

3872

TERCER TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRIMER DISTRITO
JUDICIAL DE PANAMÁ. Panamá, treinta (30) de abril de dos
mil catorce (2014).

V I S T O S:

Procedente del Juzgado Noveno de Circuito Civil del Primer
Circuito Judicial de la Provincia de Panamá, ingresa a este
Tribunal, en grado de apelación, el expediente que contiene
el Proceso Acumulado por Prácticas Monopolísticas Absolutas
y/o Relativas propuesto por la COMISIÓN DE LIBRE
COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC), ahora
AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA
COMPETENCIA (ACODECO) y AEROLÍNEAS CENTRALES DE COLOMBIA,
S.A, (ACES), en contra de COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN,
S.A. (COPA), SOCIEDAD AERONÁUTICA DE MEDELLÍN CONSOLIDADA,
S.A. (SAM) y AEROVÍAS NACIONALES DE COLOMBIA, S.A.,
(AVIANCA).

Superada la etapa de saneamiento en segunda instancia y,
una vez sustentados los recursos, así como presentadas las
oposiciones a los mismos, procede este Tribunal de segunda
instancia al examen de la sentencia impugnada en lo que le
compete, esto es, dentro de los parámetros fijados por los
recurrentes en alzada y tomando en consideración que se ha



reducido ese marco inicialmente fijado, dado el desistimiento (aprobado por este Tribunal) de los recursos de apelación interpuestos por la demandante AEROLÍNEAS CENTRALES DE COLOMBIA, S.A. (ACES) con los cuales perseguía la revocatoria de la sentencia de primera instancia favorable a las demandadas SOCIEDAD AERONÁUTICA DE MEDELLÍN CONSOLIDADA, S.A. (SAM) y AEROVÍAS NACIONALES DE COLOMBIA, S.A., (AVIANCA).

Así las cosas, este pronunciamiento atenderá el recurso de apelación sustentado por la COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC), ahora AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA (ACODECO) contra la sentencia de primera instancia que favoreció a las tres demandadas y el sustentado por AEROLÍNEAS CENTRALES DE COLOMBIA, S.A. (ACES), limitado a su inconformidad con la absolución de COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN, S.A. (COPA) en la sentencia recurrida.

LA RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia recurrida se distingue con el N°45 de 18 de julio de 2008 a través de la cual el Juzgado Noveno de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de la Provincia



de Panamá resolvió:

PRIMERO: NEGAR la pretensión de la COMISION DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC) ahora AUTORIDAD DE PROTECCION AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA (ACODECO) dentro del presente proceso de acumulado por Práctica Monopolística Relativa incoado contra COMPAÑIA PANAMEÑA DE AVIACION (COPA), AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA, S.A. (AVIANCA) y SOCIEDAD AERONAUTICA DE MEDILLEN CONSOLIDADA (SAM).

SEGUNDO: NEGAR la pretensión de AEROLINEAS CENTRALES DE COLOMBIA, S.A. (ACES S.A.), dentro del proceso acumulado por Práctica Monopolística Relativa y Absoluta incoado contra COMPAÑIA PANAMEÑA DE AVIACION (COPA), AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA, S.A. (AVIANCA) y SOCIEDAD AERONAUTICA DE MEDELLIN CONSOLIDADA (SAM).

TERCERO: NEGAR la solicitud por reparación de daños que se le hayan ocasionado por efecto del convenio denominado Acuerdo de Alianza Comercial, formulada por AEROLINEAS CENTRALES DE COLOMBIA, S.A. (ACES).

Visto que una de las partes es (sic) este proceso acumulado es la COMISION DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC), no habrá imposición de costas, por disposición expresa del artículo 1077 del Código Judicial.

Tomó en consideración el juez a-quo la prohibición contenida en la Constitución Política de la República de Panamá de llevar a cabo acciones, en el comercio o la industria, que tiendan a restringir o imposibilitar el libre comercio y la competencia y que tengan efectos de monopolio en perjuicio del público, así como la existencia de unas conductas categorizadas como monopolísticas (prohibidas y sancionables) por la Ley 29 de 1996.



Fue reconocido que las sociedades parte en el proceso son competidoras, así como también la celebración de un Acuerdo de Alianza Comercial el 1 de junio de 1998, aprobado por la Dirección General de Aeronáutica Civil mediante Resolución No.084/DTTA/DAC de 26 de agosto de 1998, consistente en compartir Códigos de Vuelo por parte de COPA, AVIANCA y SAM para las rutas entre cinco ciudades de Colombia (Bogotá, Medellín, Barranquilla, Cali y Cartagena) y la ciudad de Panamá, acuerdo que estuvo vigente hasta el 1 de noviembre de 1999, ambos aspectos que nunca resultaron controvertidos.

Explica el Juzgador de primera instancia que "Del análisis del controversial acuerdo de código compartido visible de fojas 21 a 30, vemos que en la segunda cláusula denominada INTENCIÓN persiguen las partes entre otras cosas "coordinar itinerarios y realizar otras gestiones comerciales y operativas, para mejorar el servicio a sus clientes y poder competir en forma efectiva con otras aerolíneas que concurren en los mismos mercados"; amén de que en su cláusula décimo sexta denominada NO EXCLUSIVIDAD señala la no exclusividad del acuerdo, salvo la ruta Colombia y Panamá, donde si será exclusivo."

Se hace alusión en la sentencia apelada a la existencia de un Memorando de Entendimiento entre las Autoridades



Aeronáuticas de Colombia y Panamá, que figura como prueba en el expediente, por medio del cual queda establecido que ambas delegaciones expresan su interés de que el desarrollo de los servicios aéreos se brinden en un ambiente de igualdad de oportunidades y de sana competencia, para lo cual dichos organismos gubernamentales podrán intervenir directamente en el mercado para contrarrestar prácticas desleales, desórdenes tarifarios o fenómenos de efectos equivalentes

Fue considerado, en la sentencia apelada, que era de buen sentido y conforme a los dictados de la lógica, inclinarse por la opinión mayoritaria y acorde de los peritos contra la disconformidad de uno solo (ante la ausencia de otras pruebas que enervaran esos dictámenes), en lo atinente a que Aerolíneas Centrales de Colombia, S.A. (ACES), presentó declaraciones juradas de renta para los años 1995, 1997, 1998 y 1999 (en el año 1996 no lo hizo) en las cuales reportaba pérdidas en sus operaciones en Panamá y que si bien el margen de contribución de ACES aumentó en un 39.78% en el año 1998, ello se debió a que la empresa ese año cambió su sistema de clasificación de costos, por lo que no resulta comparativo un año con el otro, toda vez que se perdió el principio de consistencia (decide ubicar los costos mediante costos fijos, costos variables y el



Overhead -gastos indirectos- lo cual reubica algunos costos que antes se presentaban en los costos indirectos pasando a ubicarse en los costos fijos y variables y la gran mayoría a los costos indirectos).

La sentencia recurrida encuentra también fundamento en los resultados obtenidos de los peritajes económico. Expuso el juzgador de primera instancia que los peritos de la demandante (CLICAC) OSCAR GARCIA CARDOZE y MANUEL DE ALMEIDA CODINHA, refieren en su informe que: no se puede concluir que existen nexos causales determinantes entre el cese de operaciones de ACES en Panamá y la puesta en ejecución de la alianza comercial por código compartidos entre COPA, AVIANCA y SAM, puesto que si bien la participación de mercado de ACES se deteriora rápidamente en coincidencia con la operación de este Acuerdo, también se da un evento notable como lo es la entrada de un cuarto operador en este mercado (SAM) un mes antes de que el Acuerdo diera inicio y que desde el primer mes en que empieza a operar la ruta Bogotá-Panamá y viceversa, ya da cuenta de un 30% de los pasajeros que en dicho mes transportaron individualmente ACES y AVIANCA, y casi un 42% de la cantidad de pasajeros movilizadas por COPA. Que no pueden atribuir al Acuerdo entre COPA, SAM, AVIANCA, una cantidad determinada en concepto de daños y perjuicios



ocasionados en contra ACES, porque hay elementos concomitantes (entrada de un operador nuevo en un mercado oligopolio) y recurrente (pérdidas netas previas) que no permiten llegar a tal afirmación.

Se deja también expuesto que el Licenciado JOSE GALAN PONCE, perito de la parte demandada (COPA), refiere en sus informes que los efectos del mecanismo de código compartido por regla general son pro-competitivos por cuanto genera evidentes beneficios tanto para las aerolíneas participantes, como para los consumidores y para las ciudades y comunidades servidas por los vuelos contemplados en el respectivo Acuerdo de Código Compartido pues proporciona mayores opciones de servicios en destinos y conexiones, facilitando la reserva y confirmación de vuelos, agilización en las conexiones, tanto en la persona del pasajero como en el manejo del equipaje acompañado, y reducción en el tiempo de espera. Agrega que el mercado relevante del Acuerdo de Código Compartido celebrado en 1998 entre COPA, AVIANCA y SAM estaba integrado por todas las setenta y nueve (79) rutas señaladas en dicho acuerdo, que son explotadas por veinticinco (25) aerolíneas, dieciséis (16) desde Colombia y doce (12) desde Panamá, y la totalidad de las rutas no son necesariamente servidas por COPA, AVIANCA o SAM y que, además, dicho Acuerdo tenía



un alcance sumamente limitado, tanto por razón del número de asientos cubiertos como por el hecho de que no había obligación de las partes de comprar los asientos bloqueados.

Otras pericias que reposan en el expediente y que fueron tratadas en la sentencia apelada refieren (ORIEL A. DOMINGUEZ perito de la demandante CLICAC y Doctor. DIEGO PARDO TOVAR perito de las demandadas AVIANCA y SAM) se muestran en el sentido de que el Acuerdo de Código Compartido celebrado entre COPA, AVIANCA y SAM no supone decisiones conjuntas para fijar precios puesto que en él no se menciona nada respecto a precios que cada compañía cobraría a los pasajeros, los cuales están sujetos a la aprobación de la entidad aeronáutica de sus país respectivo (perito de CLICAC) y que los códigos compartidos, en el momento actual, más que ventajas para las empresas, se han constituido en verdaderos imperativos de supervivencia en el mundo globalizado del transporte aéreo con ventajas notables para los usuarios en lo atinente a las reservas y a las conexiones, siendo cada vez más utilizados y si bien el sistema no ha sido aún materia de regulación formal de carácter internacional, ciertas prácticas se van constituyendo en costumbre internacional, tal cual es el caso de la previa autorización gubernamental (Dr. Pardo



Tovar).

