

Aproximación a la posible captura del regulador en el mercado aéreo colombiano: el caso Avianca-Viva Air

ANGÉLICA OLAVE GUTIÉRREZ¹

RESUMEN

Este artículo analiza la frustrada integración entre Avianca y Viva Air (2022–2023) como estudio de caso, combinando un examen jurídico-institucional de los trámites y procedimientos adelantados por las entidades competentes para demostrar, mediante inferencias, la configuración del fenómeno de captura regulatoria en el sector aeronáutico colombiano. Los hallazgos evidencian que la Aeronáutica Civil aprobó una operación que habría elevado la participación de Avianca en los *slots* del 44 % al 69 % del Aeropuerto El Dorado (Bogotá) sin solicitar concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio. Asimismo, aplicó la excepción de “empresa en crisis” con un escrutinio limitado y adoptó sin contraste el relato financiero de las aerolíneas, pese a la investigación por integración de facto adelantada por la SIC. Estas decisiones precipitaron la salida de Viva Air, redujeron la competencia en el mercado aéreo colombiano y generaron riesgos de ineficiencia asignativa y pérdida de bienestar social. El estudio concluye que la Aerocivil ha interiorizado la lógica de la industria que regula –rasgo característico de la captura cultural– y señala además la presencia de fenómenos como la “puerta giratoria”. Finalmente, se proponen recomendaciones orientadas a reequilibrar el poder regulatorio y a mejorar la competencia en el transporte aéreo nacional.

* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n65.04>

1 Abogada de la Universidad Libre de Colombia. Especialista en derecho de la responsabilidad civil y maestría en Análisis Económico del Derecho y Responsabilidad Civil de la Universidad Externado de Colombia. Tiene amplia experiencia en asesoría jurídica a entidades públicas y privadas, especialmente en sectores regulados como transporte, energía y servicios públicos. <https://orcid.org/0009-0006-6515-6323>
Correo-e: angelicaolave97@gmail.com

Palabras clave: Captura regulatoria, Integración Avianca–Viva Air, Slots aeroportuarios, Excepción de empresa en crisis, Competencia aérea en Colombia.

Fecha de recepción: 14 de marzo de 2025.

Fecha de aceptación: 04 de octubre de 2025.

ASSESSING POSSIBLE REGULATORY CAPTURE IN COLOMBIA'S AIR TRANSPORT MARKET: THE AVIANCA–VIVA AIR CASE

ABSTRACT

This article examines the failed merger between Avianca and Viva Air (2022-2023) as a case study that combines legal and institutional analysis to infer the presence of regulatory capture in Colombia's aviation sector. The findings show that the Civil Aviation Authority (Aerocivil) approved a transaction that would have raised Avianca's share of El Dorado Airport slots from 44% to 69% without consulting the Superintendence of Industry and Commerce (SIC). Moreover, it applied the "failing firm" exception with limited scrutiny and adopted the airlines' financial narrative uncritically, despite an ongoing investigation by the SIC. These decisions accelerated Viva Air's market exit, reduced competition, and generated allocative inefficiency and welfare losses. The study concludes that Aerocivil has internalized the logic of the industry it regulates –a hallmark of cultural capture– and also evidences the "revolving door" phenomenon. Finally, it offers policy recommendations to rebalance regulatory power and strengthen competition in Colombia's air transport market.

Keywords: Regulatory Capture, Avianca–Viva Air Merger, Airport Slots, Failing-Firm Exception, Competition Policy, Colombian Aviation Sector.

INTRODUCCIÓN

La regulación ha sido tradicionalmente justificada como una herramienta del Estado para corregir fallas de mercado y promover el bienestar general. En esta visión, el regulador actúa como un agente neutral que interviene solo cuando el mercado no asigna eficientemente los recursos (Stiglitz, 2010). Sin embargo, distintas corrientes del análisis económico del derecho y de la teoría de la regulación han cuestionado este supuesto idealizado, señalando que el regulador puede estar influido o incluso controlado por los intereses que debería vigilar: un fenómeno conocido como captura del regulador (Stigler, 1971; Dal Bó, 2006).

Este artículo analiza, desde un enfoque jurídico y económico, el caso de la integración empresarial entre las aerolíneas Avianca y Viva Air en el mercado colombiano. El objetivo es determinar si en este proceso existieron indicios de captura regulatoria, particularmente en su variante cultural o cognitiva, caracterizada por una identificación

del regulador con los intereses de la industria, sin necesidad de sobornos o coacciones directas (Kwak, 2013). En este sentido, la pregunta central de esta investigación es si puede afirmarse que el Estado colombiano, a través de la Aeronáutica Civil, fue capturado por Avianca en el proceso de integración con Viva Air.

La hipótesis del artículo es que el diseño normativo del sector aéreo, sumado a factores institucionales, como la baja rendición de cuentas, la concentración de funciones técnicas y la existencia de una puerta giratoria entre reguladores y regulados, propició un entorno para la captura regulatoria, expresada en decisiones que, aunque formalmente legales, favorecieron de manera desproporcionada a un actor dominante del mercado aeronáutico.

El estudio se basa en una reconstrucción normativa e institucional del caso, así como en el análisis de las decisiones administrativas adoptadas por la Aeronáutica Civil y otras autoridades involucradas. Se emplean herramientas del análisis económico del derecho, en particular la teoría de la captura y el enfoque institucionalista, para evaluar si las acciones de las entidades se desviaron de su mandato legal y en favor de intereses privados.

El artículo se estructura de la siguiente manera: (i) en la sección primera se expone el marco teórico que sustenta el análisis, abarcando las principales teorías de la regulación, pero con especial énfasis en la teoría de la captura; (ii) en la segunda se describe el marco normativo e institucional del mercado aéreo colombiano, con especial atención al régimen de control de integraciones empresariales; (iii) la sección tercera desarrolla el análisis del caso Avianca-Viva Air, y en este orden presenta un estudio detallado y cronológico e interinstitucional, considerando el contexto económico, las decisiones administrativas y declaraciones de los actores involucrados, y, (iv) finalmente, en la sección cuarta se presentan las conclusiones del estudio que infieren la configuración de un fenómeno de captura.

Anticipadamente, es importante advertir que la tercera sección —el estudio de caso— incluye no solo referencias y análisis sobre normas jurídicas y decisiones de múltiples entidades administrativas y judiciales, sino que además se complementa con declaraciones en medios de comunicación, notas de prensa, conferencias de algunos de los actores involucrados, comunicados publicados en páginas web (incluyendo algunos de la desaparecida web de Viva Air). Este es el primer estudio que, a partir de la información pública disponible, intenta comprender las relaciones de intercambio entre los actores involucrados para inferir de ahí la configuración de la captura regulatoria.

1. TEORÍAS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA: DEL INTERÉS PÚBLICO A LA CAPTURA DEL REGULADOR

Según la economía convencional, la intervención estatal expresada a través de la regulación tiene como fin limitar el comportamiento de los agentes económicos y buscar la eficiencia de los mercados. Sin embargo, aunque académicos, economistas, abogados, burócratas, etc. utilicen el término "regulación", en realidad este posee

una definición bastante esquivada (McCraw, 1975). Al respecto, en sentido amplio, la "regulación" puede definirse como todas las formas de intervención estatal en la economía, y en sentido estricto, como la intervención que se produce en aquellos mercados o sectores económicos en donde hay agentes con poder de mercado, donde hay problemas de externalidades, o donde se producen bienes o servicios esenciales. En cualquiera de estos casos, el objetivo normativo —el deber ser— de la regulación es corregir problemas del mercado y aumentar el bienestar social (Dal Bó, 2006).

Con esta definición sugerida sobre la regulación económica, vale destacar que esta no ocurre en el vacío; por el contrario, se materializa en un contexto en el que se producen intercambios entre agentes económicos racionales, incluyendo empresas, sus accionistas, consumidores y otros *stakeholders*, que a su vez interactúan con agentes estatales con función regulatoria.

Sobre este particular, y como menciona Buchanan (1983) a propósito de la perspectiva del *Public Choice*, la economía puede definirse como la ciencia del intercambio, lo cual significa que las herramientas y métodos económicos pueden extenderse a cualquier contexto de acción colectiva, entendida esta como un complejo proceso de intercambio entre los miembros de una comunidad. De esta manera, la teoría económica puede aplicarse indistintamente a transacciones mercantiles y no mercantiles, lo cual sugiere la ausencia de una línea divisoria entre el análisis de los intercambios que ocurren en el sector privado y en el sector *público* (esto es la política). Esta ausencia de división se ratifica al afirmar que el *Public Choice* acoge el postulado de racionalidad del *homo oeconomicus* para afirmar que los individuos que interactúan en el mercado no difieren de los que interactúan con y al interior del sector público. En uno y otro caso es ingenuo asumir que estos agentes no están motivados por intereses personales.

De esta manera, el *Public Choice* sugiere que el proceso de regulación puede comprenderse como un mercado más —un escenario de intercambio— que se estudia con la misma lógica con que se estudian los mercados de bienes y servicios convencionales. Visto así, en principio, la regulación y su aplicación es un producto (*vgr.* un bien o servicio), para lo cual existe una tecnología de producción que entonces se incorpora en la oferta de un productor, un agente regulador (*vgr.* el Estado) que diseña un producto, la regulación, y que tiene como objetivo responder a las necesidades, es decir, a la demanda de regulación que a su vez es conformada por los agentes de los diferentes mercados o sectores económicos.

Por supuesto, existen diversas teorías económicas que coinciden en comprender la regulación como un mercado. Esta diversidad da lugar precisamente a las denominadas "teorías de la regulación". En su orden, las principales teorías sobre la regulación son la teoría del *interés público* y la teoría de la captura. Como veremos, la del *interés público* es hoy una teoría derrotada por ser bastante irrealista e ingenua. Como extensión del enfoque del *Public Choice*, se ha desarrollado la teoría de la captura. Una teoría calificada de "cínica" (Ogus, 1994) pero mucho más realista sobre la regulación que nos ayudará a entender las relaciones de intercambio político que explican el caso de Avianca—Viva Air.

1.1. La teoría del interés público en la regulación

En primer lugar, de acuerdo con McCraw (1975), la denominada teoría del *interés público* fue desarrollada y se mantuvo como la teoría dominante de la regulación desde finales del siglo XIX hasta finales de los años sesenta. Esta teoría se basa en dos supuestos:

- a. Los mercados son extremadamente frágiles, es decir, presentan fallas de mercado, y es probable que funcionen de forma ineficiente si se dejan de manera libre y autónoma.
- b. La función de la regulación es corregir estas fragilidades, es decir, su objetivo es compensar las pérdidas de bienestar social, la afectación a intereses públicos, producidos por los fallos del mercado.

En este sentido, las principales intervenciones estatales en la economía pueden considerarse como una respuesta del gobierno a la necesidad —una demanda— de rectificar las ineficiencias resultantes del libre funcionamiento de los mercados (Posner, 1974). La teoría del interés público defiende entonces que la regulación es un producto diseñado por el Estado para alinear diferentes intereses públicos o colectivos, y de esta forma, promover la eficiencia productiva y una asignación adecuada de los recursos, y con el fin de proteger a los consumidores de las pérdidas de bienestar causadas por fallas de mercado, por ejemplo, el abuso de poder de mercado en sectores monopolísticos (Laffont, 2005).

En síntesis, la teoría del interés público destaca que, como en cualquier mercado, la regulación económica es la respuesta a una demanda pública o colectiva de un producto, esta es la misma regulación, y que esta es diseñada y ofertada por un productor —el regulador—, lo que, en el agregado, tendría como resultado potencial una ganancia neta de bienestar social.

1.1.1. La crisis e ingenuidad de la teoría del interés público

Para finales de la década de los sesenta del siglo XX, la teoría del interés público entró en crisis, al objetarse como una visión ingenua sobre *cómo actúan* los individuos y de cómo funciona el mundo real, esto es, como si quienes se desempeñan en el sector público como agentes reguladores no fueran racionales. La teoría del interés público asume a los funcionarios, a quienes están en el sector público como unos seres sublimes, como si no fueran seres humanos —como cualquier otro— gobernados por sus propios deseos e intereses particulares.

Frente a esta visión ingenua de la naturaleza humana de quienes se desempeñan en la política y en el sector público, el Nobel de economía, George Stigler (1986), planteó que:

Si el interés propio domina a la mayoría de los seres humanos en todas sus transacciones comerciales, ¿por qué no también en todas sus empresas políticas? (...) ¿Calculan los hombres en dinero con lógica y finalidad, pero calculan en votos con confusión y fábula? (p. 55).

A propósito de esta visión realista sobre la conducta humana, que el mismo Stigler lleva al proceso regulatorio en *"The theory of economic regulation"* (1971), el enfoque del institucionalismo económico reconoce que la racionalidad de los individuos es limitada y, además, que ni los individuos ni las organizaciones cuentan con información completa para tomar decisiones, por lo que sus elecciones pueden conllevar el desarrollo de mercados económicos y políticos ineficientes. De esta manera, el mercado de la regulación puede producir instituciones ineficientes que no favorezcan el interés público sino, por ejemplo, el interés privado de los monopolios, o que desfavorezcan la competencia o redistribución en vez de la generación de riqueza.

Ahora bien, ahondando en el proceso de toma de decisiones y la creación o modificación de instituciones formales, es necesario resaltar que dependiendo del grado o jerarquía de estas reglas (constituciones, leyes, decretos, resoluciones, contratos) se pueden establecer diferencias en el grado de interacción y la capacidad de negociación entre el Estado y los individuos. De esta manera, la creación y modificación de instituciones formales –reglas– depende de la fuerza e influencia de los intereses de las organizaciones dentro del intercambio económico y político, por lo que el marco institucional es el resultado de estas variables, y por tanto, dependiendo de la capacidad de acceder e influir en el intercambio económico y político, entonces, las organizaciones tendrán incentivos para destinar recursos y alterar la estructura básica de las instituciones formales con el fin de favorecer sus propios intereses (North, 1993).

En este escenario, Stigler (1971) destaca que el Estado tiene varios recursos o poderes que las organizaciones, concretamente los grupos de interés no tienen ni tendrán, pero que a través de su influencia pueden moldear a su favor. Veamos:

- a. El poder de coerción que se ve reflejado en facultades tales como la tributación y la autonomía presupuestal.
- b. El poder de controlar las barreras de entrada a los mercados, mediante normas que aumenten las exigencias para el ingreso de nuevos competidores, licencias, límites a la integración vertical, y en general normas que retrasen la entrada de nuevos competidores.
- c. El poder de afectar la presencia de bienes sustitutos, por ejemplo, creando requisitos técnicos más complejos para un producto sustituto o creando diferenciales artificiales entre los productos o servicios.
- d. El poder de fijar precios que, aunque un monopolista o un oligopolista tenga esta capacidad, se protegerá su posición en el mercado si se fijan los precios a través de la adopción de medidas regulatorias que impongan estos precios.

Por tanto, podemos concluir preliminarmente que los industriales, gremios, asociados y, en general, los grupos de interés buscarán influir en la política, en el gobierno para lograr regulaciones a la medida de sus necesidades, es decir, más que tener un interés en obtener los poderes del Estado que acabamos de esbozar, lo que hacen es capturar

al Estado para su beneficio. Los grupos de interés no tienen que detentar el poder político ni regulatorio, con los riesgos y responsabilidades que ello supone, para que en todo caso, este poder se ejerza a su favor.

Nótese que en estas últimas ideas no estamos señalando algo sobre las reglas de juego que implique el concepto de eficiencia, bienestar económico o interés común. Por el contrario, resaltamos que en el proceso de intercambio que da lugar a la creación de instituciones formales –la regulación–, sin importar el grado de complejidad de estos intercambios, nos encontramos siempre ante la confluencia de intereses particulares en el intercambio político y el mercado de la regulación, que le dan forma a esta.

En resumen, conforme la ‘teoría del interés público’, el objetivo normativo –el deber ser– de la regulación es aumentar el bienestar social –mediante la corrección de fragilidades y fallas de mercado–, pero esta es una teoría ingenua pues, en contra de los mencionados postulados del *Public Choice*, es una teoría que no se toma en serio la teoría económica, malinterpreta los procesos de intercambio que dan lugar a la regulación, y, a su vez, niega la racionalidad de los agentes que hacen parte del intercambio económico y político. Además, se trata de una teoría que desconoce la manera como las instituciones limitan dicha racionalidad, deja de lado los procesos de formación de organizaciones como los grupos de interés, y de cómo estos dan forma a las instituciones, lo que se manifiesta en la posibilidad de que estos grupos ‘capturen’ el poder del Estado para que provea un marco institucional favorable a sus intereses particulares. De ahí que, ante la crisis de la *teoría del interés público*, se haya propuesto la denominada *teoría de la captura*.

1.2. Teoría de la captura

La *teoría de la captura* comparte con la *teoría del interés público* el postulado de que ciertos mercados son tan frágiles que pueden funcionar de forma ineficiente si se dejan actuar de manera libre y autónoma. Del mismo modo, la teoría de la captura también coincide en que en varios sectores económicos pueden estar involucrados con múltiples intereses públicos o colectivos. La teoría de la captura también asume, y de hecho, profundiza en la tesis de que la teoría económica es aplicable al análisis del proceso de regulación, lo que ratifica la posibilidad de analizar este proceso con la misma lógica con que se estudian los mercados convencionales de bienes y servicios (Levine & Forrence, 1990). Se insiste, se trata de un escenario de intercambio en el que existe un producto: la regulación, unas tecnologías de producción, y unos agentes que conforman la oferta y la demanda de aquella.

Sin embargo, las diferencias entre la teoría del interés público y la teoría de la captura están dadas por la manera como se describen los mercados, especialmente en cómo está conformado el lado de la demanda de regulación y en cómo la oferta responde a esta demanda. En este sentido, la “captura” se define como la tendencia a que, dentro de los múltiples intereses colectivos involucrados, el regulador tiende a producir

y ofertar regulaciones o normas que redundan en beneficio de los agentes económicos regulados (Viscusi *et al.*, 2018).

De acuerdo con lo visto respecto de la teoría del interés público, podría decirse que, en un mundo ideal, la demanda de regulación está constituida por los diferentes grupos que representan los diferentes intereses colectivos, incluidos los consumidores, las empresas, sus accionistas, los *stakeholders*, etc. Sin embargo, no todos los grupos tienen la misma oportunidad de conformar la demanda de regulación. En efecto, debido a la *lógica de la acción colectiva* sintetizada por Mancur Olson (1965) –de la cual se alimenta la teoría de la captura–, los consumidores son un colectivo un grupo grande y difuso, que, por tanto, no puede organizarse ni coordinarse para defender su interés común. En contraste, y a la par de estos grupos grandes y difusos, existen grupos pequeños con intereses especiales **más concretos**, estos son, *grupos de interés* que participan activa y estratégicamente en el intercambio político para obtener rentas regulatorias (Croley, 2008). En este sentido, los grupos de interés se valen de estrategias como simular la demanda regulatoria de los consumidores para así influenciar, condicionar o adquirir el producto que ofrecen los reguladores; entre otras maniobras, estos grupos de interés invitan a representantes de otros colectivos (*v gr.* defensores del medioambiente) para participar en los acuerdos sobre la regulación (Sinclair, 2002). Sin embargo, el resultado es que el producto del intercambio resulta favorable a los grupos pequeños de interés, y en desfavor de los intereses de los grupos grandes y difusos.

De esta manera, el grupo de interés está conformado por unos pocos agentes que tienen objetivos en común y que disponen de la capacidad de organizarse y cooperar entre sí para lograr resultados favorables. Esta es una posibilidad fuera de alcance del difuso e indeterminado grupo conformado por los consumidores. De esta manera, el grupo de interés puede ser, entre otros, un gremio de industriales o de banqueros, una organización sindical o incluso un partido político. Una nota común es que los grupos de interés, como ocurre con la demanda de bienes y servicios, debe estar dispuesto a asumir los costos para adquirir la regulación, esto es, invertir recursos –incluso dinero– para comunicarse con los políticos, invertir en actividades de *lobby*, pagar consultores, abogados y realizar otros esfuerzos dirigidos a la búsqueda de los resultados deseados en el marco regulatorio (Croley, 2008).

Por otro lado, en esta relación de intercambio, tenemos a la oferta conformada por quienes diseñan y aplican la regulación, y que puede estar ubicado en diferentes escalas y jerarquías, que a su vez tienen relaciones de intercambio entre sí. De esa manera, en el nivel más alto están los políticos propiamente dichos, que en sociedades democráticas son elegidos por voto popular para cargos en el legislativo. También están los burócratas, ubicados en diferentes áreas ejecutivas de gobierno, y que, por ejemplo, tienen relaciones de intercambio con los políticos relativas al presupuesto para el funcionamiento de la burocracia y para la ejecución de los proyectos políticos. Ahora bien, una especie concreta de burócratas son los que se desempeñan en agencias regulatorias, que normalmente se asume que son ‘independientes’ de la política

y de los órganos de gobierno. En su mayoría, estas agencias están compuestas por tecnócratas expertos en sectores concretos de la economía, algunos con capacidad de crear regulación, y algunos otros, en el nivel mas bajo, encargados de soportar, proveer los estudios y demás insumos técnicos para crear la regulación. A la par, en ese nivel inferior también están los burócratas encargados de aplicar la regulación y sancionar su incumplimiento.

En ese orden de ideas, tenemos, por un lado, a los agentes reguladores (la oferta) y por el otro, a los grupos de interés (la demanda) que dicen justificar la producción de regulación como algo necesario para mitigar alguna fragilidad o falla de mercado. Visto así, el resultado sería que la regulación se produce con el fin de generar bienestar social, que es la misma conclusión que se deriva de la *teoría del interés público*. No obstante, lo que evidencia la *teoría de la captura* es que es común que la regulación ocurra incluso en mercados en los que no existen tales fragilidades o en los que no están representados los diferentes intereses colectivos (Viscusi *et al.*, 2018).

A manera de síntesis, la teoría de la captura parte de dos premisas metodológicas básicas, a saber:

- a. **La regulación no es algo que se justifique por su mera existencia:** que exista regulación en un sector específico de la economía no puede tratarse *a posteriori* como demostración de la existencia de fragilidades o fallas de mercados, ni es garantía del cumplimiento de objetivos que supuestamente persigue la regulación (proteger diferentes intereses colectivos, eficiencia o bienestar general).
- b. **Los grupos de interés y los reguladores actúan como agentes racionales:** los grupos pequeños, con capacidad de organizarse, es decir, los grupos de interés hacen inversiones para obtener rentas regulatorias, y los reguladores, a su vez, son permeables a estos intereses y, por ello, ofrecen regulación especialmente favorable a estos intereses, en detrimento de los intereses de grupos más grandes, sin capacidad de organizarse.

Con estas premisas transversales a las diferentes teorías desarrolladas sobre la captura, procedemos a explicar brevemente algunas de las más importantes, en su orden: (i) La teoría original de George Stigler, del monopolio bilateral en la regulación, (ii) la regulación modelada como un intercambio entre grupos de interés que compiten, y (iii) las agencias regulatorias como un problema de asimetrías de información y relaciones de agencia.

1.2.1. La regulación modelada como un monopolio bilateral (Stigler)

El principal exponente de esta teoría es George Stigler en su –ya mencionado– artículo hito sobre la teoría de la captura: *The Theory of Economic Regulation* (1971). En este trabajo, el autor parte de la idea de que la regulación es demandada por la industria

o sector regulado entendiendo que los agentes de este sector son un único *grupo de interés*. Stigler advierte, sin embargo, que algunas industrias cuentan con una mayor influencia sobre los agentes reguladores que otras.

