirá una licitación para el manejo de combustibles de aviación en la isla. Terpel y Energizar están interesados.* (Subrayado fuera de texto)

*Para poder manejar este incremento en el fee, le hemos solicitado que genera (sic) una circular a las aerolíneas informando de dicho incremento y que se cobrara como fee adicional en la factura de combustible.*

*Adjunto un borrador de circular para que me ayude a revisarla:*

*Cassyp (sic) informa que a partir de Enero 1, 2011, ha establecido una tarifa de acceso a rampa de PS\$ 900/gal, la cual será cobrada a través de la factura de combustibles de aviación como un fee adicional al precio del producto. Este incremento será manejado en cuotas de OS\$ 201/galon (sic) trimestralmente hasta alcanzar los PS\$ 900/gall (sic) en el último trimestre del 2011.*

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Ibid.

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Cassyp (sic) se ve obligado a establecer este nuevo fee por ...

¿Cuál es su recomendación para que sea CASSYP (sic) el responsable de este incremento ante las aerolíneas y autoridades?

Cassyp (sic) dice que toma toda la responsabilidad y que informa directamente a las aerolíneas y a cualquier entidad necesaria.

La idea es cobrar el fee y mensualmente pagárselo a Cassyp (sic) (...).<sup>36</sup>  
(Subrayado fuera del texto)

La Delegatura determinó que el anterior correo permite concluir que **CHEVRON** asintió a los términos de **CASYP**, siempre y cuando, este último asumiera la responsabilidad del incremento en el fee de acceso a pista e informara a las aerolíneas.

### **9.2.2. Sobre las discusiones de los investigados relacionadas con el potencial efecto del acuerdo en la demanda**

La Delegatura determinó que las investigadas acordaron un mecanismo para mitigar los efectos adversos del traslado de la tarifa de acceso a pista a las aerolíneas, lo cual quedó demostrado a través de los correos electrónicos entre **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** y **EDUARDO BORDA SOTO** que se muestran a continuación:

- Correo del 15 de octubre de 2010. Enviado por **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) a **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**):

*“Buenas noches Eduardo. No he conseguido donde poderme contactar y por esta razón envío solo un resumen. Revisando los datos si tenemos afectación por incremento en precios de tal forma que proponemos lo siguiente con el fin de minimizar el impacto. Fee actual 60 pesos por galón. Fee primer semestre 110 pesos por galón equivalentes a MMPS0 33 mensuales. Fee segundo semestre 160 pesos galón. Fee tercer semestre 219 pesos galón y el del cuarto semestre 284 pesos galón que equivaldrían a unos 85 millones de pesos mes estimando ventas de 300.000 galones mes. Contrato con exclusividad a 3 años. El último año se incrementaría con el IPC. El fee se facturaría independiente al producto. Necesitaríamos poder avisarles a los clientes con 2 meses de anticipación. Lo anterior sujeto a aprobación corporativa. Apenas pueda le envío el mail con las gráficas. Hablamos.”<sup>37</sup>* (Subrayado fuera del texto)

- Correo del 16 de octubre de 2010. Enviado por **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) a **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**):

*“Gracias por la información. Estoy de acuerdo con el tema escalonado pero no con las cifras ofrecidas. Tendremos que ver esto. El objetivo es otro”<sup>38</sup>*

<sup>36</sup> Folio 433 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>37</sup> Folio 5455 del Cuaderno Público No. 23 del Expediente.

<sup>38</sup> Ibid.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Para la Delegatura resulta evidente que los investigados eran conscientes del impacto del acuerdo en la demanda y que los intereses confluían hacia la necesidad de diseñar estrategias que disimularan la decisión conjunta de subir el precio a las aerolíneas, tales como el incremento escalonado del valor.

### **9.2.3. Sobre la ausencia de eficiencias que justifiquen la conducta anticompetitiva**

Como primera medida, la Delegatura expone la carencia argumentativa de los investigados para demostrar que el objeto o efecto de su actuación no se enfocó en la maximización de las rentas de **CASYP** a través de **CHEVRON**. De igual forma, expone que en el documento de **MARCELA MELÉNDEZ ARJONA**, allegado a la actuación administrativa por el investigado **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**), se hace una breve mención a que el contrato *"sirve para organizar la relación comercial entre dos partes y eventualmente para evitar la doble marginalización, con beneficios para CASYP y CHEVRON como para los consumidores"*<sup>39</sup>.

Frente a esta eficiencia planteada, la Delegatura consideró que la simple afirmación citada no es suficiente para satisfacer la carga de la prueba consistente en demostrar que a la conducta le asiste la potencialidad de generar eficiencias en el mercado. Independientemente de lo anterior, la Delegatura dedicó algunos apartes a explicar por qué ese contrato no eliminaba el riesgo de doble margen.

La Delegatura expone que los dos niveles superiores de la cadena de valor cuentan con poder de mercado derivado de su posición de dominio (**CASYP** es el concesionario del Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés y **CHEVRON** el único proveedor de combustible). Adicionalmente, expone que el cobro establecido por el *fee* de acceso a pista surge de una regla lineal en donde, sin importar la cantidad consumida, se paga el mismo monto por cada galón tanqueado. De este mismo modo, **CASYP** y **CHEVRON** pactaron el traslado total del costo asociado al incremento de la tarifa por acceso a pista, lo cual hace que la Delegatura observe que en la estructura vertical analizada se presentó ciertamente el fenómeno de doble margen, teniendo en cuenta el proceso de maximización de beneficios.

### **9.2.4. Sobre el efecto anticompetitivo de la conducta**

Expone la Delegatura que en el documento elaborado por **MARCELA MELÉNDEZ ARJONA** se describe la manera como debería funcionar el mercado relevante si estuviese libre de distorsiones.

Según el documento:

*"Para CASYP la tarifa de acceso a pista es un ingreso. Chevron, por su parte, paga una tarifa a CASYP por el derecho a ser el proveedor único de combustible y servicios conexos. Para Chevron esta tarifa es un costo que, como cualquier otro costo será trasladado a los consumidores en la medida en que la elasticidad de la demanda lo permita y no haya una restricción regulatoria o contractual que se lo impida"*<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Folio 5253, del Cuaderno Público No. 22 del Expediente.

<sup>40</sup> Folio 5253, del Cuaderno Público No. 22 del Expediente.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Según la Delegatura, la distorsión ocasionada por el acuerdo se traduce en que por vía contractual, la tarifa que **CHEVRON** debe pagar a **CASYP**, por el derecho de exclusividad deja de ser un costo de **CHEVRON** para trasladarse al siguiente eslabón de la cadena. De esta manera, el porcentaje de traslado del costo al siguiente eslabón de la cadena, que debería ser el resultado de un ejercicio interno de maximización de utilidades de **CHEVRON**, es determinado vía contractual por **CASYP** sin ninguna racionalidad económica distinta a: (i) el interés de **CASYP** de extraer una mayor renta; y (ii) el incentivo de **CHEVRON** de obtener el derecho de exclusividad a costa del siguiente eslabón de la cadena. Este tipo de traslado de cargos entre diferentes agentes de una cadena de valor vertical es comúnmente conocido como *"pass through"*<sup>41</sup>.

La Delegatura afirma que las investigadas acordaron el incremento de la tarifa por acceso a pista y la manera de cobrar dicha tarifa a las aerolíneas. Así mismo, acordaron que el cargo fuera completamente trasladado del segundo al tercer nivel de la cadena, es decir, de **CHEVRON** a las aerolíneas.

Las características del mercado permitieron que el *pass through* de la tarifa por acceso a pista fuera completo. En primer lugar, la posición dominante de **CASYP**, sobre los servicios de operación aeroportuaria en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, le permitió fijar un cambio drástico en los montos a cobrar por el rubro no regulado de acceso a pista. En segundo lugar, no obstante **CHEVRON** tenía una reducción en la demanda por combustible derivada del incremento del cobro total dirigido a las aerolíneas<sup>42</sup>, la elasticidad precio de la demanda por los servicios de combustible le otorgaron un margen de maniobrabilidad suficiente a **CHEVRON** para realizar el traslado total.

En el caso concreto, los efectos anticompetitivos se traducen en la reducción sustancial del excedente del consumidor (las aerolíneas), pues el incremento de precios fijado en los eslabones superiores de la cadena aumentaron el margen previamente establecido entre lo pagado y lo que estaban dispuestas a pagar las aerolíneas, impactando negativamente el bienestar que ellas obtenían al adquirir el combustible para sus aeronaves en San Andrés.

Así, el acuerdo vertical establecido entre **CASYP** y **CHEVRON** respecto al incremento sustancial del *fee por acceso a pista* y el correspondiente traslado del cien por ciento (100%) del costo al siguiente eslabón de la cadena, constituyó una distorsión de ninguna manera natural al desarrollo competitivo de cualquier mercado, con efectos de transferencia del excedente del consumidor a eslabones superiores y, por tanto, con un efecto explotativo sobre dicho excedente.

En el Informe Motivado, la Delegatura estimó que si bien no existía evidencia que le permitiera concluir que el aumento en el cargo de acceso a pista se trasladaría a los pasajeros que viajaban a San Andrés, el incremento del *fee* de acceso a pista y posterior traslado a las aerolíneas producía efectos explotativos respecto de estas últimas (que también son consumidores), sin que existiera alguna razón de eficiencia que justificara dicho incremento, lo cual por sí mismo constituye una conducta anticompetitiva.

<sup>41</sup> CLARK, Emily, HUGHES, Mat & WIRTH, David. *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 2004, pp. 30-31.

<sup>42</sup> Folios 444 del Cuaderno Reservado No. 1 y Folio 5455 del Cuaderno Público No. 23 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 7 6 7 2 4 DE 2014 Hoja No. 13

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

La Delegatura resalta que, no obstante la ausencia de pruebas que permitan determinar el traslado de la tarifa por acceso a pista a los consumidores finales (pasajeros que vuelan a San Andrés), la reducción del excedente del consumidor directo de combustible (las aerolíneas)- y la ausencia de eficiencias que justifiquen la conducta, soportan la existencia de efectos explotativos generados por la misma.

Ahora bien, la Delegatura destaca que como contrapartida a la reducción del excedente del consumidor directo, los ingresos de **CASYP** se vieron incrementados sustancialmente durante el período en que **CHEVRON** cobró la nueva tarifa por acceso a pista. Así mismo, la Delegatura pone de presente la poca correspondencia existente entre los ingresos percibidos por **CASYP** por concepto de acceso a pista, y aquellos que había proyectado recibir.

Sobre el particular señala que, el peritaje realizado por **DESSAU CEI S.A.S.** (en adelante "**DESSAU**")<sup>43</sup>, da cuenta de la creciente influencia que el rubro por acceso a pista tuvo desde el 2011 dentro de los ingresos de **CASYP**. En efecto, el ingreso reportado anual por *fee* de acceso a pista pasó de doscientos treinta millones de pesos (\$230.000.000) en 2010 a tres mil cuatrocientos millones quinientos cincuenta y un mil pesos (\$3.400.551.000) en 2011 y cinco mil ciento setenta y seis millones novecientos noventa y un mil pesos (\$5.176.991.000) para el año 2012, configurando así un aumento sustancial del rubro mencionado con posterioridad a la ejecución del acuerdo<sup>44</sup>.

En este contexto, la Delegatura concluye que el beneficio obtenido por el incremento exponencial de los ingresos de **CASYP** se vio reflejado en la reducción del excedente del consumidor directo del servicio de provisión de combustible. Por ende, la Delegatura encuentra razones para desvirtuar el argumento presentado por **CASYP** según el cual, su actuar mancomunado con **CHEVRON** para el aumento de la tarifa por acceso a pista y su posterior traslado total a las aerolíneas, no compuso ningún efecto dañino en el mercado en referencia.

Por último, en relación con los efectos lesivos de la conducta sobre la competencia, la Delegatura destacó que los mismos fueron posibles gracias al desarrollo atípico que el *fee* de acceso a pista tuvo en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, en comparación con la evolución que dicho cobro ha tenido en aeropuertos similares. En efecto, el informe de peritaje elaborado por **DESSAU**<sup>45</sup> da cuenta de cómo el máximo valor cobrado en el año 2012 por **CHEVRON** a las aerolíneas entre los aeropuertos del caribe en Antigua, Barbados, Islas Caimán, Montego, Port of Spain y Saint Maarten, fue el correspondiente al recaudado en Islas Caimán por un monto equivalente en pesos de \$318,28, precio considerablemente alejado de la tarifa de \$1.200 vigente en el referido aeropuerto de San Andrés.

Por las razones anteriores, la Delegatura encontró elementos de juicio suficientes para concluir que el acuerdo pactado entre **CASYP** y **CHEVRON**, permitió redistribuir los excedentes de los consumidores de combustible hacia niveles superiores de la cadena de

<sup>43</sup> Folios 5569 al 5765 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

<sup>44</sup> Folio 5629 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

<sup>45</sup> Folios 5569 al 5763 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

valor vertical, proceso en cual **CASYP** resultó ampliamente beneficiada en razón al incremento sin precedentes de sus ingresos en el periodo considerado (2008 - 2012).

**9.3. Sobre la contravención del numeral 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdo que tenga por objeto o tenga como efecto subordinar el suministro de un producto a aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.)**

La Delegatura señala que uno de los elementos para que se configure la conducta proscrita en el numeral 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, es que exista singularización del producto vinculante con el producto vinculado<sup>46</sup>.

En opinión de la Delegatura, en línea con el argumento presentado por **CHEVRON** y **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**)<sup>47</sup>, no existe singularización entre el producto vinculante (i.e. suministro de combustible) y el vinculado (i.e. fee de acceso a pista), toda vez que el segundo es un insumo del primero.

En el caso concreto, si para **CHEVRON** no fuese posible acceder a la plataforma del aeropuerto, no tendría forma de suministrar el combustible, pues solamente haciendo uso de la infraestructura aeroportuaria es que puede suministrar combustible a los aviones. Por consiguiente, el cargo que cobra **CASYP** por el acceso a la pista hace parte de la estructura de costos de suministro de combustible de aviación de los distribuidores de combustible.

Por lo anterior, la Delegatura concluyó que en este caso no se presenta el supuesto fáctico que permita concluir que **CASYP** y **CHEVRON** incurrieron en la conducta tipificada en el numeral 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, pues el fee de acceso a pista no puede ser considerado como una obligación que no guarda relación con el suministro de combustible.

**9.4. Sobre la presunta infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general)**

Antes de iniciar el análisis del caso concreto, la Delegatura precisa que la conducta investigada en el presente caso es la concerniente a una práctica, procedimiento o sistema tendiente a mantener o determinar precios inequitativos. Así mismo, la Delegatura señala que los precios inequitativos se verifican cuando los agentes abusan de su poder de mercado a través de la fijación de precios en niveles artificiales y significativamente altos frente a la naturaleza misma del mercado. Para la Delegatura, dichas falla de mercado conduce a distorsiones que son consideradas como explotativas.

En primer lugar, la Delegatura se pronunció respecto de los alegatos de las intervinientes sobre la ausencia de competencia de la **SIC** para sancionar conductas por precios

<sup>46</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resoluciones Nos. 843 del 6 de mayo de 1994 y 38467 del 26 de noviembre de 2001.

<sup>47</sup> “Se reitera que para **CHEVRON** el servicio de Acceso a Pista que le presta **CASYP** es un insumo indispensable para poder prestar su propio servicio de suministro de combustible a las aeronaves en la pista del aeropuerto de San Andrés. En consecuencia, el “Cargo de Acceso a Pista” es un costo directo para la prestación del servicio (...).” Folio 3456 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

inequitativos, y la supuesta atipicidad de las conductas investigadas como consecuencia de la indefinición del término "inequitativo".

En relación con la competencia de esta Superintendencia, la Delegatura indica que es claro que la Ley 155 de 1959 expresamente prohíbe el uso de procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos. Adicionalmente, la competencia de la SIC, como Autoridad Única de Competencia, está fuera de discusión en esta investigación.

Respecto de la supuesta atipicidad de las conductas investigadas, el argumento de las investigadas se basa en que la tarifa de acceso a pista no es un precio y que por ende, no se encuadra en las conductas reprochables conforme al artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Frente a este punto, la Delegatura recuerda que la interpretación del término precio es amplia y comprende todo valor monetario asignado a un bien o servicio, independientemente de la denominación que le asignen las investigadas. Así mismo, señala que la representante legal de **CHEVRON, MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** reconoció en su declaración que el cargo de acceso a pista es un precio.<sup>48</sup>

Luego de una exposición completa del estado del arte en materia de precios inequitativos en Colombia y en el exterior, la Delegatura sostuvo que no se encontraron elementos fácticos o jurídicos que permitieran concluir que los investigados implementaron prácticas o sistemas tendientes a determinar precios inequitativos. Lo anterior, teniendo en cuenta que luego de descartar la posibilidad de adelantar un análisis de rentabilidad o de costos o de poder llevar a cabo una comparación de precios con competidores, la Delegatura sostuvo que el único valor de cotejo que podría usarse para la determinación de un precio inequitativo es la comparación de precios históricos, la cual por sí sola no permite llegar a conclusiones irrefutables sobre la presunta fijación de precios inequitativos imputada a **CASYP**.

En virtud de lo anterior, la Delegatura recomienda a este Despacho el archivo en favor de **CASYP** y **CHEVRON** y las personas naturales investigadas, respecto de la conducta imputada en razón del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

#### **9.5. Sobre la responsabilidad de los representantes legales**

Previo al análisis de cada persona natural imputada, la Delegatura expone la conducta reprochada y concluye que la responsabilidad de estas personas se circunscribe al margen de acción delimitado por las funciones de administración de una empresa, pues las conductas que se endilgan a las personas jurídicas pueden ser colaboradas, facilitadas, autorizadas, ejecutadas o toleradas por personas naturales que actúan a nombre de los diferentes agentes del mercado.

##### **9.5.1. Responsabilidad de EDUARDO BORDA (representante legal de CASYP)**

La Delegatura encontró probado que **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**), adelantó la negociación y prórroga del contrato de acceso a pista cuyos términos y aplicación habrían generado la conducta restrictiva de la competencia que se reprocha.

Adicionalmente, consta en el expediente que **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**), suscribió en el año 2010 el Otrosí No. 3 al contrato de acceso a pista,

<sup>48</sup> Folio 3454 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

cuyos términos y modificaciones al *fee* de acceso a pista y su respectivo mecanismo de recaudo resultan restrictivos de la competencia.

Por lo anterior, la Delegatura concluye que **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) incurrió en las prohibiciones establecidas en la ley e imputadas en la presente investigación, en cuanto facilitó, autorizó y toleró la realización de una práctica restrictiva de la competencia de naturaleza explotativa.

**9.5.2. Responsabilidad de MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA (representante legal de CHEVRON).**

La Delegatura pudo constatar que **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** ostentaba la calidad de Representante Legal y Gerente de Productos Comerciales de **CHEVRON** para la época de los hechos investigados.

Adicionalmente, la Delegatura encontró que **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) participó en las negociaciones y tratativas previas a la celebración del contrato de suministro de combustible y acceso a pista, así como en el acuerdo de trasladar el costo del *fee* de acceso a pista a las aerolíneas, tal y como consta en la siguiente evidencia: (i) documento del 18 de noviembre de 2010, suscrito por **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**), contenido de la "propuesta para la renovación del contrato para acceso a pista para combustible de aviación en el aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla-ADZ"; (ii) oficio No. 3 al contrato de acceso a pista en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, suscrito el 24 de diciembre de 2010 por **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**); (iii) distintos correos electrónicos dirigidos a **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**); y (iv) la declaración que rindió ante la **SIC**.

Por lo anterior, la Delegatura concluye que **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) incurrió en las prohibiciones establecidas en la ley e imputadas en la presente investigación, en cuanto colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó y toleró la realización de una práctica restrictiva de la competencia de naturaleza explotativa del mercado contraria a la libre competencia.

**9.6. Sobre las presuntas irregularidades procesales alegadas**

**CASYP** manifestó, en su comunicación radicada No. 11-63694-0281 del 4 de diciembre de 2012<sup>49</sup>, que la información allegada por la **IATA** en su escrito<sup>50</sup> desborda el objeto de la prueba, tal y como fue decretado en la Resolución No. 47756 del 8 de agosto de 2012.

Frente a este argumento, la Delegatura precisó que la información remitida por la **IATA** fue valorada de forma conjunta con todo el acervo probatorio, en el marco de los puntos estrictamente decretados en el acto de pruebas arriba citado. Lo anterior significa que, cualquier punto que no correspondió al objeto específico del medio probatorio decretado no fue tenido en cuenta para efectos del análisis realizado por la Delegatura, razón por la cual, la prueba referida goza de plena validez.

<sup>49</sup> Folios 4891 a 4894 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

<sup>50</sup> Folios 4677 a 4701 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Adicionalmente, la Delegatura le aclara a **CASYP** que la objeción no es procedente para la prueba en comento, pues dicha figura jurídica está reservada para el dictamen pericial, tal y como dispone el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte, mediante comunicación radicada No. 11-063694-439 del 21 de octubre de 2013<sup>51</sup>, las **AEROLÍNEAS** presentaron objeciones por error al dictamen pericial elaborado por **DESSAU**. Al respecto, la Delegatura concluyó que éstas deberán ser resueltas por el Superintendente de Industria y Comercio, teniendo en cuenta que el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil establece que la objeción se decidirá en la sentencia, que para el caso del presente trámite es la resolución definitiva.

#### **9.7. Recomendación de la Delegatura**

Por las consideraciones desarrolladas en el Informe Motivado, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, le recomendó al Superintendente de Industria y Comercio lo siguiente:

**“PRIMERO: ARCHIVAR** la presente actuación administrativa en favor de las investigadas **CASYP** y **CHEVRON**, y la totalidad de personas naturales investigadas, respecto de la conducta imputada en el pliego de cargos contenida en la Resolución de Apertura de Investigación, tipificada en el artículo 47, numeral 7, del Decreto 2153 de 1992

**SEGUNDO: ARCHIVAR** la presente actuación administrativa en favor de las investigadas **CASYP** y **CHEVRON**, y la totalidad de personas naturales investigadas, respecto de la conducta imputada en el pliego de cargos contenida en la Resolución de Apertura de Investigación, tipificada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

**TERCERO: SANCIONAR** a las investigadas **CASYP** y **CHEVRON**, por la infracción del artículo 47, numeral 1 del Decreto 2153 de 1992, de conformidad con lo previsto en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

**CUARTO: SANCIONAR** a las siguientes personas naturales, de conformidad con lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009: **EDUARDO BORDA** y **MARTHA LUCIA O'MEARA BAUTISTA.**”

**DÉCIMO:** Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados. Estando dentro del término establecido, los investigados presentaron las siguientes observaciones:

#### **10.1. Observaciones de EDUARDO BORDA SOTO (representante legal de CASYP) al Informe Motivado**

**EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) presentó observaciones al Informe Motivado mediante comunicación radicada No. 11-063694-492 del 16 de mayo de 2014<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Folio 6071 del Cuaderno Público No. 25 del Expediente.

<sup>52</sup> Folios 6641 a 6725 del Cuaderno Público No. 29 del Expediente.

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

A continuación, este Despacho procede a resumir los principales argumentos presentados por él en su comunicación.

#### **10.1.1. Consideraciones preliminares**

**EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) manifiesta que los elementos de juicio que se han recaudado en la presente investigación llevan a concluir que lejos de haberse infringido las leyes de promoción de la competencia, son más bien **CASYP** y su representante legal los que al parecer han sido y continúan siendo víctimas, probablemente junto con los pasajeros, de la conducta desplegada por las **AEROLÍNEAS**.

En efecto, sostiene el investigado, que tal y como lo han reconocido las **AEROLÍNEAS** en la investigación que nos ocupa, uno de sus objetivos es poner un techo a los ingresos no regulados, tarea que, a juicio de **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**), ni siquiera le está permitida a las autoridades e implica un acuerdo restrictivo entre esas empresas.

#### **10.1.2. El Despacho definió de manera errónea el mercado relevante y modificó esa definición en el Informe Motivado.**

Para **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) es evidente que, desde un principio, la **SIC** definió confusa y erróneamente el mercado relevante. Esta confusión, según el investigado, se evidenció de manera clara en el Informe Motivado, en el que se modificó abruptamente la definición que de ese mercado había consignado la **SIC** en la Resolución de Apertura. En dicho acto administrativo se definió el mercado relevante como la prestación de servicios portuarios, para luego modificarla en el Informe Motivado a los servicios de suministro de combustible en el Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla en San Andrés.

En consecuencia, concluye **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**), que no hay manera de determinar si la supuesta conducta afectó el mercado de servicios aeroportuarios, el de suministro de combustibles o ambos.

#### **10.1.3. Sobre el supuesto acuerdo para fijas precios**

**EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) señala que no es cierto, como se asevera en el Informe Motivado, que **CASYP** hubiera acordado con **CHEVRON** trasladar la tarifa de acceso a pista a las aerolíneas. Basta con leer el acuerdo de acceso a plataforma original celebrado entre **CASYP** y **CHEVRON** (que no fue suscrito por **EDUARDO BORDA SOTO**), así como los otros subsiguientes, para percatarse de que en ninguna parte de su articulado aparece estipulación alguna en donde siquiera se haga mención al traslado de la tarifa y mucho menos, en donde ese traslado se haya acordado como una obligación a cargo de **CHEVRON**.

Más aún, fue en la cláusula cuarta del contrato inicial de 2007 donde se consignó por primera vez la autorización para que **CHEVRON** pudiera facturar el *fee* de acceso a pista en línea separada, lo que no puede confundirse con su traslado. En él, se establece que **CASYP** autoriza a **CHEVRON** a facturar en renglón aparte del producto el valor de la tarifa por uso de pista *“según este último considere conveniente”*, lo que no deja lugar a dudas de que la facturación en línea separada era un asunto potestativo de **CHEVRON** que quedaba a su entera voluntad y discreción.

RESOLUCIÓN NÚMERO 7 6 7 2 4 1 DE 2014 Hoja No. 19

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Adicionalmente, **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) destaca que tampoco se identifica en el Informe Motivado, cuál es la cláusula del contrato en donde se acuerda trasladar la tarifa. Aún si en gracia de discusión se aceptara que la Delegatura está exenta de probar la conducta que le endilga a **CASYP** y que sus presunciones son suficientes para tener por cierta la existencia de ese acuerdo, llama la atención que la misma Resolución de Apertura reconoce que el acuerdo no es restrictivo de la competencia sino “explotativo”.

Ahora bien, **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) considera que es menester precisar que en ninguna parte el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 consagra como elemento constitutivo de una infracción la figura del acuerdo “explotativo” y más aún, ni siquiera aparece ninguna mención y mucho menos una definición de lo que dicho acuerdo significa.

En el Informe Motivado simplemente se asevera gratuitamente que el supuesto acuerdo es anticompetitivo a pesar de que se trata de un escenario en donde paradójicamente no existen competidores, de ahí que se trate de un sector regulado. **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) advierte que cuando en los acuerdos verticales se estipula un precio de reventa, su carácter restrictivo radica en que en virtud del convenio se está restringiendo la posibilidad de que los distribuidores, mayoristas o demás integrantes de la cadena aguas abajo, compitan unos con otros a través del precio. Lo anterior evidentemente no ocurre en nuestro caso, aún si se aceptara en gracia de discusión la existencia del supuesto acuerdo para trasladar la tarifa.

Según **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**), en el caso que nos ocupa la Delegatura ha utilizado la metodología denominada “*pass through*” para intentar acreditar lo que ha llamado “efecto explotativo”, y para sustentar el carácter anticompetitivo de un acuerdo. Lo anterior con el agravante de que la errónea aplicación de su teoría parte de un yerro mayúsculo como es el de considerar que las aerolíneas son consumidores.

En este sentido, **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) aclarara que la doctrina del “*pass through*” no se puede utilizar para calificar o determinar la ilegalidad de una conducta, por cuanto ella fue desarrollada en otras latitudes para evaluar o tasar el monto de los perjuicios generados por una conducta previamente calificada y ya acreditada como contraria a las normas de competencia.

Por otra parte, la Delegatura puso de presente que, de conformidad con el peritaje de **DESSAU**, los ingresos regulados y no regulados de **CASYP** aumentaron significativamente entre 2011 y 2012, concluyendo que existe una correlación entre el aumento de ingresos de **CASYP** y la extracción de rentas a las aerolíneas, y que no existe correspondencia entre esos ingresos y los que habían sido proyectados como potenciales en el ejercicio de la concesión.

En opinión de **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**), en la investigación quedó acreditado que el aumento de la tarifa estaba plenamente justificado y de no realizarse, no hubiera sido viable operar la concesión aeroportuaria.

En conclusión, lo único que hizo **CASYP** fue incrementar los ingresos de la concesión para garantizar su viabilidad, lo que además constituía su obligación de conformidad con el contrato de concesión. En ningún caso, se han obtenido rentas “*explotativas*” y en ese

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

sentido, los intereses particulares y el bienestar de las aerolíneas no pueden primar sobre el interés público que inspira la concesión.

Aclarado lo anterior, se pone en evidencia que el cálculo del incremento de los ingresos generados para **CASYP** por el aumento de la tarifa de acceso a pista que realiza la **SIC** es irrelevante para acreditar el supuesto *“efecto explotativo”* del traslado que **CHEVRON** decidió realizar de manera autónoma e independiente. En efecto, lo que la **SIC** ha debido evaluar eran los ingresos que requería obtener **CASYP** para operar la concesión, datos que se consignaron en el peritaje de **DESSAU**, citado en el mismo Informe Motivado.

**EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) destaca que la **SIC** tampoco analizó, ni tuvo en cuenta, las cifras reales en torno a las pérdidas que afectaron la operación con anterioridad al incremento de la tarifa, cifras que también aparecen en el peritaje de **DESSAU** y que llevan a concluir que, lejos de tener el incremento un carácter *“explotativo”*, el mismo obedeció a una conducta perfectamente racional.

Además, es también ostensible que las aerolíneas, en virtud de la normatividad colombiana, no son consumidores y no se ha evidenciado que la tarifa de acceso a pista fuera trasladada por ellas a los pasajeros.

#### **10.1.4. Sobre el supuesto acuerdo para supeditar el suministro de un producto a la aceptación de condiciones adicionales**

En relación con esta imputación, la Delegatura concluye que no encontró probada la existencia de un acuerdo como el enunciado. Al margen de lo anterior, y para reforzar las razones por las cuales se debe absolver y archivar la investigación en lo relacionado con este punto, **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) advierte que en la Resolución de Apertura no se señaló, ni siquiera de manera somera, cuál habría sido el comportamiento ilegal que se le endilga a **CASYP** y a su representante legal.

En efecto, en su concepto, la **SIC** pretendió en la Resolución de Apertura, fundamentar esta acusación en la decisión de **CHEVRON** de suspender el suministro de combustible a una aeronave de **COPA** hasta tanto ésta no pagara el valor correspondiente a la tasa de acceso a la pista.