Se sostiene en la sentencia recurrida que las prácticas monopolísticas relativas se analizan bajo lo que la doctrina ha llamado la regla de la razón lo que implica que determinar la ilegalidad de este tipo de prácticas supone un análisis de las circunstancias especiales del caso, la intención de las partes y los beneficios o perjuicios que se generan a la libre competencia

Se va concluyendo por el a-quo que COPA no tenía poder sustancial en el mercado pertinente y que en la ejecución del Acuerdo celebrado con anuencia de la Dirección de Aeronáutica Civil de Panamá, no se crearon barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores, además de ser acuerdos que, según declaraciones de funcionarios de esa Dirección, se celebran rutinariamente permitiendo a los transportistas aéreos vender puestos bajo su código de operación, redundando en beneficio de los usuarios, consistentes principalmente en mayores opciones de servicio en destinos y conexiones, agilización en las conexiones y manejo del equipaje, reserva y confirmación de vuelos, beneficios de este tipo de acuerdos a que se refieren testigos en este proceso.



Reitera el Juez de primera instancia que las declaraciones de renta de la empresa ACES dan cuenta de que experimentó pérdidas en sus operaciones ya desde un año antes a la implementación del Acuerdo (B/.209,281.65) y luego en el año 1997 (de B/.331,931.97) y para el año 1998 (de B/.693,229.14) lo que desvanece la posibilidad de ser resarcida por daños y perjuicios que puedan atribuirse a las demandadas.

Concluye que apreciado en su conjunto el cúmulo probatorio aportado por ambas partes, el acuerdo de código compartido celebrado entre las compañías COPA, AVIANCA y SAM , y refrendado por la Dirección de Aeronáutica Civil, no constituye infracción del artículo 5 en concordancia con los artículos 13, 14 (numeral 8), 15, 16 y 17, y del artículo 11 de la Ley 29 de 1996.

LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN
INTERPUESTO POR CLICAC (ahora ACODECO)

Sostiene el Licenciado Ricardo Salcedo, en nombre de CLICAC que en el transporte aéreo el mercado pertinente siempre es el transporte del punto X al punto Y; no hay sustituibilidad o sucedáneos, de manera que la ruta Panamá-Bogotá es el mercado pertinente y no todas las rutas que



abarca el Acuerdo de Código Compartido, como señala el Juzgador de instancia quien además confunde los conceptos de prácticas monopolísticas absolutas y relativas, error que se evidencia en sus citas legales.

Recalca que impedir el acceso al mercado es la conducta que atribuye a las demandadas COPA, AVIANCA y SAM y el proceso se fundamenta en el poder sustancial colectivo que se creaba en la ruta Panamá-Bogotá al coaligarse estas tres aerolíneas porque es la ruta gancho, aquella sin la cual el servicio entre Panamá y Colombia no es viable. Explica que es el servicio entre las dos ciudades más grandes e importantes (capitales) y terminal de un Hub siendo Tocumen el centro de acopio y distribución de COPA cuyos vuelos llegan casi al mismo tiempo (y poco tiempo después) para que los pasajeros cambien de avión, de manera que los procedentes de Nueva York y Los Angeles toman un mismo vuelo en Tocumen hacia Bogotá sin mayor tiempo de espera.

Argumenta que el Acuerdo de Código Compartido debió ser abierto y no cerrado pues al ser cerrado, esto es, exclusivo entre Panamá y Bogotá, ACES o cualquier otra línea aérea que quisiera competir terminaba compitiendo con COPA, AVIANCA y SAM, y todas las demás aerolíneas vinculadas a COPA y es la razón por la cual las



legislaciones modernas reconocen el poder sustancial colectivo que, si bien es un término no utilizado en nuestra Ley, está implícito en la redacción del artículo 14 y explícito en los numerales 6 y 7 de ese canon legal referentes al boicott y a la depredación. Alude a pronunciamiento previo de este Tribunal Superior en el sentido de que la aprobación de la Dirección de Aeronáutica Civil al Acuerdo de Código Compartido en modo alguno significaba que no fuera violatorio de la Ley.

Sostiene este recurrente que el Acuerdo de Código Compartido que se impugna (sic) nunca debió ser permitido por cuanto se constituye en una actuación conjunta disfrazada ya que un Código Compartido típico lo que permite es alcanzar a más ciudades de las que una aerolínea alcanza y a ese tipo de acuerdos se refieren quienes declararon sobre sus bondades como testigos en este proceso; en tanto que el Código Compartido que nos ocupa permite compartir asientos, horarios, frecuencias e información con lo cual desaparecía la competencia entre las empresas y aparecía la cooperación.

Asevera que hubo ligereza en la Dirección de Aeronáutica Civil de Panamá pues permitió que la cláusula más importante del Acuerdo (aquella que establece la no



exclusividad) la permitiese en la ruta más importante.

Aclara que no ha puesto en duda que los típicos acuerdos conocidos como de Código Compartido sean rutinariamente celebrados y aprobados por las autoridades de aeronáutica civil y son favorables para acceder a nuevos destinos al facilitar las conexiones, como señalaron los testigos y se valoró en la sentencia apelada. Lo que sostiene es que compartir códigos en una ruta concentrada es anticompetitivo.

Alega el recurrente que inclinarse por la opinión mayoritaria, como lo hizo el Juez de primera instancia, al valorar los peritajes, es dejar sus funciones al permitir que sean los peritos quienes decidan. Sostiene que el hecho de que ACES siempre perdió dinero en sus operaciones en Panamá no tiene importancia alguna puesto que pueden ser desplazadas del mercado tanto las empresas que producen pérdidas como las que obtienen ganancias. Agrega que los peritajes contables tampoco prueban que no hubiese desplazamiento pues lo importante para determinar el desplazamiento es la cantidad de pasajeros (ya que las tarifas están reguladas) y ACES sufrió un descenso sobre el número de pasajeros, como quedó plasmado en cuadro de la Contraloría General de la República, aportado por CLICAC al



expediente, que no fue mencionado en la sentencia.

Argumenta que la entrada de la aerolínea SAM al mercado demuestra el acceso antes del Acuerdo, pero no durante la vigencia del mismo y que no fue analizado el testimonio de María de Vásquez quien declaró acerca de códigos compartidos con rutas de más de una parada (aterrizaje) y no como el que nos ocupa, de punto A a punto B.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACION
DE AEROLINEAS CENTRALES DE COLOMBIA, S.A. (ACES)

Sostiene el Licenciado Luis Ramón Fábrega, en nombre de esta demandante (visto que encontrándose el expediente en alzada, esta sociedad apoderó al Licenciado Ramón I. Alemán, quedando por tanto revocado el poder anterior) que su inconformidad con la sentencia recurrida radica en que las prácticas monopolísticas absolutas son prohibidas per se, por el solo hecho de darse, sin tomar en cuenta ninguna circunstancia, aprobación estatal, práctica comercial o razón económica y que en este caso quedó probado que las sociedades parte eran competidoras y que se pusieron de acuerdo para intercambiar información, fijar el precio y distribuirse y comercializar un segmento del mercado, y esas prácticas monopolísticas ilícitas se desprenden de la sola lectura del Acuerdo.



Sostiene que el Juez de la causa ignoró el mandato constitucional de la prohibición per se y confundió conceptos y normas aplicables a las prácticas monopolísticas relativas con aquellas aplicables a las absolutas lo cual se evidencia con el análisis del mercado pertinente, lo cual no es dable al estimarse casos que tienen una prohibición compulsiva.

Asegura que la fijación de una comisión cruzada es una fijación de precio entre competidores pues fijan el precio que se cobran entre sí por la venta de sus servicios. Advierte que con relación a la distribución del mercado se hizo abstracción absoluta del tema y, al contrario, el Juez lo utilizó para justificar su decisión lo que denota un desconocimiento del contenido y alcance de la Ley y resulta preocupante que advertida la comisión de una práctica prohibida se proceda a justificarla sobre la base de su poca importación o duración.

En lo tocante al daño, el recurrente se muestra inconforme con la afirmación del Juez a quo de inexistencia de daño sobre la base de los peritajes de las otras partes del proceso y, en particular por el hecho de que su representada declaró pérdidas a efectos del pago del impuesto sobre la renta en el periodo señalado, haciendo



completa abstracción de los hechos comprobados en el juicio que dejan sin validez las afirmaciones de las partes y sin relevancia el que la empresa no haya tenido ganancias al momento en que se vio obligada a salir del mercado.

Asevera que está probado en el expediente que a raíz de la entrada en vigencia del Acuerdo, su representada tenía una participación en el mercado de 32.37% que se fue reduciendo en forma constante hasta llegar a 0% con su salida del mercado y que sus inversiones considerables para entrar al mercado tuvieron caída pero representan un valor económico, indistintamente a si la empresa hubiese producido dividendos al momento de su cierre.

Se agrega que el juzgador de primera instancia en su apresurado análisis del voluminoso expediente omite analizar la totalidad de sus pretensiones no solo en el caso de las prácticas monopolísticas absolutas, sino también en el caso de las prácticas monopolísticas relativas, conceptos que, además, confunde, y no valoró el informe pericial del perito designado por la demandante que acredita el daño causado al mercado y, por ende, al consumidor pues está probado que al día siguiente de comunicarse la suspensión provisional de vuelos de ACES, las demandadas redujeron la cantidad de libras de equipaje



3906

permitido a cada pasajero.

Asegura que, de manera científica, el perito designado por su representada, estableció que ACES sufrió daños y perjuicios a raíz del Acuerdo, en el periodo de junio de 1998 a septiembre de 2001 cifrados en B/.5,854,731.19

La sentencia, a juicio del recurrente, no pondera el gran caudal probatorio presentado por CLICAC, específicamente el Informe sobre Prácticas Monopolísticas en el Mercado de Transporte Aéreo, de gran valor científico y elemento de juicio esencial para el inicio del proceso.

Uno de los pilares de la sentencia de primera instancia, indica el recurrente, es que el Acuerdo de Código Compartido demandado fue aprobado por la Dirección de Aeronáutica Civil de Panamá, desconociendo con ello decisiones del Tercer Tribunal Superior de Justicia en este mismo caso.

Sigue argumentando el apelante que la sentencia se fundamenta en declaraciones testimoniales de altos ejecutivos de las empresas demandadas, representantes de agencias de viajes (testigos sospechosos por existir relaciones de dependencia laboral en unos casos y estrechas



relaciones comerciales, en otros) y en declaraciones de funcionarios de la Autoridad de Aeronáutica Civil de Panamá que se apersonaron al proceso a tratar de defender sus actuaciones, más aún cuando el actuar de estos funcionarios públicos dieron cabida a esta controversia.