Por otro lado, señala que del lado de la oferta se encuentran los partidos políticos que “venden” regulación a cambio de una remuneración, entendida esta como apoyo a campañas políticas y votos, entre otros. Estos políticos ostentan tal poder porque se encuentran a cargo de la administración del Estado. En este orden, es el Estado el que tiene el monopolio de la regulación. Por tanto, conseguir una regulación favorable implica que las industrias deben colaborar en cubrir los costos de recursos (contribuciones a las campañas políticas y votos) del partido político, que es normalmente el partido gobernante.

Ahora bien, Stigler analiza los datos de varios sectores económicos para demostrar su teoría; sin embargo, el caso más representativo es del impacto del ingreso de camiones en el mercado de transporte de mercancías en EE.UU., respecto de la industria ferroviaria que ostentaba un amplio poder de mercado. En concreto, Stigler demuestra que, en las primeras décadas del siglo XX, la industria ferroviaria –el grupo de interés– utilizó los recursos a su disposición para mantener su monopolio y evitar la competencia en el sector, lo cual se materializó en la expedición de regulaciones respecto de las dimensiones de los camiones y del peso que podían transportar. Esta regulación se justificó indicando que el objetivo era proteger el estado de las carreteras, es decir, simular un interés general. Sin embargo, Stigler encontró que en realidad la regulación se diseñó a la medida de la industria ferroviaria y para frenar la entrada de nuevos competidores al mercado. En concreto, los datos demuestran que en aquellas rutas en las cuales existía simultáneamente una carretera y una línea de ferrocarril, la regulación establecía que el peso máximo permitido de los camiones era significativamente menor que el peso máximo permitido en aquellas rutas en que solo existía una carretera, es decir, donde los ferrocarriles no competían.

En síntesis, sostener que Stigler (1971) entiende la regulación como un monopolio bilateral significa, por un lado, que la industria que ya posee un monopolio en el mercado (*vgr.* la industria de los ferrocarriles) se vale de su posición y ejerce su poder no solo respecto del mercado de transporte sino también para demandar la regulación. Del lado de la oferta se encuentra el monopolio coercitivo y regulatorio del Estado. El grupo de interés demanda ese poder coercitivo por la misma razón que demanda otros insumos, esto es, para obtener más beneficios y maximizar sus beneficios. Por supuesto, si la vía de competir en el mercado es más costosa que beneficiarse de la coerción del Estado, entonces, la industria monopólica irá por la vía más barata de ‘capturar’ al regulador para obtener los beneficios del monopolio de la coerción.

1.2.2. La regulación modelada como grupos de interés que compiten (Peltzman)

En el modelo original planteado por Stigler, se asume que la demanda de regulación está dada por un único grupo de interés, una especie de monopsonio, que capturaba

al regulador. Sin embargo, Sam Peltzman, en su trabajo *Toward a more general theory of regulation* (1976) amplía el modelo planteado por Stigler al indicar que la regulación no es un mercado con una demanda monopólica, sino que es el resultado de la presión de diferentes grupos de interés que compiten entre sí por “capturar” regulador, lo que en el agregado produce un nivel de regulación en la que se equilibran la mayor cantidad de intereses colectivos en competencia, que no es lo mismo que una regulación que resuelva fallos de mercado o que pretenda la maximización del bienestar social (Monroy, 2023).

Al igual de Stigler, Peltzman destaca que el proceso regulatorio está altamente determinado por el intercambio político que se concreta en la regulación, pero el modelo de Peltzman precisa mejor los jugadores y la lógica de este intercambio. Así, en este intercambio participan tres jugadores: por un lado, un político que detenta el poder coercitivo de intervenir en el mercado, especialmente regular los precios; por otro lado, un grupo o grupos de productores, y finalmente, un grupo de consumidores. El interés del político puede representarse a través de una función de utilidad, en la que él maximiza sus votos (su respaldo o su popularidad) y su poder. En el caso concreto de los burócratas y reguladores, su función de utilidad se representa, al menos en su interés de ascender y mantenerse en su cargo. Esta función de utilidad depende a su vez de dos variables: los precios que pagan los consumidores y las ganancias de la industria o los productores. De esta manera, los precios más altos que pagan los consumidores tiene una relación negativa con la utilidad del político, es decir, mayores precios suponen menor popularidad (menos votos) para el político y, por tanto, en la medida que los reguladores se alejan de los precios que solo compensan los costos de producción, la intensidad del rechazo de los consumidores –votantes– aumenta (Gordon, 1994). A su turno, las ganancias de los productores tienen una relación positiva con esa misma utilidad, es decir, si la regulación incrementa las ganancias de los productores, eso incrementa el poder (*v.gr.* el respaldo de la industria) del político.

De esta manera, en el modelo de Peltzman, la regulación de precios no se trata de un proceso en el que el regulador intenta acercar los precios a los costos medios o marginales de producción (lo que sería equivalente a resolver la falla de mercado según la teoría del interés público) sino que el proceso de la regulación pretende maximizar dicha función de utilidad del político. En este sentido, en un mercado monopólico, el regulador interviene reduciendo los precios hasta que la ganancia marginal de popularidad se iguale a la pérdida marginal de poder derivada de desfavorecer a los productores. De la misma forma, en un mercado competitivo, el regulador aumenta los precios para satisfacer –ser complaciente con los intereses de la industria– hasta el punto de que la ganancia marginal del apoyo de los productores se iguale a la pérdida marginal de popularidad, es decir, los votos de los consumidores.

Esto último evidencia la diferencia central entre la teoría original de Stigler y la propuesta –más comprensiva– de Peltzman. El modelo de Stigler asume que los productores actúan como monopolistas tanto en el mercado de bienes como en el mercado de la regulación; luego, se trata de un único grupo de interés que resulta

beneficiado por la regulación. Mientras tanto, el modelo de Pelztman resulta aplicable tanto a mercados monopólicos como a mercados en competencia. Uno y otro tipo de mercado atraen la regulación, pero no por las razones –ingenuas– de corrección de fragilidades o fallas de mercado que dice la teoría del interés público, sino que la regulación es una forma de intermediar y equilibrar las pérdidas y ganancias políticas (la popularidad y el poder político) derivadas de favorecer las ganancias de los productores aumentando los precios o de reducir los precios, desfavoreciendo a los consumidores. En otras palabras, es cierto que en los mercados monopólicos, la regulación busca reducir los precios y así beneficiar a los consumidores, pero el precio de equilibrio resultante se mantendrá por encima del precio competitivo, lo que beneficia al monopolista. Al mismo tiempo, en mercados competitivos, la regulación busca aumentar los precios y así perjudicar a los consumidores, pero ese precio de equilibrio resultante se mantendrá en algún punto inferior al precio del monopolista, aunque superior al precio competitivo, lo que beneficia a las empresas que compiten.

En síntesis, de acuerdo con el modelo de Pelztman, puede que el intercambio –político y económico– que da lugar a la regulación y en el que compiten diferentes grupos, de origen a normas que equilibren los intereses de estos grupos y que solucionen problemas de fallas de mercado, pero estos no son los objetivos principales de la regulación; se insiste, si fuera así, entonces los mercados competitivos no tendrían regulación. De acuerdo con Pelztman, el objetivo principal de la regulación es funcionar como un mecanismo para extraer y transferir rentas entre diferentes jugadores o grupos: los empresarios, los consumidores y los propios reguladores (Viscusi *et al.*, 2018).

1.2.3. La regulación modelada como intercambios con fallas de asimetría de información y relaciones de agencia (Laffont y Tirole)

Los modelos sobre captura regulatoria de Stigler y de Pelztman no asumen, o cuando menos dan una importancia marginal a los flujos de información entre los diferentes actores que participan en el mercado de la regulación; de hecho, estos modelos suelen asumir que, por ejemplo, los reguladores están completamente informados sobre el funcionamiento de los mercados y sobre los intereses colectivos en disputa, pero esta asunción es bastante irrealista. Por el contrario, lo más realista es comprender que el proceso de regulación ocurre en un contexto de múltiples actores en diferentes posiciones que se enfrentan a problemas de información asimétrica, selección adversa, riesgo moral y relaciones de agentes y principales (relaciones de agencia).

Es relativamente sencillo percatarse de la presencia de asimetrías de información en el intercambio regulatorio y lo que ello implica en la teoría de la captura. Como dijimos, uno de los presupuestos de esta teoría es que los grupos de interés se organizan para obtener rentas regulatorias, pero la maximización de estas rentas depende en buena medida de la capacidad de estos grupos para ocultar información especialmente

al regulador. Es decir, en ausencia de asimetrías de información, la tesis de que los grupos de interés se organizan para obtener rentas regulatorias se vuelve bastante débil.

Pero los problemas informacionales no solo ocurren entre reguladores y empresas reguladas. Como señalamos atrás, la oferta de regulación la conforman quienes diseñan y aplican la regulación en el sector público, y este está representado a su vez por diferentes escalas y jerarquías, que a su vez tienen relaciones de intercambio entre sí. Dada la delegación de poder entre estas jerarquías, ello genera problemas de asimetrías de información concretado en ineludibles relaciones de agencia.

Sobre este particular, la teoría de la captura planteada por Laffont y Tirole (1991) se basa precisamente en las relaciones de agencia que se forman entre burócratas reguladores y empresas reguladas, pero también de las relaciones de agencia entre los legisladores (*v gr.* el Congreso) y los mismos reguladores. Sobre la primera relación, acabamos de decir que la extracción de rentas por parte de las empresas reguladas (que actúan como agentes) depende en buena medida de ocultar estratégicamente información a los reguladores (quienes actúan como principales). Pero al tiempo, estos reguladores tienen una relación de agencia en la que sus principales son los legisladores. En este sentido, el conocimiento concreto de un sector económico, la experticia tecnocrática que —ya dijimos— define a los reguladores, no solo les sirve para mitigar y enfrentar las estrategias informacionales que utilizan las empresas reguladas, sino que también funciona como un instrumento del que se valen los reguladores para extraerle rentas a sus principales (legisladores). Mientras el regulador cuenta con el conocimiento y tiempo para descubrir la información real de sus agentes regulados, el legislador debe confiar en la información que le proporciona este regulador. De este modo, este último puede ocultarle información a su principal (el Congreso) si es que obtiene una renta coludiéndose con sus regulados (Boehm, 2007).

El modelo de Laffont y Tirole (1991) es consistente con el modelo de Peltzman en el sentido de que los intereses del regulador pueden representarse a través de una función de utilidad en la que busca maximizar su popularidad, poder y respaldo político. No obstante, lo que agrega el modelo de Laffont y Tirole es comprender que la fuente de este respaldo proviene tanto de sus principales (los legisladores) como de sus agentes (las empresas del sector regulado). Como en cualquier relación de agencia y de selección adversa, los principales deben lidiar con el problema derivado de la delegación de poder en los agentes reguladores, esto es, que estos últimos poseen incentivos para ocultar información a sus principales, lo que en este caso supone favorecer los intereses de los regulados.

Con todo, nótese que el modelo de Laffont y Tirole no solo agrega mejores elementos a las teorías de la captura formuladas por Stigler y de Peltzman, sino que señala algunos caminos de solución. En efecto, dadas las estructuras de agentes y principales y las jerarquías que se dan en el proceso regulatorio, entonces, el modelo de Laffont y Tirole también destaca la importancia de calibrar los incentivos de quienes participan en este

proceso y minimizar los problemas de riesgo moral. De cara a la labor concreta de los reguladores, esta solución puede concretarse en esquemas de remuneración adicionales al esfuerzo individual *más allá de un salario fijo*, como por ejemplo la posibilidad de obtener una comisión o recompensa económica por detectar e informar a sus principales sobre conductas inadecuadas de las empresas reguladas. Este tipo de incentivos también mitigan problemas de selección adversa, por ejemplo, reduce la producción de regulación de mala calidad, esto es, que beneficie únicamente a un grupo de interés.

Ahora bien, teniendo en mente las teorías de la captura, pasamos a abordar los tipos de captura que se pueden dar. Vale aclarar que este listado es meramente enunciativo y que las técnicas de captura del regulador van evolucionando, transformándose y haciéndose más sofisticadas. Veamos.

2.. TIPOS DE CAPTURA REGULATORIA

2.1. Dependiendo del momento en que ocurre la captura

Teniendo en mente las mencionadas jerarquías o escalas de poder que, en el sector público, participan en el proceso de regulación, entonces, la captura puede darse en dos momentos distintos, tanto en el proceso de la creación o modificación de la regulación (captura *ex ante* o de alto nivel) y al momento de aplicación de la regulación en si misma (captura *ex post* o de bajo nivel).

El primer tipo de captura ocurre cuando los grupos de interés invierten recursos para determinar o influenciar el proceso de definición de las normas que se van a expedir, para así obtener regulación que privilegia sus intereses, a través de estrategias de intercambio y *lobby* de alto nivel dirigido a políticos, legisladores y otros agentes reguladores de alto nivel en el Estado. Por ejemplo, las empresas ya establecidas en un sector podrían intentar bloquear una reforma legal que introduzca mayor competencia en el mercado. En el mismo sentido, las empresas suelen participar en la estructuración de proyectos de desarrollo sectorial, proveyendo su conocimiento experto, por ejemplo, para el diseño de una alianza público privada para construir infraestructura, pero con el objetivo de que estos proyectos sirvan a sus intereses empresariales. Nótese que la captura *ex ante* implica que los grupos de interés no tienen que invertir posteriormente recursos adicionales para emprender estrategias de ocultamiento de información o evasión de la regulación, es decir, la extracción de rentas regulatorias se logra incluso cumpliendo con las normas (Estache, 2011).

En segundo lugar, la captura *ex post* ocurre respecto de una regulación ya existente que no está alineada con los intereses del grupo de interés, y por tanto, la estrategia para extraer rentas regulatorias depende de la distorsión de la información que se tiene en cuenta para verificar el cumplimiento de la regulación, es decir, se llama también captura de bajo nivel porque se dirige a modificar e influir en los burócratas de los

organismos de control y vigilancia, con el objetivo de evadir el cumplimiento de las normas existentes o de que el incumplimiento no sea detectado.

Con todo, la distinción entre la captura *ex ante* y *ex post* es fundamental para comprender los mecanismos y las limitaciones de las soluciones a la captura regulatoria, ya que, por ejemplo, el hecho de que una empresa intente capturar directamente al regulador o a quién aplica la regulación, depende de características tales como las conexiones políticas de los grupos de interés (Hellman *et al.*, 2003).

2.2. Dependiendo de los incentivos que se utilizan para realizar la captura

Otra diferencia importante sobre los tipos de captura está dada por los incentivos de los que se valen las empresas reguladas para realizar la captura. De esta manera, se diferencia entre la captura financiera o material, y la captura cultural o no material.

El primer tipo de captura implica que la industria o el grupo de interés utiliza incentivos financieros directos, que pueden ser el resultado de sobornos, contribuciones monetarias, donaciones políticas, 'dinero debajo de la mesa' y demás bienes materiales. Sin embargo, con el objetivo de opacar la corrupción, con frecuencia, las empresas ofrecen incentivos no monetarios, ya que estos son menos rastreables y más difíciles de demostrar, como el acceso al regulador a cierto estatus o invitarlo a participar en círculos de poder en determinados niveles sociales, etc., a cambio de un trato favorable por parte del regulador. Vale decir, este tipo de captura común en países con sistemas políticos autoritarios o democracias frágiles, economías en desarrollo (La Porta *et al.*, 1999).

El segundo tipo de captura es bastante más sutil, difícil de demostrar e incluso, el propio regulador no es consciente del proceso de captura. En efecto, la captura cultural o no material es un proceso en el que el regulador comienza a pensar como las empresas del sector regulado, reflejando así una fuerte identificación con sus intereses. En este caso, el regulador no está materialmente corrompido, sino que acepta la influencia, los valores y los intereses de las empresas reguladas, que entonces considera convergentes con los intereses de los consumidores y de la sociedad. A diferencia de la captura financiera o material, la captura cultural es más común en países con mayores niveles de desarrollo económico y social (Kwak, 2013).

Este tipo de captura resulta ser muy interesante, ya que existen sectores tan especializados y técnicos que las personas que mejor conocen la industria son quienes trabajan en ella, lo que da lugar al conocido fenómeno de la 'puerta giratoria' en el cual los individuos, los expertos, pasan algunos años trabajando en la industria regulada y posteriormente, por su alto nivel de conocimiento, trabajan o asesoran al agente regulador. Este ciclo de la 'puerta giratoria' puede repetirse varias veces e incluye no solo a los directivos de alto nivel sino también a los técnicos, los administradores, los abogados, así como también a los del nivel operario.

El hecho de que muchos reguladores procedan de la industria regulada o terminen trabajando para esta, suele ser una fuente de perturbación de la calidad de la regulación (Dal Bó, 2006), ya que, por ejemplo, los agentes reguladores están preocupados por sus carreras profesionales, lo cual es uno de los principales canales para la captura cultural (Zingales, 2013). Teniendo en cuenta que los agentes reguladores suelen tener periodos fijos y que además, los salarios en el sector público suelen ser menores a los salarios de los pares en las empresas reguladas, entonces, quienes trabajan dentro de la agencia regulatoria mantienen la idea constante de que en algún momento van a pasarse "al otro bando".

En ese orden de ideas, y a través de su conducta, el agente regulador puede dar 'señales de mercado' (regulación flexible o poco restrictiva) que demuestre que aquel se identifica con los intereses del sector industrial regulado, al que llegará a través de la 'puerta giratoria'. Esto se refuerza con la idea de que las industrias reguladas tienen incentivos para contratar a exfuncionarios que provengan de agencias regulatorias, precisamente por sus conocimientos, sus contactos y por su nivel de influencia en la agencia. Este punto es fundamental, ya que resulta consistente con las teorías sobre la captura entendidas como relaciones de mercado, aunque no haya un 'precio' explícito que se paga por la regulación. La captura cultural, la 'puerta giratoria' puede actuar como un soborno encubierto, creando conflictos de interés e induciendo al regulador a tomar decisiones indulgentes, que socavan los intereses colectivos que representan los consumidores (Dal Bó, 2006).

Ahora bien, también es cierto que hay argumentos a favor de las 'puertas giratorias'. Por ejemplo, si los agentes reguladores adquieren experiencia técnica durante su periodo en el gobierno, cuando pasen al sector privado pueden reducir el costo de supervisar el sector y obtener mejores resultados regulatorios, a través de mecanismos de autorregulación. Del mismo modo, las puertas giratorias pueden fomentar la adquisición de conocimientos útiles por parte de los reguladores (Dal Bó, 2006). Sin embargo, los ciclos de circulación de personas entre los sectores público y privado no deja de suscitar dudas sobre la imparcialidad e independencia de las agencias reguladoras, lo que puede traer como consecuencia la afectación de la confianza en el público sobre el proceso regulatorio y dudas sobre la integridad de las decisiones regulatorias.

Por último, para efectos de este trabajo es importante destacar que si la captura financiera o corrupción material es ya bastante difícil de demostrar, lo es aún más la captura cultural, ya que, como lo mencionamos, en este tipo de captura no existe un pago ni transferencia directa de riqueza del sector regulado por obtener una renta regulatoria, y, por tanto, la demostración solo puede darse a partir de inferencias, esto es, exámenes regulatorios *ex post*, por ejemplo en agencias con una alta incidencia en el fenómeno de la 'puerta giratoria' que se puede establecer que estamos ante un alto riesgo de captura cultural.

2.3. Mayores y menores riesgos de captura cultural

Teniendo en cuenta que la influencia de los actores de la industria –grupos de interés– pueden moldear las políticas públicas y decisiones regulatorias, socavan la eficacia de la regulación. De acuerdo con McPhilemy (2013), el riesgo de captura cultural puede aumentar cuando:

- El sector por regular es muy especializado, técnico o sofisticado (*vgr.* sector financiero, aeronáutico o energético).
- Los agentes reguladores tienen relaciones estrechas y de colegaje con los agentes, representantes de la industria regulada.
- Los agentes reguladores tienen afinidades profesionales con personas que trabajan en empresas reguladas, lo cual puede ser una invitación a formar parte del fenómeno de la ‘puerta giratoria’.
- Los agentes reguladores y regulados realizan reuniones habituales de trabajo y de negociación. En estos casos, el regulador puede sentirse progresivamente identificado con las empresas reguladas e interiorizar los objetivos, normas y valores de la industria a través de un proceso de identificación social y cultural, por lo que al regulador le conviene dar señales de estar identificado con los intereses del sector regulado.

Con todo, y como consecuencia de la captura cultural, es posible que ello limite el pensamiento objetivo y crítico de los agentes reguladores, lo que da como resultado una falta de herramientas idóneas para la supervisión del sector regulado y flexibilidad de la regulación en favor de la industria.

Ahora bien, como señalamos en la introducción del artículo, nuestra hipótesis es que el marco jurídico e institucional en Colombia ha propiciado un entorno de captura regulatoria en el sector aeronáutico y, por tanto, con base en el breve marco teórico presentado en esta primera sección del artículo, procederemos a hacer el correspondiente análisis del marco normativo e institucional del mercado aéreo colombiano (el objeto de estudio) que pasamos a describir en la siguiente sección.

3. EL MARCO NORMATIVO Y COMPORTAMIENTO DEL MERCADO AÉREO COLOMBIANO

De acuerdo con nuestro marco constitucional vigente, entendemos que cuando el Estado interviene en la economía tiene como mínimo las siguientes obligaciones: (i) garantizar los derechos propiedad y la libre competencia (artículo 333 de la CN), (ii) dirigir y regular la economía (artículo 334 de la CN) y (iii) garantizar la prestación de los servicios públicos – inclusive actuando como agente del mercado prestador (artículos 365 y 367 CN) (Miranda y Márquez, 2004).

Ahora bien, en el año 2009, el Congreso de la Republica expidió la Ley 1340 por la cual se dictaron normas en materia de protección a la competencia, y cuyo objetivo es

... actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional (Ley 1340, 2009).

Para el desarrollo de estos objetivos, la ley previó que la SIC fuere *la autoridad única de competencia*, y por ello que actuara como el respaldo técnico de las autoridades regulatorias de control y vigilancia de aquellos sectores de la economía que cuenten con organismos especializados (de la Cruz, 2010).

Sin embargo, la mencionada ley se refirió en su texto de manera concreta al sector aeronáutico al señalar que, excepcionalmente, la Aeronáutica Civil será la entidad competente para “autorizar todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves” (Ley 1340, 2009).

Esta excepción legal es el punto de inicio del análisis del caso de integración entre Avianca y Viva Air, a partir del cual podrá determinarse que en el sector aeronáutico puede inferirse o existen indicios de que se ha presentado el fenómeno de la captura.

3.1. Antecedentes y contexto normativo de la Ley 1340 de 2009: la semilla de la captura de la regulación

Para nuestro análisis, es necesario ahondar en un caso hito –en nuestro criterio– previo a la expedición de la Ley 1340 de 2009. Lo cual nos permitirá entender la dispersión de competencias de las entidades estatales frente al mercado aeronáutico. En concreto, en el año 2001, Avianca y la entonces existente Aerolíneas Centrales de Colombia (en adelante Aces) informaron a la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) y a la Aeronáutica Civil una operación de integración.

El Decreto 2153 de 1992 le asignó a la SIC una función de carácter general, pero residual, al prever que debía aplicar las disposiciones de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas respecto de todos aquellos sectores para los cuales no hubiera una autoridad administrativa con competencias especiales, lo que implicó –hasta la expedición de la Ley 1340 de 2009– un sinnúmero de conflictos de competencia impulsado por otras autoridades administrativas que argumentaban que tenían la competencia en sus respectivos sectores. Así las cosas, a finales de los noventa no era claro que Colombia tuviera una única autoridad en materia de competencia. Al respecto, vale recordar, por ejemplo, que la anteriormente denominada Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entre otras entidades, tenían para ese entonces asignadas sus propias funciones en materia de derecho de la competencia (Archila, 2010).