Al respecto, debe afirmarse que **CASYP** no tuvo relación o injerencia alguna en la suspensión por parte de **CHEVRON** del servicio de combustible a dicha aerolínea. Particularmente, el Apéndice E del contrato de concesión limita, en su numeral 1.7.5., la responsabilidad de **CASYP** en el suministro de este producto. Tampoco existe en el contrato celebrado entre **CASYP** y **CHEVRON** ninguna cláusula en donde se haya acordado la cesación del suministro de combustible a las aerolíneas, en caso de no pago.

Ahora bien, en lo que a la tasa de acceso a pista se refiere, debe decirse que ésta es la contraprestación natural que debe pagar el proveedor de combustible a **CASYP** por el derecho a utilizar las instalaciones de la plataforma para proveer y suministrar el combustible a las aeronaves. De esta manera, no puede afirmarse que la misma sea ajena al objeto del negocio celebrado.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

**10.1.5. Sobre la presunta infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).**

En relación con este cargo, la Delegatura tampoco encontró elementos suficientes para hallar probada esta infracción.

De igual forma, **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) expresa algunas observaciones tendientes a afirmar que la indeterminación del vocablo *"inequitativo"* genera una atipicidad de la conducta dentro de los principios del derecho sancionador. Adicionalmente, expone la necesidad que tiene la autoridad de demostrar, dentro de las particularidades propias del Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla en San Andrés, si el incremento no es justificado.

Adicionalmente, expresa que la **SIC** imputó la inequidad del precio en el entendido que el precio del servicio de acceso a pista no guarda relación con los costos y gastos del mismo, a lo que hay que aclarar que el acceso a pista no es un servicio sino un derecho de ingreso a rampa. Por lo anterior, **CASYP** no debe establecer un *fee* de acuerdo a los costos y gastos de un servicio que no presta, ni tampoco debe hacerlo en razón de los costos y gastos que cada actividad generadora de ingresos ocasiona.

Así mismo, recalca el artículo 20 del contrato de concesión, en virtud del cual se entiende que **CASYP** remunerará las inversiones efectuadas con el recaudo efectivo de los ingresos regulados y no regulados. En caso de una interpretación diferente, no tendría sentido el modelo de concesión en cuanto los cobros solo podrían estar regidos por los costos y gastos subyacentes a cada servicio o derecho, eliminando cualquier posibilidad de financiar las inversiones proyectadas.

Adicionalmente, está probado en el Expediente que **CASYP** no ha registrado ganancias excesivas o abusivas en razón de la tarifa y que, por el contrario, la rentabilidad de la operación ha llegado incluso a ser negativa.

**10.1.6. Sobre la responsabilidad de EDUARDO BORDA SOTO (representante legal de CASYP)**

En relación con este tema, el investigado advierte que en la Resolución de Apertura, se acusa a **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) por una conducta en la que le era material y jurídicamente imposible incurrir.

Dice el investigado, que allí se expresa que se investiga a **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) para determinar si infringió lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, en razón a que en su condición de representante legal de **CASYP** estuvo a cargo de la negociación y prórroga del contrato de acceso a pista y que firmó el Otrosí No. 3 de ese contrato.

Salta a la vista que el cargo formulado es completamente improcedente por la sencilla razón de que el artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 consagra las funciones propias del Superintendente de Industria y Comercio. Por consiguiente, **EDUARDO BORDA SOTO** manifiesta que no puede ser sancionado en razón de unas funciones que no le son propias y que como es obvio está en imposibilidad de ejercer. Es claro que el único sujeto que podría incumplir la norma referida es el Superintendente de Industria y Comercio.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Además, **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) señala que echa de menos en la Resolución de Apertura, una definición clara y concisa de los hechos que originaron la investigación, y que no hay precisión acerca de cuál de todos los verbos rectores que tipifican las infracciones de las normas de competencia es el que se le endilga en definitiva.

Tal proceder le impidió ejercer su derecho de defensa, pues la falta de precisión y certeza acerca de los cargos que se le imputan, la ausencia de hechos y de mención de las pruebas que la **SIC** pretendía aducir en su contra, haría necesario que para contestar las escuetas imputaciones que se le han formulado deba acudir a suposiciones y conjeturas, lo que no es admisible en el ámbito del debido proceso.

Pero resulta además inaudito que en el Informe Motivado se recomiende sancionar con base en unas declaraciones que claramente expresan y acreditan lo contrario de lo que allí infiere el Despacho.

De otra parte, **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) recuerda que ha quedado demostrado que **CASYP** y **CHEVRON** suscribieron el contrato en el que se incorporó la autorización de facturar en línea separada desde el año 2007, mucho antes de que se vinculara con **CASYP**, lo que, como lo ha aceptado el mismo Despacho, ocurrió en el año 2010.

Por lo anterior, **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) señala que no le era dado oponerse, ni modificar una situación preexistente que era perfectamente lícita y legítima, que no pertenecía a su órbita de actividad y que **CHEVRON** había acordado por su cuenta con sus clientes. En consecuencia, si no le era posible oponerse a ese traslado, entre otras razones porque se trataba de una conducta perfectamente legítima, no pudo haber facilitado, autorizado o tolerado ninguna conducta restrictiva.

#### **10.1.7. Petición**

Por las consideraciones anteriores, el investigado **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**), le solicita a este Despacho que se abstenga de imponer una sanción en su contra y, en consecuencia, se le archive la investigación.

#### **10.2. Observaciones de CHEVRON y MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA (representante legal de CHEVRON) al Informe Motivado**

**CHEVRON** y **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) presentaron observaciones al Informe Motivado mediante comunicación radicada No. 11-63694-493, del 16 de mayo de 2014<sup>53</sup>. A continuación, este Despacho resume los argumentos presentados por ellos en su comunicación:

En primer lugar, **CHEVRON** y **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) recuerdan que, en el presente caso, la Delegatura abrió la investigación con base en un mercado relevante que abarcaba la totalidad de los servicios aeroportuarios, tal y como consta en la Resolución de Apertura de Investigación, para luego restringirlo en el

<sup>53</sup> Folios 6726 a 6779 del Cuaderno Público No. 29 del Expediente.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Informe Motivado al abastecimiento de combustible de aviación en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla en San Andrés.

Para **CHEVRON** y **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**), esta nueva definición de la Delegatura pretende generar un sesgo en la investigación y pugna contra el principio de congruencia que debe existir entre la forma como el Delegado ha abierto la investigación y la decisión del Superintendente de Industria y Comercio.

Posteriormente, **CHEVRON** y **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) proceden a describir el contexto jurídico y económico en el cual **CASYP** decidió incrementar el cargo de acceso a pista.

En relación al Informe Motivado, **CHEVRON** y **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) se pronunciaron sobre el supuesto acuerdo de fijación de precios (numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992), acuerdo de ventas atadas (numeral 7 artículo 47 del Decreto 2153 de 1992) y la prohibición general (artículo 1 de la Ley 155 de 1959), en los siguientes términos:

#### **10.2.1. Sobre el supuesto acuerdo de fijación de precios**

Para el caso concreto, **CHEVRON** entiende que el incremento en los ingresos no regulados, entre los cuales se encuentra el Cargo de Acceso a Pista, está encaminado a cumplir con las obligaciones del contrato de concesión aeroportuaria. Así mismo, **CHEVRON** destaca que prueba de que el incremento no fue caprichoso, es que **CASYP** había planteado un cargo de acceso a pista muy superior al que se cobraba en dicha época (aproximadamente USD \$1.00 por galón).

**CHEVRON** también destaca que **CASYP** debió esperar a que se venciera el término del contrato con el proveedor de combustible para poder celebrar un otrosí que estableciera un valor superior por el cargo de acceso a pista. En este sentido, **CASYP** invitó a participar a varios proveedores mayoristas entre los que se encontraba **TERPEL**, **ENERGIZAR S.A.** (en adelante "**ENERGIZAR**") y **CHEVRON**.

**CHEVRON** entiende que la idea de **CASYP** era contratar los servicios con el proveedor que ofreciera un mayor valor por concepto de cargo de acceso a pista. Después de un proceso que se llevó a cabo mediante el mecanismo de *subasta informal*, en donde se instaba a todos los oferentes a subir el precio, **TERPEL** resultó ganadora.

**CHEVRON** recuerda que **CASYP** eligió a **TERPEL** debido a que este proveedor ofreció la suma de \$900 pesos por galón, por concepto de Cargo de Acceso a Pista. Ahora bien, **TERPEL** desistió de la firma del contrato, por las onerosas multas previstas para el caso de que **TERPEL** incumpliera el suministro de combustible y los costos hundidos asociados con la operación. **CHEVRON** informa a la Delegatura que esta situación no le fue informada en su momento, y que, vino a conocerla con ocasión de la presente actuación administrativa.

**CHEVRON** afirma que fue informada por directivos de **CASYP** que otros competidores estaban ofreciendo \$1.200 por galón y procedió a igualar dicha propuesta, la cual le permitió obtener el contrato.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Ahora bien, contrario a lo que afirma la Delegatura, **CHEVRON** manifiesta que el cargo de acceso a pista no es el precio de la exclusividad, ni el precio del servicio de suministro de combustible. De hecho, dicho cargo no constituye un precio en sí mismo, porque el cargo no es una contraprestación por un bien o un servicio, por el contrario, el cargo es un costo fijo que hace parte de un precio global.

**CHEVRON** destaca una supuesta serie de imprecisiones de la Delegatura en el Informe Motivado. Veamos.

En la práctica, **CHEVRON** no tiene una exclusividad en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla en San Andrés. Está acreditado en el Expediente que existen otras compañías que prestan el servicio de suministro de combustible en dicho aeropuerto, a saber, **AEROFULL**, **ICARO 17** y **WORLD FUEL SERVICES**. Adicionalmente, si bien el contrato tiene una cláusula de exclusividad, el mismo contiene una cláusula que prevé las condiciones de entrada de nuevos prestadores del servicio. **CHEVRON** resalta que no solamente su propuesta contenía el tema de la exclusividad, sino también las propuestas de los demás oferentes. Además, la exclusividad ya había sido prevista en el contrato que **CHEVRON** había suscrito con **CASYP**.

**CHEVRON** afirma que no es cierto que traslade el cargo de acceso a pista a las aerolíneas, por las siguientes consideraciones:

- No existe disposición en el régimen de libre competencia, ni jurisprudencia alguna, que disponga que si se efectúa un *pass through* completo de los costos operativos se entienda como un acuerdo vertical.
- El cargo de acceso a pista es un costo para **CHEVRON** que impacta el valor de la prestación de sus servicios de suministro de combustible en el ala del avión. Sin embargo, **CHEVRON** absorbe parte del impacto al asumir el gravamen de movimientos financieros y disminuir su margen de ganancia, como lo acredita el testimonio de Ruth Rodríguez de **AVIANCA**.
- La cláusula que le autoriza a **CHEVRON** a facturar en línea separada el cargo de acceso a pista no supone necesariamente la posibilidad de trasladar ese costo, puesto que para ello se requiere de la voluntad de las aerolíneas.
- Las aerolíneas aceptaron inicialmente el nuevo valor del servicio –incluido el incremento en el cargo de acceso a pista–, no obstante, se pusieron de acuerdo posteriormente para objetarlo.
- Las aerolíneas tienen conocimiento desde 2007 que el cargo de acceso a pista hace parte de los costos de **CHEVRON** asociados con el suministro de combustible.
- No es cierto que el cobro en línea separada demuestre la existencia de un acuerdo para traspasarle el cargo a las aerolíneas, ni que el cargo de acceso a pista fuera una contraprestación a la exclusividad, porque esas dos cláusulas existen desde el inicio del contrato de acceso a pista de 2007.

**CHEVRON** afirma, contrario a lo que concluyó la Delegatura, que lo que efectivamente acordaron las partes investigadas desde el año 2007, fue el precio que **CHEVRON** debía

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

pagar a **CASYP** por el derecho de acceder a la pista del Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, con miras a prestar el servicio de suministro de combustible.

**CHEVRON** explica que el incremento de sus servicios a las aerolíneas se debe al estrecho margen de utilidad que **CHEVRON** obtiene con la prestación de sus servicios, el cual no le permite a **CHEVRON** asumir plenamente el cargo de acceso a pista. Entonces, sería cuestionable desde el punto de vista del derecho de la competencia que **CHEVRON** cobrará precios por debajo de costos en el Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla en San Andrés.

Por las consideraciones hechas, **CHEVRON** concluye que: (i) el cargo de acceso a pista fue fijado de manera unilateral por **CASYP**, teniendo en cuenta sus necesidades financieras; (ii) este cargo es asumido en su totalidad por **CHEVRON**, para quien es un costo operativo que igualmente genera costos adicionales (e.g. gravamen a los movimientos financieros); y (iii) el cargo de acceso a pista no es un precio, sino una tarifa, que cobra **CASYP** por permitirle a **CHEVRON** el ingreso de los *refuellers* y el suministro de combustible al ala del avión.

#### **10.2.2. Sobre el supuesto acuerdo de venta atada**

**CHEVRON**, como prestador del servicio de suministro de combustible en el ala del avión, necesariamente tiene que acceder a las instalaciones del Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla en San Andrés. Para poder acceder a dichas instalaciones, **CHEVRON** debe pagar una tarifa de entrada que se conoce como cargo de acceso a pista. Así las cosas, si **CHEVRON** decidiera no pagar el cargo de acceso a pista, no podría ingresar a las instalaciones del aeropuerto y, por ende, no podría suministrar combustible en el ala del avión.

Por ende, el cargo de acceso a pista hace parte del servicio de suministro de combustible en el ala del avión y no constituye una obligación adicional o rubro separado. En este sentido, **CHEVRON** comparte la conclusión de la **SIC**, según la cual el cargo de acceso a pista es un requisito esencial para la prestación de suministro de combustible en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla en San Andrés.

#### **10.2.3. Sobre la presunta violación a la prohibición general**

**CHEVRON** señala que el mismo contrato establece que el cargo de acceso a pista lo paga **CHEVRON** y no las aerolíneas. La forma como las **AEROLÍNEAS** pretenden que se determine el valor de dicha tasa, esto es, relacionándola exclusivamente con los costos en los que incurre **CASYP** para permitir que **CHEVRON** acceda a la pista, constituye un desconocimiento del contrato de concesión.

Para **CHEVRON**, es una característica connatural a los contratos de concesión que la financiación de las obras corra por cuenta y riesgo del concesionario, mediante la remuneración que le otorga dicho contrato. En consecuencia, para efectos de determinar si el cargo de acceso a pista es excesivo, la **SIC** debe analizarlo a la luz de los compromisos de inversión asumidos por el concesionario y la totalidad de los ingresos; pero no exclusivamente con base en el costo de permitir a **CHEVRON** el acceso a pista, tal y como pretenden las **AEROLÍNEAS**.

Adicionalmente, **CHEVRON** afirma que el cargo de acceso a pista es una tasa que, por definición, no corresponde necesariamente con el servicio o bien que se recibe a cambio.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Así mismo, para **CHEVRON** no hubo una violación de la prohibición general, por las siguientes consideraciones:

- El valor cobrado por concepto del cargo por acceso a pista fue decidido unilateralmente por **CASYP**. Este no es un precio excesivo debido a que no es un precio, sino un cobro necesario para garantizar la viabilidad financiera de la concesión.
- El cargo de acceso a pista no constituye un abuso de posición dominante toda vez que las aerolíneas tienen la opción de *tankering*, tal y como quedó acreditado.
- El acceso a pista no es pagado por las aerolíneas, más bien representa un costo operativo de **CHEVRON**.

**10.2.4. Sobre la actuación de MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA (representante legal de CHEVRON)**

En **CHEVRON** existe la política llamada *Delegation of Authority*, según la cual, para casos como los del proceso de selección llevado a cabo por **CASYP**, **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) debe contar con la aprobación de **CHEVRON** para presentar propuestas a nombre de la compañía.

**CHEVRON** manifiesta que, en ningún momento, **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) acordó subir el valor del cargo de acceso a pista, ya que no cuenta con la autonomía para presentar la oferta que **CHEVRON** le propuso a **CASYP**, sin autorización expresa de la casa matriz. En efecto, **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) recibió una comunicación en donde se mencionaba el valor; el cual procedió a comunicar de buena fe a sus superiores, quienes autorizaron el aumento de la oferta. **CHEVRON** aclara que **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) fue presionada para subir el valor del cargo por acceso a pista porque tenía pleno conocimiento de las inversiones de **CHEVRON** en la isla de San Andrés.

**10.2.5. Petición**

Por las consideraciones anteriores, **CHEVRON** y **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) le solicitan al Superintendente de Industria y Comercio tres cosas: (i) *"que de manera previa a pronunciarse en el presente caso, solicite el pronunciamiento técnico del Ministerio de Transporte y de la Aerocivil respecto del cobro de cargos por suministro de combustible como ingreso de los concesionarios e indispensable para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales"*; (ii) *"[q]ue se declare que CHEVRON y MARTHA LUCÍA O'MEARA, no han incurrido en las conductas que se le imputan en la Resolución 44410 del 26 de agosto de 2011, corregida por la Resolución 60302 del 31 de octubre de 2011"*; y (iii) *"que la SIC proceda al cierre y archivo de la investigación, sin sanción alguna (...)"*.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

### **10.3. Observaciones de CASYP al informe Motivado**

**CASYP** presentó observaciones al Informe Motivado mediante comunicación radicada con No. 11-063694-490 del 15 de mayo de 2014<sup>54</sup>. A continuación, el Despacho procede a resumir los principales argumentos de **CASYP**, así:

#### ***10.3.1. Sobre el mercado afectado y la supuesta relación vertical entre CASYP y CHEVRON***

**CASYP** advierte que no es cierto que preste el servicio de suministro de combustible a través de terceros, tal y como erradamente afirma la Delegatura. En el Anexo 1 del Contrato de Concesión (página 39) se establece que el concesionario tiene la obligación de garantizar el suministro de combustible, pero no de suministrarlo. Además, el Contrato de Concesión expresamente dispone que **CASYP** sea ajeno a la relación que pueda existir entre las compañías que suministran el combustible y las aerolíneas.

Por otra parte, no es cierto que haya una relación vertical entre **CASYP** y **CHEVRON**. **CASYP** señala que la relación vertical es aquella que existe entre empresas o personas que se encuentran en un nivel diferente del proceso productivo. En efecto, esta misma definición la confirma la **SIC** en el Informe Motivado cuando manifiesta que: *"los acuerdos verticales se presentan entre empresas que pertenecen a niveles diferentes de la misma cadena productiva"*. En el caso concreto, la relación entre **CASYP** y **CHEVRON** no es vertical, puesto que dichas compañías no se encuentran en diferentes niveles de una cadena de producción. Así mismo, tampoco se encuentran en niveles diferentes de la cadena de suministro de combustible, como lo afirma la Delegatura. La relación contractual entre **CASYP** y **CHEVRON** surge de la obligación que tiene **CASYP**, en su calidad de concesionario, de garantizar el suministro de combustibles a aeronaves, obligación que nada tiene que ver con la producción o distribución de combustibles.

En este orden de ideas, no es vertical la relación entre **CASYP** y los comerciantes que venden sus productos en el aeropuerto (almacenes o restaurantes), o aquella entre **CASYP** y las compañías que prestan servicios de soporte a aeronaves en tierra; o la relación entre **CASYP** y los contratistas de obra que llevan a cabo trabajos de adecuación en el aeropuerto. **CASYP** señala que, al igual que la relación con **CHEVRON**, estas relaciones son netamente contractuales derivadas de los derechos y obligaciones que tiene **CASYP** bajo el contrato de concesión.

**CASYP** también afirma que se equivoca la Delegatura cuando denuncia el supuesto acuerdo por limitar o restringir la competencia. En este caso, no existe una competencia en el aeropuerto que **CASYP** pueda suprimir o limitar por un acuerdo, sea vertical u horizontal.

**CASYP** destaca que en el mismo Informe Motivado, la Delegatura reconoce que la relación entre **CASYP** y **CHEVRON** no es de naturaleza vertical, en la medida en que **CASYP** no produce bien alguno y **CHEVRON** no desempeña ninguna labor de transformación ni distribución del insumo. No obstante, la Delegatura insiste en que está ante una relación vertical, otorgándole a una situación de hecho connotaciones jurídicas que no tiene, con miras a encuadrarla en la conducta prohibida por el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

<sup>54</sup> Folios 6534 a 6570 del Cuaderno Público No. 28 del Expediente.

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

**CASYP** manifiesta que el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 solamente aplica a personas o empresas que, o compiten entre sí o se encuentran en niveles diferentes de la misma cadena de producción, por cuanto pueden celebrar acuerdos horizontales o verticales, respectivamente. En este caso, **CASYP** y **CHEVRON** no compiten entre sí, y mucho menos se encuentran en niveles diferentes de la misma cadena. Por ende, cualquier acuerdo al que lleguen **CASYP** y **CHEVRON** no puede ser analizado a la luz del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, sino a la luz de normas civiles y comerciales.

Adicionalmente, **CASYP** anota que la celebración de un acuerdo vertical no formó parte de los cargos formulados contra **CASYP** en la Resolución de Apertura de Investigación.

### **10.3.2. Sobre el supuesto acuerdo entre CASYP y CHEVRON**

**CASYP** manifiesta que no es cierto que entre **CASYP** y **CHEVRON** haya existido un acuerdo para trasladar a las aerolíneas costo alguno. Dicha decisión no fue producto de un acuerdo, sino de una decisión unilateral de **CHEVRON**, tal y como quedó probado en el expediente.

**CASYP** aclara que entre **CHEVRON** y ella no se ha celebrado acuerdo alguno de fijación de precios, sino un contrato comercial llamado “Contrato de Acceso a Pista”, con un claro fundamento legal en el contrato de concesión.

**CASYP** sostiene que la Delegatura se equivoca cuando concluye que la propuesta de **CHEVRON** fue condicionada a la autorización de un mecanismo de recaudo que le permitiera a **CHEVRON** facturar de manera discriminada el monto del cargo de acceso a pista y entregarle el dinero a **CASYP** dentro de los veinte (20) primeros días del mes siguiente al de su recaudo.

Por una parte, no es cierto que la oferta de **CHEVRON** estuviera condicionada a la autorización de algún mecanismo de recaudo, pero si fuera este el caso, esa condición nunca fue aceptada por **CASYP**. En efecto, mientras que **CHEVRON** manifestó en su oferta que la fecha de pago del *fee* se contaría a partir de la fecha del “recaudo”, en la cláusula CUARTA del contrato de concesión se acordó que la fecha de pago se contaría a partir de la fecha de la recepción de la factura. Lo anterior, también refleja con toda claridad que para **CASYP** era absolutamente irrelevante cuándo y en qué circunstancias le pagaban las aerolíneas a **CHEVRON**.

Ahora bien, **CASYP** advierte que nada dice la Delegatura sobre otro aparte de la oferta de **CHEVRON** en la que expresamente queda claro que dicha compañía *“propone asumir el incremento del derecho de acceso a rampa para suministro de combustibles de aviación a Mil Doscientos Pesos (\$1.200)”*.

Adicionalmente, para **CASYP** es “inaudito” que de la autorización de facturar en línea separada prevista en el Otrosí No. 3 al Contrato de Acceso a Pista, la **SIC** infiera que hay un acuerdo entre **CASYP** y **CHEVRON**. **CASYP** niega rotundamente esta afirmación. El Otrosí No. 3 no contiene estipulación alguna que disponga que el costo de la distribución exclusiva se traslade a las aerolíneas.

Además, para **CASYP** la tesis de la **SIC** queda completamente desvirtuada cuando se observa que la autorización a **CHEVRON** viene del contrato suscrito entre dichas compañías

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

el 1 de junio de 2007, cuando la tarifa era de \$60 por galón de combustible. Por lo tanto, la autorización para facturar en línea separada no tiene relación alguna con el aumento de la tarifa, lo cual fue acordado en el año 2010.

**CASYP** destaca que la Delegatura incurre en un error al inferir, de una serie de correos, la existencia de un acuerdo con **CHEVRON**. En particular, la Delegatura afirma que los correos demuestran el interés de **CASYP** de extraer de **CHEVRON** una mayor renta a la ofrecida por su inmediato competidor **TERPEL**. Frente a esta conclusión, **CASYP** manifiesta que al ser parte de una economía de mercado tiene todo el derecho de obtener las mejores rentas posibles. Además, **CASYP**, en su calidad de concesionario, tiene el deber de extraer los mayores ingresos posibles de la concesión con el fin de realizar las obras y prestar los servicios de la concesión.

**CASYP** afirma que a partir de los correos no se puede concluir que diseñó un mecanismo para que el verdadero sujeto pasivo del cargo de acceso a pista fuesen las aerolíneas. Por el contrario, **CASYP** acordó con **CHEVRON**, y no con las aerolíneas, un aumento en el *fee* de acceso a pista y las condiciones de tiempo, modo y lugar en que esta última realizaría el pago de dicho *fee*.

La Delegatura también señala que un correo electrónico de **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) a **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**), del 20 de octubre de 2010, es prueba de que **CHEVRON** estaba interesada en ofertar el alto precio deseado por **CASYP**, siempre y cuando esta última asumiera las consecuencias reputacionales por el traslado del sobrecosto a los usuarios.

Sobre el particular, **CASYP** pone de presente que los correos que cita la **SIC** son enviados por **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) a **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) y otro es enviado a funcionarios internos de **CHEVRON**. En este sentido, la **SIC** no menciona correo o comunicación alguna de **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**).

Así mismo, la Delegatura no muestra prueba alguna sobre si la mencionada circular, cuyo envío solicitó **CHEVRON** a **CASYP**, fue o no remitida a las aerolíneas por **CASYP**. La ausencia de pruebas en este sentido radica en que **CASYP** nunca envió la mencionada circular. Por el contrario, fue **CHEVRON** quien informó a sus clientes, las aerolíneas, sobre el incremento del *fee* de acceso a pista, tal y como lo explicó **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) en su declaración.

**CASYP** señala que la Delegatura también infiere de una serie de correos que las empresas investigadas diseñaron un mecanismo escalonado para disimular la decisión conjunta de subir el *fee* de acceso a pista. Frente a lo anterior, afirma que no hay nada irregular en estas comunicaciones, pues es normal que **CASYP** tuviera el interés de obtener el mayor *fee* posible, con el fin de obtener los ingresos necesarios para realizar las obras en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla en San Andrés. Por su parte, **CHEVRON** intentó persuadir a **CASYP** de la inconveniencia del *fee*, como es normal en toda negociación comercial, y logró en últimas que el incremento fuera escalonado.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Lo anterior, demuestra que de lo que se trató fue de una negociación comercial normal, con fines legítimos en una economía de mercado. Para **CASYP**, sí hubiera sido extraño que **CHEVRON** aceptara el aumento del *fee* sin oposición ni esfuerzo alguno por negociar.

Para **CASYP**, lo único que demuestran los correos es que **CASYP** probablemente sabía que **CHEVRON** tenía la intención de trasladar el *fee* a las aerolíneas, pero lo anterior, no equivale a haber acordado con **CHEVRON** que así lo hiciera.

### **10.3.3. Sobre la ausencia de razones de eficiencia**

**CASYP** considera que la Delegatura erró al estimar que no existe prueba de que el acuerdo haya tenido objeto diferente (como por ejemplo, razones de eficiencia) al de permitir a **CASYP** extraer mayores rentas a las aerolíneas por intermedio de **CHEVRON**.

En el expediente está probado que **CASYP** no se está enriqueciendo con la tarifa de acceso a pista. El incremento de la tarifa de acceso a pista está previsto desde el modelo financiero elaborado por el concesionario y encuentra explicación en la necesidad de ejecutar las obras establecidas en el contrato de concesión. Luego, el concesionario no recibe ingresos supervitarios y, por ende, la tarifa no es explotativa, tal y como afirma la Delegatura.

En efecto, el Informe Pericial de **DESSAU** evidencia que la tarifa de acceso a pista de \$1.200 es absolutamente razonable frente a la rentabilidad de la concesión, teniendo en cuenta su flujo de caja real y las obligaciones de **CASYP**, en su calidad de concesionario.

### **10.3.4. Sobre el supuesto efecto anticompetitivo de la conducta**

**CASYP** señala que para tipificar la conducta y justificar la sanción, la Delegatura acude a tesis que mezclan, sin sustento alguno, normas que prohíben acuerdos de fijación de precios, con normas que prohíben el abuso de posición dominante y con aquellas que se refieren a precios inequitativos.

**CASYP** infiere del Informe Motivado que para la Delegatura era claro que un acuerdo para "fijar" un precio al siguiente eslabón es ilegal bajo el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Así, la Delegatura trata entonces de justificar la ilegalidad de la conducta en el posible abuso de la posición de dominio que podían ostentar **CASYP** y **CHEVRON**. Este punto, por sí solo, invalida la argumentación jurídica del Informe Motivado, entre otras cosas, porque el abuso de posición dominante consagrado en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, no formó parte de los cargos formulados contra los investigados en la Resolución de Apertura de Investigación.

Para **CASYP** es necesario tener presente que el aumento del *fee* obedece al hecho de que la **AEROCIVIL** entregó unos aeropuertos -entre estos, el de San Andrés- a concesionarios privados -entre estos, **CASYP**-, quienes tienen las obligaciones de operar y construir obras importantes, con los ingresos regulados y no regulados que genera la concesión. Para **CASYP**, la concesión de los aeropuertos hace que los ingresos no regulados aumenten, por cuanto las obras bajo el nuevo esquema ya no se financian con el presupuesto nacional, sino con los ingresos que generaría el mismo aeropuerto.

En cuanto al incremento significativo del *fee* de acceso a pista, medido en términos porcentuales, éste se explica porque bajo la operación de la **AEROCIVIL** no se pagaba

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

nada, mientras que con los concesionarios privados empezaron a pagar. En este escenario, cualquier cambio sería porcentualmente muy significativo. **CASYP** afirma que lo anterior fue claramente explicado por la gerente de la concesión del Aeropuerto de Rionegro. Por lo anterior, **CASYP** considera que el incremento del *fee* de acceso a pista no se puede analizar con la misma óptica que se analizan los incrementos de otros tipos de bienes o servicios.

**CASYP** también afirma que la conducta descrita por la Delegatura como el fenómeno de doble margen o *pass through* no está tipificada en nuestra legislación como práctica restrictiva de la competencia y, en todo caso, dicha conducta, así descrita, no forma parte de los cargos formulados contra los investigados en la Resolución de Apertura. Adicionalmente, **CASYP** pone de presente que dicha doctrina no es una conducta típica en sí misma, sino una metodología para tasar los perjuicios en procesos judiciales. Además, para calificar una conducta como ilegal, que no lo es, la Delegatura ha catalogado a las aerolíneas como "consumidores", en contravía de la definición de consumidor consagrada en el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011.

En el caso concreto, los consumidores no son las aerolíneas, para quienes el combustible es un insumo ligado intrínsecamente a su actividad económica, sino los pasajeros que vuelan a San Andrés. **CASYP** señala que no hay prueba alguna que indique que el precio de los tiquetes aéreos, que pagan los pasajeros/consumidores con destino y provenientes de San Andrés, se haya visto afectado significativamente por el incremento de la tarifa de acceso a pista, tal y como se evidencia del testimonio de **SUSANA MANTILLA MONCALEANO**, funcionaria de **AVIANCA**. Para **CASYP**, llama la atención que en la misma Resolución de Apertura<sup>55</sup>, la **SIC** manifiesta que los consumidores de los que se puede extraer un mayor excedente son efectivamente los pasajeros y/o clientes de transporte de carga.