Continua exponiendo que es evidente para todos con un mínimo conocimiento en materia de transporte aéreo en Panamá, que las autoridades de aviación panameña, jamás hubiesen autorizado una nueva frecuencia a la aerolínea SAM sin la anuencia de COPA, que por todos es conocido ejerce una enorme influencia sobre las autoridades de aviación panameña, no solo por ser la aerolínea de bandera nacional, sino por el grupo económico que la respalda.

Sostiene el recurrente que el Acuerdo tenía por objeto desplazar a ACES y una vez desplazada las demandadas dejaron sin efecto el Acuerdo.

Recalca que es irrelevante que la Dirección de Aeronáutica Civil le otorgara autorización al Acuerdo pues, como dijo este Tribunal, no es temática del proceso si esta entidad emitió un acto en contravención a las normas que regulan la aeronáutica en nuestro país, sino que debe determinarse si el contenido del precitado acuerdo entre las compañías



contraviene o no las normas sobre libre concurrencia y libre competencia.

Advierte el recurrente acerca del reconocimiento tácito de la ilicitud del acuerdo por parte de las demandadas cuando, al ser notificados por CLICAC de una posible suspensión del acuerdo, ofrecen modificarlo para adecuarlo a la Ley y, luego, lo terminan.

El apelante afirma que está también probada la práctica monopolística relativa (los actos predatorios) y que el mercado pertinente lo constituye la ruta directa Panamá-Bogotá-Panamá, que no puede ser sustituida por otro servicio en términos económicamente razonables. En ese mercado pertinente, asegura, previo a la firma del convenio, COPA y el grupo AVIANCA-SAM tenían el control de un 66.73% y ACES era el único otro agente que en él operaba, con una participación de 33.27%. Al ser su representada excluida de los códigos compartidos, mientras las otras tres compañías podían ofrecer todas las rutas de las tres líneas como si fueran propias, ACES solo podía ir y regresar a Bogotá en sus propios itinerarios; además, el grupo AVIANCA/SAM adoptó a partir de agosto de 1998 la política de no aceptar cupones de pasajes de ACES a menos que fueran de tarifa plena de un año, mientras aceptaban



los cupones de COPA a cualquier tarifa registrada.

Se sostiene por el recurrente que bajo el paraguas del Acuerdo, las demandadas coordinaron itinerarios, se mercadeaban y se informaban los vuelos a los pasajeros por medio los altoparlantes de los aeropuertos como si fueran una sola compañía, manejaban la demanda del servicio como si fueran una sola empresa, establecieron comisiones por facturación que no podía pagar su representada ni era recibida por ella de sus competidores, AVIANCA/SAM se negaba a recibir las tarjetas de viajero frecuente de ACES, las cuales recibirían en circunstancias normales al pertenecer ambas al sistema Latin Pasa de viajero frecuente y se establecía una exclusividad discriminatoria en la ruta Panamá-Bogotá-Panamá, todo ello evidenciado en el mencionado Informe sobre Prácticas Monopolísticas en el Mercado de Transporte Aereo.

LOS ARGUMENTOS DE COPA
EN OPOSICION A LOS RECURSOS DE APELACION

En nombre de esta sociedad actuó en oposición el Licenciado Jorge Federico Lee quien solicita se confirme la sentencia de primera instancia por cuanto lo que convinieron COPA, AVIANCA y SAM fue compartir códigos en 79 rutas y, en la



actualidad, se acepta unánimemente que los acuerdos de código compartido entre aerolíneas son herramientas indispensables para el desarrollo de la aviación internacional, a tal punto que todas las aerolíneas internacionales operan compartiendo códigos (como luego de haber entablado la demanda hizo ACES con AVIANCA y SAM en todas y cada una de las rutas internacionales e internas dentro de Colombia que operaban estas tres aerolíneas, tan pronto constituyeron la entidad denominada ALIANZA SUMMA). Apuntala que ACES no ha podido demostrar en forma alguna que el referido Acuerdo conculca la Ley 29 de 1996.

Alude al opositor a la inconsistencia de la apelación por parte de ACES que acusa al Acuerdo de constituir tanto una práctica absoluta como una relativa, lo que constituye un absurdo jurídico: necesariamente hay que tipificar la conducta acusada como una u otra pues resulta imposible que tenga ambas condiciones. Al margen de ello, agrega, el Acuerdo celebrado el 1 de junio de 1998 entre COPA, AVIANCA y SAM es una herramienta pro-competitiva por lo que se trata de un acto jurídico plenamente ajustado a derecho durante cuya vigencia las partes nunca dejaron de competir entre sí, como lo manifestaron diversos testigos en la causa.



Se refiere también a que ante la contundencia de las pruebas aportadas por las demandadas, ACES se vio forzada a admitir que los acuerdos de código compartido no constituyen prácticas monopolísticas y ahora alega que el convenio celebrado entre COPA, AVIANCA y SAM no era un acuerdo de códigos compartidos, cuestión que no sostuvo a lo largo de la primera instancia.

No obstante, sostiene el opositor, el nuevo enfoque de ACES choca con el documento (el Acuerdo) que evidencia era para compartir códigos en 79 rutas internacionales que tenían como origen o destino la ciudad de Panamá, 9 ciudades de Colombia y 11 ciudades de Centroamérica y El Caribe, y se trata de un enfoque que no puede ser objeto de debate en el proceso porque lo único que está sometido a controversia -y por tanto a la decisión del Tribunal de Apelación- son las pretensiones de los demandantes de que se declare que el Acuerdo de Alianza Comercial mediante el Sistema de Códigos Compartidos celebrado entre COPA, AVIANCA y SAM el 1 de junio de 1998 configuran prácticas monopolísticas contrarias a la Ley 29 de 1996 puesto que en sus respectivas demandas, ni ACES ni CLICAC, pidieron que se declarara que las demandadas incurrieron en una simulación jurídica.



La cobertura del acuerdo, afirma el opositor, pone de manifiesto la falsedad de la aseveración de que COPA, AVIANCA y SAM concretaron el acuerdo con la finalidad de desplazar del mercado a ACES la cual, al igual que COPA, AVIANCA y SAM operaba la ruta Bogotá-Ciudad de Panamá, pero no volaba en ninguna de las restantes 78 rutas incluidas en el Acuerdo. Ni COPA, ni AVIANCA ni SAM tenían necesidad alguna de "eliminar", "desplazar" o "sacar" a ACES del mercado, como ésta afirma.

Agrega que la ruta Bogotá-Ciudad de Panamá nunca fue rentable para ACES por razón de notorias fallas estratégicas, como configurar una aeronave Boeing 727 con apenas 95 asientos, en vez de 150; no operar regularmente todos los días de la semana, como sí lo hacían COPA, AVIANCA y SAM; tener horarios de vuelo poco atractivos. Está probado que desde su inicio de operaciones en la ruta Bogotá-Panamá en 1995, ACES comenzó a acumular una enorme pérdida operativa, año tras año y es apenas cuestión de sentido común que su decisión de dejar dicha ruta se produjo cuando la pérdida acumulada le hizo insostenible mantener la operación, y nada tuvo que ver con la brevísima duración del acuerdo de códigos compartidos de 1 de junio de 1998 que, por otra parte, fue un completo fracaso ya que, como lo declararon varios testigos, COPA, AVIANCA y



SAM preferían -como es natural- vender los asientos bajo sus propios códigos en lugar de vender los asientos designados con códigos compartidos.

Resalta el opositor que la forma tan ineficiente en que ACES operaba en todas sus rutas internacionales finalmente llevó a esa aerolínea a declararse en quiebra en Colombia, hecho éste ampliamente divulgado a través de la prensa internacional y, por ende, notorio en el mundo de la aviación, fortísimo indicio de que el problema de ACES nada tenía que ver con el acuerdo de códigos compartidos entre COPA, AVIANCA y SAM, máxime tomando en cuenta que a escasos meses de haber iniciado operaciones en Panamá, y mucho antes de haberse celebrado el acuerdo de códigos compartidos, ACES solicitó autorización para suspender temporalmente y reducir el número de sus vuelos.

Sostiene que la imputación de que las demandadas perseguían dividirse el mercado a través del Acuerdo, denota un absoluto desconocimiento de la herramienta conocida como code-sharing o código compartido y de la razón por la cual las demandadas acordaron compartir códigos en 79 rutas internacionales que tenían como eje el hub o centro de conexiones de COPA en la ciudad de Panamá.



Se refiere a lo explicado por los peritos en este expediente: mediante un acuerdo de códigos compartidos, una aerolínea puede vender con su propio código designador un asiento en un vuelo operado por otra aerolínea, haciendo con ello posible que la aerolínea esté en capacidad de ofrecer destinos a los cuales no vuela con sus propias aeronaves, posibilitar el transporte más allá del puerto de entrada (beyond gateways).

La lectura del Acuerdo, manifiesta el opositor, permite apreciar que no contempla convenio alguno sobre precios de venta para el transporte aéreo de pasajeros, convenio que no resultaba siquiera posible dado que las tarifas aéreas tanto en Panamá como en Colombia, estaban sujetas a la regulación por parte de sus respectivas autoridades aeronáuticas y en eso coinciden los peritos, tanto el designado por el Tribunal como los designados por ACES.

Advierte que en el escrito de sustentación de apelación también se introduce una aseveración atinente a las comisiones fijadas como forma de fijación de precios, no mencionado en el libelo de demanda y que, por ello, no constituye parte del debate procesal. Aun así, indica, la comisión que la aerolínea operadora del vuelo reconoce a la aerolínea que vende el pasaje con su código designador no



3 9/5

constituye ni el precio de venta ni el precio de compra de los pasajes de transporte aéreo de los pasajeros.

Concluye el apoderado judicial de COPA que es falso que ACES haya sufrido daños como consecuencia del aludido acuerdo de códigos compartidos, de lo cual también hay prueba en el expediente (dictámenes de los peritos de CLICAC).

LOS ARGUMENTOS DE AVIANCA Y SAM
EN OPOSICION AL RECURSO DE APELACION DE CLICAC

El Licenciado Carlos A. Ehrman, apoderado de estas dos sociedades que resultaron favorecidas en la sentencia de primera instancia, presentó escrito de oposición a la apelación en el cual sostuvo que las empresas demandadas fueron competidoras antes, durante y después de la vigencia del Acuerdo y que no fijaron precios dada la regulación existente al respecto y que una comisión cruzada no se constituye en una fijación de precios.

También alude a lo repetitivo de la demandante en pretender limitar el mercado pertinente a la ruta Panamá-Bogotá sin considerar todo el cuadro de rutas incorporado en el Acuerdo demandado, conjunto de rutas que los peritos del Tribunal coincidieron al señalar que conforman el mercado



pertinente.