En dicho contexto de dispersión e incertidumbre respecto de quien detentaba la competencia administrativa para resolver las integraciones empresariales, el 27 de

marzo de 2001 Avianca y Aces presentaron la solicitud de fusión ante la SIC y ante la Aeronáutica Civil (*El Tiempo*, 2001a.) provocando así un conflicto de competencias entre ambas entidades.

Inicialmente, la SIC asumió conocimiento y a través de la Resolución n.º 19354 de 2001 objetó la operación alegando que de aprobarse se generaría una alta concentración de la oferta, lo que implicaría que la empresa integrada podría determinar unilateralmente las condiciones del mercado, incluyendo los precios y la calidad de los servicios, particularmente en el segmento nacional, que para ese momento era explotado por ocho aerolíneas y de las cuales Avianca contaba con una participación del 40% y Aces, del 9%.

Sin embargo, durante el trámite del recurso de reposición interpuesto por las empresas intervinientes, se nombró un Superintendente *ad hoc* quien determinó en la Resolución n.º 29437 del 7 de septiembre de 2001 que la SIC no tenía competencia para analizar la operación informada por Avianca y Aces así:

...[e]n ninguna de las disposiciones legales vigentes que se refieren a la obligación de las empresas en general de informar a la Superintendencia las operaciones de integración que proyecten, ni en las normas legales vigentes en materia aeronáutica, encuentra el superintendente *ad hoc* que se produzca modificación o derogación expresa o tácita de la competencia de la autoridad aeronáutica consagrada en forma expresa en el Código de Comercio. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2001).

Esta decisión trajo como consecuencia para el superintendente de la época, Emilio José Archila, que las compañías a integrarse lo recusaran ante el entonces Ministro de Desarrollo, Eduardo Pizano, quien no tenía la competencia para resolver el recurso (*El Tiempo*, 2008). Al resolverse el conflicto de competencias en favor de la Aerocivil, que finalmente autorizó la operación de integración mediante la Resolución n.º 4888 de 2001, motivó que el entonces titular, Emilio José Archila presentara su renuncia como Superintendente de Industria y Comercio (Caracol Radio, 2023).

Vale decir que, como consecuencia de la fusión entre las dos aerolíneas, se creó el Grupo Summa que desapareció en 2004, es decir, tan solo 15 meses después de aprobada la fusión por parte de la Aeronáutica Civil. Aces como marca y compañía desapareció y sus operaciones fueron absorbidas en su totalidad por Avianca, que consolidó así su poder de mercado. Las razones para que no funcionara dicha fusión y el Grupo Summa fueron, entre otras, el choque de culturas corporativas y el manejo financiero, ya que, por un lado, nunca se logró la cohesión entre los miembros de las compañías y, por el otro lado, fueron determinantes las pérdidas operacionales que arrojó la alianza (*El Tiempo*, 2003).

Como primera conclusión, podría decirse que Avianca al ostentar un amplio poder en el mercado en 2001, logró que se revaluara la competencia de autorización de las operaciones de integraciones solo para el caso de las aerolíneas en la Aerocivil, porque vislumbraba que la fusión con Aces generaría efectos anticompetitivos en el mercado, tal y como lo identificó la SIC en la Resolución n.º 19354 en la cual se

establecieron como argumentos, entre otros: (i) la indebida restricción a la competencia fundamentado en la concentración y reducción de la oferta, (ii) la disminución de poder de segundo competidor y la no correspondencia entre las necesidades para la integración y sus efectos, además de (iii) insuficiente infraestructura para los competidores y por lo tanto la imposibilidad de entrada de nuevos agentes, (iv) el deterioro de la calidad del servicio a prestar a los usuarios, así como ausencia de mecanismos de mercado –competencia– que permitieran controlar el aumento de los precios y (v) la inexistencia de condiciones para aplicar la cláusula excepcional de eficiencia, de que trataba el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992.

Por otro lado, a pesar de que con este caso se “dirimió” el conflicto de competencias entre la SIC y la Aerocivil, la realidad es que en los años posteriores no existió una posición pacífica respecto de qué entidad ostentaba la competencia para el conocimiento *ex ante* de las operaciones de integraciones empresariales del mercado aeronáutico.

Este debate de competencias trató de disiparse con la Ley 1340 de 2009, la cual reconoce en su artículo 6 que la SIC es la autoridad única de competencia. No obstante, el parágrafo del artículo 8 ratificó la competencia excepcional de la Aerocivil para la autorización de las integraciones de exportadores aéreos que involucren contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves.

En ese sentido, resulta relevante realizar un breve recuento cronológico del trámite normativo anterior y que dio como resultado la excepción señalada en favor de la Aerocivil. Veamos:

a). En la exposición de motivos inicial del proyecto de Ley 195 de 2007 (el cual se convertiría eventualmente en la Ley 1340 de 2009) el Congreso de la República señaló la necesidad de un cambio normativo en materia de control de integraciones empresariales indicando que

Lo que produce es incertidumbre jurídica para las empresas sobre la autoridad ante la cual deben responder por sus conductas. En segundo lugar, cada una de esas autoridades puede tener criterios diferentes sobre la aplicación de las normas. En este caso la incertidumbre para las empresas se traslada al campo sustancial donde más efectos indeseables se producen. (...) De hecho, una empresa tiene derecho a saber si lo que hace en el mercado es legal o no. Esa dispersión de funciones entre varias autoridades encargadas de la sancionar prácticas restrictivas de la competencia limita el desarrollo coherente de la libre competencia” (Senado de la República, 2007) (cursiva fuera de texto original).

b). Así las cosas, en las primeras redacciones del artículo 6 se estableció que la competencia exclusiva para autorizar operaciones de integraciones empresariales estaba a cargo de la SIC, al indicar que

el establecimiento de una metodología para los procesos de integraciones empresariales, establece la aplicación de un procedimiento concretamente definido en cada una de sus etapas; estableciendo amplias garantías para los solicitantes, establece la posibilidad de

participación en este proceso a los consumidores como terceros interesados y propone la consagración de la aplicación de la excepción de eficiencia.

Así mismo, incluyó en el artículo 7 relativo al procedimiento en el numeral 8 que:

[l]as entidades gubernamentales de regulación y de control o vigilancia del sector o sectores sobre los que incida la operación podrán, en la medida en que lo consideren pertinente, enviar a la Superintendencia de Industria y Comercio su concepto en relación con la integración informada, así como la información que consideren relevante (Senado de la República, 2008a.).

c) A medida que avanzaba el trámite legislativo, era evidente el consenso al interior del Congreso de que la SIC era la autoridad competente para adelantar los trámites de autorización sobre las operaciones de integración empresarial, y que las entidades administrativas que ejercían sus funciones respecto de mercados específicos podían conceptuar sobre la operación. Tan es así que para el último debate del proyecto de ley, el numeral 5 del artículo 6 señalaba que

Las Entidades gubernamentales de regulación y de control o vigilancia del sector o sectores sobre los que incida la operación podrán, en la medida en que lo consideren pertinente, enviar a la Superintendencia de Industria y Comercio su concepto en relación con la integración informada, así como la información que consideren relevante (Senado de la República, 2008b).

d) Sin embargo, para los informes de conciliación al Proyecto de Ley 195 de 2007, en Senado y Cámara se indicó que "[s]e aclara la aplicación de las normas de protección de la competencia en los sectores financiero y aeronáutico, de acuerdo con sus particularidades" (Senado de la República, 2009) y se llegó a la redacción definitiva que encontramos hoy en el párrafo del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009 que prevé que

[l]a Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil conservará su competencia para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves.

Del anterior recuento legislativo, es claro que la inclusión de la excepción en favor de la Aerocivil no tuvo mayor margen de discusión del Congreso, ya que esta se incluyó en el texto conciliado que sería el finalmente sancionado por el Presidente de la República.

Ahora bien, respecto de la excepción consagrada en el párrafo del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009, se señala que la Aerocivil conserva su competencia, pero uno de los debates es sobre el contenido preciso de esa competencia. Al respecto, se entiende que

es la establecida para la autoridad aeronáutica en el artículo 1866 del Código de Comercio, en el cual se señala que

Quedan sujetos a la aprobación previa de la autoridad aeronáutica los convenios entre explotadores que impliquen acuerdos de colaboración, integración o explotación conjunta, conexión, consolidación o fusión de servicios, o que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar la competencia o el tráfico aéreo.

Además, el citado párrafo dispone que la Aerocivil conservará su competencia y la complementa y extiende "para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes" en diversos tipos de contratos, entre los cuales se encuentra el de "explotación conjunta" de servicios aéreos. Y, además, de manera expresa señala que comprende los convenios entre explotadores "que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar la competencia o el tráfico aéreo" (Consejo de Estado, 2011).

Sobre este particular, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-277 del 12 de abril de 2011, en la que declaró exequible el citado párrafo del artículo 8º de la ley 1340 de 2009, en los siguientes términos:

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

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado indicó respecto del artículo 1866 del Código de Comercio que

De dicha norma y del análisis precedente se deriva con toda claridad que las actividades de la AEROCIVIL no están restringidas a las funciones de control propias de la policía administrativa, sino que se extienden al ejercicio de la atribución estatal de intervención económica en su moderna concepción. Así las cosas, el artículo 1866 del Código de Comercio debe interpretarse en el contexto de la Constitución y de la propia ley 1340 de 2009" (Consejo de Estado, 2011).

4. COMPORTAMIENTO DEL MERCADO AÉREO EN COLOMBIA HASTA EL AÑO 2020: LOS EFECTOS DE LA COMPETENCIA SOBRE AVIANCA Y EL INTENTO DE RESCATE DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

El transporte aéreo, tanto de carga como de pasajeros, es fundamental para el dinamismo de la economía mundial y para el comercio internacional, ya que contribuye en diferentes fases del desarrollo de diversas industrias, tanto para el comercio de bienes como de servicios. En estos últimos, encontramos que el turismo es una de estas industrias

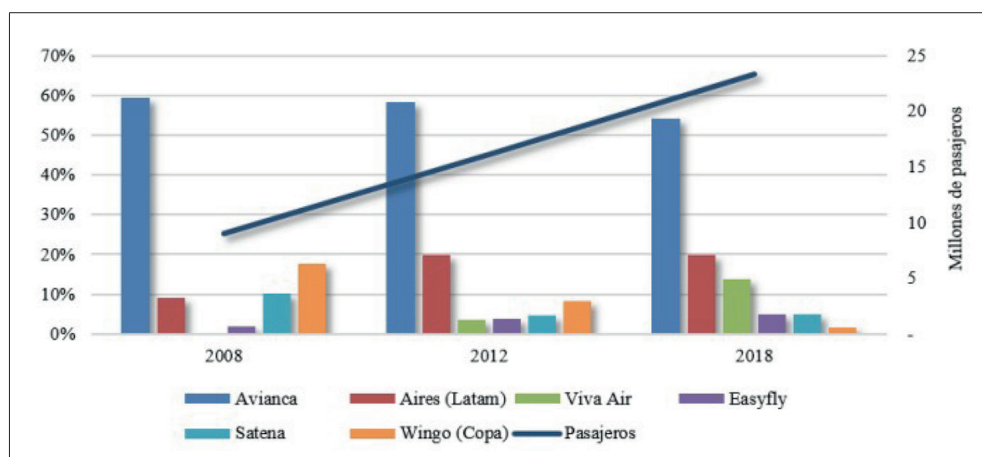
principales, pues el 58% de los turistas internacionales se transportan a través del sistema aéreo (Aeronáutica Civil, 2021a.).

Históricamente, la industria del transporte aeronáutico en el mundo y, particularmente en Colombia, se ha caracterizado por una alta concentración y pocos niveles de competencia económica. Esto se debe principalmente a la presencia de economías de escala y al desarrollo que ha tenido la industria, ya que las estrategias de operación compartida entre los agentes del mercado van desde las alianzas de beneficios hasta, por ejemplo, los acuerdos de código compartido o la fusión total entre aerolíneas.

En cifras, y de acuerdo con la SIC, entre 1997 a 2004, se tuvo un promedio de 9,1 millones pasajeros movilizados cada año en el país. Este periodo es en todo caso atípico, dado que incluye el efecto de la crisis económica de 1999 en el contexto local y el efecto de la crisis aeronáutica mundial posterior a los atentados del 11S. En el mismo estudio de la SIC se estableció, a partir de los datos estadísticos de la Aerocivil, que de 2005 a 2009, el sector pasó a movilizar más de 12,1 millones de pasajeros y desde el cierre de 2009 a 2017, se movilizaron más de 32,5 millones de pasajeros al año (Superintendencia de Industria y Comercio, 2020).

Es importante anotar que el mercado tuvo una apertura importante a mediados de 2012, ya que con la Resolución n.º 904 de 2012 de la Aerocivil se eliminó la obligatoriedad del cargo por combustible y se indicó que a partir de esta resolución, el régimen tarifario de los servicios aéreos comerciales era de libre competencia. Este cambio regulatorio representó un paso importante en la ampliación y desregulación del sector y facilitó la llegada de nuevos competidores como Viva Air y Wingo con el modelo de negocio *low cost*, lo que condujo a dinamizar el mercado y, por ende, que Avianca fuera cediendo de a poco su participación frente a los competidores, tal y como se muestra en la siguiente gráfica (Superintendencia de Industria y Comercio, 2020):

GRÁFICA 1. PARTICIPACIÓN DE AEROLÍNEAS
Y NÚMERO TOTAL DE PASAJEROS DOMÉSTICOS (2008, 2012 Y 2018)

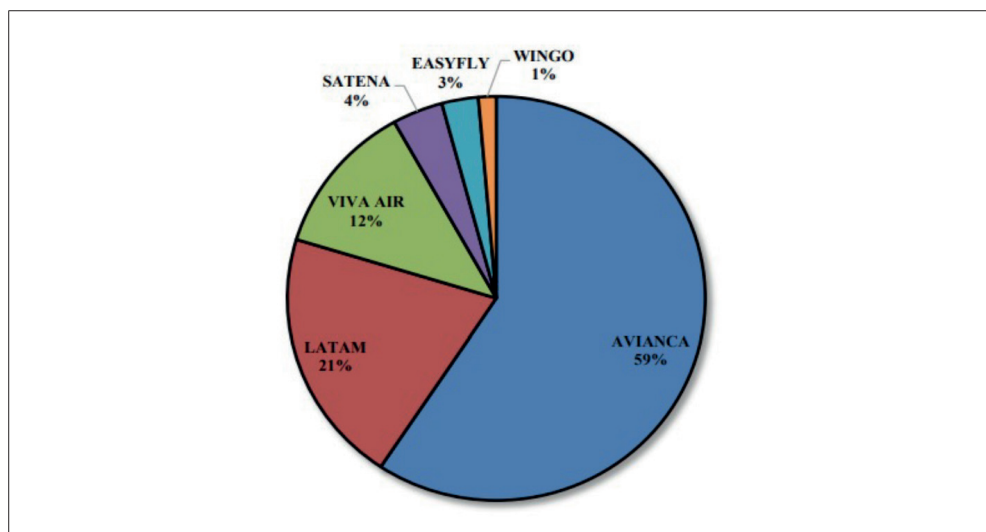


Fuente: Superintendencia, con base en información de la Aerocivil.

Ahora bien, entre 2015 y 2018, la movilización de pasajeros en rutas domésticas se mantuvo con una media de 22, 9 millones de pasajeros por año; sin embargo, el número de pasajeros originados en Colombia hacia destinos internacionales, entre 2014 y 2018, se incrementó cerca de un 39%. Además, el número de pasajeros que utilizaron los aeropuertos nacionales como escala para conectar con otras partes del mundo, se incrementó en el mismo periodo cerca de un 49%. Con todo, el crecimiento total del número de pasajeros movilizados, entre 2014 y 2018, fue cercano al 20% (Superintendencia de Industria y Comercio, 2020).

En concordancia con lo anterior, para 2018, la Gráfica 2 ilustra la participación en el mercado de las aerolíneas competidoras en el segmento transporte de pasajeros doméstico (Superintendencia de Industria y Comercio, 2020):

GRÁFICA 2. PARTICIPACIÓN DE AEROLÍNEAS
EN TRANSPORTE DE PASAJEROS DOMÉSTICOS (2018)



Fuente: Superintendencia, con base en información de la Aerocivil.

En la gráfica se evidencia que, aunque Avianca ostentaba la mayoría de la participación en el mercado, Latam y Viva Air estaban teniendo un aumento en su participación causado por factores como la llegada del modelo *low cost*, pero también por el efecto del paro de pilotos de Avianca en 2017 que se mantuvo por más de 50 días (Morales, 2017). En el mismo estudio de la Superintendencia de Industria y Comercio (2020) se evidenció respecto de Viva Air que, entre 2012 y 2018 esta aerolínea incrementó el número de pasajeros transportados de 558 mil a cerca de 3,2 millones. Es decir, un aumento de 473% en seis años.

Al finalizar 2018, era evidente el crecimiento del mercado de transporte aéreo en Colombia, ya que movilizó 37,8 millones de personas y para 2019 esta cifra se

incrementó en un 9,2%, lo que se traduce en un total de 41,3 millones de pasajeros movilizados en este año (Aeronáutica Civil, 2021a). Así mismo, se tiene que para 2019, Avianca contó con un 41,44% de participación en el mercado, mientras que Viva Air obtuvo el 10,58%. Es decir, mientras Viva Air consolidaba su porcentaje de participación en el mercado, la participación de Avianca se había reducido drásticamente.

Ahora bien, en ese contexto de crecimiento de la industria de transporte aéreo y el crecimiento de Viva Air se dio la declaración de la pandemia mundial del Covid-19, a partir de la cual, desde el primer trimestre de 2020, los diferentes gobiernos tomaron medidas como el aislamiento obligatorio para sus ciudadanos, el cierre de fronteras, entre otros, lo cual llevó inevitablemente a un cambio en el desarrollo de la economía, ya que todos aquellos sectores que requieren la movilización de las personas para su funcionamiento, tuvieron que parar abruptamente y buscar alternativas para mantenerse a flote.

Por supuesto, el sector del transporte aéreo sufrió una crisis sin precedentes a nivel mundial, ya que el cierre generalizado de las fronteras aéreas para el tránsito de pasajeros y por lo tanto, la virtual paralización de la demanda mundial de tráfico aéreo, consecuencia de las medidas implementadas para contener la expansión del Covid-19 generó una situación crítica para los agentes de la industria aeronáutica, y en particular para las aerolíneas.

Al respecto, de acuerdo con lo informado por la CEPAL (2020), en los primeros ocho meses de 2020, las pérdidas de ingresos globales para las aerolíneas fueron en el orden de "(...) los USD 256 mil millones, de los cuales un 7% (USD 19 mil millones) corresponden a pérdidas originadas en América Latina y el Caribe". De esta manera, el número de pasajeros transportados en abril de 2020 en la región cayó en un 96% superando el promedio global del -94,5%, lo que condujo a que a 31 de julio de 2020, las aerolíneas que operan en América Latina hubieran perdido el 69,1% de su valor en el mercado, esto frente al promedio global del 51,5% (CEPAL, 2020).

Con la mayor parte de su flota en tierra, las aerolíneas tuvieron que hacer frente a importantes costos de operación y mantenimiento, a la vez que vieron reducir sus ingresos y utilidades, por lo que, para sobrevivir a la crisis, se vieron forzadas al cierre de algunas operaciones, la reducción de las flotas disponibles, reducción de salarios y despido de personal. La pérdida de liquidez puso en riesgo millones de empleos y las compañías tuvieron que pedir apoyo financiero a los gobiernos en forma de préstamos, subsidios salariales, inyecciones de capital, aumento de los plazos para el pago de impuestos y/o reducción de las obligaciones fiscales (Sbarbati, 2022).

Teniendo en cuenta este escenario de crisis, es necesario recordar que varios gobiernos pusieron en marcha planes de rescate y préstamos masivos para las aerolíneas, por ejemplo, el Departamento del Tesoro de EE.UU a través de la *Cares Act* y la Ley del Plan de Rescate Estadounidense llegó a un acuerdo con American Airlines, United Airlines Holdings, Delta Airlines, Southwest Airlines, JetBlue Airways y Alaska Airlines, para implementar un paquete de apoyo de 25.000 millones de dólares, en el que el gobierno recibiría un reembolso del 30% de los fondos otorgados y garantías equivalentes al 10% del préstamo.

Por su parte, la Comisión Europea aprobó un plan de recapitalización de la aerolínea alemana Lufthansa por un monto de 6.000 millones de euros, decisión que fue anulada por el Tribunal General de la Unión Europea el 10 de mayo de 2023, ya que estableció que la Comisión cometió varios errores, entre ellos considerar que Lufthansa era incapaz de financiarse en los mercados.

Respecto de las medidas tomadas en el mercado doméstico colombiano, y tal como sucedió en el resto del mundo, las aerolíneas sufrieron los impactos directos de la crisis, de lo cual resultó, por ejemplo, que Avianca se acogiera al Capítulo 11 de la Ley de Bancarrota en Estados Unidos, el cual permite que, mientras se adelanta el proceso, se pospone la deuda de una empresa con sus acreedores y le permite continuar operando mientras reorganiza su deuda o venden partes de la compañía (International Revenue Service, s.f.).

En el marco de dicho proceso y con base a su plan de recuperación, Avianca solicitó al gobierno colombiano apoyo financiero para solventar la crisis, esto a cambio de repago de deuda y participación accionaria del Estado en la compañía. Ello, teniendo en cuenta que, conforme con los estados financieros consolidados a 31 de diciembre de 2020 la deuda de Avianca ascendía a los USD\$6.860.494 (Avianca Holdings S.A. y Subsidiarias, 2021).

Para agosto de 2020, siguiendo el camino de otros países, Avianca solicitó un rescate financiero al gobierno nacional colombiano, y pese a las críticas y la polémica pública que desató en el país la solicitud de Avianca, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público informó que concedería a la compañía un préstamo por US\$ 370 millones que se financiarían con el Fondo de Mitigación de Emergencias – FOME y que debía retornarse en un plazo de 18 meses (Rincón, 2020). Esta polémica tiene múltiples aristas. Una de ellas es que el Decreto 444 del 2020, que creó el FOME, efectivamente incluía la posibilidad de financiar empresas privadas, que desarrollen actividades de interés nacional, pero no es menos cierto que la razón de creación del FOME y el del mismo Decreto 444 del 2020 era conjurar la crisis económica, incluso de centenares de empresas, como consecuencia del Covid-19. Es decir, dentro de los centenares de empresas que debieron detener sus operaciones durante la pandemia, ¿cuál es la particularidad de Avianca –incluso asumiendo que su actividad es de interés nacional– para ser el principal beneficiario individual de los recursos de fondo? De hecho, en su momento el propio gobierno nacional enfatizó en que los recursos del fondo eran para atender los requerimientos concretos del sector salud y para financiar programas de gasto social para que los colombianos más vulnerables (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, s.f.). Esto último se corrobora incluso al evidenciar que a junio de 2020 la gran mayoría de las transferencias del FOME se estaban dirigiendo a financiar programas del Departamento de Prosperidad Social, el Ministerio de Salud, la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, así como para el fortalecimiento de la cadena de abastecimiento de alimentos y de los programas de transferencias para personas vulnerables, "Familias en Acción" y "Colombia Mayor" (Observatorio Fiscal, 2020). Es decir, el destino que hasta mediados de 2020 tenían los recursos del FOME, su naturaleza de gasto social concentrado en los más vulnerables o para conjurar el problema de salud pública e incluso para mitigar la crisis por la insuficiencia de oferta de alimentos del momento, contrasta

dicientemente con la decisión del Ministerio de Hacienda de tomar US\$370 millones de dólares del mismo fondo para atender el rescate solicitado por Avianca, justificado en que es una empresa cuya actividad es de interés nacional.