En este orden de ideas, para **CASYP** es inaudito que al quedar probado en la investigación que los consumidores, es decir los pasajeros, no se vieron afectados por el incremento del *fee* de acceso a pista, la Delegatura cambia sorpresivamente la tesis para sostener que los consumidores no son los pasajeros sino las aerolíneas.

**CASYP** advierte que en este caso las aerolíneas están intentando, de manera concertada, imponer unos topes a los ingresos no regulados de los concesionarios. La **SIC** debe tener en cuenta que carece de competencia para pronunciarse, y mucho menos, para poner límites a los ingresos no regulados de las concesiones aeroportuarias.

Por otra parte, **CASYP** señala que la Delegatura se equivoca cuando afirma que los cargos cobrados por acceso a pista afectaron el mercado mediante la reducción del excedente del consumidor de las aerolíneas. Según **CASYP**, en el Expediente no hay prueba alguna sobre el efecto del aumento del *fee* en los balances de las aerolíneas: que estén pagando más por una tarifa no significa que su estado de pérdidas y ganancias se haya afectado. Pero más allá de esta circunstancia, esta tesis es contraria a la ley, en opinión de **CASYP**, porque la **SIC** no tiene competencia para sancionar un acuerdo que tenga como efecto la reducción de las utilidades de unas compañías. Por el contrario, la **SIC** debe sancionar los acuerdos que limiten la competencia, no aquellos que resultan costosos para algún agente del mercado.

Adicionalmente, la Delegatura no toma en consideración que las aerolíneas celebran acuerdos contractuales a nivel nacional con **CHEVRON**. Por lo tanto, las aerolíneas tienen

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

poder de negociación y, si consideran que la tarifa es excesiva, pueden acudir a los mecanismos de solución de conflictos pactados en los respectivos contratos. En este orden de ideas, les corresponde a las aerolíneas velar por sus intereses dentro del ámbito de esa relación contractual con **CHEVRON**, y no a la **SIC** en el ámbito de una investigación de esta naturaleza.

### **10.3.5. Sobre la falta de competencia de la SIC para modificar el contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla en San Andrés**

**CASYP** advierte que la Delegatura concluye que el presunto acuerdo aguas abajo tiene por finalidad extraer rentas a las aerolíneas, sin que estas hayan participado en la negociación. Esta conclusión presupone que el concesionario debe incorporar al contrato entre **CASYP** y **CHEVRON** a quienes no participaron en la determinación de la tarifa de acceso a pista, es decir, las aerolíneas con el fin de cumplir con las normas del derecho de la competencia.

En otras palabras, lo anterior supone constituir en parte a las aerolíneas en la relación contractual entre **CASYP** y **CHEVRON**, a pesar de que el contrato de concesión lo prohíbe expresamente, en el Apéndice E del contrato de concesión.

Así, el Informe Motivado no tuvo en cuenta que el contrato de concesión, que responde a una estructuración de concesión aeroportuaria realizada por el Estado, está basado en que los ingresos no regulados los fija el concesionario con terceros y que los servicios que generan esos ingresos son pagados por los beneficiarios de éstos. En este sentido, si las aerolíneas trasladaran el costo de la tarifa de acceso a pista a sus pasajeros, lo cual no está probado en el expediente, no serían partes "*explotadoras*" como lo afirma la Delegatura, sino que se comportaría cómo se comportan las aerolíneas en un esquema de concesión.

En la medida en que el costo de abastecimiento de aeronaves - tarifa de acceso a pista-, el cual siempre fue un rubro fundamental en el esquema financiero de la concesión, tenga que consultarse y concertarse con las aerolíneas, estaríamos ante una modificación unilateral del contrato de concesión.

Este solo motivo de inconformidad con el Informe Motivado, a saber, la falta de competencia de la **SIC** para modificar el contrato de concesión, es suficiente para que el Superintendente proceda a archivar la presente investigación.

Por último, **CASYP** manifiesta estar de acuerdo con la recomendación de la Delegatura respecto a archivar la investigación en cuanto a los cargos imputados por la presunta vulneración del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del numeral 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. **CASYP** no hace ningún pronunciamiento adicional frente a los cargos imputados en relación con la presunta infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

#### **10.3.1. Petición**

Por las consideraciones anteriores, **CASYP** le solicita a este Despacho "*archivar la presente investigación, sin sanción alguna para CASYP*".

**DÉCIMO PRIMERO:** Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los terceros interesados reconocidos dentro de la actuación.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Las **AEROLÍNEAS (COPA, LAN y AVIANCA)** presentaron observaciones al Informe Motivado mediante comunicación radicada No. 11-063694-491 del 15 de mayo de 2014. A continuación, este Despacho procede a resumir los principales argumentos de las **AEROLÍNEAS**.

**11.1. Sobre la existencia de un acuerdo de precios entre CASYP y CHEVRON contrario al numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992**

**LAS AEROLÍNEAS** manifiestan que los hechos que demuestran la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre **CASYP** y **CHEVRON** son los siguientes:

**CASYP** y **CHEVRON** son dos empresas independientes. Dichas empresas firmaron un acuerdo que se materializó con el Otrosí No. 3 al Contrato de Acceso a Pista del 24 de diciembre de 2010 (en adelante el Otrosí No. 3). El mencionado acuerdo tuvo por objeto y efecto la fijación de precios con carácter anticompetitivo. En efecto, la cláusula primera del Otrosí No. 3 establece una contraprestación por el derecho exclusivo de suministro de combustible en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla en San Andrés, cargo conocido como *fee* de acceso a pista.

Está probado que, el *fee* de acceso a pista se incrementó en casi un dos mil por ciento (2.000%), sin que exista justificación razonable para dicho aumento. Las aerolíneas no pudieron resistirse al aumento, so pena, como en efecto ocurrió, del cese del suministro de combustible por parte de **CHEVRON**, teniendo en cuenta el monopolio de **CHEVRON** sobre el suministro de combustible en el Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla en San Andrés.

Ahora bien, las **AEROLÍNEAS** manifiestan que lo reprochable del acuerdo no es el cargo en sí mismo, ni su valor, sino su traslado a los consumidores de combustible, es decir, las aerolíneas.

**11.2. El acuerdo entre CASYP y CHEVRON tuvo como objeto la fijación de precios**

Según las **AEROLÍNEAS**, en el Otrosí No. 3, **CASYP** y **CHEVRON** acordaron cobrarles un *fee* de acceso a pista incrementado en casi un dos mil por ciento (2.000%) de lo que se venía cobrando hasta ese momento.

Las **AEROLÍNEAS** consideran que está acreditado en el Expediente que el precio o *fee* de \$1.200 fue producto de un acuerdo concertado entre los investigados con el fin de satisfacer sus intereses personales: (i) para **CASYP**, obtener un mayor precio al ofrecido por otros distribuidores (abusivo y sin precedentes en la industria); y (ii) para **CHEVRON**, mantener la exclusividad en el suministro de combustible en dichos aeropuertos.

Las **AEROLÍNEAS** señalan que **CASYP** pretende excusar sus conductas indicando que es ajena a las relaciones entre **CHEVRON** y las **AEROLÍNEAS** y, por ende, desconocía o simplemente no era de su resorte el traslado del *fee* a éstas últimas. Las **AEROLÍNEAS** consideran que estos argumentos carecen de todo sustento por cuanto los testimonios y pruebas coinciden en señalar que el acuerdo entre **CASYP** y **CHEVRON** precisamente implicaba ese traslado a las **AEROLÍNEAS**.

Las **AEROLÍNEAS** señalan que, entre otros, los siguientes hechos probados en el Expediente dan cuenta de la práctica concertada con objeto anticompetitivo. La cláusula

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

cuarta del Otrosí No. 3 señala que: "Casyp autoriza a **CHEVRON** a facturar en línea separada al valor del producto el valor de la tarifa de acceso a plataforma". Así mismo, existen innumerables correos en el expediente que dan cuenta de la concertación entre **CASYP** y **CHEVRON** para trasladar ese costo a las **AEROLÍNEAS**, y de cómo las investigadas eran conscientes del efecto que podría implicar.

Por otra parte, el acuerdo es restrictivo porque al exigirse y darse la exclusividad, se eliminó la posibilidad de que otros oferentes presten el servicio en la isla. En el contrato de acceso a pista no solo se evita la entrada de otros competidores a través de la exclusividad pactada, sino que además se determina que el precio del *fee* para un nuevo competidor será el mismo que acordó **CASYP** con **CHEVRON** (a saber, \$1.200). Es decir, **CASYP** y **CHEVRON** también acordaron el precio que podría establecer un tercero.

### **11.3. El acuerdo entre CASYP y CHEVRON generó efectos anticompetitivos**

Las **AEROLÍNEAS** consideran que quedó demostrado en la presente actuación administrativa que el acuerdo resultó en la fijación de precios con carácter anticompetitivo. En otras palabras, consideran las **AEROLÍNEAS** que la sanción a los investigados no es solo por objeto, sino también por efecto.

Dicho efecto se tradujo en una "extracción ilegal" a las aerolíneas de rentas que no estaban obligadas a pagar, y que adicionalmente, está probado que constituyeron precios inequitativos que no tienen precedente en el mercado.

### **11.4. Sobre la contravención del numeral 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992**

Las **AEROLÍNEAS** consideran que la subordinación del pago del *fee* de acceso a pista (obligación atada) al suministro del combustible (producto principal), también está probada en el Expediente, como lo demuestran los siguientes elementos: (i) la negativa por parte de **CHEVRON** a suministrarle combustible a **COPA**, la cual tuvo lugar el 13 de mayo de 2011, como retaliación al no pago del *fee* de acceso a pista por parte de esta última; y (ii) la constante devolución de notas de crédito por parte de **CHEVRON** a las **AEROLÍNEAS**, cada vez que ellas rechazaban la facturación del *fee* de acceso a pista.

Adicionalmente, las **AEROLÍNEAS** consideran que el pago del *fee* de acceso a pista no constituye una obligación natural al suministro de combustible, pues si lo fuera, todos los aeropuertos lo cobrarían, cosa que evidentemente no sucede.

### **11.5. Sobre la infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959**

Las **AEROLÍNEAS** destacan que en el presente caso existen innumerables pruebas que dan cuenta de que **CASYP** y **CHEVRON** establecieron un procedimiento e implementaron un sistema para fijarle a las **AEROLÍNEAS** un *fee* o cargo de acceso a pista que injustificada e inequitativamente incrementaron en un 2.000%, respecto del que se venía cobrando, al pasar de \$60 a \$1.200 por galón de combustible. Afirman también que no existe, frente al incremento, ninguna correlación entre el precio pagado y el servicio recibido; que no existe ningún cambio en el derecho que se otorgaba cuando la tarifa era de \$60 pesos por galón, con el que se otorga con la nueva tarifa de \$1.200 por galón; y que no existe proporción entre el nuevo valor del *fee* y el que se cobra en cualquier otro aeropuerto del mundo.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Adicionalmente, las **AEROLÍNEAS** destacan que el sistema implementado por **CHEVRON** y **CASYP** para fijarle a las **AEROLÍNEAS** los precios inequitativos en el monto que ellos quisieran, fue perfecto para conseguir ese objetivo. Ante la ausencia de competencia entre proveedores de combustibles, como consecuencia de la exclusividad pactada a favor de **CHEVRON**, las **AEROLÍNEAS** no pudieron resistirse a pagar la suma fijada -por más alta que fuera-. Por ende, lo único que tenían que hacer **CHEVRON** y **CASYP** era: (i) determinar un valor lo suficientemente alto que excluyera la posibilidad de que los otros proveedores también lo ofrecieran (i.e. \$1.200); y (ii) acordar una exclusividad, pues si ésta no existía **CHEVRON** corría el riesgo de que las **AEROLÍNEAS** le compraran el combustible a otro proveedor y que éste les compitiera en el mercado cobrando un *fee* de acceso a pista inferior.

Las **AEROLÍNEAS** señalan que la exclusividad le garantizaba a **CHEVRON** la posibilidad de fijar cualquier valor de *fee* de acceso a pista. Igualmente, el acuerdo preveía que el valor del *fee* no fuera pagado por **CHEVRON** sino por las **AEROLÍNEAS**, toda vez que los investigados acordaron trasladar en su totalidad el valor del *fee* de acceso a pista a los clientes de **CHEVRON** mediante una línea aparte en las facturas.

#### ***11.5.1. Con el aumento del valor del fee de acceso a pista, los investigados fijaron un precio inequitativo***

Las **AEROLÍNEAS** recuerdan que el *fee* de acceso a pista remunera el acceso de **CHEVRON** a la pista de aviación para la realización del suministro, distribución y venta de combustibles a las **AEROLÍNEAS**. Por ende, señalan que el cargo de acceso a pista no remunera la construcción de la pista, el aterrizaje o despegue de los aviones, el mantenimiento del terminal o cualquier otro cargo diferente al costo que tiene para los proveedores de combustible, suministrar el producto a los aviones.

#### ***11.5.2. No existe una correlación entre el servicio recibido y el aumento realizado***

Las **AEROLÍNEAS** manifiestan que de acuerdo con el contrato de concesión, debe existir una asociación entre el servicio que se presta y el cargo que se cobra. De lo contrario, como lo establecen los principios generales del derecho, de no existir una correlación habría un enriquecimiento sin causa. En el caso concreto, las **AEROLÍNEAS** señalan que no existe ninguna diferencia entre el servicio que se prestaba cuando se cobraba \$60 pesos por cada galón suministrado y el que se cobra a \$1.200 por galón, por lo que es evidente que existe un aumento que no guarda relación con el servicio al que se asocia dicho pago, y que por ello resulta en un precio inequitativo.

#### ***11.5.3. El fee cobrado no está justificado por los costos***

Para las **AEROLÍNEAS**, las conclusiones del Informe Motivado referentes a que el valor cobrado por **CHEVRON** y **CASYP** a las **AEROLÍNEAS** constituye un precio inequitativo son erradas. Las **AEROLÍNEAS** señalan que según el Informe Motivado no fue posible establecer si el *fee* de acceso a pista constituye un precio inequitativo, entre otras, por las siguientes razones: (i) la condición de empresa multiproducto que ostenta **CASYP**, al prestar no sólo el servicio de acceso a pista para el suministro de combustible sino toda clase de servicios en aire y tierra a las distintas **AEROLÍNEAS**, imposibilita distinguir un servicio de otro; y (ii) la empresa **CASYP** no lleva contabilidad discriminada por costos, por lo que resulta imposible la designación de costos a los diferentes servicios.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Para las **AEROLÍNEAS**, el hecho de que una empresa preste varios servicios o venda varios productos no significa que los precios que cobra por alguno o algunos de ellos no sean inequitativos, pues cada precio es independiente del otro y remunera el servicio al cual está asociado.

Por otra parte, las **AEROLÍNEAS** afirman que la ausencia de contabilidad de costos es la prueba de la inequidad en el precio, pues no hay prueba de que entre el valor cobrado y el servicio recibido exista una correlación que justifique ese valor. En otras palabras, la ausencia de contabilidad de costos fue el riesgo que asumió **CASYP** al no poder justificar la equidad del precio que cobra, especialmente cuando es monopolista en el mercado.

Así las cosas, al no existir una correlación entre los costos que involucra el servicio y el *fee* de acceso a pista que se cobra, se tiene que su aumento del 2.000%, es decir, de \$60 a \$1.200 pesos por galón, es desproporcionado e inequitativo, especialmente cuando el servicio recibido no ha variado y el aumento de las diferentes variables económicas relevantes son infinitamente inferiores (e.g. la inflación de 2010 a 2011 fue de 3.17%; el aumento del salario mínimo para el 2011 fue del 4%; y el aumento en el precio del petróleo entre diciembre de 2010 y enero de 2011 fue de 4.66%).

#### **11.5.4. El fee de acceso a pista es excesivo frente a lo cobrado en otros aeropuertos**

Las **AEROLÍNEAS** manifiestan que la Delegatura erró cuando en el Informe Motivado concluyó que la situación de San Andrés es tan especial que no puede ser comparada con ningún otro aeropuerto. Para las **AEROLÍNEAS**, la anterior teoría resulta en que ningún precio inequitativo podría ser establecido por una comparación con precios en otros mercados geográficos, pues al ser otros mercados, siempre habría diferencias que no permitirían llevar a cabo un ejercicio comparativo.

En el caso concreto, si bien San Andrés es una isla diferente a otras, ello no hace que sea "tan" diferente que impida su comparación, pues las otras islas del Caribe tienen también un solo aeropuerto, su población es baja, dependen económicamente del turismo y, en general, comparten características con San Andrés.

Las **AEROLÍNEAS** consideran que estas similitudes en los aeropuertos de 12 islas del Caribe fueron reconocidas en el Dictamen Pericial, donde el *fee* más alto registrado es de \$349 pesos por galón, correspondiente a Isla Cayman, es decir, \$851 pesos más barato por cada galón que aquel que fijaron **CASYP** y **CHEVRON** para San Andrés.

#### **11.5.5. El fee de acceso a pista no refleja condiciones de competencia**

Las **AEROLÍNEAS** señalan que los investigados, a lo largo de su defensa, han sostenido que **CASYP** y **CHEVRON** podían fijar el *fee de acceso a pista* en la suma que ellos quisieran por cuanto es un ingreso no regulado dentro de la concesión que ostentan.

Las **AEROLÍNEAS** manifiestan que la anterior afirmación es falsa, pues lo que no mencionan los investigados en su defensa es que la misma cláusula que les permite fijar el valor del *fee* de acceso a pista, condiciona y restringe esa libertad a que el mecanismo y el valor que se establezca para su fijación "[esté] de acuerdo con las normas de libre mercado" y que en su fijación "el Concesionario no ejecut[ar] ni permitt[er] que se ejecuten por parte de

RESOLUCIÓN NÚMERO 76724 DE 2014 Hoja No. 37

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

*los proveedores de los Servicios Asociados a Ingresos No Regulados prácticas, actos o acuerdos que sean considerados restrictivos a la libre competencia por la Ley 155 [1959]"*.

Adicionalmente, las **AEROLÍNEAS** señalan que habiéndose expuesto que el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 sanciona los precios inequitativos, por tener un efecto explotativo sobre el consumidor, y habiendo probado el Informe Motivado que el *fee* de acceso a pista acordado por **CASYP** y **CHEVRON** es explotativo, la conclusión lógica que debía seguirse de este silogismo simple es que **CASYP** y **CHEVRON** fijaron un precio inequitativo contraviniendo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En el caso concreto, las **AEROLÍNEAS** concluyen que es tan evidente que el *fee* de acceso a pista es tan desproporcionado y explotativo, que el pago en promedio que realizan las **AEROLÍNEAS** por este concepto vez que tanquean es de \$1.700.000 pesos, mientras que el cargo que se les cobra por derechos de aeródromo, el cual cubre el aterrizaje y despegue del avión, es de \$300.000.

Las **AEROLÍNEAS** afirman que no tiene ningún sentido y resulta absurdo, desproporcionado, explotativo e inequitativo que sea más costoso un *fee* de acceso a pista, el cual tan sólo remunera el paso de un camión a través de una puerta para que ingrese a suministrar combustible, que el aterrizaje y despegue de un avión, el cual incluye el uso de toda una pista y las plataformas.

#### **11.6. Peticiones**

Por las consideraciones anteriores, las **AEROLÍNEAS** le solicitan a este Despacho:

- Acoger las recomendaciones del Informe Motivado, en el sentido de sancionar a **CASYP** y **CHEVRON** por la conducta de acuerdo de precios tipificada en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992; y a **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) y **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) por incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- Apartarse de la recomendaciones de archivar la investigación por la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. En su defecto, le solicitan al Superintendente sancionar a los investigados por haber incurrido en la fijación de precios inequitativos y acuerdos de ventas atadas, en contravención de las anteriores disposiciones.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, los días 4 y 27 de agosto y 12 de diciembre de 2014 se escuchó al Consejo Asesor de Competencia del Superintendente de Industria y Comercio, el cual recomendó sancionar a **CASYP** por la implementación de un sistema tendiente a fijar un precio inequitativo que se encuentra por fuera de las condiciones de mercado requeridas en el contrato de concesión.

**DÉCIMO TERCERO:** Que habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable a este tipo de actuaciones, este Despacho resolverá el presente asunto en los siguientes términos:

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

### **13.1. Competencia**

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la Ley a esta Superintendencia, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad: *"[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica".*

De otra parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011<sup>56</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".*

Así mismo, 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".*

Adicionalmente, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en ese sentido señala que esta Entidad: *"[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal".*

De acuerdo con lo anterior, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009, la **SIC** es la autoridad única de protección de la competencia en Colombia, salvo en los casos expresamente exceptuados por la misma ley. Por esta razón, la **SIC** tiene competencia para impulsar la presente investigación y adoptar las decisiones que correspondan de acuerdo con lo demostrado en el curso de la misma.

Finalmente, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 del mismo Decreto, y el numeral 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, respectivamente, la **SIC** está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación de cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas; ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas; sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones; y sancionar a las personas naturales que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.

<sup>56</sup> Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

### **13.2. Marco normativo de la investigación**

En la Resolución No. 44410 del 26 de agosto de 2011, la Delegatura abrió una investigación y formuló pliego de cargos contra **CASYP** y **CHEVRON** por la presunta infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y de los numerales 1 y 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963, señala lo siguiente:

*“**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, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.***

(...)” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

El artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 señala lo siguiente:

*“**Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia.** Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:*

*1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.*

(...)

*7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.*

(...)”.

Así mismo, por medio de dicha Resolución la Delegatura abrió investigación en contra de **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) y **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) por la presunta infracción del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, con relación a las conductas indilgadas a las personas jurídicas mencionadas, así:

*“**Artículo 26. Monto de las Multas a Personas Naturales.** Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.*

(...)”.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Bajo este marco jurídico, este Despacho determinará si **CASYP** y **CHEVRON** efectivamente incurrieron en la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y/o de los numerales 1 y 7 del artículo 47 del Decreto 1253 de 1992. De encontrar que las personas jurídicas incurrieron en las conductas imputadas en la Resolución de Apertura, este Despacho procederá a establecer si **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) y **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron las conductas violatorias de las normas de protección de la competencia, en los términos del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Previo al análisis de cada una de las conductas imputadas por la **SIC** a los investigados, el Despacho decidirá la objeción por error grave al dictamen pericial que presentaron las **AEROLÍNEAS** en este caso. Lo anterior, con el objetivo de establecer el valor probatorio que se le dará a dicha prueba en el análisis de las conductas imputadas en esta investigación.

### **13.3. Objeción por error grave al dictamen pericial**

Mediante escrito radicado No. 11-63694-439 del 21 de octubre de 2013<sup>57</sup>, y con base en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, las **AEROLÍNEAS** objetaron por error grave el dictamen pericial decretado oficiosamente por la Delegatura y rendido por **DESSAU**.

En primer lugar, los objetantes manifiestan que las respuestas dadas por el perito son desordenadas e incompletas, y que su trabajo "(...) *nada aporta a la investigación, pues se trata de una serie de cálculos contables y un análisis general de ingresos y costos de la concesión y sus proyecciones financieras, asunto que no es materia de la investigación.*" En segundo lugar, expresan una supuesta "(...) *falta de idoneidad del perito para el trabajo encomendado*".

En atención a lo anterior, señalan que el dictamen pericial es inexistente, y por ello inútil en todo lo que no fue objeto de respuesta, razón por la cual no cumple con el objetivo para el cual fue decretado:

*"En suma, el dictamen pericial dejó de desarrollarse en una parte y en la que sí lo hizo (...) nada se aporta a la investigación por tratarse de preguntas subjetivas que buscan justificar el fee de acceso a pista cobrado frente a las obligaciones del concesionario (...) y no como lo pretendió el Despacho con comparar de manera objetiva el precio cobrado en el Aeropuerto de San Andres (sic) (...)”<sup>58</sup>.*

El argumento principal de las **AEROLÍNEAS** para objetar por error grave el dictamen pericial se basa en el supuesto hecho de que el perito se abstuvo de rendir dictamen frente algunos de los puntos sobre los cuales la Delegatura le requirió, y habría tratado otros ajenos al mismo, lo cual conduciría a la gravedad del error en que habría incurrido.

Frente a lo anterior, es preciso recordar que la objeción por error grave a un dictamen pericial no puede basarse en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia:

<sup>57</sup> Folios 6071 al 6082 del Cuaderno Público No. 25 del Expediente.

<sup>58</sup> Folio 6078 del Cuaderno Público No. 25 del Expediente.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

*"(...) si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos (...) pues lo que caracteriza el desacierto de ese linaje y permite diferenciarlo de otros defectos imputables a un peritaje (...) es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven (...) de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a que se refiere el numeral 1 del artículo 238 del C.P.C. no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabal mente la cosa examinada (...)." <sup>59</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto).*

En el dictamen pericial rendido por **DESSAU** el perito señaló que no era posible establecer el costo en el que incurre **CASYP** por otorgar acceso a su pista a **CHEVRON** para que suministre combustible en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, en la medida en que el concesionario no lleva contabilidad de costos desagregados. Para las **AEROLÍNEAS**, tal afirmación hace que el dictamen incurra en error grave en la medida en que el perito debió determinar cuáles eran los costos asociados al servicio de suministro en dicho aeropuerto utilizando para ello otra metodología contable.

Así, la objeción se basa en criticar las apreciaciones, juicios o deducciones que el perito sacó después de haber examinado la operación económica de **CASYP**, y sobre todo en reprochar el método que el perito consideraba adecuado para establecer un costo. En especial, la objeción está dirigida a reprochar la conclusión del perito en el sentido de que no es posible establecer los costos asociados al *fee* de acceso a pista, y no a que el perito hubiese cambiado las cualidades propias de lo examinado, o de que hubiese estudiado una cosa fundamentalmente distinta a la que es materia del dictamen pericial.

Teniendo en cuenta que la objeción a un dictamen no puede consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen una vez considerada la cosa examinada, la objeción impetrada por las **AEROLÍNEAS** al dictamen pericial, por este solo hecho, no está llamada a prosperar.

Para este Despacho es claro que la afirmación de un perito sobre la inexistencia de datos económicos o contables que le permitan concluir en un sentido u otro, constituye un aspecto propio del objeto de la pericia, en la medida en que la constatación de la inexistencia de elementos de juicio hace parte de su trabajo pericial.

Además de lo anterior, como se explicará más adelante en detalle, durante el curso de la investigación se demostró que era imposible que el perito determinara los costos asociados a la "prestación del servicio de *fee* de acceso a pista", en la medida en que tal actividad no constituye un servicio, sino simplemente el cobro de un cargo no regulado que tiene derecho a percibir el concesionario por otorgar un derecho de acceso a suministrar combustible. Al no ser el acceso a pista un servicio no es posible imputarle costos, ya que se trata simplemente de un cargo que otorga un derecho de acceso. Era entonces imposible o

<sup>59</sup> Corte Suprema de Justicia, Auto del 8 de septiembre de 1993, M.P. Carlos Esteban Jaramillo.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

irrelevante utilizar cualquier otro método para determinar el costo de un servicio, ya que el servicio en sí mismo no existe.

Esto, como se verá posteriormente, no implica que el concesionario pueda utilizar cualquier método para fijar ese *fee* de acceso a pista, tal y como lo establece el propio contrato de concesión.

Así las cosas, el Despacho encuentra infundada la objeción, en la medida en que no se advierte la presencia de un error grave en el dictamen sino simplemente de un descontento subjetivo de las **AEROLÍNEAS** con las conclusiones del perito. Como lo ha establecido la jurisprudencia, el yerro en que debió incurrir el perito es de tal entidad que subvierta la realidad de los hechos conforme el estado de la ciencia, técnica o arte a la luz del punto materia de pericia, cosa que se echa de menos en este caso.

Otro de los argumentos que sustentan la objeción por error grave que formulan las **AEROLÍNEAS** consiste en afirmar que el perito no era idóneo para adelantar la labor que acometió, y en respaldo de su afirmación manifiestan:

*"(...) lo que denota la falta de idoneidad y experticia de DESSAU (...) es que si la hubiera tenido, habría podido discriminar la contabilidad de costos con base en el mundialmente aceptado método de costos ABC para la definición de los costos de los productos y servicios (...)"<sup>60</sup> (Subrayado dentro del texto original).*

Este Despacho no encuentra válida la afirmación de que el perito no era idóneo al haber pretermitido utilizar un método contable que los objetantes consideran adecuado. La idoneidad de la persona del perito se predica de sus aptitudes y capacidades para rendir el dictamen sobre la materia que se le ha pedido. Por consiguiente, el hecho de haber escogido un método, modelo, esquema o cualquier otra herramienta de análisis científico que el perito haya considerado apta para hacer su trabajo, es algo que solo compete a él, dado que se predica su ciencia en el asunto puesto a conocimiento.

Es por todo lo anteriormente dicho que, para el Despacho, la objeción al dictamen pericial se considera infundada.

#### **13.4. Tacha por sospecha del testigo LUIS FELIPE DE OLIVEIRA**

En el curso de la actuación administrativa, los investigados **EDUARDO BORDA SOTO**<sup>61</sup> (representante legal de **CASYP**), **CHEVRON** y **MARTHA LUCIA O'MEARA BAUTISTA**<sup>62</sup> (representante legal de **CHEVRON**) presentaron sendos escritos solicitando la tacha por sospecha del testimonio rendido por **LUIS FELIPE DE OLIVEIRA**, el cual fue decretado de oficio por parte de la Delegatura. La tacha se fundamentó en lo previsto en el inciso primero

<sup>60</sup> Folio 6080 del Cuaderno Público No. 25 del Expediente.

<sup>61</sup> Escrito radicado No. 11-63694-370, folios 5802 a 5807; Radicado No. 11-63694-374, folios 5821 a 5825; Radicado No. 11-63694-375, folios 5827 a 5832 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

<sup>62</sup> Escrito radicado No. 11-63694-387, folios 5852 a 5856 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

del artículo 218 del Código de Procedimiento Civil<sup>63</sup>. Lo propio hizo verbalmente el día de la diligencia, la investigada **CASYP**<sup>64</sup>.

Ahora bien, con base en el inciso segundo de la norma ya citada<sup>65</sup>, la Delegatura dispuso en el Informe Motivado dar traslado a este Despacho de las peticiones de tacha del testimonio a fin de que se diera respuesta a los mismos<sup>66</sup>. Siendo la oportunidad procesal pertinente, corresponde al Despacho pronunciarse sobre las peticiones de tacha del testimonio rendido el día 21 de junio de 2013 por **LUIS FELIPE DE OLIVEIRA**<sup>67</sup>.

En primer lugar, en lo referente a la tacha formulada por parte del investigado **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**), se tiene lo siguiente:

*"(...) el testigo desempeña actualmente el cargo de Subdirector de Combustibles de la IATA, asociación que tiene como finalidad principal, representar, liderar y servir a la industria de las aerolíneas, esto es, defender los intereses de las compañías aéreas afiliadas, dentro de las que se encuentran Avianca, Copa Airlines y LAN.*

(...)