Atribuye al apelante el no realizar que no hay prueba alguna en el expediente de que el servicio de transporte aéreo en la modalidad de código compartido brindado por COPA, AVIANCA y SAM no lo hubiera podido prestar otro operador y mucho menos que los consumidores de dicho transporte no hubiesen tenido la posibilidad de contar con un servicio sucedáneo pues ACES estaba en libertad de ofrecer el transporte dentro del marco de las rutas permitidas por la Dirección de Aeronáutica Civil.

Destaca que, como afirman los peritos y testigos a lo largo del expediente, el Acuerdo de Código Compartido redundó en una mejor oferta para los usuarios.

Otro argumento erróneamente planteado por el recurrente, sostiene, es el del poder sustancial en parte de la ruta toda vez que uno de los elementos para tener poder sustancial es el estar en capacidad o libertad de establecer tarifas, modificar rutas, frecuencias de vuelos, etc., lo que no ocurre en este caso, como lo refirieron los propios peritos del recurrente, Oriel Dominguez (quien señaló que el acuerdo no supone decisiones conjuntas para fijar precios) y Jovany Morales (en cuanto a las tarifas,



estas no suponen decisiones conjuntas de las partes en cuanto a precios y que las tarifas son sometidas a la Dirección de Aeronáutica Civil. Se alude también a lo dictaminado sobre los peritos de que el mercado pertinente está constituido por el conjunto de las rutas para vuelos bajo Código Compartido y al informe del perito de CLICAC que expresa que "el Acuerdo de Código Compartido no resultó en la supresión de los incentivos económicos para que cada una de las partes de dicho Acuerdo siguieran compitiendo entre si..."

Explica el recurrente, citando a perito, que un efecto restrictivo referido a la participación de terceros, supone, entre otras cosas, que se alinien las tarifas y se impida el acceso a terceros en determinadas rutas, lo que en este caso no ocurrió.

Se asevera que el recurrente ha ignorado por completo las reglas básicas y elementales de valoración jurídica que, de todo dictamen o informe pericial, debe hacer el juzgador, teniendo en cuenta que se cumplen las condiciones que le darán la suficiente fuerza para que las pericias puedan ser estimadas por este, lo que estima se produjo correctamente en este caso.



Exterioriza su consideración acerca de que el fallo recurrido viene fundamentado en las disposiciones que regulan la materia y se pudo comprobar la verdad material que resultó tanto de los informes periciales como de las pruebas testimoniales que, incluso las del demandante, favorecen a sus representadas AVIANCA y SAM.

Tiene presente este Tribunal que ACES desistió del recurso de apelación en lo que a AVIANCA y SAM se refiere y con respecto a las cuales ya no le interesa a ACES obtener una revocatoria de la sentencia de primera instancia, esto es, obtener un fallo condenatorio de las mismas.

Ese desistimiento debe recordarse, encontró acogida por este Tribunal, al encontrarlo viable en términos jurídicos y (sobre el cual también hubo pronunciamiento ante recurso de reconsideración). Pero, no obstante lo anterior, el escrito de oposición a la apelación fue presentado oportunamente y debe considerarse que CLICAC también recurrió la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Noveno de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de la República de Panamá, medio de impugnación con el cual pretende la revocatoria del fallo recurrido y, por ende, la condena de estas dos sociedades por haber incurrido en prácticas monopolísticas. Naturalmente, la



temática acerca de la condena al pago de los daños causados (multiplicada por tres o triple daño) que es pretensión de ACES (más no de CLICAC porque no puede pretenderlo) será vista solamente en relación con COPA, única que, dadas las circunstancias, podría resultar condenada en tal sentido por razón, como se dijo, del desistimiento del recurso de apelación presentado por ACES en lo que a AVIANCA y SAM atañe.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ALZADA

No han resultado controvertidos en ninguna etapa del proceso aspectos y condiciones que, prima facie, deben estar presentes en este contencioso: la legitimación de las partes (tanto activa como pasiva) y la calidad de competidores de los entes mercantiles que conforman las partes del proceso. Tampoco fue controvertido el hecho de que existe un Acuerdo de Código Compartido suscrito por las demandadas AVIANCA, SAM y COPA, que se tilda de violatorio de las normas de defensa de la competencia.

Fijados por las partes los límites de este pronunciamiento de segunda instancia, deberá este Tribunal circunscribirse a determinar si COPA ha incurrido en prácticas



monopolísticas absolutas y también relativas y, en caso afirmativo, determinar que daños fueron causados y su cuantía, a partir de la cual es posible calcular el triple daño.

Al abordar tal tarea ha de estarse a lo dispuesto en la Ley 29 de 1996, cuerpo legal que estaba vigente al momento en que surge la controversia traída a conocimiento y decisión de los tribunales que, en desarrollo del mandato constitucional (artículo 290, el cual establece que es prohibido en el comercio y en la industria toda combinación, contrato o acción cualquiera que tienda a restringir o imposibilitar el libre comercio y la competencia y que tenga efectos de monopolio en perjuicio del público) prohíbe ciertas prácticas en el mercado.

En lo que toca a las prácticas monopolísticas absolutas, el citado cuerpo legal atribuye carácter ilícito en el artículo 11 a cualquier combinación, arreglo, convenio o contrato entre agentes económicos competidores o potencialmente competidores, entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

1. Fijar, manipular, concertar o imponer el precio de venta o compra de bienes o servicios, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.



2.Acordar la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar, sino solamente una cantidad limitada de bienes, o la de prestar un número, volumen o frecuencia limitado de servicios.

3.Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado existente o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempo o espacios determinados o determinables, o

4.Establecer, concertar o coordinar posturas o abstención en licitaciones, solicitud de precios, concursos o subastas públicas.

A la luz de lo dispuesto en los artículos 10 y 12 de la Ley 29 de 1996, las prácticas arriba listadas tienen en sí mismas carácter ilícito sin consideración de sus posibles efectos económicos negativos, por lo que no sirve como defensa, la circunstancia de que una práctica de ese tipo no haya ocasionado efectos negativos a un competidor o a posibles competidores, o a los consumidores, por lo que sus autores deben ser sancionados aun cuando no se hayan perfeccionado o no hayan surtido sus efectos.

De otra parte, en lo que toca a las prácticas monopolísticas relativas la ley aplicable a la solución de la controversia, regula lo siguiente:

Artículo 13. Concepto de prácticas monopolísticas relativas. Son prácticas monopolísticas relativas, **las susceptibles**



de afectar negativamente los intereses de los consumidores, conforme a los supuestos previstos en los artículos 15, 16 y 17 de esta Ley.

Artículo 14. Prácticas monopolísticas relativas ilícitas. Con sujeción a que se comprueben los supuestos previstos en los artículos 15, 16 y 17 de la presente Ley, se consideran prácticas monopolísticas relativas, y por consiguiente se prohíben, los actos unilaterales, combinaciones, arreglos, convenios o contratos cuyos objeto o efecto sea desplazar indebidamente a otros agentes económicos del mercado pertinente, impedirles su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los casos siguientes:

1. Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluyendo la división, distribución o asignación de clientes o proveedores, así como la imposición de la obligación de no producir o distribuir bienes o servicios por un tiempo determinado o determinable.

2. La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al revender bienes o prestar servicios.

3. La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre la base de reciprocidad.

4. La venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar, los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero.



5. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a determinadas personas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros, salvo que medie incumplimiento por parte del cliente o potencial cliente, de obligaciones contractuales con el agente económico, o que el historial comercial de dicho cliente o potencial cliente demuestre un alto índice de devoluciones o mercancías dañadas.

6. La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlos a actuar en un sentido determinado.

7. Cualquier acto predatorio realizado unilateral o concertadamente por un agente económico, tendiente a causar daños y perjuicios o a sacar del mercado pertinente a un competidor o a prevenir que un potencial competidor entre a dicho mercado, cuando de tal acto no puede esperarse razonablemente la obtención o incremento de ganancias sino por la expectativa de que el competidor o potencial competidor, abandonará la competencia o saldrá del mercado, dejando al agente con un poder sustancial o con una posición monopolística sobre el mercado pertinente.

8. En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de la libre competencia económica y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios.

Artículo 15. Supuestos de hecho. Las prácticas monopolísticas relativas se considerarán violatorias de la presente Ley, únicamente si se comprueba la existencia de los dos supuestos siguientes:

1. Que el agente tenga poder sustancial sobre



el mercado pertinente, y
2. Que dichas prácticas se realicen respecto a bienes o servicios que correspondan al mercado pertinente de que se trate.

Artículo 16. Determinación del mercado pertinente. El mercado pertinente en el caso de que se trate, se determinará en base a los criterios siguientes:

- 1. Las posibilidades de sustituir el bien o el servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, y la capacidad de los consumidores de contar con bienes o servicios sucedáneos.
- 2. Los costos de distribución del bien mismo, de sus insumos, de sus complementos y de sus sustitutos dentro del territorio nacional o en el extranjero, teniendo en cuenta los costos de transporte, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o sus asociaciones, así como el tiempo requerido para abastecer el mercado pertinente.
- 3. Los costos y posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados.
- 4. Las restricciones normativas que limiten el acceso de consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.

Artículo 17. Poder sustancial. Para determinar si un agente económico tiene o no poder sustancial sobre el mercado pertinente, se tomarán en cuenta los siguientes factores:

- 1. Su participación en este mercado y su capacidad de fijar precios unilateralmente o de restringir el abasto en el mercado pertinente, sin que los agentes competidores puedan, efectiva o potencialmente, contrarrestar dicha capacidad.
- 2. La existencia de barreras de entrada al mercado pertinente y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto las barreras como la oferta de otros competidores.
- 3. La existencia y poder de los agentes



competidores.

4.Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos.

5.Su comportamiento reciente.

6.Los demás criterios que se establezcan mediante decreto ejecutivo.

Corresponde entonces determinar si con la suscripción de ese convenio o acuerdo de código compartido, se incurrió en conductas ilícitas, listadas en los artículos 11 y 14 de la Ley 29 de 1996. Para mayor claridad de análisis transcribiremos el documento que lo antecedió suscrito entre los representantes del Gobierno de la República de Panamá y del Gobierno de la República de Colombia, el 26 de julio de 2007, cual es el Memorando de Entendimiento entre autoridades aeronáuticas de Colombia y Panamá.

MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO ENTRE AUTORIDADES AERONÁUTICAS DE COLOMBIA Y PANAMÁ.