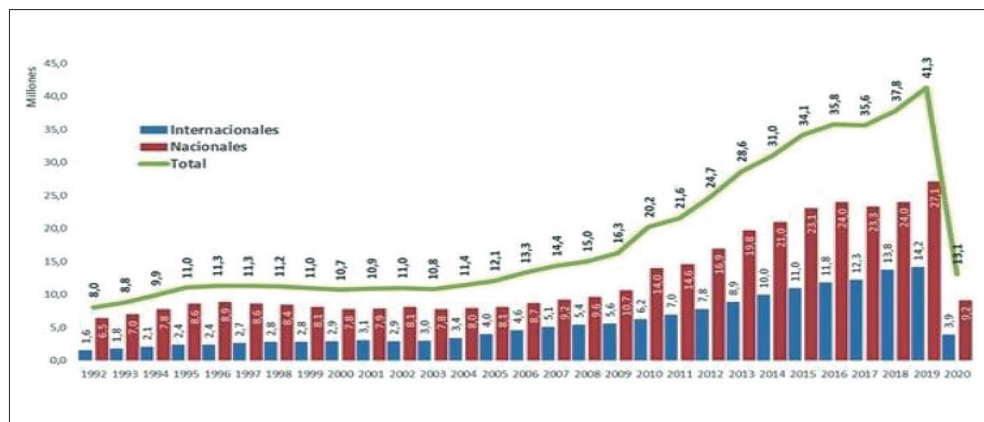
No obstante, en septiembre del mismo año, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (2020) ordenó como medida cautelar cesar las gestiones administrativas para adelantar el préstamo dirigido a Avianca y finalmente, luego de diversas decisiones judiciales, Avianca informó que no haría uso del préstamo ofrecido por el gobierno colombiano, ya que en el proceso de reorganización adelantado en Estados Unidos encontró financiación de otros agentes (Amaya, 2020).

Así las cosas, Avianca operaba como deudor en posesión bajo la jurisdicción del tribunal de quiebras de Estados Unidos. En general, como deudor en posesión, la empresa protegía su operación al estar autorizada para continuar operando como un negocio regular en marcha, pero no podía comprometerse en transacciones por fuera del curso ordinario de sus negocios sin la aprobación previa del tribunal.

Este tribunal de quiebras garantizaba algunos alivios para la empresa, como por ejemplo frente al pago de empleados, autoridades de impuestos, compañías de seguros, contratistas independientes para proyectos de mejoras, proveedores extranjeros, otras aerolíneas en virtud de ciertos acuerdos, y ciertos proveedores considerados críticos para la operación (Avianca Holdings S.A. y Subsidiarias, 2021).

Ahora bien, en este contexto, la Aerocivil señaló que para 2020, se presentó una caída del 68,3%, en la demanda como consecuencia de la suspensión del servicio de transporte aéreo entre el 24 de marzo y el 31 de agosto del año 2020, lo que dio como resultado que, para 2020 solo se movilizaran 13,08 millones personas, tal y como se muestra en la siguiente gráfica de la Oficina de Transporte Aéreo Grupo de Estudios Sectoriales (2021a.)

GRÁFICA 3. MOVIMIENTO ANUAL DE PASAJEROS
POR TIPO DE TRÁFICO 1992-2020



Fuente: Aerocivil. Elaboración: Grupo Estudios Sectoriales.

A pesar de la fuerte crisis del sector aeronáutico durante la pandemia, a medida que se fueron flexibilizando las restricciones de movilidad y se inició la reactivación económica, a partir del 1 de septiembre de 2021, se empezaron a programar paulatinamente más vuelos nacionales en Colombia y luego los vuelos internacionales. De hecho, a medida que se fue dando la recuperación de la industria se observó que para 2021, Colombia fue uno de los países con mejores resultados en la región:

Un año después de la reapertura de los vuelos en septiembre de 2020, ya había recuperado el 90% de los vuelos domésticos y las dos terceras partes de los internacionales (Agencia EFE, 2021), para cerrar el 2021 alcanzando el número de pasajeros transportados en diciembre de 2019 (IATA, 2022). La rápida recuperación fue posible porque Colombia buscó reactivar la conectividad aérea a través de acciones como la reducción del impuesto al valor agregado a los tickets aéreos y la fuerte promoción de los destinos nacionales en el exterior (Agencia EFE, 2021) (Sbarbati, 2022).

De lo anterior, cabe agregar que, para mitigar la crisis del sector aéreo, el gobierno colombiano, mediante el Decreto 575 de 2020, redujo el impuesto al valor agregado (IVA) para tiquetes aéreos pasando del 19% al 5%. Esta medida se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2022 con la Ley 2068 de 2022. De acuerdo con el gremio de agencias de viajes, dicha medida

... fue clave para reactivar esta economía. Según cifras de la Aeronáutica Civil, entre enero y octubre de 2022, cerca de 27,3 millones de pasajeros se movilizaron en vuelos domésticos, lo que significó un crecimiento de 23%, frente a los 22,3 millones transportados durante los mismos meses de 2019" (ANATO, 2022).

5. EL CASO CONCRETO: LA INTEGRACIÓN AVIANCA-VIVA AIR

Teniendo en cuenta la descripción del marco normativo, especialmente, la peculiar forma en que se reguló el régimen de autorización de integraciones en el sector aeronáutico, así como el comportamiento económico del sector durante las primeras dos décadas del siglo XX hasta el punto de inflexión que significó la pandemia de Covid-19 y las conductas de Avianca, incluso en su relacionamiento con las autoridades y el gobierno nacional, entonces, en la presente tercera sección del artículo, nos concentraremos en la situación que llevó a Viva Air a una supuesta "crisis sin precedentes" que desencadenó en la solicitud de integración con Avianca.

5.1. Análisis del estado financiero de Viva Air

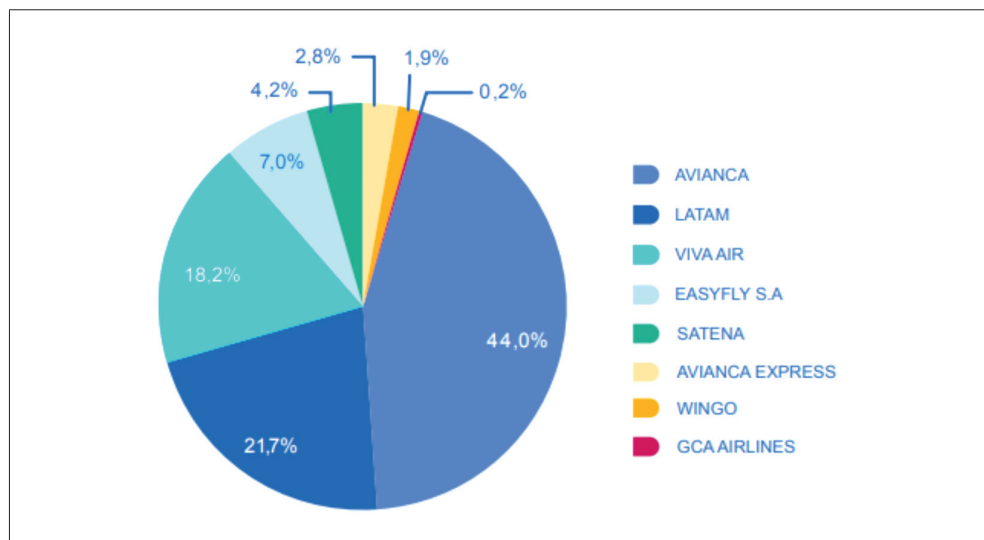
Como dijimos, Viva Air ingresó al mercado colombiano en 2012 en el segmento de *low cost*; así mismo, Wingo ingresó a este segmento en 2016 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2020). En ese sentido, a partir de marzo de 2020 y por los efectos de la

pandemia, Viva Air como las demás aerolíneas enfrentó una crisis sin precedentes, esto es, el cese virtual de todas las operaciones de transporte comercial de pasajeros. Sin embargo, vale destacar que cuando se le preguntó a Félix Antelo –el entonces presidente de la compañía– respecto de las medidas que se tomarían para que la disminución de la demanda no afectará el modelo de bajo costo, este señaló que

El modelo no va a cambiar, sino que cuando volvamos a volar será una ventaja, porque estamos convencidos de que el cliente va a estar más exigente y va a demandar precios más accesibles, más bajos y más valor por el dinero gastado. Al tener costos más bajos podremos traspasarlos al precio del ticket, y eso no va a cambiar. El cliente va a ser más sensible al precio (Rojas, 2020).

Recordemos que para 2020, Viva Air pasó a ser la tercera compañía más importante –por volumen de pasajeros– en el mercado colombiano, liderado por Avianca, y muy cerca del segundo puesto que ocupaba Latam Colombia (Murcia, 2020), tal y como se muestra en la siguiente gráfica del Ministerio de Transporte (2020):

GRÁFICA 4 PARTICIPACIÓN AEROLÍNEAS
EN TRANSPORTE DE PASAJEROS DOMÉSTICOS



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Aerocivil (2020).

En este contexto, en mayo de 2020, el mismo presidente de la Viva Air señaló en el foro *Inside* del diario *La República*, y respecto de la situación financiera de la compañía que

[Pregunta] De las ayudas para las aerolíneas, algunas han solicitado rescate, pero ustedes [Viva Air] han sido enfáticos en decir que no necesitan un rescate sino un préstamo o un

crédito ¿de qué tipo de crédito estamos hablando? ¿qué características tenía y quién sería ese financiador en este caso?

[Respuesta] Lo primero que creo es importante destacar de cómo llegamos al crédito y efectivamente lo primero es lo que mencionaba María Carolina. Esto no es un rescate financiero, no es un *bailout* o no es un salvataje. Las características del préstamo que estamos hablando con el gobierno, con el Ministerio de Hacienda es de un préstamo de entre 8 y 10 años de plazo. Necesitamos un periodo de gracia de entre 2 y 3 años. Estamos explorando las dos alternativas, una alternativa que sería donde el gobierno y el Estado garantiza una parte importante del préstamo y la otra alternativa es que el Estado dé directamente el préstamo (*La República*, 2020).

De la entrevista en comento se concluía que Viva Air cerró el 2019 con cifras positivas y que al iniciar la pandemia en 2020 se encontraba en una buena situación financiera; sin embargo, ante la caída repentina de sus ingresos, calcularon que podían mantenerse estables hasta mediados de junio de 2020 y que requerían una inyección de capital para mantenerse a flote que se estimaba en menos de 60 millones de dólares.

Con este panorama de recuperación, finalizando el 2020, Viva Air lanzó una campaña denominada "Vamos con toda", la cual contenía promociones del 7 al 11 de enero de 2021, para volar entre el 18 de enero y el 30 de junio con precios a destinos nacionales desde \$54.000 (COP) por trayecto.

Así las cosas, y durante la reapertura de las fronteras y la reactivación de las rutas nacionales e internacionales, Viva Air fue de las primeras aerolíneas en volver a operar, y de acuerdo con su CEO también la única en Colombia en lograr mejores resultados en medio de la crisis, superando brevemente a Latam, y aumentando su participación en el mercado al 24% con más de 1,9 millones de pasajeros transportados en cerca de 12.000 vuelos (*Semana*, 2021). La compañía también amplió sus bases de operaciones con una nueva sede en la ciudad de Cali e inauguraron seis rutas nuevas desde ese destino, lo que la dejó con un total de 29 rutas nacionales y tres internacionales (Aeronáutica Civil, 2021b). De hecho, para septiembre de 2021, en entrevista con *El Espectador*, Francisco Lalinde, vicepresidente de operaciones del Grupo Viva Air, realizó un balance del primer año, luego de la reactivación económica (postpandemia) e indicó que la compañía

... ha salido fortalecida y hoy se consolida como la segunda aerolínea de Colombia en términos de participación de mercado, con un 24 %. Lo anterior explica que hoy crezcamos cerca de 10% en pasajeros transportados con respecto a 2019 [año pre pandemia]. Esperamos cerrar 2021 con un crecimiento del 20% en la cantidad de sillas ofrecidas, lo que demuestra la acogida y confianza por parte de los viajeros hacia nuestra compañía" (*El Espectador*, 2021b.).

5.2. Solicitud de integración entre Viva Air y Avianca. Resultados

Sin embargo, al margen de los resultados positivos y la trayectoria de crecimiento de Viva Air luego de la pandemia, en abril de 2022, Avianca adelantó una operación de compra del 100% de los derechos económicos de Viva Air Colombia y Viva Air Perú. Con ello, se separaron los derechos económicos de los derechos políticos, ya que estos últimos fueron adquiridos por un tercero –que no hacía parte funcional ni organizacional del grupo empresarial de Avianca–, por lo que, en teoría, Investment Vehicle 1 Limited (controlante de Avianca) no ejercía el control ni la administración de Viva Air, y, por tanto, la controlante de Avianca –al menos en el papel– carecía de facultades para tomar decisiones de ningún nivel frente a los máximos órganos sociales de la misma Viva Air.

Por lo tanto, en un sentido meramente formal y para efectos de la solicitud de integración que se presentaría el 8 de agosto de 2022 (casualmente, un día después de la posesión del Presidente de Colombia, Gustavo Petro) a nivel societario Viva Air no era ni subordinada ni controlada, ni hacía parte del mismo grupo empresarial al que pertenece Avianca. A partir de esta premisa, las aerolíneas Avianca, Viva Air y Viva Air Perú, enviaron una solicitud de autorización de integración empresarial a la Aeronáutica Civil, en la cual alegaron *urgencia* porque, según Viva Air, su liquidez le permitía operar solo 60 días más, y por ello, pidieron aplicar la excepción de *empresa en crisis* para una aprobación *urgente* de la integración. Sin embargo, de acuerdo con la Resolución 02473 de 2022 de la Aeronáutica Civil, encontró no demostrada la excepción de “empresa en crisis” al considerar que Viva Air no había explorado alternativas menos restrictivas como su reestructuración, venta a terceros o reorganización judicial.

Sobre este particular, resulta necesario hacer varias precisiones, la primera de ellas, es definir la excepción de empresa en crisis o *failing-firm defence* (FFD) en el sentido que este:

...es un mecanismo que permite el rescate de empresas al borde de la liquidación judicial mediante una operación de integración (...) sin embargo, esta figura no puede cumplir con su finalidad si no está acompañada de un procedimiento expedito, de urgencia y preferencial que evite que las empresas que tienen alguna esperanza de ser rescatadas tengan que liquidarse porque la bendición de la autoridad no les llegó a tiempo” (Pardo, 2021, p. 1).

Vale agregar que en el derecho local colombiano, esta excepción no está prevista en el derecho positivo, sino que ha sido desarrollada por la SIC y, por tanto, la doctrina ha determinado que para su aplicación es necesario que se cumplan las siguientes condiciones (Arboleda, 2019):

1. La aprobación de la operación proyectada debe ser la única alternativa posible para salvar la empresa.
2. Las intervinientes tienen la carga de probar la excepción de empresa en crisis.

3. La excepción de empresa en crisis se acredita con el cumplimiento conjunto y no excluyente de tres condiciones:
 - 3.1. La empresa en crisis debe estar condenada, a causa de sus problemas económicos, a abandonar el mercado en un futuro próximo, generalmente inferior a un año.
 - 3.2. No existe otra alternativa o proyecto real alcanzable menos anticompetitivo
 - 3.3. El daño a la competencia generado por la operación es comparable con aquel que provocaría la salida del mercado de los activos de la empresa en crisis.
4. Que, ante el incumplimiento de alguna de las condiciones o la existencia de una alternativa previsible a cualquiera de las condiciones, la excepción de empresa en crisis no debe ser aceptada.
5. Que la acreditación y aceptación de la excepción de empresa en crisis no es compatible con la imposición de condicionamientos (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 13544 de 2006 y Resolución 90622 de 2015).

Entendido lo anterior, es válido preguntarse si en un año Viva Air sufrió una crisis financiera de tal magnitud que su única opción era la operación de integración con Avianca, o si por el contrario al invocar la excepción *failing-firm defence*, se buscaba ejercer presión ante la Aerocivil para que aprobara la integración con su otrora competidor, con o sin condicionamientos.

Recordemos que en el 2021 el porcentaje de participación en el mercado aéreo de Avianca fue del 30,57%, mientras que Viva Air cerró con el 16,97%, lo cual implica que, entre 2019 y 2021, Avianca tuvo una disminución de participación del 10,87% y por el contrario Viva Air tuvo un aumento del 6,39%. Ahora bien, la sumatoria de la participación en el mercado de las dos compañías al finalizar el 2021 fue del 47,54% (Aeronáutica civil, 2021a).

En este punto, resulta importante señalar que al finalizar 2022, Avianca contaba con un 32,06% de participación en el mercado aéreo, mientras que Viva Air sostenía el 15,04%, lo cual implica que, con relación al año 2021, Avianca aumentó su participación en el mercado en un 1,49%, mientras que Viva Air disminuyó su participación en un 1,93% (Analitik, 2023). Al respecto, resulta válido reiterar el interrogante ¿la disminución en un 1,93% de la participación de Viva Air en el mercado podría desencadenar una crisis financiera tan grave como la que –en teoría– enfrentó la compañía al momento de solicitar la autorización para su integración con Avianca?

Entre los argumentos presentados por Viva Air respecto de su gravosa situación financiera, esta indicó en radicado del 22 de septiembre de 2022, que el incremento “desmesurado del combustible” entre diciembre de 2021 y 2022 implicó un incremento del 94% en gastos para la compañía, lo cual superó el precio proyectado por Viva Air para 2022, además de la devaluación del peso colombiano frente al dólar de aproximadamente un 20%².

- 2 Tomado de <https://www.vivaaair.com/co/es/proceso-recuperacion>. Se aclara que la página oficial de Viva Air fue cerrada por motivo de la fusión con Avianca.

Ahora bien, conforme con la solicitud presentada, la transacción propuesta por Avianca para “salvar” e integrarse con Viva Air consistía en lo siguiente: (i) la adquisición del control competitivo de Viva Air por parte la *holding* controlante de Avianca, es decir, la mencionada Investment Vehicle 1 Limited, lo cual implicaría la concentración en una sola empresa de las operaciones de Avianca y Viva Air; (ii) la adquisición del 100% de los derechos políticos de Fast Colombia - Viva Air y el 100% de los derechos de voto en Viva Perú por parte de Investment Vehicle 1 Limited; y (iii) la transferencia de la titularidad de las acciones de Fast Colombia - Viva Air y los derechos de voto de Viva Perú (Aeronáutica Civil, 2022).

Dentro del trámite adelantado por la Aerocivil, esta remitió comunicación el 30 de agosto de 2022 a los posibles terceros interesados para que en un plazo de diez días presentaran la solicitud de reconocimiento como terceros interesados. A esta solicitud respondieron las compañías Ultra, Latam, Wingo, Jetsmart, Air Europa, Lufthansa, Wilmington, Anato, Easyfly, Satena, Aerolíneas Argentinas y Odeaa (Aeronáutica Civil, 2022).

De los documentos presentados por los terceros interesados, vale la pena resaltar la argumentación de Ultra Air, la cual indicó que, mediante la operación de adquisición del 100% de los derechos económicos de Viva Air por parte de Avianca, estas ya se habían integrado materialmente.

5.3. Actuación de la Aerocivil

Pese a los argumentos esgrimidos por las partes de la operación de integración, casi tres meses después de la solicitud de integración, la Aerocivil, mediante la Resolución 02473 del 4 de noviembre de 2022, declaró no probada la excepción de *empresa en crisis* argumentando que Viva Air no exploró otras alternativas menos anticompetitivas para salir a flote y, por ello, objetó la operación de integración presentada por las intervinientes, por lo que la Aerocivil concluyó que la transacción crearía o reforzaría poder de mercado, elevaría barreras de entrada e incrementaría los riesgos de conductas unilaterales y coordinadas (Aeronáutica Civil, 2022).

Además, cabe resaltar que de acuerdo con el análisis realizado por la Aerocivil en la misma Resolución 02473, Avianca y Viva Air no probaron que el daño a la competencia generado por la transacción era menor que aquel que provocaría la salida del mercado de Viva. Por el contrario, las compañías se limitaron a relatar los efectos de la supuesta salida del mercado de Viva Air, pero no los compararon con los efectos que generaría la aprobación de la integración. Por supuesto, contra la citada resolución, Avianca y Viva Air interpusieron el recurso de apelación que fue concedido por la Dirección de Transporte Aéreo y Asuntos Aerocomerciales de la Aerocivil.

5.4. Reacción de la SIC y demás autoridades

Es necesario destacar en este punto que mientras se desarrollaba esta disputa administrativa en la Aerocivil, paralelamente, la Delegatura para la Protección de la

Competencia de la SIC inició una averiguación preliminar respecto de la operación de compra de los derechos económicos de Viva Air por parte de Avianca, y encontró mérito para iniciar investigación administrativa y formular pliego de cargos, mediante la Resolución n.º 87164 del 9 de diciembre de 2022.

Con esta investigación, la SIC buscaba determinar si Avianca y Viva Air se habían integrado sin la autorización previa de la autoridad competente, teniendo en cuenta que, de acuerdo con los artículos 8 y 9 de la Ley 1340 de 2009 (arriba citados), las compañías debieron solicitar autorización de la Aerocivil. Al respecto, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la materialización de una integración empresarial sin autorización previa de la autoridad competente –cuando esa autorización es obligatoria– constituye una práctica restrictiva de la competencia sancionable en el marco de las investigaciones administrativas de las que es precisamente competente la SIC.

En el marco de esta investigación, Avianca y Viva Air argumentaron ante la SIC que aunque el *holding* controlante de Avianca era propietario del 100% de los derechos económicos de Viva Air, este acuerdo no se trataba de una integración y/o fusión, ya que las compañías continuaban existiendo autónoma y separadamente. En ese orden de ideas, constituyeron un patrimonio en el que Avianca carecía de los derechos políticos respecto Viva Air, sino que poseía el 100% de los derechos económicos y los derechos políticos eran ejercidos por terceros.

No obstante, para la SIC, según lo indicado en la formulación de cargos, se evidenciaba que en el mercado del transporte aéreo de pasajeros, Avianca históricamente ha ostentado una posición dominante. Al respecto destacó que, entre enero y septiembre de 2022, Avianca transportó cerca del 39% de los pasajeros domésticos y Viva el 21 %, por lo que la integración concentraría cerca del 60 % del mercado aeronáutico (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 87164 de 2022).

Por lo tanto, atendiendo a esta estructura de mercado y con la información publicada por la Aerocivil respecto de las rutas de transporte de pasajeros regulares nacionales, la SIC encontró preliminarmente que Avianca y Viva Air en conjunto podrían haber contado con 72 rutas nacionales en el periodo comprendido entre enero y septiembre de 2022. Al tiempo, respecto de las rutas de transporte de pasajeros regulares internacionales, la SIC analizó las rutas operadas por Avianca, Viva Air y Viva Airlines Perú S.A.C. Sucursal Colombia, encontrando que en diez rutas internacionales analizadas, la participación conjunta superaría el 50% (Superintendencia de Industria y Comercio, 2022b).

Ahora bien, en esta cronología de hechos y pronunciamientos, uno de los puntos más críticos ha sido el del acceso a los *slots* aeroportuarios, los cuales se definen como el permiso otorgado por un coordinador que permite utilizar la infraestructura aeroportuaria necesaria para aterrizar o despegar en un aeropuerto en una fecha y hora específica (Aeronáutica Civil, 2019). Si bien estos *slots* son asignados por la Aerocivil, la SIC encontró que para el caso de Avianca y Viva Air el Aeropuerto El Dorado (de

Bogotá) con 66 operaciones por hora, alcanzaría una ocupación del 69% de los *slots* una vez integradas las empresas.