*El testigo reconoció de manera expresa su interés directo en el desarrollo de la actuación de la referencia durante la diligencia programada para posesionarse como perito para rendir el dictamen pericial solicitado por Avianca, y prueba de ello es que cuando fue interrogado por la Autoridad acerca de si estaba impedido para ejercer el cargo de perito, manifestó bajo la gravedad de juramento que ante su vinculación con la IATA, desistía de posesionarse como perito (...)"<sup>68</sup>.*

En segundo lugar, frente a la tacha presentada por **CHEVRON** y su representante legal **MARTHA LUCIA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**), al igual que la anterior, se fundamenta en la sospecha sobre la persona del testigo respecto de su relación como Subdirector de Combustibles de la **IATA**<sup>69</sup>.

En tercer lugar, **CASYP** manifestó lo siguiente sobre la tacha por sospecha:

*"(...) Por la clara situación de que si bien el testigo es un experto en temas de combustible y aviación, su falta de parcialidad ya ha quedado en el expediente y dentro del proceso. Él pertenece a una organización que es la IATA que tiene un*

<sup>63</sup> "Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a éstos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindirá de toda otra prueba".

<sup>64</sup> Folio 5861 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

<sup>65</sup> "Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración".

<sup>66</sup> Informe Motivado, página 33.

<sup>67</sup> Folio 5859 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

<sup>68</sup> Folio 5803 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

<sup>69</sup> Folio 5853 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

*claro interés en esta investigación (...) en que las tarifas cobradas a las aerolíneas por combustible se reduzcan (...)"<sup>70</sup>.*

Conforme puede apreciarse, el común denominador de la tacha por sospecha del testigo **LUIS FELIPE DE OLIVEIRA** tiene que ver con su vinculación como Subdirector de Combustibles de la **IATA**, respecto de la cual se predica un alegado interés directo en el resultado de esta investigación. Así las cosas, corresponde al Despacho determinar si dicha relación hace procedente la prosperidad de la tacha presentada, caso en el cual, se desestimaré su declaración.

Pues bien, vale mencionar que la tacha de los testigos es una institución consagrada en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, a cuya virtud:

*"Artículo 218. Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a éstos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindirá de toda otra prueba.*

*(...)"*.

Dicho lo anterior, resulta oportuno mencionar que la jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse en cuanto a la constitucionalidad del citado artículo, cuyo apartado relevante para el presente caso es el siguiente:

*"Respecto de los testigos sospechosos, quienes se encuentran en situaciones que afectan su credibilidad e imparcialidad y cuya declaración, si bien puede recibirse, ha de analizarse con severidad (art. 217 e inciso 3 del art. 218 del C.P.C), la Corte señaló:*

*"En cuanto al artículo 217 del C.P.C., éste lo que hace es definir como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que determine el juzgador; ello por cuanto si bien la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad, "... la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha.", lo que permite concluir que dicha norma no es más que una especificación de las reglas de la sana crítica aplicadas al proceso civil.*

*No obstante lo anotado, cuando una controversia entre particulares debe ser dirimida por el juez competente, éste deberá definirla, como antes se dijo, a partir del análisis que realice del acervo probatorio, el cual está en la obligación de estudiar de acuerdo con las reglas que le impone el sistema de la sana crítica, lo que implica confrontarlas, permitir que las partes las contradigan y si es del caso las desvirtúen, y ponderarlas en conjunto, a la luz de su saber técnico específico y su experiencia.*

<sup>70</sup> Folio 5861 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

*En consecuencia, la ponderación de una prueba como el testimonio, obliga al juez a desplegar su actividad con miras a determinar la fuerza de convicción del mismo, para lo cual deberá remitirse a criterios de lógica y experiencia que le permitan valorarla en su real dimensión, sin que ello implique, como lo afirma el actor, que se quebrante la presunción de buena fe que se atribuye a todas las actuaciones de los particulares. Si ello fuere así, la labor del juzgador se limitaría al registro de la versión, de la cual no podría dudar, lo que dejaría sin sentido su actuación e impediría el objetivo último del proceso, que no es otro que el arribo a la verdad material." (Sentencia C-622-98. M.P. Fabio Morón Díaz)<sup>71</sup>.*

Conforme puede apreciarse de la anterior doctrina de la Corte Constitucional, con la formulación de la tacha del testigo por sospecha se pretende credibilidad e imparcialidad respecto de los hechos sobre los cuales depondrá. Resulta oportuno mencionar que a la par de la tacha del testigo, existen causales absolutas<sup>72</sup> y relativas<sup>73</sup> que derivan en la inhabilidad para testimoniar.

Dicho esto, es oportuno mencionar que existe una clara diferencia entre los testigos inhábiles y los sospechosos: respecto de los primeros se imposibilita la recepción de su declaración en presencia de la causal constitutiva de inhabilidad (ej: embriaguez o menor de 12 años), en tanto que frente a los segundos, vale decir, los testigos sospechosos, su declaración se recibe y aprecia de manera más escrupulosa (tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha) debido a las especiales particularidades que lo rodean (v.gr. relación de parentesco con un sujeto procesal). En razón de lo anterior, la ley ha dispuesto que el juez aprecie los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso<sup>74</sup>. A su turno, la doctrina procesal caracteriza de la siguiente manera la desestimación del testimonio:

*"(...) Para merecer una exclusión total, la incredibilidad debe ser bastante completa, versar sobre todo el conjunto del testimonio, y no solamente sobre tal o cual de sus partes. (...) La exclusión practicada por anticipado debe, por lo tanto, constituir un procedimiento muy limitado. No por eso hay que dejar de estudiarlo; porque ha formado el principal aspecto negativo del sistema de la prueba legal, más o menos subsistente en todas las legislaciones"<sup>75</sup>.*

Pues bien, abordando el caso objeto de estudio y una vez instalada la diligencia para la recepción del testimonio de **LUIS FELIPE DE OLIVEIRA**, el Despacho encuentra que su deposición se circunscribió, en general, a exponer su ciencia sobre la operación de los aeropuertos respecto de la provisión de combustible, estructura funcional y comportamental de la **IATA**.

<sup>71</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-790-06. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>72</sup> Código de Procedimiento Civil, artículo 215: "Son inhábiles para testimoniar en todo proceso: 1. Los menores de doce años. 2. Los que se hallen bajo interdicción por causa de demencia. 3. Los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito o por lenguaje convencional de signos traducibles por intérprete".

<sup>73</sup> Código de Procedimiento Civil, artículo 216: "Son inhábiles para testimoniar en un proceso determinado: 1. Los que al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas. 2. Las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica".

<sup>74</sup> Código de Procedimiento Civil, artículo 218, *in fine*.

<sup>75</sup> François Gorphe. *De la apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, E.J.E.A. 1955, pág. 412.

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

En lo relativo al *fee* de acceso a pista, depuso sobre su origen e impacto en la estructura de costos de una aerolínea, nomenclatura a nivel internacional, variación porcentual de este rubro, los obligados a su pago, se refirió a las organizaciones internacionales en materia aeronáutica en cuanto a sus miembros y funciones, operación aeronáutica en los aeropuertos de San Andrés y El Caribe.

Por lo demás, una vez apreciado en su totalidad el testimonio cuya tacha se solicita, se advierte que los investigados **EDUARDO BORDA SOTO**<sup>76</sup> (representante legal de **CASYP**), **CHEVRON**, **MARTHA LUCIA O'MEARA BAUTISTA**<sup>77</sup> (representante legal de **CHEVRON**) y **CASYP**<sup>78</sup>, tuvieron plenas garantías para el ejercicio de su derecho de defensa al interrogar al testigo a plenitud, volviendo, incluso, a contra preguntar frente a interrogantes formulados por la Delegatura.

En conclusión: si bien es cierto que al momento de hacer su declaración **LUIS FELIPE DE OLIVEIRA** era Subdirector de Combustibles de la **IATA**, no se aprecia por parte del Despacho que su testimonio tuviese un sesgo que alterara su credibilidad o imparcialidad. En general, el testigo se mostró espontáneo y descriptivo de una serie de comportamientos en el sector aeronáutico a nivel nacional e internacional, sin que su dicho pueda ser tildado de sospechoso.

Es por todo lo anterior, que el Despacho se abstendrá de declarar la prosperidad de la tacha del testimonio por sospecha, y habrá de valorarlo para lo que en derecho corresponda en la presente Resolución.

### **13.5. Mercado relevante afectado**

Por medio de la Resolución No. 44410 de 2011, la Delegatura definió el mercado producto como *“la prestación de los servicios aeroportuarios que demanda la operación del transporte aéreo y los servicios conexos a ellos, con énfasis en el **“Abastecimiento de Combustible de Aviación”**”*. Para el caso del mercado relevante geográfico la Delegatura definió el mismo como la Isla de San Andrés.

En el Informe Motivado, la Delegatura puntualizó el mercado presuntamente afectado como el *“abastecimiento de combustible de aviación en el aeropuerto internacional **GUSTAVO ROJAS PINILLA**” de San Andrés Isla*, el cual resulta plenamente coincidente con el énfasis delimitado en el mercado producto contenido en la Apertura de la Investigación.

Por este motivo, no comparte este Despacho los argumentos esgrimidos respecto a la vulneración al derecho al debido proceso de los investigados por la presunta variación del mercado relevante definido en la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos respecto del establecido en el Informe Motivado.

De igual forma, es importante aclarar que de la definición amplia ofrecida por la Apertura de Investigación, no varió en ninguna medida el debate probatorio y argumentativo que en la

<sup>76</sup> Folio 5861 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente. A partir del minuto: 01:33:45

<sup>77</sup> Folio 5861 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente. A partir del minuto: 01:58:35

<sup>78</sup> Folio 5861 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente. A partir del minuto: 02:04:06

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

etapa instructiva de esta investigación se adelantó. Por ello, no puede hablarse de una vulneración al debido proceso ni de la consecuente afectación al derecho de defensa.

Por otra parte, la afectación que la supuesta "variación" del mercado relevante produciría, según los investigados, es la no consideración de que el cobro del *fee* de acceso a pista y su monto se establecieron para financiar las inversiones que requiere hacer la concesión para prestar adecuadamente todos los servicios aeroportuarios, y no para que se suministrara combustible en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés.

Frente a este argumento, el Despacho considera que la definición del mercado relevante como el de "abastecimiento de combustible de aviación en el aeropuerto internacional **GUSTAVO ROJAS PINILLA**" no impide, de ninguna forma, tener en cuenta el contexto en el cual se suministra combustible en el aeropuerto de San Andrés y, sobre todo, la naturaleza del cargo no regulado que constituye el *fee* de acceso a pista. Así, no es cierto que la definición del mercado relevante incluida en el informe Motivado prevenga al Despacho de tener en cuenta, si así se demuestra, que el *fee* de acceso a pista es un cargo que está concebido para realizar las inversiones que requiere el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, y no para cubrir unos costos asociados al suministro de combustible en el aeropuerto.

El que un cargo asociado a un mercado relevante impacte otro tipo de servicios no implica una variación de un mercado relevante, simplemente es el reconocimiento de que un cargo que se cobra en un mercado puede tener influencia sobre otros productos, servicios o inversiones.

En conclusión, el mercado relevante afectado con las conductas reprochadas en la presente investigación, se circunscribe al servicio aeroportuario de abastecimiento de combustible a aeronaves en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, sin que ello impida a este Despacho tener en cuenta la naturaleza o razón de ser del cargo no regulado que está asociado al suministro de combustible, en el sentido de que pueda estar diseñado para financiar inversiones o impactar otro tipo de servicios.

### **13.6. El contrato de concesión y el contrato de acceso a plataforma**

Previo al pronunciamiento sobre la responsabilidad administrativa de los investigados respecto a los cargos que fueron imputados, este Despacho expone las situaciones de hecho y de derecho relacionadas con la materia objeto de examen.

Por medio del contrato No. 7000002-OK del 10 de enero de 2007, suscrito entre la **AEROCIVIL** y **CASYP**, se concesionó a este último, la administración, operación, explotación comercial, inversión, modernización y mantenimiento del Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés.

Como consecuencia de dicho negocio jurídico, **CASYP** adquirió una serie de derechos y obligaciones que le permitían disponer de ingresos generados por la administración del terminal aéreo –regulados y no regulados– por un término inicial de veinte (20) años, con la contraprestación principal de administrar y operar el aeropuerto, adelantar una serie de obras e inversiones, y entregar a la **AEROCIVIL** parte de los recursos percibidos.

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

En desarrollo de lo anterior, y en su condición de operador del Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, **CASYP** estaba obligado a prestar o garantizar la prestación de todos los servicios aeroportuarios necesarios para la operación de transporte aéreo en la isla (e.g. servicios en plataforma, soporte a aeronaves en tierra, hangares, transporte público, abastecimiento de combustible, etc.).

A su vez, el contrato de concesión reguló las especificaciones técnicas de operación, seguridad, medio ambiente y mantenimiento que debía cumplir **CASYP** en ejecución de la concesión, a través del Apéndice E del documento suscrito. En dicho apéndice, se instituyeron cuáles ingresos percibidos por **CASYP** con ocasión del servicio aeroportuario eran regulados (i.e. el Estado establecía el monto del cargo que el concesionario podía cobrar o la fórmula para determinarlo), y cuáles no. Dentro de éstos últimos (ingresos no regulados), el documento estableció las áreas para aerolíneas de pasajeros, el servicio público de transporte, los servicios en plataforma, los servicios de soporte a aeronaves en tierra, el abastecimiento de combustible a aeronaves y los hangares para el mantenimiento de aeronaves.

Teniendo en cuenta que se trataba de ingresos no regulados, y que por consiguiente no existía una definición de la forma en que se debía establecer el monto que **CASYP** podía cobrar por tales conceptos, se hace necesario acudir al contrato de concesión, el cual establece en su numeral 1.7 del Apéndice E 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”.

Concomitante con lo anterior, el mismo numeral impuso al concesionario la carga de no ejecutar, ni permitir ejecutar por parte de los proveedores de los servicios aeronáuticos asociados a los ingresos no regulados, la realización de prácticas contrarias a las disposiciones sobre protección de la libre competencia.

Ahora bien, respecto al servicio de abastecimiento de combustible a aeronaves, el numeral 1.7.5 del Apéndice E establece puntualmente, que dicho servicio debe ser garantizado (no prestado) por el concesionario, quien debe ser ajeno a las relaciones comerciales que surjan entre los compradores de combustible y los proveedores que lo suministren. Adicionalmente, se le autorizó a **CASYP** el cobro de una tarifa por volumen de galones (i.e. *fee* de acceso a pista) que se proveyeren en ejecución de la prestación de este servicio de suministro de combustible para aeronaves. Este *fee* de acceso a pista, como se ve, no constituye en sí mismo un servicio sino simplemente un cargo que se puede cobrar a quien presta el servicio de suministro de combustible.

En desarrollo de esta potestad contractual, y atendiendo a que dicho cobro hace parte de los ingresos considerados como no regulados, **CASYP** tuvo plena autonomía para la fijación de este *fee*, sin restricción alguna más allá del acatamiento de la ley que gobierna todas las acciones de los agentes en los mercados, incluidas las normas que protegen la libre competencia.

Así, el 1 de junio de 2007, **CASYP** suscribió un contrato de acceso a pista con **CHEVRON** en virtud del cual **CASYP** le entregaba a **CHEVRON** el derecho exclusivo de acceso a plataforma para el suministro de combustible, y a cambio **CHEVRON** le pagaría el uno por ciento (1%) de las ventas mensuales de combustible de aviación. Este contrato se suscribió

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

por 1 año, prorrogable por un año más si ninguna de las partes manifestaba por escrito su intención de no prorrogarlo con al menos treinta (30) días de anterioridad al vencimiento.

Posteriormente, el 17 de agosto de 2007 se suscribió el Otrosí No. 1 al contrato mencionado, en el que simplemente se modificó parcialmente las condiciones de pago del uno por ciento (1%) de las ventas mensuales.

Casi un año después de la suscripción del contrato de acceso a pista, esto es, el 1 de junio de 2008, las partes decidieron firmar el Otrosí No. 2 en el que simplemente reconocen la prórroga automática del contrato por un año adicional y agregan la posibilidad de que se siga prorrogando anualmente hasta tanto alguna de las partes manifieste, por escrito, no estar interesado en la prórroga.

Teniendo esto claro, procede este Despacho a describir paso a paso el procedimiento empleado por **CASYP** para la definición de la nueva tarifa que se perfeccionó con la suscripción del Otrosí No. 3, el cual es objeto de análisis en el presente trámite.

Como se evidencia del acervo probatorio contenido en el Expediente, el 18 de junio de 2010<sup>79</sup> **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) escribe a **TERPEL** con miras a explorar la posibilidad de que esta sociedad incursionara en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés como proveedor de combustible. A lo anterior, **TERPEL** respondió confirmando su interés a través de un correo electrónico enviado el 21 de junio de 2010<sup>80</sup>.

En cuanto a **ENERGIZAR** (el otro potencial proveedor de combustible para la isla), y según lo narrado por **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) en diligencia de interrogatorio rendido ante esta Entidad<sup>81</sup>, dicha sociedad estaba interesada en suministrar combustible 100/130 –el cual es utilizado por aviones de pistón y no de turbina-. Frente a lo anterior, **CASYP** le manifestó a **ENERGIZAR** que el interés de la concesión era que un sólo proveedor suministrara los dos tipos de combustibles necesarios para todas las aeronaves del aeropuerto. Así las cosas, el 11 de agosto de 2010, **ENERGIZAR** envió a **CASYP** una comunicación en la que se le informaba a **CASYP** que ellos estaban en "*condiciones de entrar como suplidor para los dos productos (turbo combustible y gasolina 100/130), en un lapso de (sic) razonable de seis meses, tiempo durante el cual entraríamos a consolidar el esquema confiable y seguro de abastecimiento de los dos productos*"<sup>82</sup>.

La oferta inicial de **ENERGIZAR** fue de pagar \$250 pesos a **CASYP** por concepto de *fee* de acceso a pista (el cargo no regulado que podía cobrar **CASYP** por el derecho de **ENERGIZAR** a suministrar combustible en el aeropuerto) por cada galón que vendiera. Posteriormente, el 14 de septiembre del mismo año, **ENERGIZAR** aumenta su oferta inicial hasta \$500 pesos<sup>83</sup> por galón facturado en el aeropuerto.

<sup>79</sup> Folio 124 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> Folio 5246 del Cuaderno Público No. 22 del Expediente.

<sup>82</sup> Folio 127 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>83</sup> Folio 126 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO **76724** DE 2014 Hoja No. 50

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Por su parte, el 28 de septiembre de 2010, **TERPEL** propuso, en respuesta a la invitación formulada por **CASYP**, el pago de una tarifa de \$900 pesos por galón vendido<sup>84</sup>. Esta oferta fue aceptada por **CASYP** mediante comunicación del 9 de noviembre de 2010<sup>85</sup>, en la que adicionalmente advierte a **TERPEL** que en caso de retraso en el suministro de combustible, sería multada con quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (500 SMLMV) por cada día de demora. El hecho de que la demora de terceros en tramitar los permisos y autorizaciones necesarias para poner en marcha el suministro de combustible le ocasionara multas, llevó a **TERPEL** a no firmar el contrato de acceso a plataforma con **CASYP**.<sup>86</sup>

Para efectos de este trámite es relevante tener en cuenta que **CASYP** aceptó una oferta que era \$300 pesos menor a la que finalmente concretó con **CHEVRON** (que fue de \$1.200 pesos por cada galón suministrado). Esto en la medida en que la aceptación de la oferta de \$900 pesos por parte de **CASYP**, claramente indica que para el concesionario el *fee* de acceso a pista ofrecido por **TERPEL** era suficiente para cumplir con las obligaciones que tenía como concesionario, incluyendo las inversiones que debía realizar de acuerdo con el mismo. De no haber sido suficiente el *fee* de acceso a pista para cumplir con las obligaciones establecidas por el contrato, **CASYP** no lo hubiese aceptado.

Teniendo en cuenta lo acontecido, **CASYP** informa a **TERPEL** (que ya había manifestado su intención de retirarse como oferente) su búsqueda de un nuevo proveedor<sup>87</sup>, y decide acoger la segunda oferta presentada por **CHEVRON** -por \$1.200 pesos por galón-, que al momento de la decisión de contratar con **TERPEL** fue acogida como segunda opción debido a su extemporaneidad.

La participación de **CHEVRON** en este proceso inició a través de una oferta enviada a **CASYP** por parte de **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**), mediante correo electrónico del 16 de septiembre de 2010, en la cual hablaba de un *fee* de acceso a pista que se empezaría a cobrar mediante un incremento escalonado, y cuyo tope sería \$284 pesos, basado en una proyección de ventas de 300.000 galones mensuales, así:

**Tabla No. 1 – Valores ofrecidos por CHEVRON en primera oferta**

	Fee	Valor Mes
Actual	\$ 60	\$ 18'012.846
Primer semestre	\$ 110	\$ 32'963.746
Segundo semestre	\$ 160	\$ 47'914.646
Tercer semestre	\$ 219	\$ 65'556.708
Cuarto semestre	\$ 284	\$ 85'000.055
Anual Posterior	Incremento IPC	Valor base + % IPC

**Fuente:** Elaboración **SIC** con base en oferta contenida en folio 444 del Cuaderno Reservado No. 1.

<sup>84</sup> Folio 122 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>85</sup> Folios 120 y 121 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>86</sup> Cfr. Interrogatorio de **EDUARDO BORDA SOTO**, Representante Legal de **CASYP**, Folio 5246 del Cuaderno Público No. 22.

<sup>87</sup> Folio 118 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 7 6 7 2 4 DE 2014 Hoja No. 51

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Frente a la anterior propuesta, **CASYP** manifestó, mediante correo electrónico del mismo 16 de septiembre de 2010<sup>88</sup>, estar de acuerdo con el incremento escalonado pero no con los valores propuestos por **CHEVRON**.

Por este motivo, el 1 de octubre de 2010, **CHEVRON** presentó una nueva oferta que mantiene el escalonamiento en el incremento del *fee*, pero aumenta el valor ofertado a las siguientes cifras:

**Tabla No. 2** Valores ofrecidos por **CHEVRON** en segunda oferta

	Fee	Valor Mes
Actual	\$ 62	\$ 18'600.000
Primer semestre	\$ 150	\$ 45'000.000
Segundo semestre	\$ 212	\$ 63'600.000
Tercer semestre	\$ 274	\$ 82'200.000
Cuarto semestre	\$ 336	\$ 100'800.000
Anual Posterior	Incremento IPC	Valor base + % IPC

**Fuente:** Elaboración **SIC** con base en oferta contenida en folio 436 del Cuaderno Reservado No. 1.

Posteriormente, el 20 de octubre de 2010<sup>89</sup>, **CHEVRON** expresa a **CASYP** su intención de incrementar el *fee* de acceso a pista a \$900 pesos por galón, pero sugiere que el incremento se haga a lo largo del año 2011 y no sólo en el primer semestre. Así mismo, solicita una exclusividad de cinco (5) años y solicita que sea **CASYP** quien le informe a las aerolíneas sobre el incremento. Posteriormente, en esa misma fecha, **CHEVRON** reconoce a través de un correo electrónico interno<sup>90</sup>, que **CASYP** estaba pidiendo un incremento del *fee* a \$900 pesos por galón so pena de abrir una licitación en la que **TERPEL** y **ENERGIZAR** estarían interesadas.

Luego de la solicitud de retroalimentación requerida por **CHEVRON**, **CASYP**<sup>91</sup> respondió, mediante correo electrónico del 8 de noviembre de 2010, lo siguiente:

*"Ustedes tienen una gran ventaja sobre los otros y es que no tienen que hacer inversión en infraestructura, esto debe reflejarse en la oferta. Se (sic) que la oferta de Terpel está alrededor de los 1200/galón (sic)"*<sup>92</sup>.

Atendiendo a lo anterior, **CHEVRON** presenta una nueva oferta el 18 de noviembre de 2010<sup>93</sup> en la que ofrece los mismos \$1.200 pesos por galón que le habían informado que había ofertado **TERPEL**. Esta oferta no fue tenida en cuenta inicialmente por haber llegado

<sup>88</sup> Folio 443 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>89</sup> Folio 434 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente

<sup>90</sup> Folio 433 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente

<sup>91</sup> Correo electrónico de **PEDRO RAMÓN EMILIANI CATINCHI**, quien se desempeñaba como miembro principal de la Junta Directiva de **CASYP**, quien fue nombrado como suplente del Gerente General de **CASYP** mediante Acta de Junta Directiva del 14 de diciembre de 2011, inscrita el 6 de Junio de 2012 en la Cámara de Comercio de San Andrés.

<sup>92</sup> Folio 425 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>93</sup> Folio 421 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO **7 6 7 2 4** DE 2014 Hoja No. 52

"Por la cual se impone una sanción"

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

de forma extemporánea, pero fue acogida como segunda opción en caso de no llegar a un acuerdo con **TERPEL**<sup>94</sup>.

Así las cosas, y con la intención de dar mayor claridad respecto al procedimiento descrito en estos párrafos para la definición del fee de acceso a pista, a continuación se representa la interacción de los oferentes y **CASYP** en una línea de tiempo.

**Gráfico No. 1** – Línea de tiempo del proceso de fijación del fee de acceso a pista

									CH - 1200		
T- TERPEL				T - 900		CH - 900*	CA - Indica a Chevron que Terpel Ofreció 1.200	CA - Acepta oferta de Terpel		CA - Manifiesta a Terpel buscar otro	CA - Acepta oferta de Chevron
E- ENERGIZAR		E - 500			CH - 336*						
CH- CHEVRON			CH - 284*								
CA- CASYP	E - 250										
2010	11-ago	14-sep	16-sep	28-sep	01-oct	20-oct	08-nov	09-nov	18-nov	14-dic	23-dic

\*oferta en escalonamiento, se expone precio final

**Fuente:** Elaboración SIC con base en las ofertas citadas y correos expuestos

Una vez adoptada la decisión de contratar con **CHEVRON** el suministro de combustible en el aeropuerto, **CASYP** y **CHEVRON** implementaron dicho acuerdo por medio del Otrosí No. 3 al contrato de acceso a pista que desde 2007 venía ejecutando exclusivamente **CHEVRON**.

A continuación se exponen las principales modificaciones introducidas por dicho Otrosí.

- Se estableció que de ordenársele a **CASYP** la entrada de más proveedores de combustible al aeropuerto, bien sea por orden judicial o de autoridad administrativa, los nuevos proveedores deberían entrar en las mismas condiciones en las que se encuentre **CHEVRON**, y éste podrá terminar el contrato dos (2) meses después de que haya entrado el nuevo proveedor.
- Se modifica la fecha de vigencia del contrato hasta el 1 de enero de 2016, prorrogable automáticamente cada año si sesenta (60) días antes de su terminación ninguna de las partes expresa su voluntad de terminarlo.
- La tarifa de acceso a plataforma se fijó de la siguiente forma:

**Tabla No. 3** – Valores por concepto de fee de acceso a pista fijado en el Otrosí No. 3

Periodo	Fee
Hasta enero 31 de 2011	1% de las ventas
Del 1 al 28 de febrero de 2011	\$500/galón
Del 1 al 31 de marzo de 2011	\$750/galón
Del 1 al 30 de abril de 2011	\$1.000/galón

<sup>94</sup> Cfr. Interrogatorio de **EDUARDO BORDA SOTO**, Representante Legal de **CASYP**, Folio 5246 del Cuaderno Público No. 22.

RESOLUCIÓN NÚMERO **76724** DE 2014 Hoja No. 53

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Desde el 1 de mayo de 2011	\$1.200/galón
----------------------------	---------------

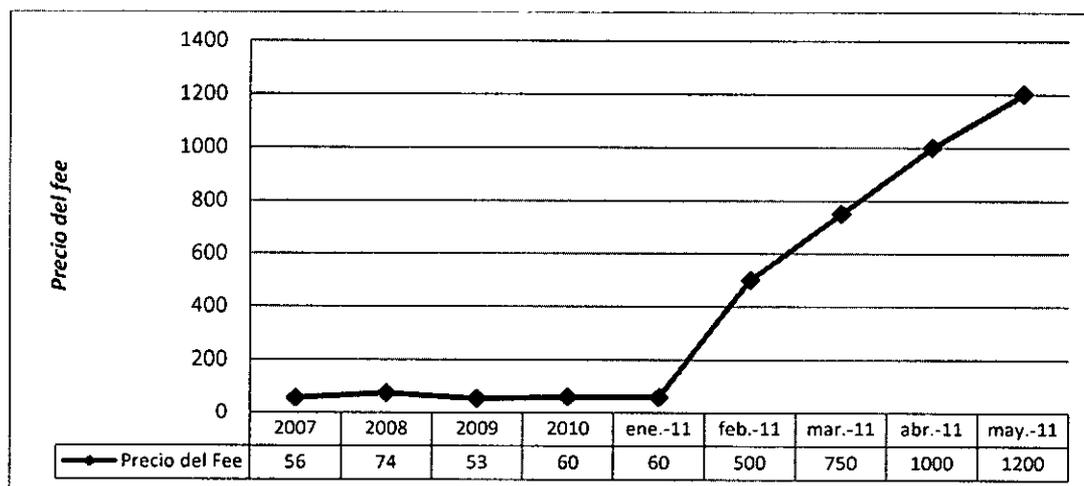
**Fuente:** Elaboración SIC con base en el Orosí No. 3 contenido en el folio 97 del Cuaderno Público No. 1.

- A partir del 1 de febrero de 2012, el incremento se da anualmente de acuerdo al valor del IPC del año anterior, que en caso de ser negativo no afectaría la tarifa ya fijada.
- De igual forma, se mantuvo la posibilidad para que **CHEVRON** discriminara en la factura de provisión de combustible el valor del fee de acceso a pista del valor del combustible.
- Se establecieron unas cláusulas de indemnización recíprocas por los eventuales perjuicios que puedan ocasionarse por acción u omisión de las partes durante la ejecución del contrato.
- Se fijaron unas condiciones de auditoría que obligan a mantener contabilidad, registros, recibos, comprobantes, correspondencia, comunicaciones y demás documentos de soporte relacionados con la ejecución del contrato.

**13.7. El impacto de la fijación del nuevo fee de acceso a pista**

Los efectos del incremento de la tarifa de acceso a plataforma sobre los ingresos del concesionario se vieron afectados con el pago de una tarifa del uno por ciento (1%) sobre las ventas (alrededor de \$60 pesos por galón<sup>95</sup>) a \$1.200 pesos por galón, a partir del 1 de mayo de 2011.

**Gráfico No. 2 – Incremento del fee de acceso a pista de 2007 a 2012**



**Fuente:** Elaboración SIC con base en información del Orosí No. 3 y folio 5664 del Cuaderno Público No. 24.

Teniendo en cuenta lo anterior, y los valores establecidos por el perito designado para tales efectos<sup>96</sup>, **CASYP** incrementó sus ingresos por este rubro de \$252.877.000 pesos en 2010 a

<sup>95</sup> El precio varió permanentemente por la variación del precio del combustible que **CHEVRON** vendió para la época de esta tarifa del 1%.