El día 26 de julio de 1997 se reunieron en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia, los representantes del Gobierno de la República de Panamá y del Gobierno de la República de Colombia, para definir un nuevo esquema que regule las relaciones aerocomerciales entre los dos países, teniendo como base el principio en el anexo 1 del presente Memorando de Entendimiento.

Después de un amplio intercambio de puntos de vista, y contando con la participación de las líneas aéreas de ambos países, las dos delegaciones acordaron adoptar las siguientes cláusulas para regular los servicios de



transporte aéreo entre sus respectivos territorios:

A.DISPOSICIONES GENERALES

1.Ambas delegaciones manifiestan su interés mutuo en el desarrollo de los servicios de transporte aéreo, bajo un ambiente de igualdad de oportunidades y sana competencia, para lo cual, las autoridades aeronáuticas podrán intervenir directamente en el mercado a fin de contrarrestar prácticas desleales, desorden tarifario o fenómeno de efectos equivalentes.

2.En cualquier momento, la autoridad aeronáutica de una Parte podrá solicitar a la otra la celebración de una reunión de consulta para revisar, examinar, evaluar o tratar aspectos relativos al desarrollo de sus relaciones aerocomerciales. Esta reunión deberá celebrarse en un plazo máximo de dos (2) meses desde la fecha en que sea solicitada.

3.La autoridad aeronáutica de una Parte Contratante notificará por escrito directamente a la autoridad aeronáutica de la otra Parte Contratante, la designación de su línea o líneas aéreas para la prestación de los servicios de transporte aéreo, conforme a los términos del presente Memorando. Para los servicios mixtos de pasajeros, correo y carga, las dos autoridades ratifican las designaciones de las aerolíneas que operan actualmente y congelan estas designaciones.

4.Las autoridades aeronáuticas facilitarán los acuerdos de colaboración entre las compañías de los dos países. Así mismo, las rutas autorizadas podrán operarse individualmente o a través de código compartido entre las aerolíneas designadas. De igual manera, las compañías designadas de los dos países podrán celebrar acuerdos de utilización de equipos entre ellas, dentro de la oferta de capacidad autorizada para cada Parte.

5.Ambas Partes Contratantes exhortarán a las autoridades competentes en sus respectivos territorios, para que se evite la doble tributación por la explotación de los servicios



de transporte aéreo que efectúen las aerolíneas designadas de ambos países.

B. SERVICIOS MIXTOS DE PASAJEROS, CARGA Y CORREO
1. CONTROL DE CAPACIDAD

Se fija un límite de veintiocho (28) frecuencias semanales para las aerolíneas panameñas, siete (7) de las cuales serán en combinación en la ruta Panamá-Cartagena/Barranquilla. Panamá no podrá intercambiar destinos y podrá operar un máximo de siete (7) frecuencias semanales por ciudad.

Se fija un límite máximo de cincuenta y seis (56) frecuencias semanales para las aerolíneas colombianas

Las aerolíneas de ambos países podrán operar en cada vuelo un máximo de ciento cincuenta (150) sillas.

2. CUADRO DE RUTAS

a) Rutas a ser operadas por las empresas panameñas

Del territorio de la República de Panamá a las ciudades de Bogotá, Cali, Medellín, Barranquilla y Cartagena.

b) Rutas a ser operadas por las empresas colombianas

De cualquier punto en el territorio de la República de Colombia a la ciudad de Panamá, y/o Colón y/o David. Además las líneas colombianas podrán operar en Panamá como punto intermedio en sus vuelos a San Andrés.

3. DERECHOS DE TRAFICO

Panamá otorga a Colombia derechos de quinta libertad a cualquier punto o puntos en Norteamérica, Centroamérica y el Caribe, que podrán ser ejercidos por las aerolíneas colombianas con un máximo de siete (7) frecuencias por destino, excepto en catorce (14) frecuencias semanales.

En la publicidad de servicios en conexión (sexta libertad), las aerolíneas designadas deberán anunciar el cambio de número de vuelo y especificar el punto de conexión.



4. TARIFAS

Las tarifas por los servicios de transporte aéreo que presten las aerolíneas deberán ser sometidas a la aprobación de ambas autoridades aeronáuticas (Principio de doble aprobación). Cuando se trate de servicios en conexión (sexta libertad), las tarifas ofrecidas y aplicadas no podrán ser inferiores a las tarifas autorizadas para el servicio directo al destino final del pasajero.

5. ITINERARIOS

Las líneas aéreas someterán a la aprobación de las autoridades sus respectivos itinerarios, conforme con las exigencias y disposiciones vigentes de cada país.

C. SERVICIOS EXCLUSIVOS DE CARGA

Para fomentar el desarrollo comercial entre los dos países, se acuerda que los vuelos exclusivos de carga operen con múltiple designación, sin limitación de d libertades. Sin embargo, las autoridades aeronáuticas podrán considerar, con base en reciprocidad y según las necesidades del servicio, el otorgamiento de derechos de tráfico adicionales.

Las dos delegaciones declaran que éste será el único instrumento vigente para regular las relaciones aerocomerciales entre los dos países, entrará en vigor a partir de la fecha de su firma y tendrá vigencia indefinida. Sin embargo, cualquiera de las partes podrá manifestar su deseo de darlo por terminado, para lo cual dará aviso por escrito a la otra Parte. La terminación del Acuerdo se hará efectiva seis (6) meses después de haber sido notificada esta determinación por una Parte Contratante a la otra Parte Contratante.

Las dos delegaciones declaran que éste será el único instrumento vigente para regular las relaciones aerocomerciales entre los dos países, entrará en vigor a partir de la fecha de su firma y tendrá vigencia indefinida. Sin embargo cualquiera de las Partes podrá manifestar su deseo de darlo por terminado, para lo cual dará aviso por escrito a la otra parte. La terminación del Acuerdo se hará efectiva seis



(6) meses después de haber sido notificada esta determinación por una Parte Contratante a la otra Parte Contratante.

Ambas delegaciones dejan constancia del ambiente de cordialidad y franqueza que caracterizó esta reunión.

Por la delegación de Colombia
ABEL ENRIQUE JIMENEZ NEIRA
Jefe de la Delegación

Por la delegación de Panamá
EUSTACIO FABREGA LOPEZ
Jefe de la Delegación

Consta en el expediente que luego de la suscripción de ese Memorando por las autoridades de los gobiernos de la República de Colombia y la República de Panamá, y a la luz del mismo, nace el Acuerdo suscrito entre COPA, SAM y AVIANCA que fue aprobado por la Dirección de Aeronáutica Civil, dentro del marco de sus funciones, mediante Resolución N°084/DTTA/DAC que reposa en el expediente. El Acuerdo se reproduce a continuación:

**ACUERDO DE ALIANZA COMERCIAL
ENTRE COPA, SAM Y AVIANCA**

Entre los suscritos, a saber: Gustavo Alberto Lenis Steffens, en su calidad de Presidente de la sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S.A. SAM, S.A. que en adelante se denominará SAM y además como Presidente de Aerovías Nacionales de Colombia, S.A. AVIANCA, y de la otra parte, Pedro O. Heilbron, en su calidad de Presidente Ejecutivo de la Compañía Panameña de Aviación, S.A., quien para efectos del presente contrato se denominará COPA, se ha convenido celebrar un acuerdo de alianza comercial por el sistema de Códigos Compartidos, que se regirá por las siguientes cláusulas:

1. DEFINICIONES



1.1. Billeto de Pasaje-Compañía comercializadora (Marketing): Es un billete emitido por esta compañía o por la compañía Operadora o por un tercero, en cuyos cupones de vuelo aparece en la casilla de "transportista" el Código Designador de la compañía Comercializadora.

1.2. Código Designador: Significará respecto de SAM la sigla MM o MM* respecto de AVIANCA la sigla AV o AV* y respecto de COPA la sigla CM o CM*

1.3. Compañía Operadora: es la compañía que mantiene el control operacional de la aeronave utilizada en los vuelos de código compartido.

1.4. Compañía Comercializadora: es la compañía cuyo código designador aparece en la casilla "transportista" de un cupón de vuelo de código compartido, sin ser la operadora de dicho servicio.

1.5. Vuelos de Código Compartido: son los vuelos operados por SAM, AVIANCA o por COPA que son objetos de este acuerdo.

Cualquier término no definido en este acuerdo será interpretado de conformidad con el Acuerdo de Tráfico Interlineal (Resolución 780) y otros documentos relevantes expedidos por la Asociación Internacional de Transporte Aéreo-IATA.

2. INTENCIÓN

Las partes buscan intercambiar sus códigos designadores en los vuelos que opere cada una de ellas y que sean objeto de este acuerdo, coordinar sus itinerarios y realizar otras gestiones comerciales y operativas, para mejorar el servicio a sus clientes y poder competir en forma efectiva con otras aerolíneas que concurren en los mismos mercados.

3. SERVICIOS CONJUNTOS

En adición a las rutas mencionadas en el anexo



1 y 2 las partes podrán incluir en el futuro otras rutas que de común acuerdo sean beneficiosas para los fines de este acuerdo.

3.1. Códigos Compartidos:

SAM y AVIANCA usarán los códigos designadores en las rutas operadas por COPA detalladas en el Anexo 1 de este acuerdo. COPA usará su código designador en las rutas operadas por SAM o por AVIANCA detalladas en el Anexo 2 de este acuerdo.

3.2. Servicio a Bordo: La compañía operadora proveerá a los pasajeros en vuelos de código compartido el mismo servicio que le presta a sus propios pasajeros, el cual, sin embargo, tratará de ser armonizado con las políticas que al respecto aplique la compañía comercializadora. A estos efectos las partes designarán a un grupo de funcionarios de ambas compañías, los cuales se encargarán de diseñar nuevos procedimientos y de mejorar los existentes con miras a garantizar una excelente atención a bordo de tales vuelos.

3.3. Coordinación de itinerarios y facilitación: Sin perjuicio de las restricciones operativas a que estén sujetas, las partes tomarán todas las medidas que sean necesarias para coordinar sus itinerarios, para disponer de instalaciones adecuadas en los aeropuertos que cada una sirve y para agilizar las transferencias de los pasajeros y equipajes en conexión entre sus respectivas redes.

3.4. Información al pasajero: Las partes realizarán las actividades que fueren necesarias para informar a los pasajeros, en los aeropuertos y abordó, sobre los servicios conjuntos que ellas prestan.

3.5. Programas de viajeros frecuentes y salas VIP: Las partes celebrarán convenios de participación recíproca en sus programas de viajero frecuente y de uso de los salones VIP. Tales convenios contendrán una cláusula de terminación simultánea con el presente acuerdo.