En ese orden de ideas, y atendiendo a los hallazgos y análisis realizados frente al mercado relevante, la SIC encontró mérito para abrir una investigación, señalando preliminarmente que la "presunta" integración tendría como consecuencia altas concentraciones en el mercado de pasajeros regulares en rutas domésticas; al tiempo, en la mayoría de las rutas internacionales identificadas se obtendría una participación del mercado superior al 50%, y respecto de las limitaciones de operación por infraestructura, en especial en el aeropuerto El Dorado de Bogotá, conjuntamente la ocupación de *slots* llegaría al 69%.

Ahora bien, respecto de la conducta consistente en haberse integrado sin solicitar previamente la autorización a la autoridad competente –en este caso la Aerocivil– la SIC indicó que "La unión económica entre los participantes en la operación surge si entre ellos se generan vínculos económicos estructurales" (Superintendencia de Industria y Comercio, 2022b.). Estos "vínculos económicos estructurales" no constituyen un término ambiguo, sino que ha sido definido por la OCDE como aquella interrelación entre agentes competidores que tienen como consecuencia la disminución de los incentivos de las compañías para competir entre ellas, por lo que encaminan sus estrategias para cooperar y obtener una utilidad conjunta (OCDE, 2009).

Así mismo, la SIC ha resaltado la importancia de informar a la entidad competente previo a una operación de integración señalando que

...[e]l deber de no integrarse hasta tanto no se obtenga el visto bueno de la SIC no es un simple requisito formal que se puede evadir a través del uso de figuras jurídicas que permiten que los competidores empiecen a integrarse pero no finalicen la integración, sino que se enfoca en evitar que las empresas competidoras empiecen a tener vínculos económicos estructurales que por sí mismos pueden afectar la competencia. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014).

Este apartado transcrito contiene dos dimensiones relevantes, a saber: por un lado, la SIC establece que lo que se pretende mediante el "deber de abstención" es evitar que las empresas creen *vínculos económicos estructurales* entre ellas, los cuales, por su sola existencia, pueden afectar la libre competencia, y, por otro lado, indica algunas categorías de información que, por su naturaleza, de ser compartidas darían lugar a la creación de vínculos económicos estructurales. En esta línea, es importante resaltar que de acuerdo con la manera como lo anuncia la SIC, el incumplimiento del deber de información cuando se comparte ese tipo de información entre competidores parece darse automáticamente, es decir, no es necesario que se tenga una intencionalidad de generar efectos anticompetitivos en el mercado o perjudicar a los consumidores (Acevedo, 2017).

Sobre este punto, antes de la disputa por el caso de Avianca y Viva Air, en el conocido caso de UNE EPM, Cable Unión y Cable Vista de 2010 la Superintendencia indicó que

... las integraciones empresariales no solo se materializan a través de fusiones o adquisiciones de control sobre otros competidores (como por ejemplo cuando se adquiere el 50% más uno de las acciones del competidor). También existirá integración cuando en virtud de la operación, independientemente de su forma jurídica o contractual, se produce un efecto concentrativo en el mercado, que puede derivar en una restricción indebida de la libre competencia. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014).

Por lo tanto, la generación de este tipo de *vínculos económicos estructurales* resulta idónea para afectar la libre competencia, ya que el principal efecto que pretende la operación de integración se consuma en la realidad, esto es, "(...) eliminar la competencia entre los agentes que participan en la operación y comenzar a desarrollar de manera" (Superintendencia de Industria y Comercio, 2022b.).

En virtud de lo anterior, en la mencionada Resolución n.º 87164 del 9 de diciembre de 2022, la Delegatura de Competencia de la SIC advirtió que la cesión de derechos políticos a un tercero no evitó la influencia material de Avianca sobre Viva Air, pues persistían *vínculos económicos estructurales* que afectaban la oferta, la permanencia y los incentivos competitivos de Viva Air.

Pero además de encontrar que la separación de los derechos políticos sobre Viva Air, y su asignación a un tercero no impedía que se hubiese materializado la integración, la SIC halló material probatorio que sugería que las compañías que tenían a su cargo los derechos políticos de Viva Air fueron constituidas por las mismas partes que desarrollaron la operación de compra de los derechos económicos de Viva, por lo que no serían independientes del grupo o *holding* empresarial Investment Vehicle 1 Limited.

También, la autoridad confirmó que estas compañías presuntamente fueron creadas con el único objeto de ejercer los derechos políticos de Viva Air, ya que carecían de la experiencia y del patrimonio para responder por las decisiones que podría adoptar en ejercicio de los referidos derechos políticos.

Por último, la SIC también concluyó preliminarmente que las personas naturales a cargo de ejecutar las decisiones de competencia de Viva Air conocían del carácter definitivo de la integración, por ejemplo, Declan Ryan, quien fungía como director y principal inversionista de Viva Air y Viva Latinoamérica, luego del 29 de abril de 2022 se convirtió en miembro de la junta directiva de la mencionada Investment Vehicle 1 Limited, por lo que tendría conocimiento y participaría en la adopción de las decisiones corporativas tomadas por el grupo empresarial (Superintendencia de Industria y Comercio, 2022b).

Recapitulando lo dicho hasta este momento: hasta finales de 2022, el proyecto de integración de Avianca y Viva Air estaba en serios problemas, ya que, por un lado, la solicitud de autorización de la operación de integración presentada el 8 de agosto de 2022 fue rechazada por la Aerocivil el 4 de noviembre de 2022, entidad que declaró no

probada la excepción de “empresa en crisis”, y, por otro lado, el 9 de diciembre de 2022, mediante la Resolución n.º 87164 la SIC, en el ejercicio de sus facultades de autoridad de competencia abrió investigación administrativa y formuló pliego de cargos contra Viva Air y Avianca por presuntamente haberse integrado sin la autorización *ex ante* de la autoridad competente.

Ahora bien, como ya se mencionó, Avianca y Viva Air interpusieron recurso de apelación el 23 de noviembre de 2022 contra la mencionada Resolución proferida por la Aerocivil. Al respecto, el 18 de enero de 2023, la Secretaría de la entidad profirió la Resolución n.º 00079, declarando la existencia de una irregularidad sustancial en el trámite de la actuación administrativa adelantada que afectara el debido proceso administrativo, ya que el trámite de autorización de la operación de integración se dio con observancia a las normas de carácter general establecidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), debiéndose –según la resolución del recurso– adelantar en el marco de las normas especiales del régimen de protección de la competencia, esto es, la Ley 1340 de 2009, por lo que, aplicando la medida correctiva establecida en el artículo 41 del CPACA, se dejó sin efecto todo lo actuado a partir del 11 agosto de 2022 y como consecuencia de lo anterior, ordenó a la Dirección de Transporte Aéreo y Asuntos Aerocomerciales de la misma Aerocivil que rehiciera la actuación administrativa, es decir, devolverse hasta la solicitud de autorización de la operación de integración, pero dando aplicación al trámite señalado en la Ley 1340 de 2009 y normas concordantes.

En este sentido, la Resolución n.º 02473 del 4 de noviembre de 2022 de la Aerocivil dejó de surtir efectos jurídicos y, por tanto, la misma entidad debió retomar el trámite de solicitud de autorización de la operación de integración empresarial entre Avianca y Viva Air desde lo actuado el 11 de agosto de 2022. Recordemos que las intervinientes radicaron la solicitud el 8 de agosto de 2022, por lo que se concluye que el trámite reiniciaba en este mismo punto, pero ahora en enero de 2023.

Ahora bien, es importante tener de presente que para ese momento, ya estaba en curso la investigación de la SIC sobre la integración Avianca y Viva Air sin la autorización previa de la autoridad competente de que trata la mencionada Resolución n.º 87164 del 9 de diciembre de 2022. La Aerocivil no solo tenía conocimiento de esta investigación por la información remitida a la SIC antes de la formulación de cargos, sino porque fue una decisión publicitada por los canales de comunicación pública de la SIC y ampliamente informado por medios de comunicación nacional. Este hecho es peculiarmente importante, como se verá más adelante.

En el reinicio del proceso de autorización de integración, la Aerocivil solicitó a la Superintendencia de Transporte a través de la Resolución n.º 00300 del 17 de febrero de 2023, intervenir en el trámite “(...) a efectos de aportar elementos de utilidad para el análisis de la operación proyectada (...)” (Aeronáutica Civil, 2023a.). Esto es posible gracias a la competencia de vigilancia subjetiva (respecto de la persona jurídica: situación contable, financiera, jurídica, económica, etc.) con la que cuenta la Supertransporte frente a aquellas sociedades que tienen como su actividad principal o exclusiva, aquellas relacionadas con el transporte.

Para efectos prácticos, es necesario precisar que la Supertransporte ejerce dos tipos de vigilancia sobre las empresas de transporte en general: la vigilancia objetiva y la subjetiva. Este punto es importante porque de estas dos funciones de vigilancia solo la función de vigilancia subjetiva tiene una relación débil con cuestiones relacionadas con operaciones de integración en el sector aéreo. Veamos:

- a). *Vigilancia objetiva respecto de la protección de los derechos de los usuarios del sector transporte*: conforme con lo previsto en el numeral sexto del artículo 4 del Decreto 2409 de 2018, la Ley 1955 de 2019 definió en su artículo 109 que la Supertransporte es la autoridad competente para velar por la protección de los derechos de los usuarios del transporte aéreo, por lo que puede adelantar investigaciones administrativas e imponer las sanciones y medidas que correspondan cuando encuentre demostrada la infracción a las normas aeronáuticas relacionadas con los derechos de los usuarios, y en esa misma línea, de acuerdo con lo previsto en el artículo 110 de la misma ley, también tiene la competencia para conocer de las reclamaciones que surjan con ocasión de la prestación y comercialización del servicio del transporte aéreo (Pabón y Linares, 2019).
- b). *Vigilancia subjetiva relacionada con los aspectos societarios o exclusivamente relacionados con la persona encargada de prestar el servicio*: Esta también está en cabeza de la Supertransporte, cuando la empresa tenga como único objeto social la prestación del servicio público de transporte (Consejo de Estado, 2001), por lo que esta Superintendencia ejerce una supervisión integral (Superintendencia de Transporte y Superintendencia de Sociedades, 2019).

Es importante insistir que la mencionada Supertransporte carece de competencia respecto al análisis de las operaciones de integración empresarial, ya que esta es una competencia exclusiva de la SIC y que, se reitera, tiene la Aerocivil de manera excepcional. En esos términos, la Supertransporte, en comunicación del 10 de marzo de 2023, respondió al requerimiento de la Aerocivil indicando que no consideraba pertinente su intervención en el trámite de solicitud de autorización de la integración entre Avianca y Viva Air, por lo que señaló que "no emitirá concepto técnico sobre la viabilidad de la integración entre ambas compañías" (Aeronáutica Civil, 2023c.) y solo realizó recomendaciones puntuales dirigidas a velar por la protección de los derechos de los usuarios en el marco de sus competencias.

Más allá de la ausencia de competencia, de una experticia técnica o de una relación entre las funciones de vigilancia de la Supertransporte con las operaciones de integración, lo que llama la atención del actuar de la Aerocivil es el no haber requerido algún concepto a la SIC. Es que quien sí tiene una evidente relación y experticia técnica sobre este tipo de operaciones, y, como dijimos, para ese momento ya tenía abierta una investigación en contra de las mismas empresas por los mismos hechos de la integración solicitada a la Aerocivil, es precisamente la Superintendencia de Industria y Comercio. La pregunta no deja de ser pertinente y no libre de suspicacia: ¿por qué la Aerocivil no solicitó concepto técnico respecto de la viabilidad de la operación de integración a la SIC, que es en últimas la autoridad única de competencia?

Recordemos que para el sector financiero, el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 prevé que, si bien es cierto la competencia para revisar y autorizar las operaciones de

integraciones empresariales está en cabeza exclusiva de la Superfinanciera, esta tiene la obligación, previo a tomar una decisión, de solicitar concepto a la SIC para que analice el efecto de dichas operaciones en la libre competencia. Sin embargo, en el parágrafo del artículo 8 de la citada ley en el que se estableció la competencia de la Aerocivil para autorizar similares operaciones en el sector aeronáutico no se indicó ninguna obligación para solicitar concepto a la SIC, por lo que al no contar con un mandato legal, para el caso que nos ocupa, es cierto que la Aerocivil no estaba obligada a solicitar un concepto o análisis a la SIC respecto de una posible afectación a la libre competencia en caso de darse la integración entre Avianca y Viva Air, lo que puede servir de justificación.

Pero no deja de llamar la atención que, como lo veremos en breve, la Aerocivil en distintos trámites de autorización de integraciones empresariales sí ha solicitado concepto a la SIC, no porque sea una costumbre o una práctica reiterada sino que, como se ha visto en casos de integraciones,

... pueden existir transacciones que involucren la realización de varios de los contratos u operaciones incluidas en la excepción [de la Aerocivil], pero que observadas en su integralidad implican una cesión del control sobre las actividades de una empresa frente a otra, caso en el cual, además de obtenerse las autorizaciones propias otorgadas por la entidad regulatoria a las operaciones específicas, será necesario gestionar ante la SIC la autorización previa respectiva (De la Calle, 2021).

Nótese que, por ejemplo, pese a la excepción consagrada en la Ley 1340 de 2009, en el proceso de adquisición de control de Aerogal, Avianca y Grupo Taca, la Aerocivil sí solicitó concepto a la SIC y esta otorgó concepto favorable respecto a la operación³. Con ello, entendemos que la Aerocivil es una unidad administrativa descentralizada, de carácter técnico, con un amplio conocimiento del mercado aeronáutico; sin embargo, carece de conocimiento especializado sobre el régimen general de competencia. Tan es así que no conoce de las operaciones de integración de agentes del mercado aéreo distintos a las aerolíneas.

Este actuar de la Aerocivil podemos ilustrarlo a partir de dos fuentes: (i) la base de datos de estadística de integraciones publicada por el Grupo de Integraciones Empresariales de la Delegatura de Protección de la Competencia de la SIC donde se evidencia el consolidado anual de integraciones empresariales desde 1998 a 2023^[4] y (ii) el oficio n.º 22-358094-2-0 del 13 de septiembre de 2022 enviado por la SIC a la Cámara de Representantes⁵, en el cual la SIC enlistó los casos en los que la Aerocivil le ha solicitado concepto desde el análisis del mercado con la óptica y su naturaleza de ser la autoridad única de competencia, precisamente, sobre solicitudes de autorización de operaciones de integración empresarial presentadas en los últimos 30 años por empresas pertenecientes al mercado de transporte aéreo. Veamos:

3 El listado de conceptos emitidos por la SIC está disponible en https://sedeelectronica.sic.gov.co/sites/default/files/transparencia/datos-abiertos/Estadistica_Integraciones_Diciembre.xlsx [consultado el 25 de junio de 2025].

4 *Ibidem*.

5 Tomado de <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2022-09/RTA.SUPERINTENDENTE%20DE%20INDUSTRIA%20Y%20COMERCIO.pdf>

GRÁFICA 5. CASOS EN QUE LA AEROCIVIL LE HA SOLICITADO CONCEPTO A LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

INTEGRACIONES TRANSPORTE AÉREO					
Intervinientes	Radicado	Fecha de salida	Trámite	Decisión	
Aeroindustrias Leaver y Cia S.A. - Aeromercantil S.A. - Inversiones Aeronáuticas Lancaster S.A. -	00-6375	25/05/2000	Integración previa a la Ley 1340 de 2009	Aprobada	
Avianca S.A., Sociedad Aeronáutica De Medellín Consolidada S.A. (Sam) Y Aerolíneas Centrales De Colombia S.A. (Aces)	1-24041	8/06/2001	Integración previa a la Ley 1340 de 2009	Aprobada	
Aeroindustrias Leaver y Cia (absorbente) - Aero Mercantil - Asesores Aeronáuticos - Inversiones Aeronáuticas Lancaster (absorbidas)	2-14202	31/05/2002	Integración previa a la Ley 1340 de 2009	Aprobada	
Aerovías del Continente Americano S.A. - AVIANCA y Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S.A. - SAM (fusión)	10-3594	1/02/2010	Concepto entidades externas	Concepto emitido	
Aerogal - Avianca - Grupo TACA	10-74456	25/08/2010	Concepto entidades externas	Concepto emitido	
Lan Airlines S.A. y Aerovías de Integración Regional - Aires S.A.	10-147923	29/11/2010	Notificación	Notificada	
Delta Airlines Inc, Airfrance S.A, Klm Cia Holandesa De Aviacion Y Alitalia Lineas Aereas Italianas Spa	11-39892	20/12/2011	Concepto entidades externas	Concepto emitido	
Aena Desarrollo Internacional - Aerocali S.A	13-270693	10/12/2013	Pre-evaluación	Aprobada	
EASYFLY S.A y Volant S.A.S	16-307672	3/11/2016	Notificación	Notificada	
Avolon Holdings Limited y Cit Group Inc.	16-457406	21/12/2016	Notificación	Notificada	
Avianca Holdings S.A Y Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S.	17-319408	10/10/2017	Pre-evaluación	Aprobada	
Aerosan Airport Services S.A., Transaéreo S.A.S., American Airlines, Inc., Finplan Corp. Y Colartex S.A.	17-430111	15/01/2018	Notificación	Notificada	
Avianca Holdings S.A. Y CAE International Holdings Ltd	18-101074	15/05/2018	Pre-evaluación	Aprobada	
The Boeing Company Y Embraer S.A.	19-86682	15/04/2019	Notificación	Notificada	
Saam Logistics S.A., Saam Inversiones S.P.A., Aerosan Airport Services S.A. y American Airlines, Inc.	20-319556	10/09/2020	Notificación	Notificada	
Smbc Aviation Capital Limited, Goshawk Aviation Limited, Goshawk Management Limited, Vita Aviation Leasing Limited Y Zulia Aviation Leasing Limited	22-268464	22/07/2022	Notificación	Notificada	
La S.A. Sociedad de Apoyo Aeronáutico S.A. Y Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S.	22-118101	N/A	Pre-evaluación	En trámite	

Fuente: Elaboración por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio (2022).

5.5. Contexto normativo previo y actores involucrados

Este listado evidencia que históricamente la Aerocivil ha solicitado, aun sin tener obligación legal, concepto técnico respecto de las operaciones de integración o fusión a la SIC, por lo que llama la atención que un caso bastante más complejo, de mayor magnitud, en el que se detectó una irregularidad procesal que devino en la necesidad de devolver el trámite para que la Aerocivil diera aplicación a la Ley 1340 de 2009, es decir la misma norma que regula el actuar de la autoridad de la competencia, lo que significa que la SIC, estando en curso una investigación administrativa por los mismos hechos de los que estaba conociendo en su momento la SIC, pese a todos estos hechos, resulta cuando menos desconcertante, porque ante la solicitud de integración entre Avianca y Viva Air, la Aerocivil solo haya solicitado concepto de la Supertransporte desde su competencia de vigilancia subjetiva, para apoyarse en el análisis societario y, por el contrato, no haya solicitado concepto de la SIC para apoyarse en el análisis, desde su competencia respecto de la operación de fusión propiamente dicha.

5.6. Cronología del proceso de integración (2022-2023)

Ahora bien, volviendo al trámite de solicitud de integración presentado el 8 de agosto de 2022, se resalta que, en el reinicio del trámite en enero de 2023, se reconoció en calidad de terceros interesados a las sociedades: Ultra Air, Wingo, Latam, Jetsmart y Aerolíneas Argentinas, y que las empresas intervinientes, esto es Avianca y Viva Air, presentaron a la Aerocivil una oferta de condicionamientos con el fin de que se aprobara la operación de integración.

Poco después, el 10 de febrero de 2023, Viva Air, en comunicado a la opinión pública anunció el inicio del Proceso de Recuperación Empresarial - PRE en la Cámara de Comercio del Oriente Antioqueño, con una duración de 90 días para reestructurar las deudas con sus principales acreedores, indicando que la compañía tomó la determinación debido al impacto negativo en sus finanzas por los efectos del Covid-19 y los factores macroeconómicos, señalando además que no había tenido acceso a capital en los últimos nueve meses, ya que, a la fecha, la Aerocivil no había autorizado su integración con Avianca y que continuarían adelantando operaciones⁶.

El denominado PRE, que fue contemplado en el Decreto 560 de 2020, prevé mecanismos de reorganización para deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretado por la pandemia del Covid-19, y del que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, con el fin de flexibilizar los plazos de pagos y agilizar el avance de dichos trámites. Es decir, el acuerdo tenía como finalidad establecer los plazos y la forma como Viva Air realizaría el pago del pasivo a reestructurar a sus acreedores, el cual se elaboraría

6 Tomado de <https://www.vivaaair.com/co/es/proceso-recuperacion> Consultado el 22 de junio de 2023. Se aclara que la página oficial de Viva Air fue cerrada por motivo de la fusión con Avianca.

de conformidad con el flujo de caja proyectado por la compañía con el fin de obtener la continuidad de negocio y de la recuperación financiera de Viva Air. La compañía motivó el inicio del PRE indicando que

Durante la pandemia del Covid 19, FAST debió implementar numerosas medidas para salvaguardar su situación económica, incurriendo en los costos financieros y operativos que fueron requeridos para ello, reduciendo de manera sustancial su capacidad de respuesta ante los requerimientos, costos y variables propios de su operación en circunstancias normales⁷.

Conforme con lo anterior, en la certificación de causal de insolvencia emitida por Viva Air, se indicó que, según lo previsto en numeral 1 del artículo 9 de la Ley 1116 de 2006, Viva Air cesó los pagos con respecto al cumplimiento normal de las obligaciones a su cargo, ya que tenía dos o más obligaciones vencidas por más de 90 días. Al respecto, certificó los pasivos de la compañía a corte de 31 de enero de 2023 así:

Al 31 de enero de 2023 la compañía registra un pasivo total de COP \$4.068.001.161.000 (US\$878,200,674) y está compuesto por obligaciones incumplidas con más de dos acreedores y vencimiento superior a más de 90 días por la suma de COP \$480.446.915.651 (US\$104.833.183) y que representan el 11,81% del pasivo⁸.

Nótese que para los primeros meses de 2023, Viva Air se enfrentaba a una crisis financiera de tal magnitud en la que ya no le era posible realizar los pagos a sus acreedores, por lo que decidió acudir a la herramienta del PRE, que le permitiría reestructurar sus deudas, pero en teoría sin que se viera afectada su operación ni adelantar procesos más drásticos, largos y complejos como una reestructuración empresarial o una liquidación.

Ahora bien, en el marco del PRE iniciado el 10 de febrero de 2023, Viva Air solo incorporó a 20 de sus acreedores, pero sin incluir el total de sus pasivos, lo cual llama especialmente la atención. En efecto, recordemos que en abril de 2022, se adelantó la operación de compra de los derechos económicos de Viva por parte de Investment Vehicle 1 Limited; en ese orden de ideas, podría decirse que Viva Air ya tenía claro para ese momento que no podría solventar sus deudas, y aun siendo así, entonces ¿por qué no se acogió a otra figura jurídica como la insolvencia o la reorganización empresarial contempladas en la Ley 1116? En el marco de la especulación, quizá ¿Viva y Avianca ya tenían una estrategia jurídica trazada para llegar al resultado de la operación de integración?

Estos interrogantes, aunque válidos desde la curiosidad de la autora, no pueden ser respondidos con certeza, ya que corresponden a la estrategia y los acuerdos

7 Tomado de <https://www.vivaair.com/co/es/proceso-recuperacion>. Se aclara que la página oficial de Viva Air fue cerrada por motivo de la fusión con Avianca.

8 Tomado de <https://www.vivaair.com/co/es/proceso-recuperacion>. Se aclara que la página oficial de Viva Air fue cerrada por motivo de la fusión con Avianca.

corporativos de los altos directivos de Avianca y Viva Air. Por ello, las respuestas que podemos vislumbrar son meramente especulativas ateniendo a nuestro marco teórico de captura (sección primera anterior), y a los hechos de este caso que nos encontramos narrando, por lo que daremos una respuesta sustentada académicamente en el último capítulo donde presentaremos nuestras conclusiones.