<sup>96</sup> Folio 5664 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO **76724** DE 2014 Hoja No. 54

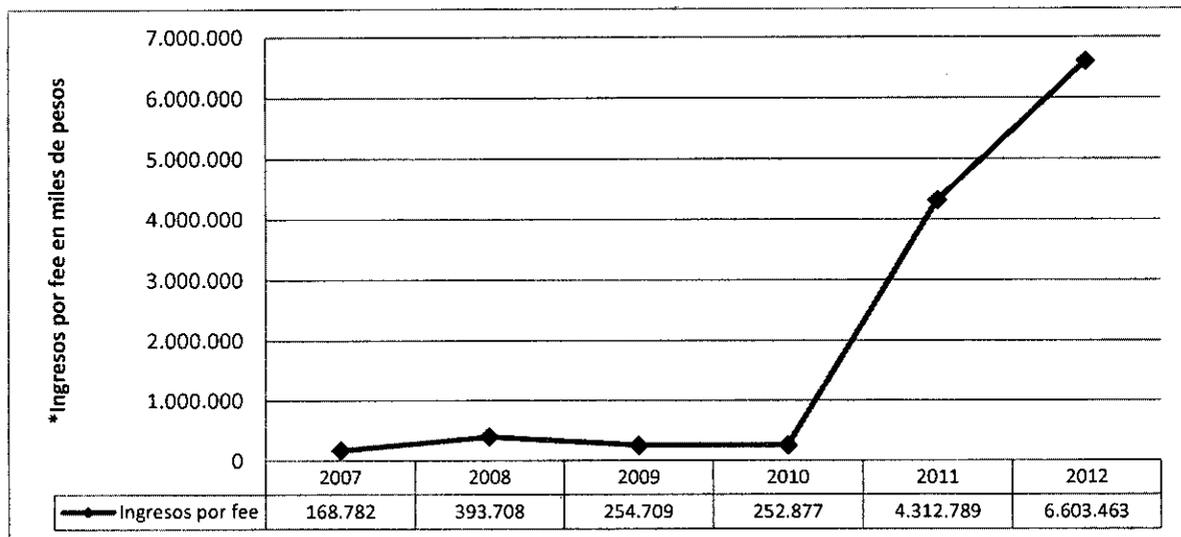
"Por la cual se impone una sanción"

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

\$4.312'789.000 pesos en 2011 y \$6.603.463.000 pesos en 2012, lo cual representa respecto al año 2010, en términos porcentuales, un incremento del 1,705% (poco más de 17 veces mayor) para el 2011 y 2.611% (poco más de 26 veces mayor) para 2012.

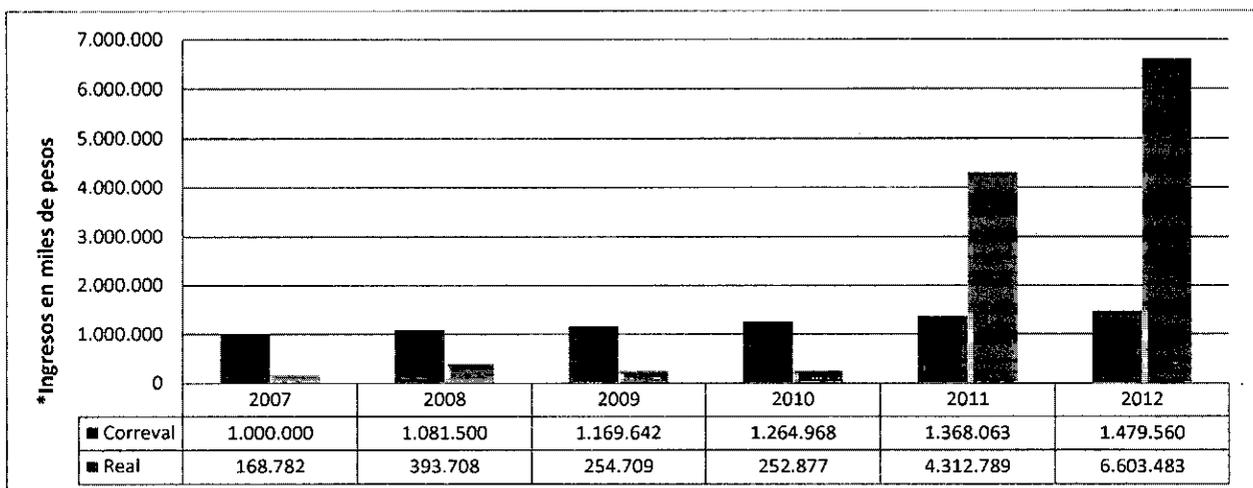
**Gráfico No. 3 – Incremento de los ingreso por fee de acceso a pista del 2007 al 2012**



**Fuente:** Elaboración SIC con base en folio 5664 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

Por su parte, poniendo en perspectiva los ingresos obtenidos por **CASYP** por concepto del fee de acceso a pista, frente a las proyecciones que este consorcio tenía inicialmente al presentar su propuesta<sup>97</sup>, se puede evidenciar que el ingreso que **CASYP** esperaba percibir por concepto de fee de acceso a pista era significativamente menor al que está percibiendo en la actualidad.

**Gráfico No. 4 – Ingresos reales y proyectados (por CORREVAL) del ingreso por fee de acceso a pista entre 2007 a 2012**



**Fuente:** Elaboración SIC con base en folio 5664 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

<sup>97</sup> Proyecciones financieras contratadas por **CASYP** a **CORREVAL**

RESOLUCIÓN NÚMERO **76724** DE 2014 Hoja No. 55

“Por la cual se impone una sanción”

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Así las cosas, es evidente que los ingresos de **CASYP** por concepto de *fee* de acceso a pista se han visto incrementados de forma significativa desde que aumentó la tarifa en 2011, y que desde ese año el monto de dinero recibido por **CASYP** por ese concepto es sustancialmente mayor al que había proyectado recibir como concesionario.

Vale la pena mencionar, que si bien el *fee* de acceso a pista proyectado por **CORREVAL** es similar al establecido efectivamente (es decir, \$1.200 pesos), ese monto había sido proyectado asumiendo una venta de galones de combustible que resultaron sustancialmente mayores en la realidad, por lo que el *fee* de acceso a pista proyectado, traído a volúmenes de combustible realmente vendido, debería ser inferior para alcanzar las proyecciones financieras realizadas por **CORREVAL**.

Consecuentemente, **CASYP** obtuvo desde 2007 a 2012 unos ingresos por concepto del *fee* de \$11.986.328.000 pesos, cuando sus proyecciones le fijaban un ingreso de \$7.363.733.000 pesos. Lo anterior significa, que el concesionario recibió un 62,78% más de ingresos que los esperados, lo que representa \$4.622'595.000 adicionales en los seis (6) años estudiados.

Para ilustrar lo anterior, este Despacho calculó el *fee* de acceso a pista que sería necesario para obtener los ingresos esperados por **CASYP** en su proyección financiera, teniendo en cuenta los galones realmente vendidos (división del monto total esperado sobre el número total de galones vendidos por año).

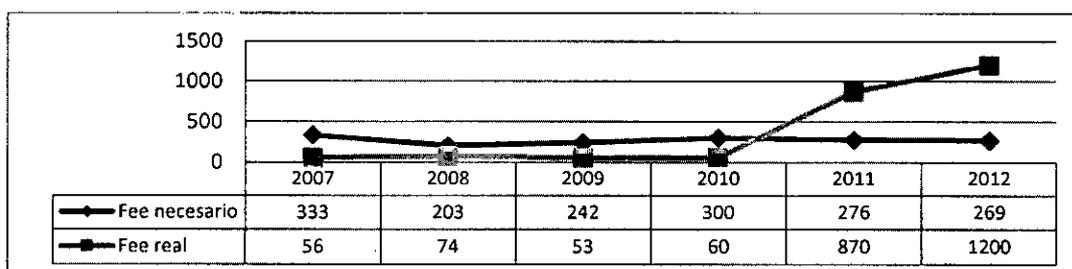
**Tabla No. 4** – Valor de *fee* necesario para obtener ingresos proyectados y diferencia con el real

	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Ingreso Proyectado (en miles)	1.000.000	1.081.500	1.169.642	1.264.968	1.368.063	1.479.560
Galones vendidos	3.004.312	5.320.385	4.831.850	4.219.010	4.955.755	5.502.886
<i>Fee</i> necesario	333	203	242	300	276	269
<i>Fee</i> establecido	56	74	53	60	870	1200
Diferencia	-277	-129	-189	-240	594	931

Fuente: Elaboración SIC con base en folio 5664 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

Por lo anterior, el promedio del *fee* necesario para satisfacer la proyección de ingresos por este concepto era de \$270 pesos por galón durante los seis (6) años revisados, que frente al *fee* establecido en 2011 y 2012 representa un incremento aproximado de \$600 y \$930 pesos por galón, respectivamente.

**Gráfico No. 5** – Relación de *fee* necesario para obtener ingresos proyectados y diferencia con el real



Fuente: Elaboración SIC con base en folio 5664 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO **76724** DE 2014 Hoja No. 56

"Por la cual se impone una sanción"

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Como se puede ver en la tabla expuesta y la respectiva gráfica comparativa, no es de recibo para esta Superintendencia sustentar que el *fee* proyectado guarda relación con el *fee* establecido, tal y como señala **CASYP** cuando dice en sus comentarios al Informe Motivado que: "[d]urante los tres primeros años **CASYP** mantuvo una tarifa muy similar a la que cobraba la Aeronáutica Civil (1% de las ventas mensuales de combustible), pero en el año 2010 vio la necesidad de incrementarla, tal como lo previó en su modelo financiero". Nótese que para la proyección financiera no es relevante el valor mismo del *fee*, sino los ingresos que éste puede generar para cubrir las inversiones prometidas en la concesión y la utilidad esperada por el concesionario, es decir, los ingresos que genera. En este evento, como se demostró anteriormente el ingreso percibido fue sustancialmente mayor al proyectado.

Ahora bien, este Despacho proyectó los ingresos que podría obtener **CASYP** hasta la terminación de la concesión en el año 2027, con base en 3 escenarios que varían en el volumen de galones vendidos con una inflación de 2%, 3% y 4% anual: (i) en el primer escenario, se tuvo en cuenta un incremento de galones vendidos del 11% anual entre 2015 y 2027, considerando la tendencia en el incremento de galones vendidos entre 2007 y 2014; (ii) un segundo escenario, con un incremento del número de galones entre 2015 y 2027 del 3% anual considerando la cifra considerada por **CORREVAL** en su proyección; y (iii) un último escenario, con el mismo número de galones vendidos en 2014, para todos los años entre 2015 y 2027.

**Tabla No. 5 – Proyección de ingresos por *fee***

Escenario	Inflación del 2%	Inflación del 3%	Inflación del 4%
1 - con incremento en el número de galones del 11% desde 2014.	\$242.925'145.575	\$262.254'516.354	\$283.382'175.696
2 - con incremento en el número de galones del 3% desde 2014.	\$143.333'207.559	\$152.598'399.008	\$162.666'273.768
3 - sin variación en el número de galones vendidos desde 2014	\$119.936'733.194	\$126.958'433.381	\$134.568'445.189

Fuente: Elaboración SIC.

Con lo anterior, este Despacho determinó la relación de cada una de estas cifras con el total proyectado por **CORREVAL** que se esperaba como ingreso por concepto del *fee* de acceso a pista y su porcentaje de participación dentro de los ingresos operacionales.

**Tabla No. 6 – Porcentajes de los ingresos de los escenarios respecto al proyectado por **CORREVAL****

	% de los ingresos proyectados por <i>fee</i>	% del <i>fee</i> frente a los ingresos operacionales proyectados
Proyectado	\$51.321'608.392 (100%)	\$745.731'032.656 (6.88%)
1 al 2%	473.34%	32.58%
1 al 3%	511.00%	35.17%
1 al 4%	552.17%	38.00%
2 al 2%	279.28%	19.22%
2 al 3%	297.34%	20.46%
2 al 4%	316.95%	21.81%
3 al 2%	233.70%	16.08%
3 al 3%	247.38%	17.02%
3 al 4%	262.21%	18.05%

Fuente: Elaboración SIC.

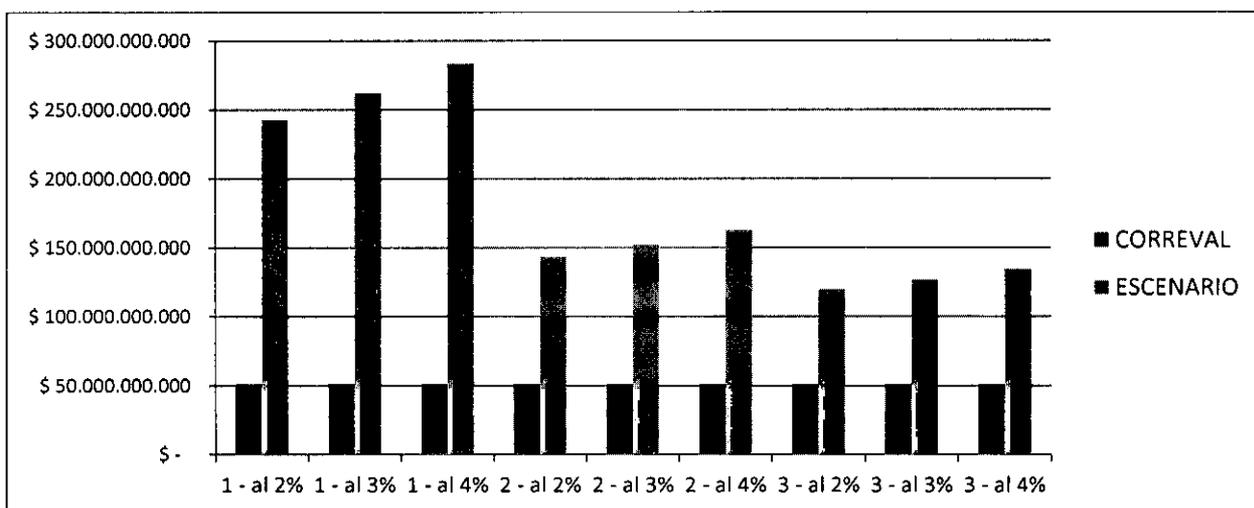
RESOLUCIÓN NÚMERO **76724** DE 2014 Hoja No. 57

“Por la cual se impone una sanción”

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

**Gráfico No. 6 – Relación de ingresos por fee en escenarios vs. Proyectado por CORREVAL**

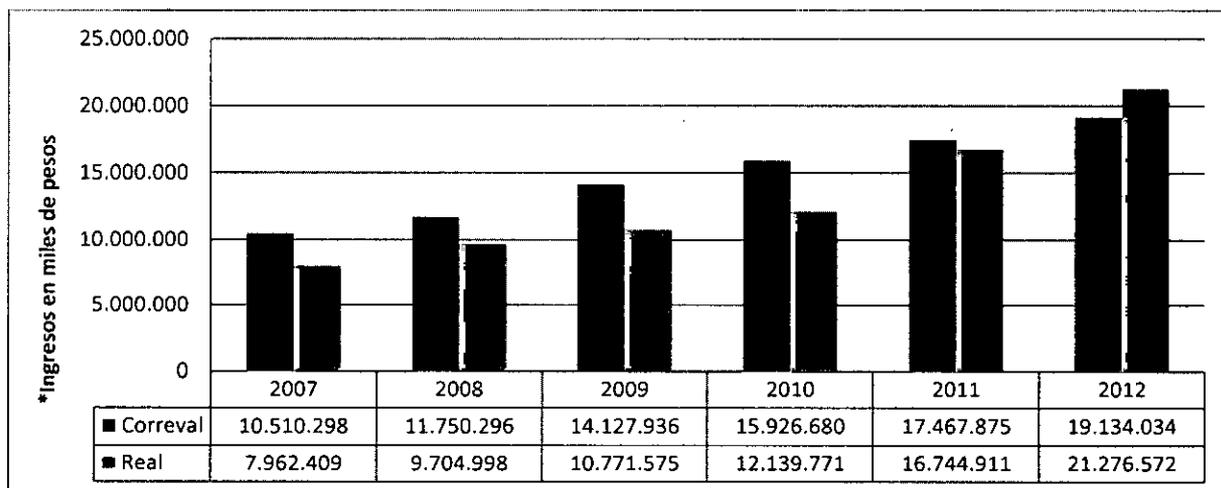


Fuente: Elaboración SIC.

Lo anterior deja ver que en el escenario más favorable para **CASYP**, es decir, el de un incremento del número de galones vendidos en 11% anual y una inflación del 4%, el concesionario recibiría más de 5.5 veces los ingresos que había proyectado por concepto del fee. En contraposición, en el escenario menos ventajoso para **CASYP**, esto es, el de estabilidad en el número de galones vendidos y una inflación del 2%, el concesionario recibiría más de dos punto tres (2.3) veces los ingresos que esperaba con su proyección.

Por otra parte, si bien los ingresos operacionales totales percibidos por **CASYP** por el cargo de fee de acceso a pista son mucho mayores que los proyectados inicialmente, es importante asociar estos a los ingresos operacionales totales que **CASYP** proyectó inicialmente y los que efectivamente recibió<sup>98</sup>.

**Gráfico No. 7 – Ingresos operacionales reales y proyectados del 2007 al 2012.**



Fuente: Elaboración SIC con base en folio 5665 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

<sup>98</sup> Folio 5663 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

De los anteriores valores, puede verse que los ingresos operacionales efectivamente recibidos fueron menores a los proyectados entre 2007 y 2011, relación que sólo se invierte en 2012. De la totalidad de los ingresos operacionales puede establecerse que para el periodo comprendido entre 2007 y 2012, el ingreso operacional total percibido por **CASYP** representa apenas el 88,4% del proyectado. Es decir, sus ingresos operacionales hasta 2012 han sido \$10.316.884.000 más bajos que los esperados, pese al incremento del *fee*. Si se proyectaran dichos ingresos al año 2027, que era la fecha en que debía terminar el contrato de concesión, manteniendo constantes los galones vendidos en 2012 y asumiendo una inflación del 3%, los ingresos operacionales hubiesen ascendido a \$830.971.480.652 pesos, un 11,43% más altos que los proyectados inicialmente por **CORREVAL**.

**Tabla No. 7** – Representación del ingreso por *fee* en los ingresos operacionales de 2007 a 2012

*cifras en miles de pesos	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Ingresos Operacionales	7.962.409	9.704.998	10.771.575	12.139.771	16.744.911	21.276.572
Ingresos por <i>fee</i>	168.782	393.708	254.709	252.877	4.312.789	6.603.463
Porcentaje de los ingresos por <i>fee</i> en ingresos operacionales	2%	4%	2%	2%	26%	31%

**Fuente:** Elaboración **SIC** con base en folio 5664 y 5665 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

Como se evidencia de la tabla expuesta, el valor correspondiente al ingreso por concepto del *fee* de acceso a pista fue cada vez más representativo en los ingresos operacionales de la concesión, pues pasó de representar el 2% en 2010 al 26% en 2011 y 31% en 2012, respectivamente. Prácticamente, un tercio de los ingresos operacionales están siendo asumidos con uno de los ingresos no regulados en el contrato.

Teniendo en cuenta lo expuesto, este Despacho concluye que:

- (i) el *fee* de acceso a pista entre 2010 y 2012, creció 20 veces (2.000%);
- (ii) los ingresos operacionales generados por el *fee* de acceso a pista se incrementaron 26 veces (2.611%);
- (iii) el *fee* necesario para obtener los ingresos proyectados fue \$600 y \$930 pesos menor a los fijados en 2011 y 2012, respectivamente;
- (iv) 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);
- (v) los ingresos operacionales recibidos representan sólo el 88,4% de los proyectados para toda la concesión hasta 2012, equivalente a haber recibido \$10.316'884.000 menos de lo esperado entre 2007 y 2012; y
- (vi) teniendo en cuenta la obligatoriedad de las inversiones prometidas en la concesión, y pese a que el menor nivel de obtención de ingresos operacionales no es concluyente, la conducta relacionada con el *fee* de acceso a pista no vislumbra haber otorgado ingresos o utilidades superavitarias a favor de **CASYP**, por lo menos hasta finales de 2012.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

### **13.8. Los riesgos del concesionario según el contrato de concesión**

Con fundamento en el principio de libertad contractual que rige en el ordenamiento jurídico colombiano es factible que los negociantes determinen de mutuo acuerdo o de manera unilateral<sup>99</sup> las condiciones en que habrá de desarrollarse un contrato.

En el marco de la teoría económica se tiene que el contrato es por excelencia un mecanismo eficiente de asignación de derechos de propiedad y riesgos, a través del cual se prevé la realización de los hechos generadores de responsabilidad, a la vez que se contemplan y valoran con antelación los riesgos asociados a la ejecución de las obligaciones contractuales, y se aprecian las contingencias exógenas a la relación contractual, esto es, las obligaciones extracontractuales<sup>100</sup>.

Dicho lo anterior, se advierte que en el numeral 52.1 del Contrato de Concesión se atribuyeron los riesgos de éste al concesionario de la siguiente manera:

*"El **Concesionario** asumirá en su totalidad los riesgos que se deriven del cumplimiento de las obligaciones derivadas del **Contrato de Concesión**, y será responsable frente a la **AEROCIVIL**, como una obligación de resultado, por la regularidad y el cumplimiento de las condiciones requeridas para la **Administración, Operación, Explotación Económica, Mantenimiento, Inversión y Modernización** de los **Aeropuertos Gustavo Rojas Pinilla y El Embrujo, de las islas de San Andrés y de Providencia**, asumiendo, por lo tanto, los costos, gastos y medios que se requieran a dicho efecto."*

Como puede apreciarse, la anterior disposición contractual es de aquellas denominadas por la doctrina como "*cláusula general de riesgos*", a cuya virtud se pacta de manera global: (i) cuál es la parte o persona en el contrato que asume los riesgos; y (ii) cuáles son los riesgos asumidos por dicha parte o persona. Nótese cómo se previó, además, que dichas obligaciones serían de resultado y los costos, gastos y medios en que se debía incurrir para su ejecución estarían a cargo del concesionario.

Así las cosas, cabe indicar que los riesgos asociados a la ejecución o inexecución de las obligaciones contractuales puede revestir una multiplicidad de tipos, encontrándose en ellos los *riesgos comerciales*.

Advierte el Despacho que existen dos *riesgos comerciales* en el Contrato de Concesión: demanda y cartera.

#### **(i) Riesgo de demanda**

Dicho riesgo se define como la contingencia en la fluctuación del número de operaciones realizadas o pasajeros efectivamente transportados, frente a aquellos que fueron estimados por el concesionario al momento de estructurar su propuesta económica.

A su turno, se indicó que los efectos favorables y/o desfavorables que el comportamiento de la demanda de servicios por parte de los usuarios tenga sobre los ingresos regulados y no

<sup>99</sup> Tal es el caso de los contratos por adhesión.

<sup>100</sup> Vid. Bernard Salanie. *The economics of contracts*, Cambridge, M.I.T. 2005, pág. 40.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

regulados cedidos al concesionario, correrían a cargo del concesionario, no habiendo lugar a remuneración adicional por concepto de cubrimientos, garantías, reconocimientos o compensaciones a cargo del concedente, asociadas a la variación de la demanda.

Por lo demás, el concesionario aceptó que la fluctuación de los niveles de tráfico aeroportuario histórico considerado y/o estimado es un riesgo inherente a la naturaleza del negocio concesionado; en razón de ello, no habrá lugar a la reducción de la contraprestación ofrecida por el concesionario a la **AEROCIVIL**, ni será causal eximente de responsabilidad contractual. Es claro que este riesgo se presenta cuando decrece la utilización de los servicios aeroportuarios por parte de pasajeros y carga, lo cual puede deberse al incremento en las tarifas aéreas, un ciclo económico en estado de contracción, modificación de los hábitos de consumo o nuevas tecnologías que permitan suplir la utilización de los tradicionales servicios aeroportuarios<sup>101</sup>.

Como puede advertirse, este riesgo se encuentra asociado con una reducción sensible en los ingresos del concesionario, en comparación con las proyecciones financieras hechas al momento de la presentación de su oferta económica.

#### **(ii) Riesgo de cartera**

En el Contrato de Concesión objeto de examen se determinó como *riesgo de cartera* la contingencia en el pago oportuno o inoportuno, total o parcial, por parte de los usuarios aeroportuarios de los ingresos regulados y no regulados cedidos al concesionario. A semejanza de lo ocurrido con el *riesgo de demanda*, la concedente se exoneró de responsabilidad por los efectos derivados de la inejecución de las obligaciones contractuales por parte de los usuarios de los servicios aeroportuarios<sup>102</sup>.

Resulta importante ver cómo el concesionario declaró haber examinado con cuidado las características de dichos terminales aéreos y convino en que la remuneración recibida derivada del contrato de concesión es adecuada y suficiente a la luz de los riesgos asumidos de manera voluntaria.

Por lo demás, el contrato establece la posibilidad de suspender los servicios de la concesión a los usuarios (aerolíneas) que se encuentren en mora por la prestación de los mismos, todo como mecanismos de mitigación del riesgo financiero.

Esta contingencia resulta ser la extensión del riesgo comercial derivado de la prestación misma de los servicios aeroportuarios. En efecto, al momento de prestarse un servicio u ofrecerse un bien, el concesionario está en la posibilidad de no ser retribuido por ello. En razón a esto, deberá adoptar los mecanismos de garantía que le permitan afrontar la contingencia en diversas sendas de tiempo (corto, mediano o largo plazo) para no ver imposibilitado el normal funcionamiento de las operaciones y, con ello, el cumplimiento del contrato.

<sup>101</sup> Mayores detalles sobre la naturaleza y asignación de riesgos en procesos estatales de selección contractual en: Documentos CONPES No. 3107 y 3133 de 2001.

<sup>102</sup> Vale mencionar que el incumplimiento de las obligaciones contractuales puede ser: (i) puro y simple, (ii) parcial o (iii) defectuoso.

“Por la cual se impone una sanción”

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Los literales anteriores muestran que el concesionario **CASYP** es quien debe asumir los riesgos comerciales o de mercado que conllevan a ingresos más bajos de los proyectados inicialmente por el concesionario, incluyendo los derivados de la deficiente explotación de otros cargos con los que se pretendía que el concesionario fuera remunerado.

**13.9. Aspectos relevantes sobre el servicio de abastecimiento de combustible en San Andrés y el cargo de acceso a pista**

El pago del cargo de acceso a pista (*fee* de acceso a pista) constituye un cargo no regulado que puede cobrar el concesionario a los proveedores de combustibles que quieran acceder a la plataforma para suministrar combustible a las aeronaves que lo demanden en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés. El *fee* de acceso a pista no está remunerando ningún servicio prestado por el concesionario, ya que lo único que se cobra por él es el derecho de acceder a una pista. Lo que sí constituye un servicio, es el abastecimiento de combustible por parte de **CHEVRON**.

Por otra parte, las aeronaves que aterrizan en San Andrés deben adquirir el combustible que necesitan para su operación aeronáutica del único proveedor de combustible autorizado para acceder a la plataforma (i.e. **CHEVRON**). En caso de no estar de acuerdo con los precios establecidos por **CHEVRON** en San Andrés, las aerolíneas puede evitar tener que repostar allá llevando combustible adicional al necesario para llegar a la Isla, pudiendo así emplear ese excedente de combustible para completar el trayecto de vuelta –fenómeno conocido como sobrepostado o *tankering*-. Si bien lo anterior se vislumbra como una opción que tienen las **AEROLÍNEAS** para no aceptar y pagar el incremento del *fee* de acceso a pista como parte de la estructura de costos que edifica la fijación del precio final del combustible que adquieren, la misma presenta una serie de desafíos que desincentivan dicha práctica, a saber: (i) seguridad del aterrizaje; (ii) rentabilidad de la operación; y (iii) el mantenimiento de las aeronaves.

Se debe tener en cuenta que existen limitaciones aeronáuticas respecto de las condiciones de despegue y aterrizaje de las aeronaves en virtud de su peso bruto. Así, existe un peso máximo de aterrizaje para cada tipo de avión -o “*maximum landing weight*”- para evitar, entre otras cosas, un aterrizaje forzoso -o “*hard landing*”-<sup>103</sup> que afecte la seguridad del vuelo, la estructura del avión y la respectiva rentabilidad de la operación en términos de los costos en que se incurre para el mantenimiento de la aeronave. Adicionalmente, llevar combustible en exceso implica que el avión vaya más pesado y por ende consume más combustible<sup>104</sup>.

Para evitar los riesgos generados por un eventual aterrizaje forzoso ocasionado al exceder el peso bruto máximo de aterrizaje, las aerolíneas deben disponer de otros elementos distintos al combustible para compensar el peso adicional que cargarían en caso de hacer *tankering*. En principio, una posible alternativa sería disminuir la cantidad de pasajeros que transportan por cada trayecto (sobrepostado). Sin embargo, teniendo en cuenta la ubicación geográfica de San Andrés, hacer sobrepostado en una ruta Bogotá - San Andrés implicaría tener que cargar un exceso de combustible de cerca de 1.300 galones, que en los términos

<sup>103</sup> Cfr. Testimonio de **JUAN CARLOS RODRIGUEZ**, Jefe de Ingeniería de Operaciones y Aseguramiento de Calidad de **LAN**, Folio 4132 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente.

<sup>104</sup> Cfr. Testimonio de **VLADIMIR AUGUSTO CASTRO MENDOZA**, Director del **SOOC** (Departamento de Control de Vuelo) de **COPA**, Folio 4150 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

expuestos por **AVIANCA**, implicaría dejar de transportar cerca de 30.000 pasajeros al mes para compensar el peso del combustible adicional<sup>105</sup>.

Por los motivos expuestos, la posibilidad de hacer *tankering* en rutas a San Andrés está limitada a las condiciones antes expuestas, motivo por el cual resulta prácticamente obligatorio para las aeronaves que aterricen en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés el repostaje en dicho terminal. Esta situación obliga a las aerolíneas a comprar el combustible que requieren a **CHEVRON**, quien lo vende en las condiciones que incorporan el *fee* de acceso a pista fijado por **CASYP** en su factura.

Así las cosas, la necesidad que tienen las aeronaves que llegan a San Andrés de repostar en el Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés convierte al *fee* de acceso a pista en un elemento esencial para la operación de transporte aéreo. Por lo anterior, la demanda por combustible para aeronaves en dicho aeropuerto es prácticamente inelástica.