3.6. Condiciones Generales de Transporte: Las condiciones generales de transporte de la compañía comercializadora regirán el transporte de los pasajeros y equipaje de los vuelos de código compartido. No obstante, la compañía operadora compensará a los pasajeros en caso de que se les niegue el embarque con reserva confirmada, de acuerdo a sus propias políticas.

4. ACCESO A INVENTARIOS

La compañía operadora mantendrá el control sobre el inventario de sillas y posiciones de carga en los vuelos de código compartido. La compañía comercializadora tendrá acceso a tales inventarios de la siguiente forma:

4.1. Se definirán las clases de servicios de ambas compañías según el valor de los cupones de vuelo, de tal suerte que se garantice un acceso, en condiciones similares, a las reservaciones provenientes de la compañía comercializadora.

4.2. La compañía comercializadora estará sujeta a limitaciones de capacidad en todos los vuelos de la compañía operadora, las cuales se regirán según los términos del anexo 3.

4.3. Las anteriores limitaciones podrán ser aumentadas a solicitud de la compañía comercializadora o mediante oferta, que en este sentido, efectúe la compañía operadora.

4.4. Los procedimientos normales de venta interlineal se aplicarán para reservar y vender cupos en vuelos no cubiertos por este acuerdo.

4.5. Por lo demás, las partes definirán en forma detallada los procedimientos, acciones y demás actividades que se requieran para garantizar un manejo eficiente de los inventarios.

5. MERCADEO Y PUBLICIDAD



5.1. Mercadeo: Los vuelos de código compartido y los demás que se ofrecen en desarrollo de este acuerdo, serán comercializados en conjunto por las partes. En este sentido ellas se comprometen a diseñar planes de comercialización y ventas en los que se tenga en cuenta los siguientes aspectos: productos, mercadeo, objetivos, indicadores de gestión, estrategias, planes de comunicación y reporte y presupuesto.

Sin perjuicio de las leyes aplicables a este tipo de acuerdo, las partes intercambiarán información sobre el mercado y el tráfico en los vuelos de código compartido.

5.2. Publicidad: Los anuncios públicos iniciales sobre los vuelos de código compartido y demás servicios serán hechos conjuntamente, tan pronto como sea posible y en un formato previamente establecido. Igualmente los anuncios y la publicidad posterior serán diseñados y ejecutados en forma conjunta. Pero en ningún caso se anunciarán los vuelos propios sin que al mismo tiempo se anuncien los de código compartido.

La compañía comercializadora deberá informar a los agentes, consumidores y terceros en general que los vuelos de código compartido son, de hecho, operados por la compañía operadora, para lo cual usarán los procedimientos usuales en la industria o los que convengan las partes. Sin perjuicio de lo anterior la compañía comercializadora podrá publicitar tales vuelos usando su propio código designador.

6. ADMINISTRACION Y LIQUIDACION DE INGRESOS

6.1. La compañía operadora pagará a la compañía comercializadora, además de la comisión interlínea estándar de IATA (Interline Service Charge) que esté en vigor al momento de la venta, una comisión de código compartido (CCC) por cada cupón de vuelo que reciba con el código designador de la compañía comercializadora en los vuelos que opere en ejecución de este acuerdo. Dicha comisión será equivalente al 15% del valor del cupón de



vuelo respectivo.

6.2. La aceptación de los billetes de pasaje y la liquidación de las comisiones entre las partes seguirán los procedimientos establecidos en los Acuerdos Interlineales, Manual ACH y Manuales de Contabilización del Ingreso de IATA, salvo que las partes dispongan, por mutuo acuerdo, aplicar criterios diferentes.

6.3. Salvo acuerdo en contrario, todos los billetes de pasaje utilizados en vuelos de código compartido serán retenidos por la compañía operadora, la cual deberá procesarlos de la siguiente forma:

6.3.1. Deberá facturarlos a su expedidor siguiendo los procedimientos de compensación de cuentas de IATA.

6.3.2. Sin perjuicio de que le asista en el cobro de cuentas, en ningún evento la compañía comercializadora será responsable por las cuentas insatisfechas de la compañía operadora.

7.COMITÉ DE ALIANZA.

Las partes crearán un Comité de Alianza, el cual estará conformado por dos representantes de cada una. El Comité revisará la ejecución de este acuerdo, tratará de resolver las disputas que surjan entre las partes y examinará aspectos como el servicio al cliente, el desarrollo de una plataforma de sistemas en común, los planes de mercadeo y publicidad y, en general, cualquier otro asunto que se considere necesario para el éxito del presente acuerdo.

8. ENTRENAMIENTO

A su costa, cada parte se compromete a entrenar a su personal sobre los procedimientos a seguir para la adecuada ejecución de este acuerdo. Las partes intercambiarán el material de entrenamiento que posean sobre el tema, el cual, no obstante, será de propiedad de la compañía que



lo haya desarrollado.

9. SEGURIDAD Y MANTENIMIENTO

9.1. La compañía operadora aplicará sus procedimientos de seguridad para la revisión y control del pasajero, equipaje y carga. Sin perjuicio de lo anterior, las partes se comprometen a cooperar entre sí en tales asuntos en todos los aeropuertos servidos por los vuelos de código compartido.

9.2. El mantenimiento de las aeronaves utilizadas en los vuelos de código compartido será de exclusiva responsabilidad y correrá por cuenta de la compañía operadora.

10. SEGUROS

10.1. La compañía operadora mantendrá a su propio costo con aseguradores responsables y de reconocida solvencia, durante la vigencia de este acuerdo, las siguientes coberturas de seguros:

(a) Casco "todo riesgo" cubriendo la aeronave (incluyendo guerra y riesgos afines definidos en la cláusula de seguros de aviación AVN 48B).

(b) Responsabilidad civil de aerolíneas cubriendo pasajeros, equipaje, carga y correo, por daños a terceros en la superficie, y responsabilidad civil general (predios, productos y actividades de mantenimiento), incluyendo la responsabilidad que surja de guerra y riesgos aliados de conformidad con cláusulas de aviación AVN52C, hasta por la suma de quinientos millones de dólares (US\$500,000,000.00) por cualquier ocurrencia, cada aeronave, ilimitada, pero en el agregado respecto de la responsabilidad civil general.

(c) La compañía operadora requerirá a sus aseguradores que nombren a la compañía comercializadora, sus subsidiarias y afiliadas, sus agentes, accionistas, ejecutivos, directores y empleados como asegurados adicionales por sus respectivos derechos e intereses.



10.2. Los seguros de la compañía operadora mantenidos de acuerdo con la cláusula anterior, deberán incorporar los siguientes términos:

(a) Que los aseguradores renuncien a todos sus derechos de subrogación con respecto a los asegurados adicionales.

(b) Que el seguro es primario y sin derecho a contribución por parte de cualquier otro seguro de los asegurados adicionales.

(c) Indicar que todas las cláusulas del seguro, con excepción de los límites de responsabilidad, operarán como si se hubiera expedido una póliza para cada uno de los asegurados adicionales.

(d) Indicar que los asegurados adicionales no serán responsables por el pago de las primas de seguro y que los aseguradores renuncian a cualquier derecho de compensación o a hacer reclamaciones en contra de ellos.

(e) Especificarán que no podrán ser canceladas o materialmente alteradas a menos que se haya dado a la compañía comercializadora un aviso previo de treinta (30) días. (siete (7) días o un periodo menor en el caso de las coberturas de riesgos de guerra.

10.3. La compañía operadora proveerá a la compañía comercializadora los certificados de seguro que evidencien coberturas y condiciones.

11. RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACION

11.1. La compañía operadora asumirá cualquier responsabilidad que resulte de su operación. En aplicación de este principio la compañía operadora defenderá, indemnizará y mantendrá exenta a la compañía comercializadora, a sus divisiones, subsidiarias, afiliadas, matrices, y a sus respectivos accionistas, oficiales, directivos, empleador, agentes, sucesores o cesionarios de cualquier tipo de responsabilidad, reclamación, daño o



perjuicio, incluyendo costas judiciales y honorarios de abogado, derivados de las operaciones de la compañía operadora en cumplimiento de este acuerdo. Esta obligación se extenderá, pero no quedará limitada, a los casos de muerte o lesiones personales a los pasajeros y a cualesquiera otra persona, pérdida, daños o retrasos de equipajes, carga, correo, daños a terceros y daños a las aeronaves que se utilicen en ejecución por parte de la compañía operadora de este acuerdo. Así mismo la compañía operadora renuncia a cualquier tipo de reclamación o demanda que pueda ejercer en contra de las partes aquí mencionadas en razón de los mismos hechos.

11.2. Las indemnizaciones previstas en el numeral anterior no se aplicarán cuando la responsabilidad, reclamación, daño o perjuicio se derivan del dolo o culpa grave de la compañía comercializadora, y cuando los reclamos se produzcan por falta imputable a la compañía comercializadora en la expedición de los contratos y documentos de transporte, o por la infracción a las normas sobre propiedad intelectual por parte de esta última. En estos casos la compañía comercializadora defenderá, indemnizará y mantendrá exenta a la Compañía Operadora, a sus divisiones, subsidiarias, afiliadas, matrices y a sus respectivos accionistas, oficiales, directivos, empleador, agentes, sucesores o cesionarios, incluyendo costas judiciales y honorarios de abogados derivados de estos actos o hechos.

11.3. Cada compañía asumirá, en forma independiente y exclusiva, los daños a sus propios empleados.

11.4. Salvo por incumplimiento de la Cláusula 17, ninguna de las partes será responsable por daños punitivos, ejemplares o consecuenciales, incluyendo la pérdida de ingresos, utilidades y ganancias futuras, derivadas de la ejecución o incumplimiento total o parcial de este acuerdo.

11.5. Tan pronto como cualquiera de las partes



conozca de cualquier tipo de reclamación o demanda que se inicie en contra de cualquiera de ellas, y que se relacionen con este acuerdo, pondrá este hecho en conocimiento de la otra parte. En este caso se le brindará toda la colaboración y se proveerá de cualquier documento e información que tenga en su poder y que resultaren necesarios.

12. APROBACIONES GUBERNAMENTALES

12.1. Las partes se comprometen a obtener los permisos gubernamentales que sean necesarios para la ejecución de este acuerdo. Es claro que las obligaciones que de él se deriven, salvo la prevista en el artículo 17, quedan expresamente condicionadas en cuanto a su exigibilidad a dicha obtención.

12.2. Si no se logran obtener tales permisos o si ellos son expedidos con restricciones desfavorables, las partes podrán, de mutuo acuerdo, realizar las gestiones que sean necesarias para solventar esas dificultades en un periodo que no excederá de 12 meses. Si al final de dicho término dichas gestiones resultaren infructuosas, este acuerdo terminará en forma automática.