Así las cosas, y teniendo en cuenta este entramado legal y financiero, se suma a los hechos, la presentación de una acción popular radicada el 14 de febrero de 2023 contra las intervinientes y la Aerocivil interpuesta por el abogado Jorge Enrique Sánchez Medina (exdelegado para la Protección de la Competencia de la SIC).

En la demanda, se solicitó al Tribunal que ordenara la terminación del trámite de autorización de la operación de integración empresarial, en la medida en que esta ya se habría materializado en abril de 2022 con la compra del 100% de los derechos económicos de Viva Air por parte de Investment Vehicle 1 Limited, por lo que, en criterio del demandante, la Aerocivil carecía de competencia para pronunciarse sobre una integración empresarial que se había materializado y que amenazaba y vulneraba los derechos colectivos de los consumidores, ya que la operación no solo atentaba contra su libertad de elección, sino que, además, el nuevo ente integrado ostentaba una posición de dominio que le permitía imponer condiciones abusivas a los usuarios y crear nuevas barreras de entrada al mercado para nuevos competidores.

Conforme con lo anterior, la demanda en la acción popular solicitó las siguientes medidas cautelares:

- a. Ordenar a Viva Air y Avianca, y a cualquiera que hubiese participado en el negocio jurídico, restablecer la situación al estado anterior al momento en que se materializó la integración⁹.
- b. Ordenar a la Aerocivil suspender el trámite administrativo de autorización de la operación de integración empresarial entre Avianca y Viva Air, hasta que se adopte la decisión definitiva frente al proceso judicial iniciado.

Sin embargo, a través de auto del 29 de junio de 2023, el Tribunal Administrativo rechazó la demanda y en consecuencia ordenó el archivo del proceso argumentando que

... en el caso sometido a examen nos encontramos en presencia de la regla prevista en la ley, en tanto que, a los demandantes les correspondía, en ejercicio del derecho de petición, solicitar a los demandados el amparo a los derechos colectivos presuntamente vulnerados por ellos, en tanto que, son particulares que prestan un servicio público como forma de expresión de la función administrativa". (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2023b.).

9 Ver en Rama Judicial: Proceso con radicado n.º 25000234100020230022600. Demanda y solicitud de medidas cautelares.

Pero lo anterior revela no otra cosa que un error procedimental, ya que, conforme a lo indicado por el Tribunal, no se agotó la reclamación previa señalada en el artículo 144 del CPACA.

Aunque la acción popular no procedió, desde el punto de vista académico surge la duda de si las competencias del juez podrían ir incluso en la misma vía que las de la SIC y ordenar en el marco de una medida cautelar reversar una operación de integración en los términos del artículo 13 de la Ley 1340 de 2009, como fue solicitado en la demanda citada, o si por el contrario volver al estado de las compañías previo a su integración es una competencia exclusiva de la SIC.

Sobre este punto, recordemos que la Ley 472 de 1998 estableció respecto de las medidas cautelares que el juez debe decretar, debidamente motivadas, aquellas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado y que "[c]uando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio" (Ley 472 de 1998, artículo 25), por lo que a la luz de esta disposición legal y en criterio de la autora de este texto, era viable que el juez de la acción popular hubiese ordenado como medida cautelar suspender el trámite administrativo de autorización de la operación de integración empresarial entre Avianca y Viva Air.

Ahora bien, continuando con el desarrollo de nuestro caso, el 27 de febrero de 2023, Viva Air suspendió sus operaciones, hecho que fue ampliamente divulgado por los medios de comunicación. Esto ocurrió, según la misma compañía, tras siete meses de no recibir respuesta por parte de la Aerocivil. Además, anunció que continuaría con las negociaciones con los acreedores bajo el marco del proceso PRE, arriba mencionado.

Casi de forma simultánea, esto es, el 28 de febrero de 2023, Avianca ofreció su capacidad operativa disponible en toda su red nacional e internacional para reacomodar a los pasajeros afectados por el cese de actividades de Viva Air, sin ningún costo adicional para los usuarios, pero además no dejó de señalar en su comunicado a la opinión pública que "Hace más de siete meses, Avianca expuso la compleja situación de Viva y solicitó autorización para apoyar su salvamento, decisión que hasta el día de hoy no se ha tomado" (Avianca, 2023a.). Es decir, como si la suspensión de actividades de Viva Air, y los perjuicios derivados respecto de los consumidores fuesen causados por la ausencia de autorización de la integración por parte de la Aerocivil, y que por ello Avianca corría sin tener el deber de hacerlo, a la ayuda "sin ningún costo adicional" de estos consumidores.

Ahora, en el marco de la situación crítica y la incertidumbre por la situación financiera de Viva Air, el 2 de marzo de 2023, la Superintendencia de Sociedades señaló que hasta ese momento no cursaba en dicha entidad ningún proceso de reorganización, insolvencia o liquidación judicial por parte de Viva Air, o solicitud por parte de la Supertransporte (Superintendencia de Sociedades, 2023) la cual, como ya dijimos, es la autoridad encargada de realizar la vigilancia subjetiva a las empresas que prestan el

servicio público de transporte y, por tanto, tiene la facultad de someterlas a control en los términos del artículo 85 de la Ley 222 de 1995.

En línea con el comunicado de la Supersociedades, el 3 de marzo de 2023, la Supertransporte profirió la Resolución n.º 705, por medio de la cual tomó la decisión de imponer la medida de sometimiento a control a la aerolínea Viva Air, ordenándole lo siguiente:

- a. Presentar un plan de recuperación y mejoramiento en el cual se tomarán medidas para resolver las situaciones críticas que dieron origen a la imposición de la medida.
- b. Reportar a los órganos de administración la información administrativa, operativa, técnica y financiera que soportó la decisión de cesar operaciones con el fin de calificar la negligencia con la que actuó la compañía para la protección de los derechos de los usuarios.
- c. Preservar el pasivo percibido por los recursos recaudados por la venta anticipada de tiquetes, tiqueteras y por aviación no regular de pasajeros, de lo cual deberá presentar un reporte en el término de tres (3) días calendario y, en lo sucesivo, el último día hábil de cada mes, hasta cuando se superan las condiciones que dieron origen a la decisión de sometimiento a control (Superintendencia de Transporte, 2023c.).

Por supuesto, a raíz del cese total de actividades y operaciones de Viva Air, los pasajeros y usuarios solicitaron la intervención de las diferentes entidades gubernamentales con el fin de apaciguar la grave situación y buscar la protección de sus derechos como consumidores. Sobre la protección de los consumidores en el mercado aéreo colombiano, resulta aplicable la Ley 1480 de 2011 y el RAC, pero como se ha venido observando a lo largo de este artículo, acá también encontramos fraccionamientos de competencias entre entidades gubernamentales. Por un lado, en materia jurisdiccional, esto es, en las acciones de protección al consumidor contempladas en el artículo 56 de la Ley 1480 de 2011, son aquellas a través de las cuales los usuarios de manera individual buscan la restitución de sus derechos y pueden acudir ante la delegatura de asuntos jurisdiccionales de protección al consumidor de la SIC. Por otro lado, cuando nos encontramos frente a la protección del bienestar general de los usuarios y la presunta violación de las normas que prevén sus derechos, hallamos la competencia en materia administrativa sancionatoria de la Delegatura para la Protección de Usuarios del Sector Transporte de la Supertransporte, conforme con lo previsto en los artículos 109 y 110 de la Ley 1955 de 2019.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Supertransporte, a través de la Resolución 637 n.º del 1 de marzo de 2023, abrió investigación administrativa y formuló pliego de cargos en contra de Viva Air, por el presunto incumplimiento del literal a. del numeral 1 del artículo 3 de la Ley 105 de 1993, debido a la súbita suspensión de sus operaciones a partir del 27 de febrero de 2023, y en concreto, por la afectación a los usuarios que ya contaban con reservas emitidas y confirmadas por la aerolínea. Sin embargo,

cada usuario que individualmente considerara afectados sus derechos por el cese de actividades de Viva Air debía iniciar la acción jurisdiccional de protección al consumidor ante la SIC con el fin de que se reconocieran sus derechos como consumidor, atendiendo a la división de competencias que explicamos anteriormente.

Ahora bien, de la mano la apertura de investigación administrativa y el pliego de cargos, la Supertransporte le impuso a Viva Air una medida administrativa, buscando salvaguardar los derechos de los usuarios. En ella le exigió a la aerolínea implementar un plan de atención a los usuarios, emitir un comunicado oficial informando los canales de atención y enviar a la Supertransporte el consolidado de peticiones, quejas y reclamos presentadas por los usuarios. En la misma medida, le ordenó cumplir con las medidas compensatorias, como el reembolso del valor de los tiquetes (Superintendencia de Transporte, 2023b.).

Por otro lado, retomando la investigación administrativa iniciada por la SIC desde diciembre de 2022, entonces, el 4 de marzo de 2023, funcionarios de dicha entidad realizaron visita de inspección a las sedes de Avianca en las ciudades de Bogotá y Rionegro con el fin de establecer si Avianca tuvo injerencia en el cese de actividades y operaciones de Viva Air¹⁰.

Al tiempo, el entonces Ministro de Transporte, Guillermo Reyes, en entrevista con el medio de comunicación Hoy Radio, manifestó que el 15 de marzo de 2023 radicaría denuncia ante la Fiscalía General de la Nación contra los directivos de Viva Air por el presunto delito de estafa agravada derivado del ofrecimiento engañoso de productos y servicios al continuar con la venta de tiquetes aéreos hasta un día antes del cese total de operaciones el 27 de febrero de 2023 (Presidencia de la República, 2023).

En esta coyuntura en el sector, la incertidumbre de los usuarios, los anuncios de las autoridades, esto es un una crisis ya muy profundizada ante el cese de operaciones de Viva Air, el 21 de marzo de 2023, la Aerocivil expidió la Resolución n.º 00518, por medio de la cual autorizó la operación de integración entre las aerolíneas Avianca y Viva Air. En su análisis, la entidad señaló que se dieron dos transacciones:

- a. La primera respecto de la adquisición por parte de Avianca el 28 de abril de 2022 del 100% de los derechos económicos de Viva Air y sobre la cual se limitó a indicar que la SIC es la competente para establecer si se configuró una infracción al régimen de competencia en el marco de esta operación, por lo que al no existir pronunciamiento definitivo por parte de la Superintendencia no le era posible deducir alguna consecuencia legal respecto de la solicitud de autorización de integración empresarial.
- b. La segunda respecto de la transferencia del 100% de los derechos políticos de Viva Air hacia Avianca, sobre la cual indicó que versaría el estudio de la operación de integración.

10 Tomado de <https://sedeelectronica.sic.gov.co/noticias/la-superintendencia-de-industria-y-comercio-se-permite-comunicar>

Nótese que la Aerocivil realizó un análisis bastante escueto sobre la materialización de la operación de integración, ya que asumió que al separar los derechos económicos de los derechos políticos de Viva Air, se trataba de dos transacciones distintas, que además no tenían injerencia entre ellas; sin embargo, como ya se señaló, la SIC contaba con material probatorio suficiente que indicaba que, presuntamente, la adquisición de los derechos económicos por parte de Avianca implicaba eliminar los incentivos para competir entre ambas compañías, además de buscar de forma conjunta estrategias que permitieran beneficios conjuntos para ambas compañías, beneficios además de los que sí podría ser partícipe Avianca como titular de los derechos económicos.

En las pruebas tenidas en cuenta por la SIC se encontró, por ejemplo, que la independencia de Viva Air era virtualmente una "fachada", ya que

... las personas vinculadas a VIVA AIR tienen conocimiento sobre la operación con fundamento en la comunicación interna enviada por FÉLIX ANTELO (gerente general de VIVA AIR) el 29 de abril de 2022. Mediante ese documento les informó que la controlante de esa compañía, VIVA LATINAMERICA (actualmente REXTON), pasó a formar parte del grupo empresarial al que pertenece AVIANCA.

Adicionalmente, las personas vinculadas a VIVA AIR tienen conocimiento de que, con dicha operación, los derechos económicos sobre VIVA AIR pasaron a ser de propiedad del grupo empresarial de AVIANCA.

Así se puede concluir mediante la información que AVIANCA y VIVA AIR han publicado en el mercado.

IMAGEN 2. CARTA PÚBLICA EN LA QUE ACCIONISTAS DE AVIANCA Y VIVA AIR ANUNCIAN LA OPERACIÓN

ACCIONISTAS DE AVIANCA Y VIVA FIRMAN ACUERDO PARA SER PARTE DE UN MISMO GRUPO EMPRESARIAL, UNIFICANDO DERECHOS ECONÓMICOS

- *Esta transacción fortalecerá a un sector que ha pasado por la crisis más compleja de su historia y dará mejores oportunidades a los más de 13.000 empleados que hacen parte de ambas aerolíneas.*
- *En conformidad con la regulación de Colombia y de los demás países, el control efectivo de las líneas aéreas se mantendrá totalmente independiente, y los clientes podrían continuar disfrutando de dos compañías con precios competitivos que conectarían directamente más de 94 destinos.*
- *Cualquier decisión futura de tener bajo una misma holding el control y/o la administración de las dos aerolíneas estará sujeta a la obtención de todas las autorizaciones regulatorias requeridas.*

Bogotá, 29 de abril de 2022. Los accionistas mayoritarios de ambas aerolíneas anuncian conjuntamente que Viva pasaría a formar parte de la misma holding que Avianca Group International Limited (Avianca Group), y que Declan Ryan, socio fundador de Viva, se sumaría a la junta directiva del nuevo grupo, aportando todo su *expertise* en el mundo de la aviación.

La eventual incorporación de los derechos de control de las operaciones de Viva en Colombia y Perú a la holding de Avianca Group estará sujeta a que se soliciten y obtengan todas las autorizaciones regulatorias necesarias en los países que así se requiera.

Conforme con lo anterior, quienes ocupan los cargos directivos y todos los empleados de VIVA AIR tienen conocimiento de que a partir del 29 de abril de 2022 los intereses económicos de la empresa recaen en el grupo empresarial del que hace parte AVIANCA" (Superintendencia de Industria y Comercio, 2022).

Podría decirse de manera especulativa que el análisis realizado por la Aerocivil respecto de la separación de los derechos económicos y políticos de Viva Air tenía como finalidad que la entidad mantuviera la competencia para conocer de la operación de integración "saneando" su propia actuación administrativa, ya que si se atendiera la hipótesis de la SIC de que la operación se concretó el 28 de abril de 2022, la Aerocivil ya no tendría objeto sobre el cual pronunciarse, pues ya se habría ejecutado la integración sin la autorización *ex ante*, pero, con la tesis de que los derechos políticos de Viva Air fueron adjudicados a un tercero ajeno a Avianca, esta no tendría injerencia en las decisiones de Viva Air y, por tanto, se conservaría la competencia de la Aerocivil para aprobar la solicitud previa de integración.

Pues bien, en la misma Resolución de la Aerocivil ahora esta sí aceptó la excepción de "empresa en crisis" solicitada por Viva Air (que antes había negado), concluyendo que la situación financiera de la compañía hacía "altamente probable" su salida definitiva del mercado y que, por tanto, la integración con Avianca era la única alternativa para evitar un daño competitivo mayor. Sobre esa base, la autoridad aprobó la operación, pero impuso ocho remedios orientados a preservar la rivalidad y proteger a los consumidores:

- a. **Slots en El Dorado:** devolución promedio de 47,9 *slots* diarios en salidas y 67,7 en llegadas (temporada W23) para liberar franjas de alta demanda.
- b. **Acuerdos interlínea:** mantener los pactos de Viva con Fast Colombia y Viva Air Perú.
- c. **Conexión con Satena:** suscribir un acuerdo interlínea no exclusivo que permita a Satena vender trayectos conectados con la red Avianca-Viva.
- d. **Ruta Bogotá–Buenos Aires:** cesión de hasta siete frecuencias a terceros interesados.
- e. **Preservación de la marca:** mantener "Viva Air" durante un mínimo de tres años.
- f. **Reducción de *yield*:** un año después de la autorización, bajar en 10 % el ingreso por pasajero-kilómetro en las rutas donde Viva y Avianca tenían el 100 % del mercado al 31-dic-2022.
- g. **Compensación a usuarios afectados:** *voucher* equivalente al 150% del valor pagado, redimible hasta el 31-dic-2024.
- h. **Opciones para reservas vigentes:** a elección del pasajero, *voucher* con las mismas condiciones anteriores o reubicación en otro vuelo.

Inconforme aun con la decisión, el 5 de abril de 2023, Avianca interpuso recurso de reposición contra la citada Resolución 518 de la Aerocivil, argumentando que los remedios impuestos no reflejaban la coyuntura del mercado ni garantizaban la viabilidad del modelo *low-cost* (Gallo, 2023). Entre las modificaciones, Avianca solicitó que se incluyera: (i) autorización para ejecutar actos preparatorios antes del cierre formal de la operación;

(ii) que los condicionamientos –salvo la protección a pasajeros– se aplicaran solo a Fast Colombia S. A. S.; (iii) establecimiento de un plazo para que las partes aceptaran o rechazaran los condicionamientos, y (iv) definición de cronogramas específicos para su cumplimiento. Ultra Air, por su parte, solicitó que el acatamiento de cada remedio fuese condición previa al cierre de la integración (Aeronáutica Civil, 2023c).

Mientras corría el término para resolver el recurso de reposición interpuesto por Avianca, el 21 de abril de 2023, la SIC profirió la Resolución n.º 20743 por medio de la cual ordenó la terminación de la investigación iniciada en diciembre de 2022 contra Avianca y Viva Air por la presunta integración de las compañías en la aprobación *ex ante* de la autoridad competente, aceptando las garantías presentadas por las investigadas.

La aceptación de garantías y la consecuente terminación de la investigación administrativa es una opción legítima y se contempla en el artículo 16 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 9 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 que establece que esta es una competencia ejercida exclusivamente por el Superintendente de Industria y Comercio. Al respecto, la SIC ha mencionado que el esquema de garantías procede sólo "cuando las obligaciones que contraen los investigados, permiten anticipar que a futuro se eliminarán los comportamientos presuntamente anticompetitivos, así como los efectos que se hubieren podido generar en el mercado" (Superintendencia de Industria y Comercio, 2012a).

Por su parte, la Guía de ofrecimiento de garantías emitida por la SIC formaliza un mecanismo de terminación anticipada de investigaciones por conductas anticompetitivas que busca equilibrar eficiencia procesal y protección de la competencia. En esencia, la herramienta permite que los investigados (i) obtengan el cierre del expediente –sin pronunciamiento de fondo ni imposición de sanción– mediante compromisos voluntarios y (ii) restablezcan con rapidez las condiciones competitivas, salvaguardando el bienestar del consumidor. En ese sentido, la SIC distingue dos grandes categorías de compromisos o garantías:

- a. **Garantías comportamentales** orientadas a la conducta futura de la firma. Estas incluyen la modificación o cesión de contratos, la adopción de políticas de precios o la supresión de cláusulas de exclusividad. A su vez, pueden ser positivas (el agente se obliga a realizar una acción nueva) o negativas (se compromete a abstenerse de una práctica).
- b. **Garantías estructurales**, consistentes en cambios corporativos sustantivos, tales como desinversiones, venta de activos o reestructuraciones societarias. Resultan idóneas cuando la raíz del riesgo competitivo reside en la integración vertical u horizontal del infractor (Superintendencia de Industria y Comercio, 2023b).

Desde el punto de vista económico-jurídico, la herramienta de ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia presenta claras fortalezas: reduce tiempos y costos de fiscalización, otorga certidumbre temprana a los mercados y favorece soluciones a medida de cada sector. Sin embargo, esta solución también plantea objeciones

relevantes: por un lado, existe el riesgo de que los compromisos ofrecidos sean meramente cosméticos si la autoridad carece de indicadores verificables y de un sistema de monitoreo robusto. Por otro lado, las garantías estrictamente comportamentales suelen demandar vigilancia continua y pueden volverse obsoletas en mercados dinámicos. Finalmente, la ausencia de una declaración explícita sobre la legalidad de la conducta investigada podría generar percepción de indulgencia regulatoria y desincentivar futuras denuncias.

En consecuencia, la efectividad del instrumento dependerá de que la SIC (i) exija garantías proporcionales y medibles, (ii) priorice remedios estructurales cuando el problema derive de la posición de mercado y (iii) establezca sanciones automáticas en caso de incumplimiento. Aplicadas con rigor, las garantías anticipadas pueden acelerar la reparación de los daños competitivos; pero mal diseñadas, corren el riesgo de convertirse en un atajo que legitime prácticas restrictivas sin corregir sus efectos.

En ese orden de ideas, la SIC debe evaluar si el esquema de garantías ofrecido por el investigado se adecúa a los fines que persiguen las normas sobre protección a la libre competencia y prácticas restrictivas, como son: la libre participación en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, pero además, se debe garantizar que se elimine por completo el efecto negativo ocasionado en el mercado, en caso de que lo hubiere y que además, de ser el caso, se generen efectos positivos que permitan asegurar una mejoría en el mercado y respecto a la libre competencia de los agentes intervinientes (Superintendencia de Industria y Comercio, 2023b.).

Ahora bien, una vez explicado brevemente el objetivo de las garantías, los tipos que existen y los criterios de suficiencia, procederemos a analizar las garantías presentadas en la investigación contra Avianca y Viva Air que fueron aceptadas por la SIC y que dieron por culminada la investigación. Veamos el esquema de garantías presentado:

TABLA 1. GARANTÍAS PRESENTADAS POR AVIANCA Y VIVA AIR

#	Compromiso clave	Propósito
1	Independencia operativa: Avianca, Viva Colombia y Viva Perú seguirán actuando como empresas separadas hasta que la Aerocivil autorice la integración (o esta se descarte).	Evitar coordinación competitiva antes del visto bueno regulatorio.
2	Remoción de vínculos personales: salida inmediata de directivos o empleados que conecten a las tres aerolíneas.	Reducir intercambio de información sensible.
3	Compensación a pasajeros afectados: a elección del consumidor—(i) <i>voucher</i> por 150 % del valor del tiquete, (ii) reubicación en las mismas condiciones o (iii) reembolso completo indexado al IPC —más canales de atención dedicados.	Restituir el daño ocasionado por la suspensión de operaciones de Viva.

4	Garantía solidaria: si alguna aerolínea se liquida, los compromisos siguen obligando a las demás.	Asegurar la vigencia de las medidas.
5	Programa de cumplimiento (<i>compliance</i>) antimonopolio para las tres compañías.	Prevenir conductas restrictivas futuras.
6	Auditoría externa semanal sobre ejecución de las garantías.	Verificación independiente y reporte a la SIC.

Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio, 2023a.

Respecto de las garantías citadas –excepto la tercera –, a nuestro criterio son de carácter estructural; sin embargo, de su estructuración no es claro cuáles son las acciones, actividades o medidas que le permitirían a Avianca y Viva Air volver a su estado original de independencia y competitividad, porque de la lectura de las mismas se desprende que estas aplicarían hacia el futuro, entonces podríamos preguntarnos, por ejemplo, ¿qué podría pasar con la información sensible que ya se compartió al momento de la adquisición de los derechos económicos por parte de Avianca en 2022? o si el esquema de garantías era temporal y se entendía que una vez culminado se asumía que las compañías estaban efectivamente integradas?