Vistas las características del *fee* de acceso a pista, resulta incomprensible para esta Superintendencia que la fijación de dicho cargo constituya un ingreso no regulado por parte del concesionario o por las entidades regulatorias de la materia, pues la posibilidad de acudir indefinidamente a esta renta asociada a la prestación del servicio público de transporte para incrementar las utilidades o cubrir toda buena parte de los ingresos que obtiene la concesión, puede llevar a dos posibles consecuencias: (i) que se elimine cualquier riesgo comercial o de mercado para los concesionarios, en cuanto pueden recurrir a una fuente que está atada a la prestación misma del servicio de transporte aéreo y como consecuencia su demanda es poco elástica; y (ii) que por medio de la explotación excesiva de la inelasticidad de la demanda se llegue al límite que afecte la prestación del servicio público de transporte aéreo.

No es razonable que un cargo que tiene todas las características para ser regulado (quien lo cobra es un monopolista –el concesionario- y su fijación afecta directamente la prestación de un servicio público esencial como el transporte aéreo) no esté regulado por la autoridad aeronáutica o por cualquier otra que sea competente para el efecto. Es por ello que esta Entidad exhorta a las autoridades a fin de que estructuren concesiones de esta naturaleza en el futuro estableciendo fórmulas que además de permitir la remuneración adecuada del concesionario y las inversiones en la infraestructura que se requieren para la prestación del servicio, contemplen mecanismos que impidan la extracción ilimitada de rentas en diversos eslabones de la cadena.

### **13.10. Análisis de las conductas imputadas en la Resolución de Apertura de Investigación**

Procede este Despacho a exponer su análisis sobre las tres (3) conductas imputadas a los investigados, a saber:

(i) acuerdo para la fijación de precios;

<sup>105</sup> Cfr. Testimonio de **SUSANA MANTILLA**, Directora de Asuntos Aeronáuticos de **AVIANCA**, Folios 4192 y 4193 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

(ii) acuerdo para 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 implementación de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o fijar precios inequitativos.

### **13.10.1. Presunto acuerdo vertical de fijación de precios**

#### **13.10.1.1. Consideraciones preliminares sobre los acuerdos verticales anticompetitivos**

Sea lo primero señalar que para este Despacho no existe duda de que el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, conforme al cual están prohibidos los acuerdos *"que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios"*, reprocha tanto los acuerdos horizontales como los acuerdos verticales de fijación de precios.

En efecto, la norma antes citada en ningún momento distingue entre los acuerdos horizontales y verticales para su aplicación, ni tampoco excluye estos últimos de la órbita de la prohibición. De hecho, el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define acuerdo como: *"[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas"*, lo cual incluye los acuerdos celebrados entre empresas que tengan relaciones tanto horizontales como verticales. Si la Ley no ha excluido un acuerdo de su órbita o no ha hecho distinciones entre los acuerdos verticales u horizontales para efectos de su aplicación, mal haría el intérprete en realizar dicha distinción.

Por otra parte, el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 establece que los propósitos de las actuaciones administrativas que tramita la **SIC** en materia de protección de la competencia son: *"la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica"*, los cuales pueden verse afectados tanto por la celebración de acuerdos horizontales como verticales en un mercado.

En efecto, los acuerdos verticales pueden afectar la competencia a través de diversos mecanismos, como por ejemplo: marginalizando competidores a través de conductas que les impidan acceder a insumos para la producción; incrementando las barreras de entrada a un mercado; facilitando el comportamiento cooperativo entre competidores en el nivel horizontal; o simplemente imponiendo restricciones para que compañías en eslabones aguas abajo limiten su nivel de competencia, sea porque no pueden bajar el precio de un producto que ha sido vendido por quien impone la limitación o porque les está prohibido incursionar en zonas geográficas en las que participa un competidor. De esta forma, mal haría la Superintendencia en excluir los acuerdos verticales del alcance de la ley de competencia cuando los mismos pueden causar daño a los consumidores, el mercado y la eficiencia económica al igual que lo hacen los acuerdos horizontales.

Así, tanto el texto del artículo que prohíbe los acuerdos de precios como la teleología de su aplicación y, en general, de todas las normas de competencia, no dejan duda de que los acuerdos verticales que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios están prohibidos en Colombia.

“Por la cual se impone una sanción”

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Ahora bien, ¿qué análisis aplica esta Superintendencia para determinar si un acuerdo vertical que involucre la fijación de un precio es ilegal o no, y, por consiguiente, si puede ser calificado como un acuerdo que tiene *por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios*?

Tradicionalmente, la **SIC** ha considerado que los acuerdos verticales –como por ejemplo la imposición unilateral de precios mínimos de reventa- son por sí mismos ilegales, al tener por objeto la restricción de la competencia en un mercado relevante.<sup>106</sup> Esta posición debe ser revisada considerando los reales efectos económicos que pueden producir los acuerdos verticales sobre la competencia.

Para esta Superintendencia, si bien los acuerdos verticales usualmente tienen efectos anticompetitivos (como los que se ilustraron anteriormente), también pueden tener excepcionalmente efectos pro-competitivos, y por consiguiente no ser ilegales. Es por esto que no todo acuerdo vertical que involucra la fijación de un precio aguas abajo (o cualquier otra restricción) es por sí mismo ilegal. Para ello, la Superintendencia tendrá que concluir, después de realizar una investigación y de que los investigados hayan presentado las razones económicas de su conducta, que el acuerdo vertical no genera eficiencias que sean suficientes para contrarrestar las restricciones a la competencia generadas por la misma.

Por el contrario, si después de que la **SIC** demuestra la existencia de una restricción derivada de un acuerdo vertical (como por ejemplo el establecimiento de precios mínimos de reventa a distribuidores) los investigados prueban que la misma se justifica en serias razones de eficiencia que son suficientes para contrarrestar la restricción, la Superintendencia no podría considerar que la conducta es ilegal y sancionable, razón por la cual no podría afirmar que se encuadra en la prohibición del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En este sentido, una vez la **SIC** ha probado que existe un acuerdo vertical en el que se fijan precios o en el que se reparten mercados (o cualquier otro que limite la competencia), serán los investigados quienes tendrán la carga de probar que a pesar de que el acuerdo tiende a producir restricciones a la competencia, está justificado en razones de eficiencia que eliminan su naturaleza anticompetitiva.

Los motivos para que esta Superintendencia y otras autoridades de competencia consideren que el efecto de un acuerdo vertical que involucre la fijación de un precio debe ser analizado antes de afirmar que el mismo es anticompetitivo, son variados. Así, por ejemplo, los acuerdos verticales –en determinados casos- pueden estimular la competencia *inter marca*, es decir, aquella que tiene lugar entre fabricantes que venden un mismo producto, cada uno con su propia marca.<sup>107</sup>

Esto ocurre cuando un fabricante restringe **unilateralmente** la forma en que compiten sus distribuidores, por ejemplo, imponiéndoles precios mínimos de reventa en el producto o prohibiéndoles incursionar en zonas geográficas en las que hay otros distribuidores del fabricante. La restricción impuesta evidentemente reduce la competencia entre los distribuidores de una misma marca (competencia *intra marca*). Sin embargo, la restricción

<sup>106</sup> Ver, por ejemplo: Concepto 99025015 del 15 de junio de 1999; Concepto 99050593 del 27 de septiembre de 1999, Concepto 01082559 del 23 de octubre de 2001, Resolución No. 21821 de 2004, entre otros.

<sup>107</sup> Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, *Leegin Creative Leather Prods. Inc. v. PSKS Inc.*, 551 U.S. 877 (2007)

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

podría, **excepcionalmente**, incrementar la competencia de esa marca y otras de diferentes fabricantes que se encuentran en el mercado (competencia *inter marca*). Esto porque cada distribuidor, al tener un mínimo de recursos para consolidar la marca, realizaría inversiones y prestaría mejores servicios a los consumidores.

Visto lo anterior, se concluye que el carácter anticompetitivo o pro-competitivo de un acuerdo vertical depende de las circunstancias en que hayan sido formados, de sus efectos, y de si los investigados logran demostrar que existen razones de eficiencia suficientes para celebrarlos y para compensar el potencial efecto restrictivo en el mercado.

### **13.10.1.2. Sobre el acuerdo vertical imputado a las investigadas en el presente caso**

Uno de los argumentos presentados por las investigadas para afirmar que no celebraron un acuerdo de los prohibidos por el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se fundamenta en que el *fee* de acceso a pista no es un precio.

Este Despacho rechaza los comentarios de los investigados respecto a la imposibilidad de considerar el *fee* de acceso a pista como un precio, debido a que las palabras contenidas en la ley se deben interpretar de acuerdo con su significado natural y obvio<sup>108</sup>. En este orden de ideas, se observa que según la Real Academia de la Lengua Española la palabra precio significa, en derecho, la "*contraprestación dineraria*"<sup>109</sup> de algo. Es decir, que independientemente del nombre que se establezca para este rubro, el *fee* de acceso a pista representa la contraprestación dineraria que **CHEVRON** debe pagar a **CASYP** por el derecho de acceder a la plataforma para suministrar su combustible.

El hecho de que el *fee* de acceso a pista técnicamente no retribuya la prestación de un servicio (ya que el servicio es el abastecimiento de combustible y no el acceso a una pista), no borra el que dicho cargo sí constituya la retribución de algo, en este caso el derecho a acceder a una plataforma.

Por otra parte, no puede dejarse de lado lo manifestado por **CHEVRON** y **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) en su escrito del 4 de noviembre de 2011 en el que indicaron:

*"La SIC debe tener en cuenta que el "Cargo de Acceso a Pista" **es el precio** del Contrato de Acceso a Pista firmado entre **CHEVRON** y **CASYP**, y en esa medida, por supuesto que se encuentra reflejado en el contrato entre dichas empresas, puesto que es un elemento esencial de dicho negocio jurídico"*<sup>110</sup>. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Así es claro, tanto para la Autoridad de Competencia como para los investigados que el *fee* de acceso a pista es un precio desde todo punto de vista, incluyendo las prohibiciones establecidas en las normas de competencia.

<sup>108</sup> Artículo 28 de la Ley 57 de 1887: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal".

<sup>109</sup> Definición de "precio", <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=vnNeWhsXYDXX2ZWVYRug>.

<sup>110</sup> Folio 3454 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Finalmente, afirmar que los cargos que cobra un concesionario no son precios implicaría sostener, en la práctica, que las conductas que éstos asuman frente a dichos cargos estarían fuera de la órbita del derecho de la competencia, cosa que no solo contradice el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 que delimita el ámbito de aplicación del régimen, sino también el propio contrato de concesión que limita la fijación de los cargos no regulados al cumplimiento de las normas de libre competencia<sup>111</sup>. Por estas razones, este Despacho concluye, sin duda alguna, que el *fee* de acceso a pista es un precio.

Otro de los argumentos de los investigados para negar un acuerdo en este caso, y en general para afirmar que no incurrieron en conductas anticompetitivas, consiste en afirmar que las aerolíneas no son consumidores desde el punto de vista del derecho de la competencia. Para ello, manifiestan que el Estatuto de Protección al Consumidor define consumidor, en su artículo 2, como: “[t]oda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.”

Para este Despacho el argumento descrito es alta y abiertamente errado por varias razones:

En primer lugar, porque la definición de consumidor que trae el Estatuto de Protección al Consumidor es aplicable exclusivamente a dicho régimen, tal y como lo aclara el propio artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, donde se encuentra la definición, el cual señala:

**“Artículo 5. Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por:**

(...)

**3. Consumidor o usuario.** *Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.*

(...)”. (Negrilla fuera del texto).

Así, es claro que desde el punto de vista normativo la definición de consumidor o usuario de la Ley 1480 de 2011 es aplicable a asuntos propios del régimen de protección al consumidor y no a todos los regímenes jurídicos.

En segundo lugar, la teleología de la definición establecida en la Ley 1480 de 2011 sobre consumidor no es extrapolable al régimen de protección de la competencia, por lo cual mal haría este Despacho teniéndola en cuenta en un régimen para el cual no fue diseñada. La razón por la cual la ley de consumidor entiende que sólo tiene la calidad de tal quien

<sup>111</sup> Ver CD contenido en Folio 18 del cuaderno Público No. 1, Anexo 1 Apéndice E al Contrato de Concesión numeral 1.7: “En caso de no establecerse contraprestación específica para algunos de los Servicios Asociados a los Ingresos No Regulado, se entenderá que el **Concesionario** podrá fijarla de acuerdo a las normas de libre mercado.

En 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 a la libre 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 reemplacen.”

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

adquiere un producto como destinatario final -y para satisfacer una necesidad propia y privada-, es que dicho régimen está diseñado para aplicarse exclusivamente a quienes tienen una relación de inferioridad frente a los fabricantes y proveedores, caracterizada por la información asimétrica.

Es esto lo que hace a los consumidores de la Ley 1480 de 2011 beneficiarios de normas altamente proteccionistas frente a aquellas que se aplican a los proveedores que compran insumos para transformarlos y venderlos, quienes tendrán que acudir a las acciones jurídicas tradicionales para reclamar los defectos de los bienes que adquieren. Por el contrario, el espíritu de las normas de competencia no es proteger a la parte débil en una transacción comercial que, debido a las asimetrías de información con que se acerca al negocio, requiere de mayores protecciones frente al mismo.

El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener.

Por lo demás, la interpretación propuesta por los investigados llevaría al absurdo de que carteles entre fabricantes de un producto que es vendido únicamente a distribuidores, no podrían ser sancionados porque los compradores no son consumidores finales, lo cual desafiaría, por decir lo menos, toda la lógica del régimen de protección de la libre competencia. La razón por la que cualquier comprador en la cadena se entiende como consumidor para el derecho de la competencia, parte de la base de que cualquier distorsión generada por conductas ilegales en un eslabón aguas arriba afecta toda la cadena y, por consiguiente, a aquellos que intervengan en la misma, aguas abajo. Tan es cierto esto que, como bien lo señalan los investigados, los economistas han diseñado herramientas cuantitativas para estimar el *pass through* y determinar los daños sufridos por compradores indirectos -ubicados en otros eslabones-, derivados de conductas anticompetitivas ocurridas aguas arriba, sin que esto implique que los compradores directos también hayan sufrido daños que no hayan llegado al consumidor final.

En conclusión, el término consumidor en el análisis de prácticas restrictivas de la competencia no es equivalente al establecido en el Estatuto del Consumidor, e incluye compradores que no adquieren para uso personal o privado sino para incorporar el producto o servicio en su cadena de producción.

Ahora bien, la Delegatura imputó a **CASYP** y **CHEVRON** la presunta celebración de un contrato o convenio, protocolizado a través del Otrosí No. 3 al contrato de acceso a plataforma, para definir la tarifa de acceso a pista que se genera por cada galón de combustible de aviación vendido en el aeropuerto de San Andrés, y su traslado a los consumidores del combustible. Sobre el particular, la Delegatura estableció que el efecto del acuerdo no es restrictivo sino explotativo de los excedentes del consumidor; entendiendo por "el consumidor", los clientes de **CHEVRON**, es decir, las aerolíneas.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Luego de surtida la etapa instructiva de la presente investigación, la Delegatura recomendó sancionar a **CASYP** y **CHEVRON** por este cargo, teniendo en cuenta que encontró que por medio de un acuerdo vertical pactaron trasladar de forma completa del *fee* de acceso a pista a las aerolíneas como contraprestación de la exclusividad que recibiría **CHEVRON** en el aeropuerto para suministrar combustible. Adicionalmente, la Delegatura estableció que la posición de dominio de la que gozan **CASYP** y **CHEVRON** les permitió imponer el valor del *fee* de acceso a pista que resultara más rentable para **CASYP**, teniendo en cuenta que las aerolíneas no podían sustituir su demanda de combustible.

Por su parte, las **AEROLÍNEAS**, como terceros interesados, coadyuvaron la posición de la Delegatura al afirmar que el acuerdo celebrado entre las investigadas buscaba: (i) para **CASYP**, obtener un mayor precio al ofrecido por otros distribuidores (abusivo y sin precedentes en la industria); (ii) para **CHEVRON**, mantener la exclusividad en el suministro de combustible en dichos aeropuertos. Estas afirmaciones las soportan en las comunicaciones intercambiadas entre **CASYP** y **CHEVRON** que dejan ver, a juicio de la Delegatura y los terceros interesados, la conciencia que tenían del impacto que el nuevo *fee* podía causar y la autorización de **CASYP** para que **CHEVRON** facturara en línea separada.

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.

**13.10.1.2.1. No existe evidencia de un acuerdo entre CHEVRON y CASYP para trasladar el fee de acceso a pista a las aerolíneas.**

En el presente caso existe evidencia de un acuerdo entre **CASYP** y **CHEVRON** en el que se fija el *fee* de acceso a pista que el último debe pagar al primero por cada galón de gasolina suministrado en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés. Dicho acuerdo, cuya ocurrencia no disputan las investigadas, no es ilegal bajo ningún punto de vista, mucho menos desde la perspectiva del derecho de la competencia.

En efecto, es connatural a un mercado que los agentes acuerden el precio al cual van a adquirir un producto, servicio, o derecho de uso, por lo que ni la jurisdicción colombiana ni cualquier otra en la que rija un sistema de libre mercado reprocha tal conducta. De hacerlo se acabaría en la práctica con el sistema económico escogido por el constituyente, en la medida en que toda transacción en el mercado constituiría un acuerdo de precios ilegal entre el comprador y el vendedor, ya que en todas ellas, por esencia, se fija un precio<sup>112</sup>.

Lo que sí está en disputa en el presente caso es si **CASYP** y **CHEVRON** acordaron trasladar el *fee* de acceso a pista que **CHEVRON** debía pagar a **CASYP** por acceder al aeropuerto a suministrar combustible. La Delegatura sostiene, en esencia, que dicho acuerdo está

<sup>112</sup> Resulta oportuno mencionar el más socorrido de los contratos en el tráfico jurídico actual: la compraventa. En este contrato, el precio es un requisito de su esencia (C.C. art. 1501) por cuya virtud, en su ausencia no nace al mundo del derecho o degenera en otro, por ejemplo, la donación (C.C. art. 1443). Más aún, el precio en la compraventa es un elemento tan relevante que el legislador lo reguló en su integridad en los artículos 1864 y 1865 del Código Civil, disposiciones aplicables a la materia mercantil (C.Co. art. 905 a 910), por remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio.

RESOLUCIÓN NÚMERO 76724 DE 2014 Hoja No. 69

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

probado en la medida en que la oferta que presentó **CHEVRON** a **CASYP**, en la cual se comprometía a pagar \$1.200 pesos por galón por el *fee* de acceso a pista, estaba condicionada a que se le permitiera a **CHEVRON** facturar de forma independiente el *fee* de acceso a pista y el combustible cuando le cobrara el combustible a las aerolíneas. Tal circunstancia probaría que las investigadas acordaron trasladar el *fee* de acceso a pista. Por otra parte, para la Delegatura **CASYP** y **CHEVRON** habrían diseñado un sistema para que quien en últimas asumiera el costo del *fee* de acceso fueran las aerolíneas.

Dicho sistema estaría basado en el incremento del *fee* que finalmente asumirían las aerolíneas. Tan es esto cierto, afirma la Delegatura, que el móvil para que finalmente **CHEVRON** accediera a incrementar el *fee* de acceso a pista es que **CASYP** asumiría el costo reputacional de incrementar el cargo. Esto se habría materializado en un correo en el que **CHEVRON** le manifestó a **CASYP** que accedería a los \$1.200 pesos, pero que **CASYP** le informaría a las aerolíneas sobre dicho incremento.

Las investigadas manifiestan que la oferta de **CHEVRON** no estaba condicionada a trasladar el *fee* de acceso, pero incluso si lo estuviera, tal condición nunca fue aceptada por **CASYP**. En efecto, señalan que si bien la propuesta dice que *"los dineros serán entregados a CASYP dentro de los 20 primeros días del mes siguiente a su recaudo"*, lo que finalmente se acordó en el otrosí fue que *"CASYP basada en la información suministrada por CHEVRON [sobre el número de galones vendidos] emitirá la factura, la cual será cancelada por CHEVRON dentro de los 20 días calendario siguientes a la fecha de recepción de la misma"*.<sup>113</sup>

Dicen que para **CASYP** era irrelevante de dónde salía el dinero para pagar el *fee* de acceso a pista, ya que su relación contractual era sólo con **CHEVRON**, y lo único relevante para aquella era el pago del *fee*, independientemente de quién asumía al final el costo. Manifiestan también que la decisión de trasladar el costo del *fee* de acceso a pista a las aerolíneas fue exclusiva de **CHEVRON**; tan es así, que en la oferta de **CHEVRON** a **CASYP** se manifiesta al inicio: *"Chevron Petroleum Company (CPC) basado en los lineamientos comerciales de la concesión propone asumir el incremento de acceso a rampa para suministro de combustibles de aviación a Mil Doscientos Pesos (...)"*.

También señalan que del hecho de que en el otrosí se autorice a **CHEVRON** a discriminar en sus facturas a las aerolíneas el costo del *fee* de acceso del costo del combustible, no prueba ningún acuerdo. De hecho, tal autorización estaba incluida en el contrato inicial de provisión de combustible entre **CHEVRON** y **CASYP** celebrado en 2007, lo cual prueba que no fue pactada para 2010 cuando ocurrió el incremento. Concluyen manifestando que en ninguna parte del Otrosí se establece que el costo de las aerolíneas será trasladado a las aerolíneas, por lo cual no es correcto concluir un acuerdo donde no existe.

De conformidad con lo anterior, la cuestión jurídica a determinar es si **CASYP** y **CHEVRON** celebraron un acuerdo que tuvo por objeto trasladar el *fee* de acceso a pista (que es un precio) a las aerolíneas, quienes finalmente terminaron asumiendo dicho costo de operación de **CHEVRON**.

Para este Despacho, es claro que en el presente caso no existe prueba de un acuerdo entre **CASYP** y **CHEVRON** para trasladar el *fee* de acceso a pista a las aerolíneas. En primer

<sup>113</sup> Folio 6542 del cuaderno Público No. 28 del Expediente.

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

lugar, ni en el otrosí firmado por **CASYP** y **CHEVRON** ni en ningún otro documento (correo electrónico, acta, otro contrato) consta tal acuerdo; lo único que consta es que las partes se pusieron de acuerdo en que **CHEVRON** pagaría \$1.200 pesos a **CASYP** por el *fee* de acceso a pista, y que el pago de ese monto debía hacerse 20 días después de la recepción de la factura expedida por esta última.

En segundo lugar, tampoco puede afirmarse que si bien no existe acuerdo por escrito, de las pruebas que obran en el expediente sí se infiere que el acuerdo fue celebrado. En efecto, la oferta de **CHEVRON** es clara en establecer que es ella quien asumirá el incremento del *fee*, lo cual descarta la existencia del acuerdo. El hecho de que **CHEVRON** finalmente hubiese trasladado el *fee* lo único que indica es que tomó una decisión empresarial unilateral de trasladar un costo de operación al consumidor, decisión, que es perfectamente legítima.

Más aún, el que el otrosí permitiera facturar separadamente el *fee* de acceso del precio del combustible no es indicio de que existió un acuerdo para trasladar el *fee*. Pero incluso si lo fuera, debe ser descartado en la medida en que dicha opción existe en el contrato entre **CASYP** y **CHEVRON** desde 2007, cuando el *fee* de acceso a pista era de \$60 pesos por galón. Nótese que las ofertas presentadas por **TERPEL**, que fue de \$900 pesos por galón, y **ENERGIZAR**, en ningún momento estuvieron condicionadas a que se le permitiera facturar en línea separada el *fee* y el combustible, lo que muestra que para **CASYP** era irrelevante que esa facturación ocurriera de esa forma.

Nótese que la posibilidad de mostrar en la factura el costo del *fee* de acceso a pista de forma separada del costo del combustible puede ser simplemente una preferencia legítima de **CHEVRON**. En efecto, permite que los clientes sepan exactamente cuánto están pagando por el derecho de acceso de **CHEVRON** y cuánto por el combustible. Así mismo, permite que los clientes sepan qué fue lo que incrementó en su factura, es decir, determinar la variable que a la postre aumentó el precio final total.

Por lo demás, no existe prueba de que el acuerdo estuviese supeditado a que **CASYP** asumiera un costo reputacional. Si bien **CHEVRON** envió un correo electrónico diciendo que accedería a asumir un incremento si **CASYP** era quien lo comunicaba a las aerolíneas, dicha condición nunca se materializó en el acuerdo. Es más, como lo señala el testimonio de **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**), fue **CHEVRON** quien en realidad informó a las aerolíneas del incremento, lo que indica que el mismo no estaba supeditado a que **CASYP** asumiera ese costo reputacional.

Adicionalmente, el Apéndice E del Anexo 1 del contrato de concesión señala en su artículo 17.5 que si bien el concesionario debe garantizar la prestación del servicio de abastecimiento de combustible de aeronaves, *“será ajeno a las relaciones comerciales entre los Explotadores de Aeronaves y las compañías que suministran combustible, y no se compromete a asegurar el efectivo suministro de combustible, por ejemplo, en casos de cesación de pagos por parte de las aerolíneas”*. En este orden de ideas, el traslado del *fee* de acceso a pista de **CHEVRON** a las aerolíneas era una cuestión que estaba por fuera de la órbita de **CASYP**, y que únicamente correspondía a **CHEVRON** decidir.

De otra parte, desde un punto de vista económico, para **CASYP** es indiferente de dónde proviene el pago del *fee* de acceso a pista: si de la reducción de márgenes en la operación de **CHEVRON**, o de las aerolíneas a quien vende el combustible. Como el pago de **CASYP** no incrementa o disminuye dependiendo de quién asume finalmente el costo, no existen

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

incentivos económicos para que dicha empresa celebre un acuerdo en el que tal costo se traslade al consumidor del combustible. No existía entonces un incentivo económico para que **CASYP** celebrara un acuerdo con **CHEVRON** en el que este se comprometiera a trasladar el *fee* de acceso.

Finalmente, no es claro para este Despacho, que **CHEVRON** tuviese incentivos para hacer un acuerdo cuyo objeto o efecto consistiera en trasladar el *fee de acceso a pista*. En efecto, si **CHEVRON** podía adoptar tal conducta unilateralmente, era absolutamente innecesario realizar un acuerdo con ese objeto. Un agente económico racional solo celebra acuerdos en aquellos casos en que no le es posible legal o económicamente viable adoptar una conducta de forma unilateral que tuviera el mismo efecto. De esta forma, si **CHEVRON** podría decidir trasladar el *fee* por su propia cuenta, ¿qué necesidad tenía de acordar esa conducta con **CASYP**?

Por las anteriores razones, este Despacho concluye que no existió un acuerdo entre **CHEVRON** y **CASYP** que tuviese por objeto trasladar el *fee* de acceso a pista a las aerolíneas. Al no haberse demostrado la celebración del acuerdo –y por consiguiente de la restricción de la competencia- los investigados no tenían ninguna carga de probar que su acuerdo producía eficiencias suficientes para anular el efecto anticompetitivo generado con el mismo. Es innecesario también abordar el alegado efecto del acuerdo, ya que, como se dijo, no ocurrió en el presente caso.

**13.10.1.2.2. El *fee* de acceso a pista es un costo de operación que por naturaleza es trasladable al consumidor**

Habiendo concluido que no existió acuerdo anticompetitivo entre **CASYP** y **CHEVRON**, este Despacho encuentra que el traslado del *fee* de acceso a pista por parte de **CHEVRON** a sus consumidores obedeció a una decisión unilateral de trasladar un costo de operación al consumidor. Esta conducta no es de ninguna forma reprochable, ya que en una economía de mercado el empresario traslada sus costos de operación a los consumidores; de no hacerlo, podría vender sus productos o servicios por debajo de costo, cosa que no sólo podría ser insostenible empresarialmente, sino también ilegal a la luz del numeral 1 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. En lo relativo al traslado de los costos en el sector aeronáutico, la doctrina ha explicado:

*“Los economistas han explorado una amplia variedad de razones que podrían explicar la gran variación en los costos de las aerolíneas. Algunas de las diferencias pueden explicarse por la naturaleza de las rutas de las aerolíneas. Las aerolíneas que vuelan mayores distancias medias o que realizan mayor número de vuelos en una red determinada tienden a tener menores costos. En estos casos, las empresas pueden difundir los costos fijos asociados a las terminales, las instalaciones de mantenimiento y los sistemas de reservas en un volumen de producción mayor”<sup>114</sup>.*

En efecto, la teoría económica tiene por sabido que frente a un mayor volumen de producción (economías de escala o alcance) y en presencia de una demanda inelástica (por insensibilidad al incremento del precio o mercado monopolizado), no es racional que la firma internalice parte o la totalidad de los costos, en la medida en que puede trasladarlos al

<sup>114</sup> Walter Nicholson. *Microeconomía intermedia*, Bogotá, McGraw-Hill, 2001, pág. 186.

RESOLUCIÓN NÚMERO 76724 DE 2014 Hoja No. 72

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

consumidor final, salvo restricción de carácter legal vía regulación de precios (*price cap* o *rate of return*).

Por lo demás, no puede olvidarse que la naturaleza del *fee* de acceso a pista es la del precio fijado por **CASYP** al proveedor de combustible, para garantizarle el derecho de acceso a la plataforma donde puede prestar el servicio de abastecimiento de combustible a aeronaves. Por este motivo, este tipo de rubros se constituye en un costo para **CHEVRON**, quien dentro de las condiciones habituales de los mercados debe internalizarlo en la definición del precio final que cobra por su producto.

Consecuentemente, el precio del producto que vende **CHEVRON** a las aeronaves no puede definirse exclusivamente por el valor del insumo que provee, pues para poder suministrar ese combustible **CHEVRON** debe pagar, entre otras cosas, prestaciones sociales de su personal, mantenimiento de sus equipos, y la tarifa fijada por **CASYP** como *fee* de acceso a pista. Por esto, todas estas erogaciones en las que incurre **CHEVRON** deben ser cobijadas por el precio que éste cobra a sus clientes, pues de lo contrario estaría vendiendo su producto por debajo de sus costos.

Así las cosas, el traslado del *fee* de acceso a pista a sus clientes no puede ser reprochado mientras haga parte de una decisión comercial unilateral. Dicho traslado, lejos de ser reprochable, es producto de la decisión racional de un agente que participa en el mercado y que, por supuesto, debe cubrir los costos de operación en los que incurre.

Por lo expuesto, queda desvirtuada la teoría de un acuerdo vertical de naturaleza explotativa para la fijación de un precio a un eslabón inferior en la cadena del servicio de abastecimiento de combustible a aeronaves. Concluye entonces el Despacho, que en el presente caso no existió un acuerdo vertical que tuviese por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios, de los prohibidos por el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2135 de 1992, y por consiguiente procederá a exonerar a los investigados por la imputación de este cargo específico.

### **13.10.2. Acuerdo para la fijación de una venta atada**

La Delegatura imputó a **CASYP** y **CHEVRON** la violación del numeral 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, según el cual están prohibidos los acuerdos que *"tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones"*.

En su Resolución de Apertura, la Delegatura imputó a las investigadas la presunta celebración de un acuerdo para subordinar el suministro de combustible a los clientes de **CHEVRON** al pago del *fee* de acceso a pista establecido por **CASYP**. Como prueba de la aparente existencia de esta práctica restrictiva, la Delegatura presentó la dinámica negocial entre **CHEVRON** y **CASYP** para la fijación de la tarifa; también analizó la figura de facturación en línea separada autorizada por **CASYP** y el acaecimiento de la negativa a suministrar combustible en una oportunidad a **COPA** al no acceder a pagar el valor del *fee* en 2011.