12.3. Cada una de las partes le suministrará a la otra los documentos presentados ante cualquier autoridad gubernamental y que se relacionen con la celebración y/o ejecución de este acuerdo.

13. IMPUESTOS

13.1. La compañía operadora será responsable del pago de los impuestos por la venta de servicios de transporte aéreo. La compañía comercializadora pagará la parte que de tales impuestos corresponda a la comisión interlínea estándar de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo -IATA- (Interline Service Charge) y a la comisión de Código Compartido (CCC).

13.2. Las partes se proveerán entre sí la documentación que sea necesaria para cumplir con las obligaciones impositivas y obtener las



excenciones (sic) y descuentos que sean aplicables a raíz de este acuerdo.

14. RESOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

Cualquier diferencia que surja entre las partes por la interpretación o aplicación de este acuerdo, y que no pueda ser resuelta mediante consulta entre sí, será sometida a la decisión de un tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio Internacional. El arbitramento será conducido por los árbitros designados por ellas. La decisión del tribunal será final y de obligatorio cumplimiento.

15. CAMBIO SUSTANCIAL

Si las condiciones del mercado de cualquiera de las partes cambiaren substancialmente, de tal forma que le (s) pueda resultar demasiado gravoso continuar con este acuerdo en los términos aquí pactados, cualquiera de ellas podrá solicitar una revisión del mismo. No se negará injustificadamente la aprobación de cualquier cambio razonable que pueda proponer la otra parte.

16. NO EXCLUSIVIDAD

Este acuerdo no es exclusivo y no impide que cualquiera de las partes celebre otros convenios de vuelos de código compartido y demás servicios conjuntos con terceros. No obstante, este acuerdo será exclusivo respecto de las rutas entre Colombia y Panamá.

17. CONFIDENCIALIDAD

Las partes tratarán como asuntos confidenciales, no sujetos a divulgación a terceros, toda la información y documentación que se relacionen de cualquier forma con este acuerdo, incluyendo el acuerdo mismo, salvo que la parte que desee proceder con dicha divulgación obtenga un permiso previo y por escrito de la otra o que esta se deba efectuar en cumplimiento de un mandato legal.

18. VIGENCIA



A menos que se termine anticipadamente según lo previsto en la cláusula 19, siguiente, este acuerdo tendrá una vigencia de 2 años, años renovables en forma automática por otro período igual, contado a partir del día en que opere el primer vuelo de código compartido.

19. TERMINACIÓN

19.1. Cualquier parte podrá dar por terminado este acuerdo a partir del segundo año de su vigencia, sin que de ello se derive ninguna responsabilidad posterior, dando aviso por escrito a la otra parte con una antelación no inferior a 90 días.

19.2. Fuera de las causales de Ley, este acuerdo podrá ser terminado por cualquiera de las partes, en forma inmediata, si la otra llegare a estar comprometida en cualquiera de los siguientes eventos: concordato, quiebra, liquidación, fusión con o adquisición por parte de otra compañía o suspensión general de pagos o de operaciones por más de 30 días.

20. CESIÓN

Ninguna de las partes podrá ceder la totalidad o parte de sus derechos y obligaciones bajo este acuerdo, sin el consentimiento previo y por escrito de la otra.

21. LEY APLICABLE

21.1. Este acuerdo se regirá por las leyes de la República de Colombia.

21.2. Ninguna de las partes alegará en su defensa su inmunidad soberana o causal similar, ante cualquier acción, reclamo, o demanda que surja del presente acuerdo.

22. TOTALIDAD Y VALIDEZ

22.1. Este acuerdo contiene la totalidad de las estipulaciones convenidas hasta el momento entre las partes y reemplaza cualquier otro acuerdo verbal o escrito entre AVIANCA, SAM y COPA.



22.2. Si cualquiera cláusula o parte de este acuerdo es nula o inexigible, tal circunstancia no afectará la validez del resto de estipulaciones contenidas en el mismo. En este caso, sin embargo, si cualquiera de las partes considera que dicha nulidad o exigibilidad afecta su posición con respecto al mismo, lo notificará a la otra parte para que, en un lapso que no exceda de 30 días, consulten sobre las medidas que tomarán a este respecto. En caso de que dichas consultaren resultaren infructuosas, cualquier parte podrá dar por terminado este acuerdo dando aviso por escrito a la otra parte con una antelación no inferior de 90 días.

22.3. Este acuerdo será complementado por otros sobre prorrates especiales, asistencia en tierra, agenciamiento comercial, plan de viajero frecuente, etc., los cuales, aunque independientes, quedarán terminados al mismo tiempo que termine este contrato sin perjuicio de que las partes decidan continuarlos o descontinuarlos.

23. NOTIFICACIONES

23.1. Todas las notificaciones e informes que en ejecución del presente acuerdo deban enviarse entre sí las partes serán escritos y dirigidos a las direcciones que se indican más adelante. Tales documentos producirán efectos a partir del momento de su recibo.

23.2. A estos efectos la dirección de las partes será la siguiente.

Firmado en Panamá y Bogotá a los 01 días, del mes de junio de Mil Novecientos Noventa y Ocho.

Por SAM Y AVIANCA

Por COPA

Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S.A. SAM S.A.

Compañía Panameña de Aviación COPA

En lo que toca al mercado pertinente resulta necesario tener presente los Anexos 1 y 2 suscritos por las partes:



ANEXO 1
RUTAS CON CODIGO DESIGNADORES DE SAM
OPERADOS POR COPA

Bogotá desde/hacia

Panamá

- Guatemala
- San José
- Montego Bay
- Havana
- Kingston
- Managua
- Puerto Príncipe
- San Juan
- San Salvador
- San Pedro Sula
- Santo Domingo

Medellín desde/hacia

Panamá

- Guatemala
- San José
- Montego Bay
- Havana
- Kingston
- Managua
- Puerto Príncipe
- San Juan
- San Salvador
- San Pedro Sula
- Santo Domingo

Cali desde/hacia

Panamá

- Guatemala
- San José
- Montego Bay
- Havana
- Kingston
- Managua
- Puerto Príncipe
- San Juan
- San Salvador
- San Pedro Sula
- Santo Domingo

Barranquilla desde/hacia

Panamá

- Guatemala
- San José
- Montego Bay
- Havana
- Kingston
- Managua



3943

		Puerto Príncipe
		San Juan
		San Salvador
		San Pedro Sula
		Santo Domingo

Cartagena desde/hacia	Panamá	
		Guatemala
		San José
		Montego Bay
		Havana
		Kingston
		Managua
		Puerto Príncipe
		San Juan
		San Salvador
		San Pedro Sula
		Santo Domingo

Panamá desde/hacia	San José	
		Guatemala
		Managua
		Montego Bay
		Havana
		Kingston
		Puerto Príncipe
		San Juan
		San Salvador
		San Pedro Sula
		Santo Domingo

ANEXO 2
RUTAS CON CODIGOS DESIGNADOR DE COPA
OPERADOS POR AVIANCA

Bogotá desde/hacia	Panamá
	Cartagena
	Pereira
	San Andrés
	Cúcuta
	Santa Marta
	Barranquilla
	Medellín



La lectura detenida de los documentos transcritos (especialmente el Acuerdo de Código Compartido) no permite concluir que entre las partes suscriptoras se acordó fijar o manipular los precios (situación en la que las empresas conspiran para establecer precios para bienes y servicios que se venden en el mismo mercado; cosa distinta al pago de comisiones por los servicios que se prestan las empresas que mercadean el servicio y la operadora), intercambiar información a esos efectos, limitar la prestación del servicio en alguna forma, o dividirse el mercado, todas éstas, conductas o actos prohibidos por la Ley y sancionables por el solo hecho de haberse pactado, sin que interese su puesta en práctica, por ser conductas monopolísticas absolutas, sancionables per se. En fin no hay prueba que lleve a concluir la existencia de una motivación para causar un efecto desplazante de un competidor o un bloqueo a un potencial competidor.

Debe señalarse que no existe normativa en materia de competencia específicamente diseñada para analizar este tipo de acuerdos (o similares) que se puedan materializar en la industria aeronáutica, de manera que son de aplicación las normas generales residenciadas en la ley 29 de 1996.



Viene bien referir que los diferentes tipos de alianzas que pueden darse entre aerolíneas (código compartido, interline ticket, uso conjunto de facilidades aeroportuarias, acumulación conjunta de puntos de viajero frecuente, por mencionar algunas) son una práctica bastante extendida en el mercado aéreo pues, en términos generales, no solo permite a las empresas compartir costos fijos sino, y lo más importante, permiten brindar un mejor servicio a los pasajeros, que se evidencia en la coordinación de sus conexiones de vuelo y el manejo del equipaje.

Sin duda, puede darse el caso de que un acuerdo de código compartido distorsione el mercado (bien jurídico tutelado) por razón de que pueda incluir (o disfrazar, si se quiere) otros acuerdos sobre tarifas o distribución de mercados, sin embargo no hay prueba en el expediente de que ello sea así.

El acuerdo de código compartido puede definirse como aquél en que dos líneas aéreas acuerdan unificar dos vuelos entre un par Origen-Destino en un único avión operado por alguna de las dos compañías. Así, el vuelo tiene códigos de ambas compañías; en otras palabras, permite a un agente económico comercializar un servicio aéreo como si fuera propio, utilizando su código y número de vuelo, aunque el mismo sea



operado por otra compañía.

No cabe duda que pertenecer a una alianza es una ventaja competitiva de una aerolínea respecto a sus competidores (por razón de la eficiencia y beneficios que pueden tener los consumidores). Y no es sancionable que una empresa tenga, o más bien logre, ventajas competitivas que, en unos mercados más que en otros, no son fácilmente replicables por los agentes económicos competidores y que pueden ser desde una más amplia trayectoria o presencia histórica, más presencia en los aeropuertos, mas libertades aéreas (distintas configuraciones de vuelos que pueden realizarse entre dos países, desde condiciones más restrictivas -primera libertad- hasta las más amplias -novena libertad- y, como es el caso de COPA, tener más frecuencias de vuelos y rutas, en comparación con la sociedad demandante, cuestión que se potencia al contar con el sistema Hub (aeropuerto que una aerolínea utiliza como punto de concentración de pasajeros que proceden de diversos orígenes para redireccionarlos a su destino final), sin olvidar alguna barrera en este tipo de mercados que cuentan con cierta intervención regulatoria por las autoridades del ramo.