En este punto, resulta importante resaltar que el ofrecimiento garantías implica que los hechos que sirvieron de base a la apertura de la investigación son aceptados por los investigados, pero no necesariamente que estos admitan que tales hechos constituyen conductas que han realizado y que esas conductas violan la ley, es decir el ofrecimiento de garantías no implica una confesión o la aceptación de que se incurrió en una conducta ilegal (Miranda, 2006)

En efecto, por definición de la ley, la aceptación de las garantías por parte de la SIC produce la terminación anticipada de la investigación, antes de que la entidad se pronuncie sobre el fondo del asunto, esto es, antes de que se califique la conducta investigada como anticompetitiva. En estas condiciones, resulta claro que la ley no exige a los investigados que renuncien a su presunción de inocencia, sino que precisamente les ofrece la posibilidad de obtener la terminación de la investigación sin sanciones y sin realizar reconocimiento alguno en relación con la naturaleza de las prácticas investigadas. De hecho, Las obligaciones o compromisos comportamentales y/o estructurales, incluso, pueden tener un efecto positivo en la reputación de los investigados, ya que con su ofrecimiento y cumplimiento pueden ser percibido como proactivo que coopera con la autoridad de competencia (Superintendencia de Industria y Comercio, 2023b.).

Por su parte, el acto administrativo que acepta el esquema de garantías debe contener, entre otros, las condiciones en que se verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones o compromisos adquiridos por los presuntos infractores, con indicación clara y precisa de los responsables de su correcta y adecuada implementación y materialización, los respectivos plazos y vigencias. Sin embargo, en la

citada Resolución n.º 20743 de 2023 de la SIC, por ejemplo, no son claras las medidas estructurales que aseguraran hacia futuro que, mientras Avianca, Viva Colombia y Viva Perú no obtuvieran la autorización de la Aerocivil o finalmente decidieran no integrarse, actuarían de manera independiente en el mercado.

De lo anterior, podría pensarse que este esquema se planteó asumiendo la decisión definitiva de la Aerocivil de autorizar la operación de integración, lo que efectivamente sucedió con la Resolución n.º 000518 del 21 de marzo de 2023, que habría "saneado" la operación, tal y como se explicó páginas atrás. Ahora bien, tampoco es claro cómo se mantendría el esquema de garantías en caso de disolución o liquidación de alguna de las compañías, como en efecto ocurrió, y que revisaremos a detalle más adelante.

De las garantías aceptadas, se evidencia que la garantía n.º 3, esto es la referente a las compensaciones de los pasajeros que pudieron resultar afectados con la suspensión de las operaciones de Viva Air, es de tipo comportamental positiva, ya que las investigadas se comprometen con los consumidores a cumplir y garantizar sus derechos, pero además ofrecieron opciones para resarcir los posibles daños que podrían ser incluso más beneficiosas o "rápidas" que acudir a las vías procesales para lograr una compensación, lo cual, en nuestro criterio, resulta ser interesante dado el alto costo que podría resultar para Avianca asumir estas medidas.

Ante este panorama "favorable" para la integración de Avianca y Viva Air, cuatro días después de la decisión de la SIC de aceptar el esquema de garantías y el consecuente archivo de la investigación administrativa, la Aerocivil resolvió el recurso de reposición presentado contra la Resolución n.º 00518 del 21 de marzo de 2023, esto a través de la Resolución n.º 000815 del 25 de abril del mismo año, modificando los condicionamientos de la autorización de la operación de integración. Sin embargo, en esta no aceptó la totalidad las modificaciones solicitadas por las intervinientes y los terceros interesados. En esos términos, la Aerocivil aceptó la solicitud de incluir un plazo para que las intervinientes notificaran a la entidad sobre su decisión de adelantar la operación de integración, por lo que se incluyó la definición de notificación de implementación en el siguiente sentido:

NOTIFICACIÓN DE IMPLEMENTACIÓN. Comunicación escrita de las EMPRESAS INTERVINIENTES en la que informan su decisión de implementar o no la OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN. La cual se remitirá dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha de ejecutoria del acto administrativo" (Aeronáutica Civil, 2003c).

Además, las aerolíneas que actuaron en calidad de terceros interesados solicitaron a la Aerocivil la adopción de un mecanismo de asignación de *slots* o cesión prioritaria para la generación de un escenario competitivo, sin embargo la entidad negó la solicitud indicando que

(...) esto implicaría un cambio regulatorio que llevaría la aplicación de dos procedimientos paralelos de asignación de *slots*, el contenido en el RAC y el implementado por la resolución,

segundo, porque el RAC establece un mecanismo de priorización de asignación de *slots* que coincide con las necesidades de la presente OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN, como ocurre con la posibilidad de asignación de estos a un operador entrante (Aeronáutica Civil, 2003c.).

En ese orden de ideas, se concluyó que

... como consecuencia de la operación de integración se generarían unas consecuencias para algunos de los mercados estudiados, sin embargo, determinó que estos efectos no representaban una preocupación alta porque existen rutas sustitutas, se presenta ausencia de barreras regulatorias y ausencia de limitantes relacionadas con la infraestructura aeroportuaria. Así las cosas, si bien pueden existir preocupaciones en términos de concentraciones, la adopción de cualquier medida diferente a las adoptadas en relación con la infraestructura aeroportuaria podría devenir en un escenario de desatención de la demanda de los pasajeros en esas rutas. (...). Por los motivos expuestos se considera que no existe necesidad de imponer alguna medida de carácter estructural sobre los puntos expuestos (Aeronáutica Civil, 2023c).

Lo anterior se traduce en que la compañía ahora integrada debía comprometerse en mantener el esquema *low cost* de Viva Air, especialmente en aquellas rutas que solo eran operadas por esta aerolínea, esto con el fin de no afectar a los consumidores, y se exigió en la nueva resolución que se devolvieran las frecuencias en la ruta Bogotá-Buenos Aires en caso de ser requerido, ya que esta resultaba particularmente impactada por la transacción, velando así por los derechos de los pasajeros y sin afectar la oferta de sillas, abriendo la posibilidad a otros operadores, cuando haya manifestaciones de interés.

Sin embargo, una vez Avianca conoció el contenido de la mencionada resolución, se pronunció en comunicado a la opinión pública señalando nuevamente su inconformidad frente a los condicionamientos impuestos por la Aeronáutica, al alegar que

- a. Transcurso de tiempo y deterioro de Viva – Más de dos meses sin operar han hecho que Viva pierda aviones, personal y capacidad, mientras la salida de Ultra evidenció la crisis sectorial.
- b. Proceso dilatado por terceros intervinientes – Jetsmart, Wingo y LATAM apelaron la Resolución 00518, lo que, según Avianca, "solo dilata" la decisión y contraviene la opinión de la Procuraduría, que pidió su exclusión.
- c. Resolución 00815 – Al resolver la reposición, la Aerocivil mantuvo básicamente los mismos condicionamientos, por lo que "no permite una transacción realista" para rescatar Viva (Avianca, 2023, p. 1).

El 5 de mayo de 2023, mediante la Resolución n.º 00873, la misma Aerocivil resolvió en segunda instancia los recursos interpuestos por aerolíneas y la Procuraduría General de la Nación, confirmando la aprobación de la integración, pero ajustando los condicionamientos. Entre ellos se incluyó: (i) el reembolso o cumplimiento de vuelos

pendientes a usuarios de Viva; (ii) la devolución de *slots* en aeropuerto El Dorado de Bogotá para preservar competencia; (iii) el mantenimiento del modelo *low cost* de Viva Air, y (iv) la devolución de frecuencias Bogotá–Buenos Aires en caso de solicitudes de terceros (Aerocivil, 2023d).

Con esta última resolución, la Aerocivil reafirmó los condicionamientos fijados en la Resolución n.º 00518 de 2023 e indicó que estos eran los remedios idóneos para reducir los tres efectos anticompetitivos identificados. Estos son: (i) acumulación de *slots*; (ii) aumento de concentración, asimetría y dominancia en mercado doméstico, y (iii) concentración del mercado aéreo internacional (Aeronáutica Civil, 2023b.).

Al respecto, es necesario hacer varias precisiones respecto de la concentración de los *slots* en el aeropuerto El Dorado. En efecto, la Resolución n.º 00518 del 21 de marzo de 2023, la Aerocivil detalló que la devolución inicial de los *slots* era de 7.838 para las salidas en la temporada *summer* –verano–. La propuesta presentada por las intervinientes, en el recurso, implicaba la devolución de 11.235 *slots*. Finalmente, en la Resolución n.º 000873, del 5 de mayo de 2023, se indicó que el condicionamiento consistía en la devolución de un total de 11.617 *slots*, para un total de 382 *slots* adicionales a los propuestos por las intervinientes.

Para las salidas, en la temporada *winter* –invierno–, el condicionamiento inicial señalado en la Resolución n.º 00518 del 21 de marzo de 2023 pedía la devolución de 7.037 *slots*. En su recurso, Avianca y Viva, ofrecieron 10.942 franjas horarias de salida y aterrizaje en el Aeropuerto El Dorado. Luego, la Aeronáutica definió en la Resolución n.º 000873 del 5 de mayo de 2023 la devolución de un total de 10.955 *slots* en caso de que las compañías decidieran integrarse. Finalmente, para las llegadas, en la temporada *winter*, la Aerocivil aceptó la propuesta de las intervinientes y dispuso de la devolución de 8.410 *slots*.

La Aerocivil aclaró que los *slots* que se conservarían para Viva Air, luego de la devolución, serían conservados única y exclusivamente con el fin de adelantar el plan gradual de reactivación de acuerdo con lo dispuesto en el condicionamiento número 2 respecto a la supervivencia de Viva Air. En concreto, respecto de este segundo condicionamiento, la entidad estableció que las intervinientes debían continuar prestando el servicio, conservando las marcas Viva Air, Viva y/o Viva y mantener el modelo de negocio de *low cost*, por un periodo de cinco años a partir de la notificación de implementación de la operación de integración (Aeronáutica Civil, 2023d).

En cuanto a la protección de los derechos de los usuarios, la Aerocivil estableció como condicionamiento que los pasajeros afectados por el cese de operaciones de Viva Air que no hubiesen sido transportados por vía aérea o que hubiesen sido transportados por otra aerolínea realizando un pago adicional debían recibir un *voucher* a su favor por un valor equivalente al valor de la compra más un 50% adicional, el cual podían redimir para volar en las rutas de las intervinientes hasta el 31 de diciembre de 2024. Aplicaba el mismo *voucher* para los pasajeros afectados que mantuvieran reservas de pasajes vigentes, o podían ser reubicados en las mismas condiciones de su reserva inicial sin sobrecargo en cualquiera de las aerolíneas de las intervinientes.

Este condicionamiento no es idéntico a la garantía n.º 3 ofrecida por Avianca, Viva Colombia y Viva Perú para culminar la investigación administrativa iniciada por la SIC; sin embargo, no se contradicen; recordemos que la garantía ofrecida:

... incluye, a elección del consumidor, que Avianca, Viva Colombia y Viva Perú (i) expidan un *voucher* por el 150% del valor total del tiquete que podrá ser redimido en esas aerolíneas, (ii) se obliguen a prestar el servicio en las condiciones inicialmente pactadas o (iii) reembolsen el total del dinero pagado con la correspondiente indexación basada en el incremento del IPC. Avianca, Viva Colombia y Viva Perú deberán establecer canales de atención especiales y diferenciados para atender las solicitudes formuladas por los consumidores afectados (Superintendencia de Industria y Comercio, 2023a.).

Además, las empresas integradas debían comprometerse a presentar un plan de protección para los usuarios con el fin de atender pasajeros afectados por la suspensión de la operación tanto de Viva Air como de Viva Perú.

En esos términos las obligaciones de las empresas intervinientes frente a los condicionamientos, de acuerdo con la Resolución n.º 00873 de 2023, se distribuirían así:

GRÁFICA 7. OBLIGACIONES PARA LAS EMPRESAS INTERVINIENTES

	Obligaciones para		
	AVIANCA	VIVA AIR	VIVA PERÚ
C8: Auditoría y términos	✓	✓	✓
C7: Control del Yield	✓	✓	✗
C6: Protección de pasajeros	✓	✓	✓
C5: Rutas entre Colombia y Argentina	✓	✓	✓
C4: Acuerdo interlínea con Satena	✓	✓	✗
C3: Mantenimiento de acuerdos interlínea	✓	✓	✓
C2: Supervivencia de Viva	✓	✓	✓
C1: Devolución de slots	✓	✓	✓

Fuente: Aeronáutica Civil (2023d).

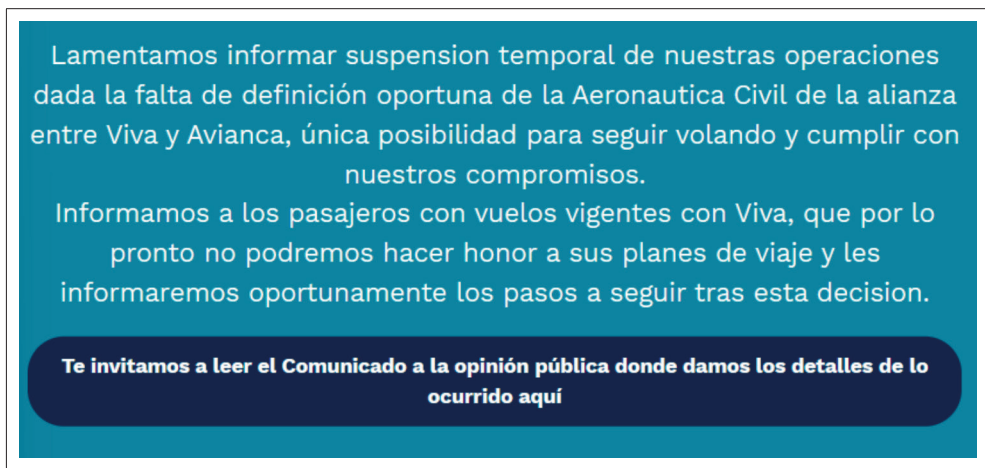
5.7. Discusión sobre garantías y desistimiento

Ahora bien, Avianca anunció que desistiría de la integración con Viva Air tras la Resolución n.º 00873 de 2023 (ya en firme) y en su comunicado identificó tres “falencias técnicas”:

- a. Falta de flexibilidad regulatoria para garantizar la reactivación de las operaciones de Viva.
- b. Condiciones desactualizadas, pues no reflejarían la situación financiera y operativa de Viva tras el año transcurrido desde que se inició el expediente (8 ago 2022).
- c. Exigencia excesiva de devolución de *slots* en El Dorado: aun ofreciendo ceder el 75 % de los *slots* de Viva (72 % en franjas *premium*), Avianca sostiene que el número exigido haría inviable que Viva base siquiera un avión en Bogotá. (Avianca, 2023c.).

Por su parte, Viva Air se pronunció a través de su desaparecida página web en los mismos términos, indicando que

GRAFICA 8. COMUNICADO DE VIVA AIR



Fuente: www.vivaair.com consultada el 1 de junio de 2023

En este contexto, el 8 de mayo de 2023, la Supersociedades emitió un comunicado de prensa en el cual indicó que, de acuerdo con el sometimiento a control adelantado por la Superintendencia de Transporte respecto a Viva Air, el juez de insolvencia se encontraba adelantando el análisis de la documentación allegada por la compañía para definir si admitía el proceso de reorganización previsto en la Ley 1116 de 2006, cuya finalidad era preservar la empresa y su viabilidad financiera y administrativa, así como proteger los derechos adquiridos por los acreedores y los derechos de los usuarios afectados por el cese de actividades de la aerolínea. Sin embargo, la Supersociedades

aclaró que de no admitirse la solicitud de reorganización se decretaría la liquidación judicial (Superintendencia de Sociedades, 2023).

Efectivamente, el 21 de junio de 2023, la Supersociedades decretó la apertura del proceso de liquidación judicial mediante auto n.º 2023-01-528814, ya que la compañía manifestó la “imposibilidad de configurar un nuevo plan de negocios para el reinicio de sus operaciones. A su vez expuso que no cuenta con el capital, la liquidez, los activos, y el personal, necesario para lograr su recuperación económica” (Superintendencia de Sociedades, 2023).

Así las cosas, partir del 21 de junio de 2023, Viva Air estaba en proceso de liquidación, por lo que, en la realidad, nos encontrábamos ante la desaparición de la aerolínea, es decir, no la integración sino la eliminación de un agente del mercado que además tenía un modelo de negocio *low cost*, que en últimas beneficiaba a los consumidores, quienes son los más perjudicados.

Por su parte, Avianca ha manifestado a través de sus directivos, que las aerolíneas competidoras le han sacado partido a la crisis, mediante las dilaciones del trámite administrativo de autorización de integración, lo que en últimas les ha permitido mejorar su posición competitiva en el mercado.

La otra cara de la moneda la viven los consumidores, ya que aunque en las garantías ofrecidas por Avianca, Viva Colombia y Viva Perú se garantizó la protección de los derechos de los usuarios y las aerolíneas se comprometieron a establecer canales de atención especiales y diferenciados para atender las solicitudes formuladas y a su vez la Aerocivil en la Resolución n.º 00873 de 2023 estableció como condicionamiento para garantizar la compensación a los pasajeros que no hubiesen sido transportados por Viva Air, la realidad es que la página web oficial de Viva Air cerró a partir de su decisión de no integrarse con Avianca y como resultado los usuarios volcaron sus solicitudes ante la SIC.

Conforme con las consideraciones de la Resolución n.º 18987 del 18 de abril de 2024, por medio de la cual la SIC suspendió los términos judiciales en los procesos que adelanta la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales hasta el 10 de junio de 2024, para el año 2023 se recibieron 96.572 demandas de protección al consumidor, representando un aumento del 50% respecto de las acciones presentadas para el año 2022, lo que en criterio de la entidad se dio dado el aumento en las demandas recibidas contra Viva Air y Ultra Air, ambas en proceso de liquidación (Superintendencia de Industria y Comercio 2024b.)

Aunque en el comunicado de prensa del 6 de junio de 2024 la SIC indicó que “(...) la entidad entrega un balance a favor, pues alcanzó un porcentaje de efectividad del 100% en la administración de justicia, con cero demandas por evacuar”¹¹, la realidad es que en el marco del proceso de liquidación judicial, todas las actuaciones del liquidador deben estar encaminadas únicamente con la finalidad de conservar

11 Tomado de <https://sedeelectronica.sic.gov.co/noticias/concluye-con-exito-el-plan-integral-de-descongestion-judicial-hacia-una-administracion-de-justicia-pronta-eficaz-y-oportuna-en-la-sic>

los activos de la compañía, buscando el mayor aprovechamiento del patrimonio de la sociedad para cancelar los créditos presentados de acuerdo con la prelación legal prevista en el artículo 41 de la Ley 1116 de 2006, por lo que resulta válido preguntarse: ¿las acreencias de los consumidores estarían al final de la lista, teniendo en cuenta las garantías ofrecidas a la SIC?

Sobre este punto, recordemos que una de las garantías ofrecidas a la SIC establecía que "[e]n caso de disolución y liquidación de cualquiera de las aerolíneas investigadas, el esquema de garantías se mantendrá vigente y será exigible respecto de las demás investigadas que continúen desarrollando su objeto social", por lo que en el entendimiento de la autora, sería Avianca la encargada de asumir los resultados de las sentencias en las que la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales, por ejemplo, ordene reembolsar a los consumidores el costo de los tiquetes aéreos, reembolso que además debe indexarse con base en el IPC desde la fecha en que el usuario realizó el pago a Viva Air en liquidación (Superintendencia de Industria y Comercio, 2024a); sin embargo, los informes de cumplimiento de las garantías aceptadas por la SIC no son públicos, por lo que no se cuenta con la información para establecer si Avianca está o no asumiendo los costos por las condenas causadas a partir de los fallos contrarios a Viva Air en liquidación.

Por último, es importante resaltar que, de acuerdo con las cifras de la Aerocivil, en el 2023 se movilizaron un total de 49,4 millones de pasajeros, con un aumento del 2,9% respecto del año 2022 (Aeronáutica Civil, 2024). Ahora bien, en el mismo año, Ultra Air culminó sus operaciones en Colombia y, en 2024, la aerolínea JetSmart inició operaciones con un total de ocho rutas nacionales asignadas. Según las cifras consolidadas por la Oficina de Análítica de la Aerocivil, el servicio de transporte aéreo en Colombia, durante el periodo comprendido entre enero a junio de 2024, movilizó un total de 26,8 millones de pasajeros, lo que representó un aumento frente al mismo periodo del año 2023 de 3,8 millones pasajeros, esto es, un incremento del 16,8% (Aeronáutica Civil, 2024a).

Además, según la Aerocivil, Avianca lideró la movilización de pasajeros a nivel nacional e internacional en los meses de enero a junio de 2024, con un total de 13,7 millones pasajeros movilizados, mientras que Latam movilizó en el mismo periodo 5,6 millones de pasajeros y Wingo, 1,6 millones de pasajeros¹².

De lo anterior, resulta evidente que con la salida del mercado de Viva Air, Avianca se afianzó como el líder del mercado de transporte de pasajeros aéreo en Colombia y, por lo tanto, es el agente que ostenta la mayor cantidad de participación en el mercado, por lo que, en últimas, sería finalmente la que terminara ganando con este desenlace, ya que por un lado salió un competidor del mercado, y por el otro, podía adquirir los activos de Viva Air en el marco del proceso de liquidación judicial.

12 Tomado de https://www.aerocivil.gov.co/analitica/Paginas/Pasajeros_Carga.aspx

6. DEMOSTRACIÓN OPERATIVA DE LA CAPTURA CULTURAL EN LA AEROCIVIL POR LA INTEGRACIÓN AVIANCA–VIVA AIR

6.1. Discusión sobre la posible captura (cultural, *ex ante* y *ex post*)

En este punto, es importante aclarar que para el caso concreto, esto es la posible captura del regulador por parte de Avianca para lograr decisiones que le favorecen y le ayudan a mantener su poder del mercado colombiano, estamos en el terreno de las presunciones y suposiciones, toda vez que la captura, bien sea material o cultural, es extremadamente difícil de probar, por lo que si bien es cierto que en este apartado del documento no tenemos pruebas certeras o concretas, mostraremos indicios de eventos que podrían señalar posibles capturas culturales *ex ante* y *ex post*. Veamos:

6.2. Antecedente Avianca–ACES (2001–2004)

En nuestros antecedentes, tenemos una primera señal de alarma y/o un primer antecedente de captura del regulador por parte de Avianca en 2001 cuando se presentó la operación de integración con Aces. Recordemos que, para ese entonces, la SIC contaba con una función de carácter general, pero residual, al prever que debía aplicar administrativamente las disposiciones de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas respecto de todos aquellos sectores para los cuales no hubiera una autoridad administrativa con competencias especiales, lo que implicó hasta la expedición de la Ley 1340 de 2009 un sinnúmero de conflictos de competencia impulsados por otras autoridades administrativas que argumentaban que tenían la competencia en sus respectivos sectores.

Las consecuencias de la integración operativa se observaron en 2003, las cuales fueron principalmente: (i) la disminución en un 30% de la flota de aeronaves y de la nómina de empleados, (ii) la renegociación de los esquemas de arrendamiento de aeronaves y (iii) la disminución de itinerarios. Sin embargo, los esfuerzos de reducción de costos no fueron suficientes para que las empresas se recuperaran y pudieran salir de la crisis. La solución que propuso Avianca fue, en marzo de 2003, ampararse en la Ley de reestructuración empresarial de Estados Unidos, dándole la oportunidad de seguir operando y realizando su reestructuración y reorganización (Valencia A., 2007).

De lo anterior, podemos concluir que la Alianza Summa, aunque inicialmente tenía como objetivo reducir los costos y mejorar la eficiencia operativa, afectó de forma negativa a los pasajeros, especialmente en lo que respecta a la calidad del servicio, debido a la reducción de las rutas y disminución de frecuencia en ciertas rutas; por ejemplo, en la ruta Bogotá-Medellín-Bogotá, la Alianza disminuyó cinco vuelos diarios, de 17 a 12 por día, lo que significó una reducción de la oferta de sillas en 2.565 por semana, equivalentes a un 11,4% del total (Valencia A., 2007).