Luego de surtida la instrucción de la presente investigación, la Delegatura recomendó al Superintendente de Industria y Comercio no sancionar a **CASYP** y **CHEVRON** por este

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

cargo, pues en su opinión, no puede existir una individualización del suministro de combustible -producto vinculante- respecto del *fee* de acceso a pista –producto vinculado-, requisitos indispensables para que se pueda hablar de una venta atada. Lo anterior se ve reforzado por el hecho de que el *fee* de acceso a pista es un costo del suministro de combustible, y por consiguiente no puede ser considerado una obligación independiente a él.

Frente a la postura de la Delegatura, las **AEROLÍNEAS** expresaron su desacuerdo en cuanto a que: (i) la negativa por parte **CHEVRON** a suministrarle combustible a **COPA** fue una retaliación al no pago del *fee* de acceso a pista por parte de ésta; y (ii) el pago del *fee* de acceso a pista no constituye una obligación natural al suministro de combustible.

Visto lo anterior, este Despacho comparte plenamente la posición adoptada por la Delegatura en su Informe Motivado, por las siguientes razones:

El precio que cobra **CHEVRON** a sus clientes de combustible (aerolíneas) se define en virtud de una serie de gastos y costos en los que incurre dicha empresa para poder suministrar su producto. Entre estos costos y gastos se encuentra el pago del *fee* de acceso a pista a **CASYP**, pues como contraprestación de su pago **CHEVRON** puede acceder a la plataforma del Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés y así poder suministrar combustible a sus clientes. De esta forma, dicho valor constituye uno de los rubros que hacen parte de la estructura de costos de **CHEVRON** para el suministro de combustible en el aeropuerto y, por ello, no puede considerarse como una obligación independiente ajena al negocio jurídico.

No debe olvidarse que uno de los requisitos para que se configure la conducta prohibida por el numeral 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 es que exista una obligación adicional que por su naturaleza no constituya el objeto del negocio. En este caso, es evidente que el *fee* de acceso a pista no es una obligación adicional, simplemente es un costo que debe pagar el proveedor del combustible a **CASYP**, y que puede trasladar total o parcialmente al consumidor si así lo decide unilateralmente. También es claro que el *fee* de acceso a pista es un costo propio del objeto del negocio de provisión de combustible aeroportuario, en los casos en que el concesionario cobra un *fee* de acceso a pista, por lo cual no se cumple el requisito de que en la medida en que en la provisión de combustible se debe incurrir en una serie de costos que forman parte de la estructura que permite fijar el precio final del producto.

Acoger la posición de las **AEROLÍNEAS** frente a este cargo, llevaría al absurdo de afirmar que todos los agentes del mercado que venden un producto o servicio incurren en la conducta ilegal de ventas atadas, en la medida en que incorporan en el precio final de sus productos los costos o gastos (e.g. insumos, arriendos, prestaciones sociales, etc.) en que incurren para llevar el producto o servicio al consumidor final. Tal interpretación no solo contradice el texto mismo de la norma, sino también su espíritu y el tipo de efectos anticompetitivos que pretende evitar, en la medida en que incorporar el costo de un cargo en el precio que se cobra al consumidor final bajo ninguna perspectiva constituye una conducta anticompetitiva.

La preocupación por la existencia de una presunta venta atada surgió de la discriminación del monto del cargo y el precio del combustible en la factura que **CHEVRON** expedía a las aerolíneas por la provisión de combustible. A partir de esta práctica se quiso afirmar que el *fee* de acceso a pista era una obligación independiente al suministro de combustible. No

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

obstante, para este Despacho la adopción de una política de facturación como la mencionada no implica el cambio de la naturaleza del *fee* de acceso a pista de un costo a una obligación autónoma, sino que constituye una simple estrategia comercial, legítima por lo demás, para que el cliente sepa exactamente qué está cobrando su proveedor y a qué cargo se imputa determinado incremento en el precio que paga. Por lo demás, no debe olvidarse que la potestad de facturación en línea separada no surge del Otrosí No. 3 que incorpora los nuevos valores por el acceso a pista, sino del contrato original celebrado en 2007 entre **CHEVRON** y **CASYP**.

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.

Por estas razones, este Despacho concluye que las investigadas no incurrieron en la conducta descrita en el numeral 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

### **13.10.3. Presunta práctica, procedimiento o sistema tendiente a fijar precios inequitativos**

#### **13.10.3.1. Consideraciones generales sobre el artículo 1 de la Ley 155 de 1959**

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 señala que están *“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, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”*.

Tal y como lo ha sostenido la **SIC** en varias oportunidades<sup>115</sup>, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 reprocha tres tipos de conducta:

- (i) 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;
- (ii) toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia; y
- (iii) toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

<sup>115</sup> Cfr. Resolución No. 37790 de 2011 y Resolución No. 53403 de 2013.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

El en el presente caso, fue esta última conducta la que se les imputó a los investigados en la apertura de investigación y pliego de cargos.

La facultad que tienen algunas autoridades de competencia para sancionar a agentes del mercado por imponer precios "altos", "excesivos" o "inequitativos", ha sido criticada tanto por académicos como practicantes en diversas jurisdicciones. La reticencia de algunas autoridades de competencia para asumir funciones que podrían acercarse a la regulación de precios no sólo se deriva de las profundas dificultades técnicas para determinar el precio "correcto" o el precio "incorrecto", sino también de la creencia unificada en el mundo del Derecho y la Economía de la Competencia de que es mejor dejar la fijación de los precios al libre juego de la oferta y la demanda<sup>116</sup>, a la economía de mercado. Es por ello que la mayoría de autoridades y practicantes reconocen que la tarea fundamental de las autoridades de competencia es promover y defender las estructuras de mercado competitivas y eficientes, y salvaguardar dichas estructuras de las conductas que realicen los participantes con el objeto de lesionar la promesa de entregar bienes y servicios de calidad a precios competitivos que está inmersa en los mercados que tienen tales características<sup>117</sup>.

Parte fundamental de la ejecución de las normas de competencia supone que los buenos resultados que producen los mercados competitivos pueden ser anulador por acuerdos entre competidores (por ejemplo, para aumentar los precios de un producto)<sup>118</sup>. También es reconocido que un número de factores que van desde la adquisición de participación en el mercado por medios pro competitivos, hasta el otorgamiento de derechos monopólicos por el gobierno o subsidios, pueden resultar convirtiendo a una firma en dominante en el mercado.

En este caso, *"la principal función de las autoridades de competencia es reprimir las conductas exclusorias, es decir, conductas unilaterales de firmas dominantes cuyo objeto es la reproducción de su dominancia a través de la exclusión de competidores actuales o potenciales en el mercado"*<sup>119</sup>.

No obstante lo anterior, e independientemente de las diversas posiciones extranjeras sobre la persecución de precios inequitativos, es claro para este Despacho que la normatividad colombiana, en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, condena las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos, y que la SIC debe dar una interpretación que otorgue efectos útiles a dicha norma dentro del ordenamiento jurídico colombiano<sup>120</sup>. En otras palabras, en el caso concreto, la Superintendencia debe interpretar la norma del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 de forma tal que tenga un efecto útil, pero que al mismo tiempo respete los propósitos de la aplicación del régimen de competencia establecidos en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009; es decir, la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

<sup>116</sup> Competition Tribunal of South Africa, Harmony Gold Mining Company Ltd. V. Mittal Steel Corp, Case No. 13/CR Feb 04 (2007), reversed and remanded. Citado por, Eleanor Fox and Daniel Crane. *Global Issues in Antitrust and Competition Law*, Thomson Reuters, 2010, pág. 101.

<sup>117</sup> *Ibíd.*

<sup>118</sup> *Ibíd.*

<sup>119</sup> *Ibíd.*, Traducción propia.

<sup>120</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 1992 y C-145 de 1994.

RESOLUCIÓN NÚMERO 76724 DE 2014 Hoja No. 76

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Para este Despacho, constituyen prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos, aquellas conductas encaminadas a la determinación de un precio que no tiene en cuenta las reglas del mercado y el libre juego de la oferta y la demanda, todo lo cual deberá ser determinado teniendo en cuenta el tipo de producto, servicio o cargo bajo examen, las particularidades económicas y jurídicas del mercado, y el contexto en el cual ha sido fijado el precio.

La importancia de estudiar el contexto en el que se analiza la conducta tendiente a fijar un precio determinado radica en que las condiciones de mercado que se deben tener en cuenta para cada caso concreto son diferentes. Así, por ejemplo, es claro para este Despacho que un monopolista o empresario dominante de un bien o servicio determinado puede fijar sus precios hasta el punto en el que sea la propia demanda la que le ponga un límite, evento en el que la Autoridad de competencia deberá actuar con suma cautela al decidir aplicar el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Mal haría esta Superintendencia en entrar a regular un mercado por el simple hecho de que un agente ha logrado por sus propios méritos competitivos una posición que le permite cobrar precios supra competitivos, posición que ha logrado siendo más eficiente, prestando mejores servicios, entregando mayor calidad, etc. No puede una autoridad de competencia incentivar a los agentes que participan en mercados de bienes o servicios a competir, y una vez han sido exitosos en la adquisición un poder de mercado, imponer sanciones por disfrutar los réditos de una posición que ha sido ganada legítimamente a través del cobro de precios que están por encima de los costos. Adoptar una política como esta enviaría al mercado mensajes contradictorios que, en últimas, desincentivarían a los agentes a competir vigorosamente, al castigar a aquel que legítimamente ha ganado una posición privilegiada en el mercado.

Es precisamente esta, una de las preocupaciones más fuertes de las autoridades de competencia cuando piensan en la posibilidad de imponer límites a los precios que fija un agente con poder de mercado: desincentivar la competencia, la innovación, y eliminar ese incentivo a alcanzar un poder en el mercado por medios legítimos que produce innovación y crecimiento económico.

Distinto es el caso de los concesionarios que en muchas ocasiones fijan el monto o precio de cargos que en sí mismos no retribuyen la prestación de un servicio, pero sí afectan directamente la operación del transporte aéreo. En estos casos, el cargo simplemente constituye el cobro de un derecho a los usuarios de la concesión (como es el caso del *fee* de acceso a pista), justificado en la necesidad de contar con recursos para operar la infraestructura concedida y, sobre todo, realizar las inversiones que la misma requiera según el contrato.

Por regla general los contratos de concesión establecen que el concesionario debe atender a los criterios de mercado para fijar los cargos no regulados que impactan directamente la prestación de un servicio público. No obstante, en muchas ocasiones el cargo no regulado no es en sí mismo un servicio, ni tampoco otorga una contraprestación tangible para quien debe soportarlo, tal y como ocurre con el *fee* de acceso a pista<sup>121</sup>.

<sup>121</sup> Un evento muy diferente al del *fee* de acceso a pista es el de los cargos que cobra un concesionario, por ejemplo aeroportuario, por el arrendamiento de locales comerciales, espacios para salas VIP, etc., casos en los cuales el cargo no afecta directamente la prestación del servicio público de transporte aéreo.

RESOLUCIÓN NÚMERO 76724 DE 2014 Hoja No. 77

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Esta situación puede, en principio, dificultar la identificación de condiciones de mercado a las que debe acudir el concesionario para fijar el monto de un cargo no regulado que no retribuye un servicio pero sí afectan directamente la operación del transporte aéreo, en la medida en que si no está prestando un servicio ni tampoco incurriendo en costos de cualquier otra manera, no es posible para él, en principio, fijar criterios de mercado para establecer el precio.

Por consiguiente, partiendo de que es un derecho del concesionario la fijación de las tarifas que constituyen su fuente de ingresos no regulados, el problema jurídico que corresponde a la **SIC** resolver en la presente Resolución es el siguiente: ¿cuándo se puede entender que un concesionario ha utilizado prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos en un cargo no regulado que no retribuye un servicio pero sí afecta directamente la operación del transporte aéreo?

Para 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. Es decir, el concesionario puede fijar el precio de los cargos que no son servicios ni tampoco tienen una contraprestación tangible para quien debe soportarlos, pero deberá tener en cuenta para ello **las condiciones de libre mercado**, tal y como se establece en el contrato de concesión firmado por **CASYP**<sup>122</sup>.

Ahora bien, ¿qué condiciones de libre mercado debería considerar el concesionario para fijarlo?; al no tener el acceso a pista –en el caso aeroportuario– un costo con base en el cual pueda el concesionario determinar el precio que debería cobrar ¿qué costos o ingresos –condiciones de mercado– debería tener en cuenta el concesionario, partiendo del hecho que esta es una obligación al fijar los ingresos no regulados?<sup>123</sup>

Para este Despacho los criterios de mercado a los que debería acudir el concesionario en casos en los que fija un cargo no regulado que no retribuye la prestación de un servicio pero sí afecta directamente la operación del transporte aéreo, entre otros, deberían ser 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

<sup>122</sup> En el caso concreto, el contrato de concesión señala en su Apéndice E, numeral 1.7, que cuando no se establece contraprestación específica, se entenderá que el concesionario podrá fijar el monto de los ingresos no regulados de acuerdo con **las normas de libre mercado**.

<sup>123</sup> *Ibid.*

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

cuenta que los ingresos no regulados y los regulados deben ser suficientes para realizar las inversiones y operar la infraestructura;

(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.**

En este orden de ideas, cuando el concesionario establece el precio que va a cobrar por un cargo no regulado que no retribuye un servicio pero sí afecta directamente la operación del transporte aéreo, y lo hace sin sustento económico, desatendiendo el esquema financiero de la concesión, superando con creces las proyecciones económicas y financieras sobre el ingreso no regulado que él mismo presentó ante las autoridades públicas, e ignorando los ingresos que pretendía recolectar por cada cargo, es claro que estará utilizando prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos, que es precisamente lo que reprocha el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En efecto, desatender las condiciones económicas del concesionario en la fijación del precio y, por el contrario, utilizar sistemas que están alejados de una proyección financiera justificada, sería considerar que el concesionario no está sujeto a las condiciones de mercado que justifican el cobro de cargos no regulados, lo cual no solo es alejado del modelo económico colombiano sino de los propios y específicos mandatos de la concesión, como con anterioridad se indicó.

No otra lectura puede tener la prohibición establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, contenida en el contrato de concesión, según el cual los concesionarios deben abstenerse de aplicar prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos frente a la fijación de cargos no regulados en las concesiones. Si bien el concesionario es libre de determinar el monto de un cargo que no retribuye un servicio pero sí afecta directamente la operación del transporte aéreo, deberá atender para ello a las condiciones objetivas de mercado de la propia concesión, tal y como se señaló anteriormente.

Concebir que el concesionario puede desatender los criterios económicos y financieros de la concesión que él mismo estableció, y por el contrario, fijar el precio de los cargos mencionados utilizando sistemas que no tienen sustento económico, sería no solo desatender lo establecido en el contrato de concesión frente a los cargos no regulados, sino además dejar sin efecto el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 que prohíbe las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos, como conducta o práctica restrictiva de la libre competencia en Colombia.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

**13.10.3.2. Análisis de las presuntas prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos por parte de las investigadas**

Un primer argumento de las investigadas para afirmar que no incurrieron en una violación de lo proscrito por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, consiste en afirmar que el término "inequitativo" señalado en la norma es indeterminado y, por ende, no es posible aplicar el "tipo" administrativo.

Este Despacho rechaza tal argumento de las investigadas por varias razones. En primer lugar, el término "inequitativo" como cualquier otra palabra incluida en una norma, debe ser interpretado por la autoridad en su sentido natural y obvio,<sup>124</sup> cuestión que debe realizar la autoridad encargada de aplicarla, en este caso, la SIC. El hecho de que una palabra que ha sido incluida en un texto deba ser interpretada no hace lo proscrito por la norma inaplicable, tal y como lo sugieren las investigadas. De ser así, el ordenamiento jurídico y mundial estaría en imposibilidad de ser interpretado y la hermenéutica jurídica no existiría. Es decir, esa tesis no es seria y constituye un total despropósito fáctico y jurídico.

En segundo lugar, incluso si el sentido de la norma fuese oscuro, que no lo es, la Autoridad de Competencia deberá atender no sólo a criterios técnicos sino también a la teleología misma de la prohibición señalada, teniendo en cuenta los propósitos establecidos en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 para la aplicación de las normas de competencia: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. En este sentido, como bien lo estableció la Delegatura después de analizar la naturaleza de la prohibición y las consideraciones que sobre el término han hecho economistas y otras autoridades internacionales, se entiende por precios excesivos o inequitativos aquellos que no guardan una relación razonable con el valor económico que lo inspira (para el caso que nos ocupa, la viabilidad de las inversiones de la concesión).

Así las cosas, la equidad de un precio puede medirse desde la relación de sus costos (cuando se estudian precios excesivos de un producto o servicio) o desde la relación de proporcionalidad que se predica del objetivo que tienen los ingresos (cuando no es atribuible una contraprestación a unos costos, bien porque no se está prestando un servicio, o bien porque el consumidor no recibe una contraprestación tangible del cargo cobrado).

Finalmente, la propia Corte Constitucional ha señalado que: *"aunque la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso en toda actuación administrativa, no es demandable en este campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal"*<sup>125</sup> razón por la cual, lo más importante es que la conducta pueda ser determinable ya sea acudiendo a remisiones normativas, criterios técnicos o incluso a la *lex artis*. Frente a esto, la sentencia C-860 de 2006 señaló:

*"Debido a las finalidades propias que persigue, y a su relación con los poderes de gestión de la Administración, la jurisprudencia constitucional, ha sostenido reiteradamente que el derecho administrativo sancionador guarda importantes diferencias con otras modalidades del ejercicio del ius puniendi estatal, específicamente con el derecho penal, especialmente en lo que hace referencia a los principios de legalidad y de tipicidad, al respecto se ha sostenido que si bien los*

<sup>124</sup> Definición de "equidad" de la Real Academia Española, <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=equidad>.

<sup>125</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-406 de 2004.

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

*comportamientos sancionables por la Administración deben estar previamente definidos de manera suficientemente clara; el principio de legalidad opera con menor rigor en el campo del derecho administrativo sancionador que en materia penal; por lo tanto el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco en el derecho administrativo sancionador resulta más admisible que en materia penal. En esa medida el principio de legalidad consagrado en la Constitución adquiere matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate y aunque la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso en toda actuación administrativa, no se puede demandar en este campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias en estos casos hace posible también una flexibilización razonable de la descripción típica.*

*Tal flexibilidad en materia de legalidad y tipicidad se ha justificado por la variabilidad y el carácter técnico de las conductas sancionables, que dificultaría en grado sumo la redacción de un listado minucioso por parte del legislador, así como el señalamiento en cada caso de dichos supuestos técnicos o específicos que permitan al propio tiempo determinar los criterios para la imposición de la sanción. Adicionalmente en ciertas áreas sujetas al control de la Administración, que se caracterizan por su constante evolución técnica, la exigencia rigurosa del principio de legalidad acarrearía en definitiva la impunidad y la imposibilidad de cumplir con las finalidades estatales.*

*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 esta forma, el hecho de que el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 contenga una redacción que permita un grado de movilidad de la administración frente a cada caso concreto, no hace que la conducta allí proscrita deje de existir o que la norma no pueda ser aplicada, como erradamente lo sugieren las investigadas.

Ahora bien, de conformidad con la Apertura de Investigación, la Delegatura imputó a **CASYP** y **CHEVRON** la determinación de precios inequitativos en el cargo de acceso a pista, teniendo en cuenta la posición de dominio de **CASYP** y el beneplácito de **CHEVRON**. Adicionalmente, la Delegatura afirmó que el concesionario omitió acatar en debida forma lo expresado en el numeral 1.7 del Apéndice E del contrato de concesión, al fijar el *fee* de acceso a pista sin seguir las normas de libre mercado.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Una vez instruida la investigación, la Delegatura sostuvo en su Informe Motivado, como argumento para recomendar a este Despacho no sancionar a las investigadas por violación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, que las conclusiones del peritaje de **DESSAU** no permitía realizar los análisis requeridos para calificar el *fee* de acceso a pista fijado como inequitativo. Lo anterior, como consecuencia de las limitaciones en la información aportada al perito, que sólo permitía realizar un análisis histórico del precio del *fee* de acceso a pista, el cual es poco relevante atendiendo al cambio de modelo de administración del aeropuerto.

Teniendo en cuenta lo anterior, y las observaciones presentadas por los investigados y terceros interesados sobre la presunta violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, este Despacho plantea las siguientes preguntas tendientes a resolver el problema jurídico planteado: ¿puede un concesionario utilizar cualquier mecanismo para fijar un cargo no regulado que no retribuye un servicio pero sí afecta directamente la operación del transporte aéreo (i.e. *fee* de acceso a pista)? ¿Tiene límites el concesionario al fijar el precio cobrado por un cargo no regulado? ¿La capacidad de fijar el precio por un cargo no regulado no tiene ni siquiera en las normas de libre competencia, un límite o un marco razonable que controle el ejercicio de un poder unilateral de fijación desmesurado?

Para la SIC, un concesionario no puede desatender las normas de mercado y, por consiguiente, las proyecciones económicas y financieras que rodean el contrato de concesión, al fijar el precio que se debe pagar por el *fee* de acceso a pista, por las siguientes razones:

Si bien el *fee de acceso a pista* es un cargo no regulado por el contrato de concesión, su fijación atiende a una serie de mandatos generales establecidos tanto en el contrato como en las normas sobre protección de la libre competencia. Como sustento de lo anterior, y teniendo en cuenta lo expuesto en la presente resolución, el numeral 1.7 del Apéndice E del contrato de concesión dispone que: *"el Concesionario podrá fijarla [la contraprestación] de acuerdo a las normas de libre comercio"*. A párrafo siguiente continúa el contrato estableciendo 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 a la libre competencia por la Ley 155 de 1959..."*.

Por lo manifestado, si bien **CASYP** puede fijar directamente las tarifas asociadas a ingresos no regulados, esta capacidad no es arbitraria ni puede ser caprichosa, pues **CASYP** enfrenta límites, tanto en el contrato de concesión como en las normas de protección de la competencia que vinculan a todos los agentes del mercado en Colombia.

De esta forma, **CASYP** debe atender, para la fijación del *fee* de acceso a pista, entre otras normas, las de protección de la competencia lo preceptuado en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el cual 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, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos"**.

(...)" (Negrilla y subrayado fuera del texto).

RESOLUCIÓN NÚMERO 7 8 7 2 4 DE 2014 Hoja No. 82

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Como se explicó anteriormente, la obligación de abstenerse de utilizar prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos impide al concesionario fijar cargos no regulados que no retribuyan un servicio pero sí afectan directamente la operación del transporte aéreo, y desatendiendo las condiciones financieras y económicas de la concesión. De esta manera, **CASYP** debe tener en cuenta, para la fijación de aquellos cargos no regulados que no retribuyan un servicio ni otorguen una contraprestación tangible para quien debe soportarlo, las condiciones de mercado propias de la concesión, incluyendo las proyecciones económicas y financieras realizadas al inicio del contrato respecto del *fee* de acceso a pista, y las inversiones que deba realizar en virtud del contrato respectivo.

Por lo anterior, la obligación de **CASYP** al fijar el *fee* de acceso a pista comprendía un requisito principal: fijar los precios de tal forma que guarden relación con los costos que los inspiran, y con las proyecciones financieras realizadas por el concesionario respecto de la concesión y del cargo no regulado.

En el presente caso, dicho requisito se incumplió debido a que **CASYP**: (i) no tuvo en cuenta factores comerciales o financieros de la concesión para fijar el *fee* de acceso a pista; y (ii) no utilizó un método transparente para fijar el *fee* de acceso a pista, sino que implementó un esquema que, por su naturaleza, derivaría en un alza injustificada del *fee*.

Respecto al primer elemento generador de incumplimiento, es importante señalar que como el *fee* de acceso a pista no tiene costos asociados, pues el permiso de acceder a la plataforma del aeropuerto no genera costos o gastos que no hayan sido cubiertos por otros cargos que impactan de forma más significativa el uso de la plataforma, la relación de proporcionalidad que se establece como requisito de equidad del precio se predica del objetivo que tienen los ingresos que se generan por él, es decir, la viabilidad de la concesión y la ejecución de las obras e inversiones consignadas en el contrato de concesión.

Este compromiso de inversión no permite que el análisis sobre la tarifa fijada se haga desde la óptica histórica debido a que la misma atiende a un modelo de administración en manos del Estado que no pretendía la ejecución de las obras que se pactaron en el contrato de concesión. Por lo anterior, afirmar que el aumento del *fee* de acceso a pista de \$60 pesos por galón en adelante es ilegal es absolutamente errado, en la medida en que el sistema de concesiones implica de suyo la obtención de recursos que permitan realizar las inversiones necesarias para mejorar la infraestructura y cumplir los objetivos que el Estado se planteó con la concesión. En este orden de ideas, el concesionario tiene todo el derecho de aumentar los cargos de tal forma que le permitan cumplir las inversiones del contrato de concesión, atendiendo a sus propias proyecciones financieras y a lo que se planteaba obtener por el cargo no regulado desde que se estructuró la concesión.

De los hechos que fueron probados durante la actuación administrativa es claro que si bien **CASYP** tenía todo el derecho de aumentar el *fee* de acceso a pista para cubrir sus inversiones y hacer viable la concesión, el monto del incremento 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.

En ningún momento del trámite **CASYP** presentó el sustento económico y financiero que tuvo en cuenta para aumentar el *fee* de acceso a pista y para fijarlo en \$1.200 pesos por

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

galón vendido, cuestión que muestra la arbitrariedad del cargo cobrado y la falta de un procedimiento que no fuera tendiente a determinar precios inequitativos. Por el contrario, lo que muestran las cifras que obran en el expediente, y basadas en proyecciones financieras y económicas de **CASYP**, es que el cobro del *fee* de acceso a pista de \$1.200 pesos por galón es absolutamente desproporcionado frente a lo que se esperaba percibir con él.

En primer lugar, tal y como se señaló previamente en la presente Resolución, este Despacho, al comparar las proyecciones financieras de los ingresos por *fee* de acceso a pista de **CASYP**, y lo realmente cobrado por el concesionario con posterioridad, encontró que, entre 2007 y 2012, los ingresos reales por dicho cargo habían sido un 62,7% más alto que el valor proyectado originalmente. En efecto, de acuerdo con la proyección de **CORREVAL**, los ingresos que **CASYP** esperaba recibir por *fee* de acceso a pista en el periodo comprendido entre 2007 y 2012 ascendían a \$7.363.733.000. Sin embargo, el valor real percibido por dicho concepto en el periodo señalado fue de \$11.986.328.000.

Adicionalmente, este Despacho, con el fin de comparar los ingresos que **CASYP** habría podido percibir por el concepto de *fee* de acceso a pista durante todo el periodo de vigencia del contrato de concesión con los valores proyectados por **CORREVAL**, simuló cuatro (4) escenarios teniendo en cuenta las siguientes variables: (i) meta de inflación reportada por el Banco de la República, y (ii) galones vendidos de combustible. En todos los escenarios este Despacho encontró que, si el concesionario hubiese seguido cobrando un *fee* de acceso a pista de 1.200 pesos ajustado por la inflación, los ingresos por dicho concepto superan más de dos veces el valor proyectado por **CORREVAL**. En efecto, en el escenario en el que el Despacho asumió que el *fee* de acceso a pista se mantenía en 1.200 pesos hasta 2027, **CASYP** hubiese percibido hasta 2,16 veces más de los ingresos que proyectaba recibir.

De otra parte, llama la atención de este Despacho que el aumento del peso que tendrían los ingresos recibidos por *fee* de acceso a pista dentro de los ingresos totales. Según la proyección realizada por **CORREVAL**, los ingresos recibidos por *fee* de acceso a pista durante el periodo de la concesión equivalían al 6,88% de los ingresos totales proyectados. Sin embargo, en todos los escenarios proyectados por este Despacho, manteniendo los demás ingresos de la concesión constantes, se evidencia que dicho porcentaje se encuentra entre el 15% y el 20% de los ingresos totales, lo cual es diametralmente diferente.

No puede dejarse de lado que la estructuración financiera contratada por **CASYP** con **CORREVAL**, representó un insumo importante para la decisión de presentarse al proceso de selección adelantado por la **AERONÁUTICA** para concesionar los Aeropuertos de San Andrés y Providencia, y que a su vez, constituyó un material determinante para la adopción de decisiones administrativas en desarrollo de la concesión. Así lo reconoció **CASYP** cuando afirmó que "el costo del abastecimiento a aeronaves, que es *siempre un rubro fundamental en el esquema financiero de la Concesión*, como está probado en el expediente..."<sup>126</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Como se evidenció anteriormente, **CASYP** había proyectado unos ingresos específicos por concepto de abastecimiento de combustible de aeronaves a lo largo de la concesión, teniendo como supuestos un número específico de galones vendidos y un precio por galón, pero la realidad de la operación implicó la venta de un mayor número de galones, por lo que es lógico que para lograr la meta financiera -ingresos por este concepto- el valor del *fee* de

<sup>126</sup> Folio 6568 del Cuaderno Público No. 28 del Expediente.

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

acceso a pista se reduzca proporcionalmente al aumento del número de galones vendidos de más. Por lo anterior, no es de recibo que la proyección financiera estableciera unos precios por *fee* cercanos a los fijados, porque su relevancia consiste en la obtención de los ingresos proyectados, no del cumplimiento de una cifra (precio del *fee*).

En consecuencia, no sería coherente argumentar la sumisión de sus decisiones comerciales a sus proyecciones financieras, pero al mismo tiempo alejarse de las mismas a la hora de aplicar criterios lógicos de proporcionalidad que evitarían, en alguna medida, exceder los ingresos esperados por concepto de abastecimiento de combustible de aeronaves.

Ahora bien, respecto al segundo elemento generador de incumplimiento, es claro para este Despacho 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, por las razones que se expondrán.

Como se pudo evidenciar en la descripción del procedimiento de fijación del *fee* de acceso a pista efectuado en la presente Resolución, **CASYP** implementó un mecanismo de invitación a ofertar a través de negociaciones bilaterales independientes con cada uno de los potenciales proveedores de combustible. Posteriormente, aplicó como criterio de selección del proveedor, y por consiguiente del valor del *fee* de acceso a pista, el mayor valor ofrecido por los potenciales suministradores de combustible. Este trámite fue llamado por **CASYP** como “*subasta informal*”.

Dicho procedimiento nunca tuvo en cuenta las proyecciones económicas o financieras que sustentaran la fijación del cargo o *fee* de acceso a pista. Por el contrario, lo que hizo **CASYP**, en la práctica, fue delegar en los proveedores de combustible la fijación de un cargo que debe determinarse de conformidad con las normas del mercado y, en este caso, con la necesidad real y no arbitraria de la concesión. Esto, por sí mismo, se erige como un método o procedimiento para fijar precios inequitativos.