Nada de lo anterior puede considerarse per se como



anticompetitivo o violatorio de la Ley. No sobra señalar que la ventaja competitiva es un indicador de gestión de negocios y se encuentra relacionada con el modelo de negocio y las estrategias. Se descarta así que las tres empresas COPA, AVIANCA y SAM funcionaran como una unidad económica; un acuerdo de la especie que nos ocupa, no supone dejar de ser competidores (con excepción de aquellos acuerdos que puedan incluir otros ingredientes, como se dejó dicho) ni que se conspira contra el mercado, bien jurídico tutelado por las normas de competencia.

En lo que toca a las prácticas monopolísticas relativas acusadas, esta Sala debe compartir también la conclusión a que llega el juzgador a quo y se proceden a explicar las razones. No encuentra este Tribunal en actuación de la demandada COPA (a quien se le atribuyeron estas prácticas y sobre la que prevalece la apelación en este sentido por parte de la empresa demandante, más no por CLICAC (ahora ACODECO) quien acusó solamente las prácticas monopolísticas absolutas) que se tipifiquen las conductas listadas en el artículo 14 de la Ley 29 de 1996, ni se haya llevado a cabo actuación alguna que pueda entenderse incurso en el numeral 8 (abierto) de dicho canon legal: todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de la libre competencia económica y la libre concurrencia en la



3978

producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios.

De haberse detectado en la conducta de COPA algún encaje en la citada norma (comisión de actos unilaterales, combinaciones, arreglos, convenios o contratos cuyos objeto o efecto sea desplazar indebidamente a otros agentes económicos del mercado pertinente, impedirles su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los casos que lista el canon legal), habría en todo caso de verificarse lo atinene al mercado relevante y a su posición de dominio en el mismo (que era de aproximadamente un 33%), así como a las eficiencias, esto último tomando en consideración la aplicación de la regla de la razón en el análisis de este tipo de conductas.

Aun así, este Tribunal abordará la temática partiendo del hecho de que el régimen sobre este tipo de prácticas restrictivas tiene aplicación en todos los segmentos económicos y ello incluye los regulados en mayor o menor grado.

Es sabido que cada actividad económica es distinguible en lo que se define como mercado relevante, que es el



escenario económico que en este tipo de conductas es necesario identificar. Teniendo en cuenta la definición de mercado y sus elementos es necesario delimitar previamente la porción que se va a proteger (mercado relevante). Se trata del segmento del mercado en el cual se acusa que una empresa está impidiendo el libre desarrollo de la oferta o la demanda y que, por ende, es un mercado (entendido como el lugar geográfico donde se encuentra la oferta y la demanda de un producto o servicio determinado que se pretende intercambiar a cambio de un precio) en el que se están produciendo fallas de funcionamiento.

De por sí, la tarea de identificación de los mercados pertinentes o relevantes en la mayoría de los casos no resulta tarea fácil. Especialmente en el segmento del mercado que nos ocupa son muchas las variables que inciden en la determinación del mismo; además del lugar, la oferta, la demanda, el servicio y el precio, los competidores, los servicios que requieren los consumidores, cobran relevancia en esta industria la existencia y acceso a redes (Internet) y las agencias virtuales que traspasan fronteras y que permiten comercializar los servicios masivamente. De ahí que la evaluación de la estructura de este mercado es más compleja que la simple fijación como tal de una determinada ruta o la conjunción de varias rutas.



Como enseña Germán Coloma en su obra "Defensa de la Competencia" (2da. Edición, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2009, página 82:

"La forma de definir el mercado relevante depende del tema que se quiere analizar, esto es así porque exige partir de un producto y localización determinados e ir posteriormente verificando si otros productos y localizaciones cumplen con los requisitos exigidos para poder ser considerados como partes del mismo mercado que el producto y la localización iniciales. Si se empieza por un producto o una localización diferentes, por lo tanto, es posible que se termine con una definición diferente de mercado relevante..."

Para que una conducta pueda catalogarse como una práctica monopolística relativa (además de los aspectos que hemos tocado) debe significar la vulneración del derecho o de la libertad del consumidor de elegir; una lesión al derecho de los agentes económicos a concurrir y mantenerse en un determinado mercado; y un atentado a la eficiencia del sistema de servicios. Solo se afectará el bien jurídico tutelado (que no es la subsistencia en el mercado de todas las empresas, sino de las eficientes) en la medida en que sean creadas distorsiones o fallas que impidan el desarrollo de esos derechos.

Mauricio Velandia en su obra Derecho de la Competencia y del Consumo (2da. Edición, Universidad Externado de



Colombia, Colombia 2011) se refiere al tema como sigue:

"La empresa cuenta con una responsabilidad social. Dicha responsabilidad es la de ser eficiente en el mercado, buscar que su actividad sea lo menos costosa posible en beneficio de la comunidad". (Página 90).

"Al mismo tiempo, dentro de la competencia los eficientes permanecen. Los ineficientes tienen que abandonar el mercado, pues sus costos son altos y esto los obliga a salir en virtud del mejor desempeño de los eficientes, lo cual permite en últimas tener una economía fluida, y que la capacidad adquisitiva de bienes aumente." (Página 91).

"Así la eficiencia es la última razón de ser de la competencia, y el verdadero bien tutelado." (Página 91).

Entonces la eficiencia no es mas que una conducta adoptada por las empresas encaminada a reducir los costos finales de un producto para favorecer con ello a los consumidores." (Página 91).

"Todo el principio debe ser observado con realismo, pues al momento de calificar la eficiencia económica debe determinarse los costos que tiene un comportamiento para una economía. No puede caerse en el absurdo de calificar un comportamiento como restrictivo, cuando se demuestre que este es beneficioso para el mercado, pues se estaría contrariando el sentido socioeconómico del Derecho de la competencia." (Página 91).

"La eficiencia económica aplicada en materia de competencia espera que esta depure el mercado, eliminando a las empresa ineficientes y manteniendo a las más preparadas y eficaces, con lo cual otorga un beneficio al consumidor" (Páginas 91-92).



3952

El examen de las constancias procesales, esto es, el material probatorio aportado por las partes de carácter documental, testimonial y pericial, de la mano de la normativa legal, revela que las demandadas COPA, AVIANCA y SAM no incurrieron en prácticas monopolísticas absolutas y la primera (COPA) tampoco incurrió en conductas catalogadas como prácticas monopolísticas relativas. Las pruebas dejan en evidencia las limitaciones que en el mercado ya venía presentando la sociedad demandante (que van desde la escasez y suspensión de rutas y vuelos y la situación deficitaria) previo a la firma del acuerdo de códigos compartidos.

La celebración de ciertos tipos de alianzas entre aerolíneas, específicamente las referentes a compartir códigos, hace parte de las tendencias y características propias del mercado de transporte aéreo, especialmente en su ámbito internacional y pueden tener causa en diferentes factores, como lo son el hacerle frente a regulaciones (restricciones) sobre acceso a rutas, frecuencias o libertades en la regulación del mercado o el deseo de ampliar el alcance del servicio; producen eficiencia entendida en el caso específico como la virtualidad de favorecer las conexiones, reducir los costos en la preparación de itinerarios e incluso los costos del consumidor en la búsqueda de información, abriendo paso a

3953

economías de alcance con la utilización de la capacidad instalada de la compañía operadora en las conexiones de rutas.

Encontrándose el expediente en sede de apelación, la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO) antes (CLICAC) apoderó a los Licenciados Mitzila de Lourdes Rodríguez Mendieta, como apoderada principal, y a los Licenciados Dayra Vial Fonseca, Clarisa Raquel Araúz Quintero, Joancy Yeny Chávez de Castillo y Harmodio A. Cedeño Espinosa, como sustitutos, para que la representen en en este proceso.

Visto que el poder reúne las exigencias del artículo 625 del Código Judicial y que cuenta con presentación personal ante Notario, uno de los mecanismos recogidos en ese canon legal, será admitido.

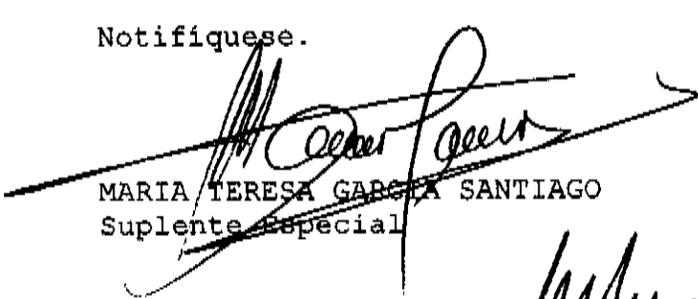
Como consecuencia de todo lo expuesto, el TERCER TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL DE PANAMÁ, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley CONFIRMA la sentencia N°45 de 18 de julio de 2008, dictada por el Juzgado Noveno de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de la Provincia de

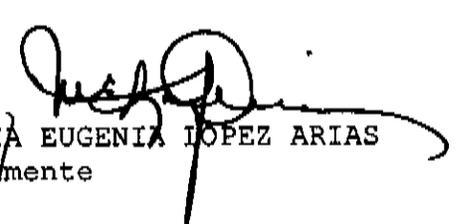
3 954

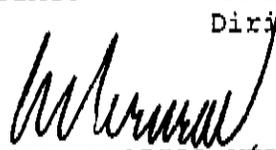
Panamá, dentro del Proceso Acumulado por Prácticas Monopolísticas Absolutas y/o Relativas propuesto por la COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR (CLICAC), ahora AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA (ACODECO) y AEROLÍNEAS CENTRALES DE COLOMBIA, S.A. (ACES), en contra de COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN, S.A. (COPA), SOCIEDAD AERONÁUTICA DE MEDELLÍN CONSOLIDADA, S.A. (SAM) y AEROVÍAS NACIONALES DE COLOMBIA, S.A., (AVIANCA).

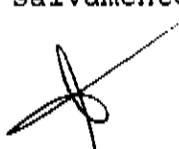
RECONOCE a los Licenciados Mitzila de Lourdes Rodríguez Mendieta, Dayra Vial Fonseca, Clarisa Raquel Araúz Quintero, Joancy Yeny Chávez de Castillo y Harmodio A. Cedeño Espinosa, como apoderados judiciales de la AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA (ACODECO) -antes CLICAC- principal y sustitutos, respectivamente, en los términos del poder conferido.

Notifíquese.


MARIA TERESA GARCÍA SANTIAGO
Suplente Especial


MARIA EUGENIA LOPEZ ARIAS
Dirigente


AIDELENA PEREIRA VÉLIZ
(Con salvamento de Voto)


LCDO. ADAN J. MENACHO GÁLVEZ
Secretario Judicial III Interino

TERCER TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
LO ANTERIOR ES FIEL COPIA DE SU ORIGINAL.
PAQUETA..... DE..... DE

Secretario (a)