Tan cierto es que **CASYP** desatendió las normas de mercado y que no tuvo ningún fundamento económico para fijar el cargo en \$1.200 pesos por galón, que en un principio el adjudicatario del derecho de suministrar combustible en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés fue **TERPEL**, quien pagaría un *fee* no de \$1.200 pesos sino de \$900 pesos por galón. Es decir, el ganador de la “*subasta informal*” realizada por **CASYP** fue **TERPEL**, quien pagaría \$300 pesos menos por galón de lo que finalmente terminó cobrando la concesión. Por supuesto, si **CASYP** aceptó la propuesta de **TERPEL** fue porque la misma era suficiente para remunerar la concesión y para hacer las inversiones que requería realizar **CASYP** para cumplir con el concedente. De no haber sido esto así, **CASYP** nunca hubiese aceptado el *fee* de \$900 pesos que era bastante menor al que después terminó cobrando.

Esto muestra que con \$900 pesos de *fee* de acceso, el concesionario ya estaba remunerando su actividad y garantizando las inversiones de la concesión, por lo cual no

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

existía ningún fundamento económico para aumentar en \$300 pesos más el *fee* hasta llegar a \$1.200 pesos, y cualquier mecanismo utilizado para aumentar el precio sin sustento económico constituyó el uso de un procedimiento para fijar un precio inequitativo.

Nótese además cómo en esta subasta informal se presentaron varias actuaciones que, falseando un proceso competitivo, instaron a la fijación de un *fee* de acceso a pista inequitativo. Por un lado, **CASYP** instó a **CHEVRON** a ofrecer \$900 pesos por galón so pena de iniciar un proceso licitatorio que incluyera a otros proveedores de combustibles, y por el otro, con posterioridad, **CASYP** engañó a **CHEVRON** para igualar una oferta ficticia de \$1.200 pesos que supuestamente **TERPEL** le habría hecho.

Respecto al primer reproche, en el acervo probatorio consta una comunicación que **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**), envió a dos empleados de **CHEVRON**, **JAVIER PARADA** y **JUAN CARLOS MORENO**, afirmando:

*"Buenos días Javier y Juan Carlos,*

*Cassyp, el concesionario de San Andrés, está solicitando un incremento en el fee de acceso a rampa de PS\$ 900/gal, en caso contrario abrirá una licitación para el manejo de combustibles de aviación en la isla. Terpel y Energizar están interesados.*

*Para poder manejar este incremento en el fee, le hemos solicitado que genera una circular a las aerolíneas informando de dicho incremento y que se cobrara como fee adicional en la factura de combustible.*

*Adjunto un borrador de circular para que me ayude a revisarla:*

*Cassyp informa que a partir de Enero 1, 2011, ha establecido una tarifa de acceso a rampa de PS\$ 900/gal, la cual será cobrada a través de la factura de combustibles de aviación como un fee adicional al precio del producto. Este incremento será manejado en cuotas de OS\$ 201/galon (sic) trimestralmente hasta alcanzar los PS\$ 900/gallon en el último trimestre del 2011.*

*Cassyp se ve obligado a establecer este nuevo fee por.....*

*¿Cuál es su recomendación para que sea CASSYP el responsable de este incremento ante las aerolíneas y autoridades?*

*Cassyp dice que toma toda la responsabilidad y que informa directamente a las aerolíneas y a cualquier entidad necesaria.*

*La idea es cobrar el fee y mensualmente pagárselo a Cassyp.*

*Necesito su colaboración con urgencia en este caso.*

*Saludos".<sup>127</sup>*

Como puede verse del correo transcrito, **CHEVRON** fue informada por **CASYP** de la necesidad de ofrecer un valor puntual (i.e. \$900 pesos por galón) para mantener el contrato

<sup>127</sup> Folio 433 del Cuaderno Reservado No.1 del Expediente.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

que le permitía acceder a la plataforma del aeropuerto y poder suministrar su combustible. Esto demuestra claramente que, incluso a pesar de no tener ningún fundamento económico ni financiero que lo respaldara, **CASYP** consideró que la suma de \$900 pesos sería suficiente para remunerar la concesión y hacer las inversiones necesarias. De no ser esto así, nunca hubiese pedido a los participantes la oferta de \$900 pesos por galón ni tampoco hubiese aceptado la oferta de **TERPEL**.

Pese a ser una comunicación interna, esta situación de hecho está respaldada en las afirmaciones hechas en un correo electrónico emitido pocos minutos antes en el que **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) le escribe a **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) recomendándole, con miras a reducir el impacto en el volumen de venta, que "... el incremento de PS\$ 900/gal sea manejado durante 2011 completo y no solamente durante el primer semestre como habíamos (**CHEVRON** y **CASYP**) hablado. Esto nos daría PS\$ 210/galon (sic) de incremento trimestral"<sup>128</sup>.

De igual forma, la oferta de \$900 por galón vendido presentada por **CHEVRON** el 20 de octubre, es una respuesta a la oferta presentada por **TERPEL** el 28 de octubre con idéntico valor. Por lo anterior, es claro para este Despacho que **CASYP** brindó esta información puntual a **CHEVRON** con miras a que éste presentara una oferta igual o superior a la de **TERPEL**, sin que este incremento tuviese una justificación económica o financiera en las proyecciones de la concesión.

Por su parte, y respecto al segundo reproche, existe una conversación por vía de algunos correos electrónicos cruzados entre **PEDRO RAMÓN EMILIANI CATINCHI**, primer representante legal de **CASYP**, miembro de Junta Directiva y actual suplente del Gerente General de la concesión, y **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**), en la que se evidencia cómo **CASYP** engaña a **CHEVRON** sobre una supuesta oferta de **TERPEL** de \$1.200 pesos por galón vendido, llevando a **CHEVRON** a incrementar su oferta anterior de \$900 pesos por galón que había presentado para igualar la de **TERPEL** a los \$1.200 pesos mencionados por el miembro de la Junta Directiva de **CASYP**. Dicho aumento, como se dijo, no tuvo ninguna justificación en las proyecciones financieras y económicas de la concesión y del cargo no regulado objeto de estudio, por lo cual resulta absolutamente arbitrario y caprichoso.

Estos hechos fueron expuestos por **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) en su interrogatorio de parte cuando expresó<sup>129</sup>:

***"MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA- Es importante mencionar que siempre la presión fue a subir el fee... si no se subía el fee CHEVRON quedaba fuera del aeropuerto. Este es un punto muy importante para CHEVRON que no hemos tocado el tema pero CHEVRON lleva operando en la isla más de 35 años. Como les pude explicar, el suministro en la isla no solamente cubre las inversiones de la isla. Hay unas inversiones en nuestro terminal de Mamonal que son muy grandes diseñadas desde un principio para el suministro a San Andrés.***

<sup>128</sup> Folio 434 del Cuaderno Reservado No.1 del Expediente.

<sup>129</sup> Cfr. Interrogatorio de **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA**, Representante Legal **CHEVRON**, Folio 4569 del Cuaderno Público No. 18 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

(...)

**SIC** - entendemos que las personas que estaban en esta puja, en esta negociación, por parte de CHEVRON era MARTHA O'MEARA por parte de CASYP, RAMÓN EMILIANO

**MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** - Estaba EDUARDO BORDA

**SIC** - Era EDUARDO BORDA o era RAMÓN EMILIANI

**MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** - Era EDUARDO BORDA en los contactos preliminares, después de presentar la oferta de octubre no logramos recibir información de parte de EDUARDO. Entonces, yo conocía al Doctor EMILIANI en la primera negociación del contrato y por eso sabía que era miembro de Junta y lo contacté.

(...)

**MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** - El proceso fue de cierta forma un poco informal, de que preséntenme la oferta, está pasando esto, mire que tengo una oferta mejor, se va a quedar por fuera, no va a pasar de junio, fue así el manejo.

(...)

**SIC** - ¿Ustedes tuvieron conocimiento de las demás ofertas que iban presentando por los distribuidores mayoristas de combustible a CASYP?

**MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** - a nosotros básicamente nos decían que nuestra oferta estaba por debajo de las otras ofertas, hasta el mail que les acabo de entregar donde nos dicen puntualmente 1200 pesos de TERPEL. En ese momento nombraron a TERPEL. Si sabíamos que TERPEL estaba ofertando y ENERGIZAR.

(...)

**SIC** - ¿Ustedes tuvieron conocimiento de las demás ofertas que iban presentando por los distribuidores mayoristas de combustible a CASYP?

**MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** - a nosotros básicamente nos decían que nuestra oferta estaba por debajo de las otras ofertas, hasta (...)

**SIC** - ¿Qué instancia dentro de CHEVRON le autorizó para firmar finalmente el documento conocido como OTROSÍ No. 3 al contrato, que documentaba o acordaba esta suma que usted nos ha mencionado en respuestas anteriores de 1.200 pesos por fee de acceso a pista?

**MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** - Primero tenemos que el fee no fue realmente acordado, fue una presión, sino salíamos..." (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Como se puede ver de lo manifestado por **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de CHEVRON) y de los correos electrónicos que fueron aportados al expediente, nunca existió soporte financiero para el incremento ni la fijación del fee, de tal

RESOLUCIÓN NÚMERO **76724** DE 2014 Hoja No. 88

*“Por la cual se impone una sanción”*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

forma que lo cobrado en el cargo guardara correspondencia con la viabilidad de la concesión y las inversiones que se realizarían. Por el contrario, existió un sistema de presión al alza por parte de **CASYP** para que **CHEVRON** fuera aumentando su oferta cada vez más, sin consideración económica alguna.

Por supuesto, teniendo en cuenta que el *fee* siempre será trasladado al consumidor final, el proceso utilizado por **CASYP** de no fijar por sí mismo el *fee* sino de invitar a los proveedores de combustible a que subasten, lo único que generaría es una presión al alza y, por consiguiente, la fijación de un cargo que nada tiene que ver con las inversiones o remuneración proyectada por la concesión.

Este tipo de procedimientos vulneran el bien jurídico tutelado por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y se materializan en el establecimiento de un precio que no guarda relación con aquel que debió ser fijado si se hubiesen atendido las variables económicas y financieras del cargo y de la concesión. Con lo anterior, el *fee* de acceso a pista finalmente cobrado no guardaba relación con las condiciones reales del mercado, es decir, con las condiciones financieras de la concesión que inspiran en sí mismas la existencia de este tipo de cargos.

Esto sin contar con que la conducta de **CASYP** de simular competencia entre **CHEVRON** y **TERPEL** tuvo como efecto que uno de los agentes ofreciera valores superiores a aquellos que hubiese ofrecido si no se hubiese simulado competencia entre **TERPEL** y **CHEVRON** utilizando cifras falsas. Para el caso que nos ocupa, de no haber existido la influencia ejercida por **CASYP** para que **CHEVRON** ofreciera los \$900 y luego los \$1.200 que finalmente se adjudicaron, la oferta más alta, teniendo en cuenta la negativa de **TERPEL** de firmar el contrato, hubiese sido la de los \$500 pesos ofrecidos por **ENERGIZAR** el 14 de septiembre de 2010, o a lo mucho una de \$900 que ofreciera **CHEVRON**. Esto muestra cómo, además de haberse desatendido las condiciones económicas y financieras de la concesión, se utilizó un mecanismo no transparente que por supuesto tendió a fijar precios inequitativos al alza al simular una competencia que no existía en realidad.

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 <i>fee</i> de 500 + inflación	Con <i>fee</i> 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 la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Consecuentemente, entre 2012 y mediados de 2014, **CASYP** logró obtener ingresos adicionales de \$9.956'860.922 pesos respecto a lo que hubiera obtenido con un *fee* de \$500 pesos por galón y \$4.219'525.875 pesos respecto a lo que hubiera obtenido con un *fee* de \$900 pesos por galón.

Es importante anotar que la imposición del precio inequitativo es imputable únicamente a **CASYP** y no a **CHEVRON**. En efecto, fue **CASYP** quien implementó un procedimiento tendiente a fijar un precio inequitativo, al no haber tenido ningún sustento para fijar el *fee* de acceso donde lo fijó, ni tampoco realizado un ejercicio económico y financiero que justificara su conducta con anterioridad a la fijación del nuevo cargo. Así mismo, la utilización de un esquema que derivaría en el aumento sin sustento económico del *fee* es exclusivamente imputable a **CASYP**, en la medida en que fue este ente el que estableció un esquema de presión al alza que estaba absolutamente alejado de cualquier consideración económica relacionada con las cifras proyectadas para la concesión. **CHEVRON**, naturalmente, lo que hizo fue asumir ese costo y trasladarlo a los consumidores, lo cual es legítimo, además de haber sido engañada con una simulación de competencia que nunca existió.

Por lo expuesto, este Despacho no acogerá la recomendación de la Delegatura en los términos de archivar la investigación a favor de los investigados respecto de la imputación formulada en la apertura de investigación y pliego de cargos por la presunta infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y sancionará a **CASYP** por la implementación de un procedimiento tendiente a fijar precios inequitativos a través de la simulación de competencia en un proceso de "*subasta informal*" elegido por este mismo.

#### **13.10.4. Conclusión sobre las conductas anticompetitivas**

Teniendo en cuenta los motivos expuestos en numerales anteriores, esta Superintendencia archivaré la investigación respecto a la existencia de acuerdos restrictivos de la competencia para todos los investigados, y sancionará a **CASYP** respecto al cargo formulado por el establecimiento de un procedimiento tendiente a fijar precios inequitativos para el *fee* de acceso a pista en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla en la Isla de San Andrés, archivando la investigación que sobre el particular se abrió en contra de **CHEVRON**.

#### **13.11. Responsabilidad de los investigados**

Para efectos de delimitar la responsabilidad de cada uno de los investigados vinculados a la presente investigación, y teniendo en cuenta todo lo establecido en la presente Resolución, este Despacho se permite hacer las siguientes consideraciones individuales respecto al único cargo en el que se demostró y concluyó que existió una práctica restrictiva de la competencia por parte de algunas de las investigadas (i.e. procedimiento tendiente a la fijación de precios inequitativos en el mercado).

##### **13.11.1. Responsabilidad de CASYP**

Teniendo en cuenta las consideraciones de hecho y de derecho presentadas por esta Entidad, **CASYP** es responsable de haber incurrido en la conducta descrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos ya definidos en la presente Resolución.

Como quedó demostrado a lo largo de la presente investigación, al fijar el *fee* de acceso a pista, **CASYP** no tuvo en cuenta las condiciones de mercado de la concesión, en especial

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

las proyecciones económicas y financieras del cargo no regulado de *fee* de acceso a pista y su participación dentro de todos los ingresos regulados y no regulados de la concesión. Tan no tuvo en cuenta el concesionario las condiciones económicas y financieras de la concesión, que en un principio aceptó la oferta presentada por **TERPEL** en \$900 – aceptación que por supuesto debía cubrir la remuneración de la concesión y las inversiones, y después aumentó el *fee* a \$1.200 pesos por galón, sin consideración económica o financiera alguna.

Así mismo, al fijar el *fee* de acceso diseñó un esquema que además de no estar relacionado con condiciones económicas o financieras, generaba incentivos indiscriminados al alza, en la medida en que al ser dicho *fee* por naturaleza trasladable al consumidor (en este caso a las aerolíneas), los oferentes de la subasta informal estarían dispuestos a incrementar sus precios para obtener el derecho de suministrar combustible hasta tanto se les indicara o se les diera a entender. Debió ser el concesionario quien, de acuerdo con las condiciones económicas y financieras de la concesión, y utilizando criterios objetivos, fijara el *fee* de acceso a pista que finalmente se debería pagar.

El no haber tenido en cuenta condiciones de mercado y, por el contrario, haber utilizado sistemas arbitrarios tendientes a fijar el precio del *fee* de acceso a pista, hace que **CASYP** haya ejecutado prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos en violación de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Esta conclusión, obliga a la Superintendencia a ordenar a **CASYP** la re-determinación de su *fee* de acceso a pista siguiendo las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta Resolución, una vez la misma se encuentre en firme. En el interregno entre la firmeza de la presente Resolución y el establecimiento del nuevo *fee* de acceso a pista, el concesionario deberá cobrar el *fee* que se encontraba en operación con anterioridad a la configuración de la conducta anticompetitiva, es decir, el vigente con anterioridad al Otrosí No. 3 al contrato de acceso a pista suscrito el 24 de diciembre de 2010, esto es, el equivalente al uno por ciento (1%) de las ventas mensuales de combustible de aviación en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés.

### **13.11.2. Responsabilidad de CHEVRON**

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

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

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.

### **13.11. 3. Responsabilidad de EDUARDO BORDA SOTO (representante legal de CASYP)**

Teniendo en cuenta los elementos motivacionales que han sido descritos a lo largo de la presente Resolución, este Despacho puede concluir que la responsabilidad de **EDUARDO BORDA SOTO** en el presente trámite puede calificarse desde dos ópticas. Por una parte, la tolerancia frente a la conducta desarrollada por **PEDRO RAMÓN EMILIANI**, miembro de la Junta Directiva de **CASYP** para el momento de los hechos y actual suplente del Gerente de la Concesión, en cuanto al engaño al que sometió a **CHEVRON** para que formulase la oferta de \$1.200 pesos por galón. Por otra parte, en su calidad de representante legal, respecto de la ejecución de actos jurídicos que materializaron la fijación de un precio que no tuvo en cuenta consideraciones económicas y de mercado exigidas por la concesión y la ley.

De cara al primer reproche mencionado, este Despacho 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*. De 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*".<sup>130</sup> Situación que llevó a **CHEVRON** a ofrecer el valor de \$1.200 pesos por galón que resultó contratado.

Teniendo en cuenta lo anterior, y pese a que no es posible atribuir la ejecución de este engaño a **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**), su responsabilidad se desprende del papel que desempeñaba en el proceso de definición del *fee* y contratación del distribuidor de combustible. En este sentido, la tolerancia que asumió sobre la conducta engañosa se materializa en la disposición que tuvo para considerar la oferta obtenida por medio del falseamiento competitivo perpetrado por **PEDRO RAMÓN EMILIANI**, como oferta válida para la efectiva definición del *fee* de acceso a pista y la selección del distribuidor exclusivo de combustible en el aeropuerto, valor que fue fijado en ausencia de un proceso transparente y sin que haya mediado un racionamiento económico para la toma de la decisión, tarea que estaba en cabeza de **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) y las atribuciones puntuales que se definieron en él para esta labor.

Ahora bien, en cuanto al segundo reproche, este Despacho encontró que para la fijación del *fee* se implementó un procedimiento tendiente a fijar un precio inequitativo, ya que no se tuvo en cuenta ningún sustento para establecer el *fee* de acceso donde se fijó, ni tampoco se realizó un ejercicio económico y financiero que justificara el valor definido. Lo anterior, aunado al hecho de que, en consideración de lo sostenido en párrafos anteriores sobre la intervención de **PEDRO RAMÓN EMILIANI**, **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) estableció un esquema de presión al alza que estaba absolutamente alejado de cualquier consideración económica relacionada con las cifras proyectadas para la concesión.

<sup>130</sup> Folio 425 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Como se evidenció en numerales anteriores, **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) manifestó en algunos apartes de su interrogatorio de parte lo siguiente<sup>131</sup>:

**"MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA - Es importante mencionar que siempre la presión fue a subir el fee... si no se subía el fee CHEVRON quedaba fuera del aeropuerto. Este es un punto muy importante para CHEVRON que no hemos tocado el tema pero CHEVRON lleva operando en la isla más de 35 años. Como les pude explicar, el suministro en la isla no solamente cubre las inversiones de la isla. Hay unas inversiones en nuestro terminal de Mamonal que son muy grandes diseñadas desde un principio para el suministro a san Andres.**

(...)

**SIC - entendemos que las personas que estaban en esta puja, en esta negociación, por parte de CHEVRON era MARTHA O'MEARA por parte de CASYP, RAMÓN EMILIANO**

**MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA - Estaba EDUARDO BORDA**

**SIC - Era EDUARDO BORDA o era RAMÓN EMILIANO**

**MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA - Era EDUARDO BORDA en los contactos preliminares, después de presentar la oferta de octubre no logramos recibir información de parte de EDUARDO. Entonces, yo conocía al Doctor EMILIANO en la primera negociación del contrato y por eso sabía que era miembro de Junta y lo contacté.**

(...)

**MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA - El proceso fue de cierta forma un poco informal, de que preséntenme la oferta, está pasando esto, mire que tengo una oferta mejor, se va a quedar por fuera, no va a pasar de junio, fue así el manejo."**

Por todo lo expuesto, y atendiendo a que **EDUARDO BORDA SOTO** (representante legal de **CASYP**) tenía en sus manos la materialización del proceso de fijación del *fee* y la suscripción de los respectivos instrumentos jurídicos que lo cristalizaron, se refleja una conducta tolerante frente a la fijación de un *fee* en desconocimiento de las condiciones de mercado de la concesión, en especial, las proyecciones económicas y financieras del cargo no regulado de *fee* de acceso a pista y su participación dentro de todos los ingresos regulados y no regulados de la concesión.

Así las cosas, al hacer un análisis de los factores de dosificación establecidos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, así como los criterios de proporcionalidad que cobijan las decisiones de esta Entidad, este Despacho determina que **EDUARDO BORDA SOTO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 3.227.164, será sancionado con una multa de **CIEN SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (100 SMMLV)**, equivalentes a **SESENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$61.600.000.00 m/cte.)**.

<sup>131</sup> Cfr. Interrogatorio de **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA**, Representante Legal **CHEVRON**, Folio 4569 del Cuaderno Público No. 18 del Expediente.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

Esta multa equivale al cinco por ciento (5%) de la máxima multa aplicable a personas naturales.

**13.11.4. Responsabilidad de MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA (representante legal de CHEVRON)**

Consecuentemente con las conclusiones a las que ha llegado este Despacho respecto de la responsabilidad de **CHEVRON**, no es procedente sancionar a **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA** (representante legal de **CHEVRON**) por colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia que no acaecieron por parte de la persona jurídica con quien se relacionó su actuar. Por lo anterior, se archivará la presente investigación a favor de dicha investigada.

**DÉCIMO CUARTO:** Que el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 señala que la SIC impondrá multas de hasta cien mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (100.000) por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluida la omisión de acatar en debida forma las órdenes e instrucciones que se impartan por parte de esta Entidad y obstruir una investigación.

Bajo el anterior precepto y con el fin de determinar el monto de la sanción a imponer a **CASYP**, es necesario realizar las siguientes consideraciones:

Una vez definidas las responsabilidades de las investigadas, este Despacho procede a dosificar la multa a imponer a **CASYP** por establecer un procedimiento tendiente a fijar precios inequitativos para la determinación del *fee* de acceso a pista, con base a los principios de proporcionalidad y los criterios establecidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, a saber:

**El impacto que la conducta tenga sobre el mercado:** está demostrado en el expediente que el incremento del *fee* de acceso a pista fue trasladado a los clientes de **CHEVRON** como costo de este proveedor. Por lo anterior, el mayor precio que se fijó como resultado del esquema diseñado por **CASYP** impactó a los consumidores de **CHEVRON**, que debieron pagar mayor un precio por cada galón de combustible que adquirieron en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés.

En la investigación se pudo establecer que de haberse cobrado el *fee* de acceso propuesto por **TERPEL** (\$900 pesos por galón) entre 2012 y mediados de 2014, y que ya había sido aceptado por **CASYP** (lo cual indica, nuevamente, que era suficiente para su operación e ingreso), **CASYP** hubiese obtenido ingresos por este concepto en una suma de \$12.658.577.025 (se reitera, a \$900 pesos por galón) en vez de \$16.878.102.900 (a \$1.200 pesos por galón), es decir, hubiera percibido \$4.219.525.875 pesos menos por dicho cobro, lo que obviamente impide imponer una sanción menor a esta.

**La dimensión del mercado afectado:** teniendo en cuenta que **CHEVRON** es el único proveedor de combustible para aeronaves en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, que la entrada de nuevos proveedores está limitada por la intervención de una autoridad y que cualquier nuevo proveedor tendría las mismas condiciones de **CHEVRON**, la afectación de la conducta se da sobre la totalidad del mercado de abastecimiento de combustible para aeronaves en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés.

RESOLUCIÓN NÚMERO **76724** DE 2014 Hoja No. 94

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

**El beneficio obtenido por el infractor con la conducta:** como se pudo anotar anteriormente, la fijación del nuevo valor del *fee* de acceso a pista le permitió a **CASYP** obtener unos recursos superiores a los que en proyecciones del mismo concesionario esperaba obtener por este concepto. En efecto, **CASYP** logró obtener, hasta julio de 2014, ingresos aproximados de \$22.260.788.362, valor que se encuentra 126,5% por encima de los proyectados en su estructuración financiera del *fee* de acceso a pista.

Pese a lo anterior, no se pudo concluir que esos ingresos adicionales representaran una utilidad superavitaria de **CASYP hasta mediados de 2014**, pues las utilidades de la concesión están, en concepto del perito contratado, por debajo de las esperadas. No obstante lo anterior, este análisis no tiene en cuenta que la concesión estaba proyectada para durar hasta 2027, y que si bien en este momento los ingresos de la concesión estaban por debajo de lo proyectado, no se puede afirmar lo mismo de los ingresos que con un *fee* de \$1.200 pesos por galón habría obtenido **CASYP** hasta el año 2027.

**El grado de participación del implicado:** Como ya se afirmó, la responsabilidad de la conducta reprochada recae exclusivamente en cabeza de **CASYP**, pues su conducta fue unilateral y no se vislumbró coautoría alguna en **CHEVRON** u otro agente del mercado.

**La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción:** Es evidente la existencia de un monopolio en cabeza de **CASYP**, por lo que su cuota de mercado compone el ciento por ciento (100%) del servicio de abastecimiento de combustible para aeronaves en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés.

En cuanto a las ventas involucradas en la infracción, se deben tener en cuenta los ingresos que **CASYP** percibió por concepto del *fee* de acceso a pista desde el establecimiento de la nueva tarifa de \$1.200 pesos por galón. Aunado a lo anterior, y como último de los criterios contenidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 para el establecimiento de la sanción, este Despacho tendrá en cuenta el patrimonio y las utilidades de **CASYP** registrados en los estados financieros que obran en el expediente.

Así las cosas, al hacer un análisis de los factores de dosificación referidos, así como los criterios de proporcionalidad que cobijan las decisiones de esta Entidad, este Despacho determina que la **CONCESIÓN AEROPUERTO DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. - CASYP-**, identificada con NIT. 900.127.236, será multada con **DIEZ MIL SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (10.000 SMMLV)**, equivalentes a **SEIS MIL CIENTO SESENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$6.160.000.000)**.

El monto impuesto corresponde al 10.00% de la máxima multa que puede imponerse por este tipo de conductas a un agente del mercado.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

**RESUELVE:**

**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

RESOLUCIÓN NÚMERO 7 6 7 2 4 DE 2014 Hoja No. 95

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

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 **DIEZ MIL SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (10.000 SMMLV)**, equivalentes a **SEIS MIL CIENTO SESENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$6.160.000.000.oo 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 SEGUNDO: DECLARAR** que la **CONCESIÓN AEROPUERTO DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. -CASYP-**, identificada con NIT. 900.127.236-2, no actuó en contravención de lo dispuesto en los numerales 1 y 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y como consecuencia **ORDENAR** el cierre de la investigación en relación con estos cargos.

**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 **CIEN SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (100 SMMLV)**, equivalentes a **SESENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$61.600.000.oo 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.

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

**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: DECLARAR** que **EDUARDO BORDA SOTO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 3.227.164, no 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 los numerales 1 y 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, como consecuencia **ORDENAR** el cierre de la investigación en relación a estos cargos que se le imputaron.

**ARTÍCULO QUINTO: DECLARAR** que **CHEVRON PETROLEUM COMPANY –CHEVRON-**, identificada con NIT. 860.005.223-9, no actuó en contravención de lo dispuesto en los numerales 1 y 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 ni en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y como consecuencia **ORDENAR** el cierre de la investigación en relación con todos los cargos que se le imputaron.

**ARTÍCULO SEXTO: DECLARAR** que **MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 35.501.288, no 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 los numerales 1 y 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y como consecuencia **ORDENAR** el cierre de la investigación en relación con todos los cargos que se le imputaron.

**ARTÍCULO SÉPTIMO: EXHORTAR** a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI-** para que teniendo en cuenta la parte motiva de la presente Resolución, explore la posibilidad de regular todos los cargos asociados directamente a la prestación del servicio público de transporte aéreo, incluidos los correspondientes al abastecimiento de combustible, en todas las concesiones que celebre, modifique o negocie a partir de la remisión de la presente Resolución.

**ARTÍCULO OCTAVO: ORDENAR** a la **CONCESIÓN AEROPUERTO DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. -CASYP-**, identificada con NIT. 900.127.236-2, la re-determinación de su *fee* de acceso a pista siguiendo las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta Resolución, una vez la misma se encuentre en firme. En el interregno entre la firmeza de la presente Resolución y el establecimiento del nuevo *fee* de acceso a pista, el concesionario deberá cobrar el *fee* que se encontraba en operación con anterioridad a la configuración de la conducta anticompetitiva, es decir, el vigente con anterioridad al Otrosí No. 3 al contrato de acceso a pista suscrito el 24 de diciembre de 2010, esto es, el equivalente al uno por ciento (1%) de las ventas mensuales de combustible de aviación en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés.

**ARTÍCULO NOVENO: REMITIR** copia de la presente Resolución a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL** y a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)**.

**ARTÍCULO DÉCIMO: ORDENAR** a la **CONCESIÓN AEROPUERTO DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. -CASYP-**, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, que

RESOLUCIÓN NÚMERO 7 6 7 2 4 9 DE 2014 Hoja No. 97

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

una vez ejecutoriada la presente decisión, realice la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación nacional:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, la CONCESIÓN AEROPUERTO DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. -CASYP- informa que:*

*Mediante Resolución expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se le impuso una sanción por 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, infringiendo lo dispuesto en artículo 1 de la Ley 155 de 1959.*

*Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009."*

**ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO:** NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a la **CONCESIÓN AEROPUERTO DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. – CASYP-, CHEVRON PETROLEUM COMPANY –CHEVRON, EDUARDO BORDA SOTO, MARTHA LUCÍA O'MEARA BAUTISTA, LAN COLOMBIA AIRLINES S.A., AEROREPÚBLICA S.A. – COPA y AVIANCA S.A.**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

**ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO:** Una vez en firme la presente decisión, **PUBLÍQUESE** en la página Web de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012.

**NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., a los

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

  
**PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO**

Proyectaron: Luis Castell, Carolina Liévano, Marco Jiménez, Felipe Serrano Pinilla  
Revisó: Felipe Serrano Pinilla  
Aprobó: Pablo Felipe Robledo Del Castillo

RESOLUCIÓN NÚMERO **7 6 7 2 4** DE 2014 Hoja No. 98

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

**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 – Colombia

**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 – Colombia

**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 – Colombia

**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 – Colombia

**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 – Colombia

RESOLUCIÓN NÚMERO 7 6 7 2 4 DE 2014 Hoja No. 99

*"Por la cual se impone una sanción"*

Radicado: 11-63694

VERSIÓN ÚNICA

**COMUNICACIONES:**

**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.