Por otro lado, tenemos que la liquidación de Aces significó una victoria para Avianca, ya que se convirtió en el actor dominante en el mercado colombiano, aumentando su

cuota de participación en el mercado. En 2005, movilizó en el tráfico nacional 16,9% más pasajeros en comparación con el 2004, mientras que en el tráfico internacional aumentó el 14,6% (Aeronáutica Civil, 2005). Recordemos que esta fusión se objetó inicialmente porque podía reducir el bienestar de los consumidores, hipótesis que se demostró cuando se redujo la frecuencia de vuelos y se dejaron de operar algunas rutas locales, centrando su interés en la prestación del servicio de transporte internacional (Gallego, 2005).

En ese orden de ideas, podemos inferir que Avianca logró influir en el regulador de tal manera que se aprobó una operación que favoreció su crecimiento en el mercado, pero que no mejoró el bienestar de los consumidores, ya que la Alianza Summa priorizó el transporte internacional de pasajeros por encima de las rutas nacionales. Como la fusión se tradujo en un mercado más concentrado, los consumidores tenían menos opciones en términos de compañías aéreas y rutas. Esto condujo a una disminución de la competencia, lo que afectó la satisfacción y la lealtad de los consumidores, ya que tenían menos alternativas a las que cambiarse si no estaban satisfechos con el servicio (Gallego, 2005).

6.3. Excepción aeronáutica en la Ley 1340 (captura *ex ante*)

Esta victoria temprana permitió que en el último texto conciliado del Proyecto de Ley 195 de 2007 en Senado y Cámara se indicara que en materia de fusiones se agregara la excepción de la competencia de la autoridad única de competencia, esto es, "(...) la aplicación de las normas de protección de la competencia en los sectores financiero y aeronáutico, de acuerdo con sus particularidades (Senado de la República, 2009).

Pero nuevamente suponemos que se puso en marcha la influencia del sector, esta vez la apuesta era mayor, ya que, de acuerdo al marco teórico formulado en la sección primera, se trataba de una estrategia de captura *ex ante* o de alto nivel, pues el objetivo era lograr que la ley se expidiera en favor de las aerolíneas, lideradas por quienes tenían para entonces el poder de mercado, a través de la Asociación de aviadores, y por otro lado, la Aerocivil, al presionar desde su posición de entidad técnica especializada, con burócratas también siendo capturados, no necesariamente a través de sobornos ni alguna expresión de captura material o financiera, sino quizá más probable, a través de las también mencionadas estrategias de captura cultural, por ejemplo, con la expectativa racional de que una vez culminado su periodo en la agencia gubernamental pudiesen "pasarse al otro bando" y encontrar un lugar en alguna de las empresas del sector. Como lo señalamos también en la sección primera anterior, esto corresponde al fenómeno de la "puerta giratoria" respecto del cual volveremos más adelante.

Como lo indicamos en la segunda sección, esta disposición en la Ley 1340 de 2009 no tuvo una amplia discusión en el legislador, pero se logró su inclusión gracias a un arduo trabajo de los grupos de interés, especialmente del aéreo, lo que generó incomodidad en el sector. Tan es así, que se interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra la mencionada disposición argumentando la falta de unidad de materia.

Ahora bien, carece de sentido para la autora de este texto que el legislativo haya considerado exclusivamente esta excepción solo para una parte del sector aeronáutico, las aerolíneas; sin embargo, para el subsector de otros operadores de infraestructura aeroportuaria o empresas y talleres especializados en mantenimiento y reparación de aeronaves no aplica esta excepción; la excepción es exclusiva para operaciones entre aerolíneas y solo para su operación con aeronaves, es decir, frente a la prestación del servicio de transporte aéreo.

De ello, se infiere que el grupo de interés logró su cometido, esto es una ley con una excepción para que sea la Aerocivil quien estudie, apruebe u objete las operaciones de integración pero solo para una parte del mercado –las aerolíneas– aduciendo un criterio de tecnicidad y especificidad en el sector, lo que corrobora que se dio una captura del regulador *ex ante* y en consecuencia materializado en una norma a la medida del grupo de interés conformado por las aerolíneas.

6.4. Arquitectura transaccional 2022 y trámite 2022-2023

Ahora bien, a la luz del contexto resumido en los párrafos anteriores, tenemos que en abril de 2022 Avianca cerró una operación de compra del 100% de los derechos económicos de Viva Colombia y Perú, separando los derechos políticos y dejando estos en manos de un tercer agente, con el fin de argumentar que no se había concretado una fusión y por lo tanto que Investment Vehicle 1 Limited no ejercía control ni subordinación frente a las decisiones corporativas de Viva.

Así las cosas, solo fue hasta el 8 de agosto de 2022 cuando oficialmente se solicitó a la Aerocivil la autorización para la fusión de las compañías argumentando que Viva Air se encontraba atravesando una situación financiera crítica que se había acrecentado con el inicio de la pandemia y que, además, la única opción para que Viva lograra salir a flote era integrarse con Avianca, por lo que además solicitó que se aplicara la excepción de empresa en crisis, con el fin de que el trámite ante la autoridad administrativa se llevara a cabo con celeridad.

En ese orden de ideas, en la Resolución n.º 02111 de 26 de septiembre de 2022, la Aerocivil resolvió las solicitudes de reconocimiento como terceros interesados y otras solicitudes procesales, indicando que el procedimiento aplicable para resolver la solicitud de fusión era el procedimiento general establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011, ya que en su criterio se brindaban “(...) mayores garantías y transparencia para los terceros interesados, en comparación con lo previsto en el procedimiento especial consagrado en la Ley 1340 de 2009” (Aeronáutica Civil, 2022).

Una vez adelantado el trámite, el 4 de noviembre de 2022, a través de la Resolución n.º 02473, la Aerocivil (i) declaró no probada la excepción de empresa en crisis, argumentando que Viva Air no exploró otras alternativas menos anticompetitivas para salir a flote y (ii) objetó la operación de integración presentada por las intervinientes, señalando que la fusión tendría como consecuencia una consolidación del poder de

mercado de Avianca, el incremento en las barreras de entrada para futuros nuevos competidores, incentivos para que el nuevo ente integrado generara efectos coordinados en los mercados relevantes analizados.

Como se dijo, esta decisión fue apelada, y el 18 de enero de 2023, la Secretaría de la Aerocivil profirió la Resolución n.º 079, declarando la existencia de una irregularidad sustancial en el trámite de la actuación administrativa que afectó el debido proceso administrativo, ya que de acuerdo con la citada Resolución n.º 02111 de 26 de septiembre de 2022, el trámite de autorización de la operación de integración se dio con observancia de las normas de carácter general establecidas en la Ley 1437 de 2011 (CPACA) cuando debió darse bajo las reglas previstas en la Ley 1340 de 2009.

La consecuencia de esta nueva decisión era, entonces, dejar sin efecto todo lo actuado a partir del 11 de agosto de 2022, incluyendo la Resolución n.º 02473 que rechazó la operación. Nótese que el trámite volvió a su fase inicial debido a un error procedimental. En este punto es menester indicar que el procedimiento administrativo aplicable para este tipo de casos no ha tenido una posición pacífica a lo largo del tiempo; sin embargo, para el caso objeto de estudio se determinó que el sector de transporte aéreo como actividad económica no está excluido del ámbito de aplicación de la Ley 1340 de 2009, y por tanto, al existir una norma especial el procedimiento general dispuesto en la Ley 1437 de 2011 no debía ser aplicado en este trámite.

Sin embargo, llama la atención que si la Aerocivil ostenta la competencia de aprobar este tipo de integraciones desde la expedición de la Ley 1340 de 2009, trece años después, dicha autoridad que, además, está en el marco de una excepción dado lo sofisticado, técnico y especializado del mercado no tenga claro cuál es el marco procedimental aplicable para este tipo de trámites.

Causa aún mayor suspicacia que el 7 de agosto de 2022 hubo cambio de Presidente en Colombia, por lo que también es válido preguntarse si, para evitar la presión de un agente del mercado tan poderoso como Avianca, el gobierno anterior tomó la decisión técnicamente correcta, pero con un error de procedimiento de tal magnitud que no permitía otra opción que declarar la nulidad de lo actuado y dejar el trámite en su estado inicial para que fuesen los burócratas del nuevo gobierno quien tomaran la decisión de fondo.

6.5. Actuaciones de SIC y Aerocivil; remedios y desistimiento

Bajo esta misma lógica, podemos analizar las actuaciones administrativas adelantadas por la SIC que, en el marco de sus competencias de investigar y sancionar prácticas comerciales restrictivas de la competencia enmarcadas en la Ley 1340 de 2009, de forma paralela con las actuaciones de la Aerocivil, el 9 de diciembre de 2022, mediante la Resolución n.º 87164, formuló cargos contra Avianca y Viva Air por haber adelantado un operación de integración sin haber obtenido previamente la autorización de autoridad competente.

La consecuencia de que la SIC lograra inferir que efectivamente se habían materializado las conductas señaladas, en especial la operación de integración sin la previa autorización de la Aerocivil no solo consistía en la imposición de multas, sino que además podía ordenar la reversión de la operación empresarial, esto es, que las compañías integradas debían retornar a su estado original (operativo, administrativo, financiero, económico, etc.).

Como dijimos, la investigación administrativa iniciada por la SIC no logró llegar a una decisión sancionatoria, pues el 23 de abril de 2023, con la Resolución n.º 20743, la Superintendencia ordenó la terminación de la investigación, ya que aceptó el esquema de garantías presentado por las investigadas. Como se demostró en la sección anterior, de las garantías aceptadas, se evidencia que la mayoría están enfocadas en la protección de los consumidores, es decir, no eran garantías de carácter estructural. Una explicación de ello es que, un mes antes de la decisión de la SIC, la Aerocivil había aprobado de forma condicionada la operación de integración. Es decir, es plausible suponer que las autoridades actuaron de manera coordinada para "sanear" la operación de integración y revestirla de legalidad, sin necesidad de entrar a resolver problemas de fondo tales como discutir sobre los efectos anticompetitivos de la operación.

Adentrándonos nuevamente en el trámite de autorización de la operación de integración, el 21 de marzo de 2023 la Aerocivil expidió la Resolución n.º 00518 por medio de la cual autorizó la operación de integración entre las aerolíneas Avianca y Viva Air, indicando que en la operación se dieron dos transacciones independientes, a saber: (i) respecto de la adquisición por parte de Avianca el 28 de abril de 2022 del 100% de los derechos económicos de Viva Air y sobre la cual se limitó a indicar que la SIC es la competente para establecer si se configuraba una infracción al régimen de competencia en el marco de esta operación, por lo que al no existir pronunciamiento definitivo por parte de la Superintendencia no le era posible deducir alguna consecuencia legal respecto de la solicitud de autorización de integración empresarial, y (ii) respecto de la transferencia del 100% de los derechos políticos de Viva Air hacia Avianca, sobre la cual indicó que versaría el estudio de la operación de integración.

Nótese que a pesar de la doctrina de la SIC, la Aerocivil realizó un análisis bastante escueto sobre la materialización de la operación de integración, ya que asumió que al separar los derechos económicos de los derechos políticos de Viva Air, se trataban de dos transacciones distintas, que además no tenían injerencia entre ellas; sin embargo, como ya se señaló en la sección anterior, la SIC contaba con material probatorio suficiente que indicaba que la adquisición de los derechos económicos por parte de Avianca implicaba eliminar los incentivos para competir entre ambas compañías, además de buscar estrategias que permitieran beneficios conjuntos para ambas compañías, beneficios además de los que sí podría ser partícipe Avianca como titular de los derechos económicos.

En este punto, llamamos la atención respecto de cómo cambió el panorama para Avianca y Viva Air de 2022 a 2023. Para mediados de 2022, tenían una decisión

administrativa que rechazaba la solicitud de autorización de la integración y una investigación administrativa con material probatorio que permitía inferir que se había violado el régimen de protección de la competencia. Es decir, el panorama jurídico le era ya doblemente desfavorable a las empresas.

Para agosto de 2022, coincidiendo con el momento del cambio de gobierno, y el nombramiento de las nuevas cabezas de carteras ministeriales y directivos, tales como la posesión el 11 de agosto de 2022 como Ministro de Transporte de Guillermo Reyes González (Ministerio de Transporte 2022a), el 27 de diciembre la posesión de Sergio París Mendoza como Director de la Aerocivil y la renuncia de funcionarios de la administración anterior, como el delegado para la protección de la competencia, Juan Pablo Herrera Saavedra, quien renunció a la delegatura en diciembre de 2022. En esta época, las decisiones de las autoridades administrativas dieron un drástico giro, pasando del panorama doblemente desfavorable para las empresas, a que, poco más de seis meses después, haya sido aprobada la operación por parte de la Aerocivil y archivado la investigación administrativa adelantada.

Puede inferirse que en lugar de una casualidad fue una estrategia por parte de Avianca y Viva Air, la de radicar la solicitud de autorización de integración el 8 de agosto de 2022, un día después de la posesión del nuevo gobierno, pues es que la operación de compra de los derechos económicos de Viva Air ya se había llevado a cabo cuatro meses antes. Resulta bastante llamativa la fecha elegida para iniciar el trámite de autorización de la operación de integración, es decir, era el momento más propicio para capturar a los funcionarios entrantes al gobierno y lograr que se alinearan con los intereses de Avianca.

Retomando, ante el ahora panorama "favorable" para la integración de Avianca y Viva Air, cuatro días después de la decisión de la SIC de la aceptación del esquema de garantías y el archivo de la investigación administrativa, la Aerocivil volvió a modificar los condicionamientos de la autorización de la operación de integración. Sin embargo, una vez Avianca conoció el contenido de esta decisión, se pronunció en comunicado a la opinión pública señalando su inconformidad frente a los condicionamientos impuestos. Luego, el 5 de mayo de 2023, la Aerocivil profirió la Resolución n.º 000873, por medio de la cual resolvió en segunda instancia los recursos de apelación presentados por las aerolíneas Avianca, Viva Air, Wingo, Ultra Air, Latam, JetSmart y la Procuraduría General de la Nación contra la Resolución n.º 00518 del 21 de marzo de 2023, confirmando la aprobación de la operación de integración y –de nuevo– modificando algunos de los condicionamientos.

Con esta última resolución, la Aerocivil reafirmó los condicionamientos fijados en la Resolución n.º 00518 de 2023, e indicó que estos eran los remedios idóneos para reducir los tres efectos anticompetitivos identificados: (i) acumulación de *slots*; (ii) aumento de concentración, asimetría y dominancia en mercado doméstico, y (iii) concentración del mercado aéreo internacional (Aeronáutica Civil, 2023d).

Ahora bien, Avianca se pronunció frente a esta última resolución que se encuentra en firme, e indicó que entonces desistía de la operación de integración con Viva Air,

resaltando a su juicio “falencias técnicas” de la Resolución n.º 0873 de 2023. Esta decisión por parte de Avianca marcaba el fin, la “estocada final” para Viva Air como compañía, pero en ese momento no había forma de volver las cosas a su estado inicial, no había forma de revertir la operación inicial de adquisición de derechos económicos que se dio en abril de 2022, y con el desistimiento de Avianca, ya era irrelevante el contenido y alcance de los condicionamientos mismos impuestos por la Aerocivil para autorizar la integración. A nivel de las instituciones involucradas, el debate mismo sobre vulneración de las reglas de derecho de la competencia ya no tenía sentido.

Entonces, nótese que ante cualquier resultado, cualquier desenlace posible, Avianca sería el jugador ganador. Logró eliminar a un competidor emergente que estaba tomando ventaja y mayor participación en el mercado sin ningún tipo de consecuencia legal. Por otro lado, el gran perdedor es el mercado en sí mismo, ya que Avianca con su poder de mercado puede definir sus condiciones y los consumidores, quienes vemos reducidas nuestras opciones para elegir con cuál compañía queremos volar y por lo tanto, también vemos afectadas nuestras garantías para obtener un mejor servicio a un precio más competitivo.

6.6. Captura cultural y puerta giratoria

De todo esto último, podemos suponer que se dio una captura *ex post*, esto es de las autoridades de vigilancia y control como la Aerocivil y la SIC. Insistimos, aunque no podemos probar la captura material o cultural, lo que sí podemos inferir es que Avianca usó todo su poder e influencia con los funcionarios del gobierno entrante para lograr que las decisiones administrativas se dieran a su favor y que todas sus actuaciones en los límites grises de la ley, esto es, por ejemplo, separar los derechos políticos y económicos de Viva Air, para generar la apariencia de independencia y falta de subordinación y control no tuvieran ningún tipo de consecuencia, como efectivamente ocurrió.

Parte de la influencia de Avianca para lograr la captura cultural, se evidencia a través del fenómeno de la “puerta giratoria”. Al ser el sector aeronáutico tan especializado, los funcionarios con facultades sancionadoras y reguladores realizan reuniones regulares de trabajo y de negociación con los agentes de mercado, para nuestro caso de estudio, con Avianca y Viva Air. Así, los funcionarios públicos con poder decisorio pueden sentirse progresivamente identificados con la propia empresa e interiorizar los objetivos, normas y valores de la industria a través de un proceso de identificación social y cultural. De hecho, al agente regulador le conviene dar señales de estar identificado con los intereses del sector regulado, esto, por la ineludible proyección laboral o de asesorar “al otro bando”, una vez culmine su periodo en el sector público.

Respecto a esta hipótesis de la captura de la autoridad administrativa, por ejemplo, la Aerocivil, en aras de ejemplificar lo que implica tal cuestionamiento, vale la pena preguntarse si un alto funcionario de la Aerocivil con amplio conocimiento técnico sobre el sector aeronáutico podría migrar fácilmente a otra industria en el sector

privado, o si, por el contrario, su campo de acción profesional se limita a dicho sector, y si se da este último caso podría verse limitado su desarrollo profesional en el sector privado si cuando ejerció como burócrata tomó decisiones contrarias a los intereses de los empresarios.

Por último, es necesario reiterar que, de acuerdo con las cifras de la Aerocivil, Avianca lideró la movilización de pasajeros a nivel nacional e internacional en los meses de enero a junio de 2024 con un total de 13,8 millones de pasajeros movilizados, mientras que Latam movilizó en el mismo periodo 5,6 millones pasajeros y Wingo movilizó 1,6 millones. De lo anterior, resulta evidente que, con la salida del mercado de Viva Air, Avianca se afianzó como el líder del mercado de transporte de pasajeros aéreo en Colombia, y hoy día continúa siendo el agente que ostenta la mayor cantidad de participación y concentración en el mercado.

En conclusión, con las decisiones tomadas por las diferentes autoridades administrativas guiadas por los intereses de los agentes del mercado –Avianca– y los intereses particulares de los funcionarios públicos y del gobierno entrante se logró generar una distorsión en el mercado, que no hubiese sido posible en condiciones normales de competencia, esto es, la salida total del mercado de un competidor –Viva Air– generando una mayor participación en el mercado para Avianca, que ya tenía una amplia participación sin llegar a ser un monopolio, pero en este nuevo escenario puede generar pautas para definir el comportamiento del mercado sin necesidad de ponerse de acuerdo con un competidor, lo que en últimas genera una potencial situación en el mercado de servicios de transporte de pasajeros aéreo de ineficiencia y pérdida de bienestar social, de la cual esperamos que en próximos trabajos se realice un análisis de las consecuencias de la fallida operación de integración entre Avianca y la hoy extinta Viva Air.

REFERENCIAS

- Aeronáutica Civil (31 de marzo de 2019). *Requisitos de solicitudes de slot aeroportuarios para las operaciones no regulares, en el aeropuerto internacional El Dorado*.
- Aeronáutica Civil (2021a.). *Comportamiento de los servicios de aviación civil en Colombia*.
- Aeronáutica Civil (2021b.). *Informe de resultados de la audiencia Pública de rendición de cuentas vigencia 2021*.
- Aeronáutica Civil (4 de noviembre de 2022). *Resolución n.º 02473/2022. "Por la cual se resuelve una solicitud de autorización de una integración empresarial y otras solicitudes procesales*.
- Aeronáutica Civil (17 de febrero de 2023a.). *Resolución n.º 00300/2023. "Por la cual se impulsa el trámite de una integración empresarial y toman otras disposiciones"*.
- Aeronáutica Civil (21 de marzo de 2023b.). *Resolución n.º 00518/2023. "Por la cual se decide la aprobación de una solicitud para integración empresarial"*.
- Aeronáutica Civil (25 de abril de 2023c.). *Resolución n.º 000815 de 2023. "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución n.º 00518 de 21 de marzo de 2023"*.

- Aeronáutica Civil (5 de mayo de 2023d.). *Resolución n.º 00873 de 2023. "Por la cual se resuelven unos recursos de apelación contra la Resolución n.º 00518 del 21 de marzo de 2023"*.
- Aeronáutica Civil (31 de enero de 2024a.). *Colombia registró histórica movilización de pasajeros por vía aérea durante el transcurso de 2023*.
- Aeronáutica Civil (15 de marzo de 2024b.). *Gobierno del Cambio celebra el crecimiento del mercado aéreo. La aerolínea JetSmart inició operaciones con 8 rutas nacionales*.
- Aeronáutica Civil. Oficina de Analítica (19 de julio de 2024c). *Cifras Provisionales Transporte Aéreo Colombiano Enero – Junio de 2024*.
- Acevedo, A. (1 de enero de 2017). "El riesgo de incurrir en "Gun Jumping" en las fusiones y adquisiciones de empresas en Colombia". *Publicaciones del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC) – Volumen 13. Número 13 – CEDEC XVII*
- Amaya, J. (11 noviembre de 2020). "Avianca no usará crédito del Gobierno porque no lo necesita en su reorganización". *Diario La República*. <https://www.larepublica.co/economia/avianca-no-usara-credito-del-gobierno-porque-no-lo-necesita-en-su-proceso-de-reorganizacion>
- Archila, E. (2010). "Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia". *Revista Con-Texto*. n.º 32.
- Arboleda, C. (2019) "La excepción de empresas en crisis". *Revista de derecho de la competencia CEDEC*, ISSN 1900-6381, n.º. Extra-1, 2019.
- Asociación Colombiana de Agencias de Viajes y Turismo (Anato). (1 diciembre de 2022). *Por primera vez, en lo corrido de 2022, el crecimiento de los pasajeros movilizados en vuelos internacionales fue superior a los transportados en vuelos nacionales*. <https://anato.org/noticias/por-primera-vez-en-lo-corrido-de-2022-el-crecimiento-de-los-pasajeros-movilizados-en-vuelos-internacionales-fue-superior-a-los-transportados-en-vuelos-nacionales/>
- Avianca Holdings S.A. y subsidiarias (1 de marzo de 2021). *Estados Financieros Consolidados Condensados Interinos No Auditados*. <https://img.lalr.co/cms/2021/05/17104508/Estados-Financieros-AVH-IFRS-Marzo-2021.pdf>
- Avianca (8 de agosto de 2022). *Avianca y Viva solicitan su integración ante la Aeronáutica Civil de Colombia*. <https://www.avianca.com/es/sobre-nosotros/noticias-avianca/2022/avianca-y-viva-solicitan-su-integracion-ante-la-aeronautica-civil-de-colombia/>
- Avianca (28 de febrero de 2023a.). *Avianca ofrece su capacidad disponible en toda su red nacional e internacional y la posibilidad de poner vuelos adicionales para reacomodar a los pasajeros afectados por la low-cost*. <https://www.avianca.com/co/es/sobre-nosotros/centro-noticias/noticias-avianca/avianca-ofrece-su-capacidad-disponible-en-toda-su-red-nacional-e-internacional-y-la-posibilidad-de-poner-vuelos-adicionales-para-reacomodar-a-los-pasajeros-afectados-por-la-low-cost/>
- Avianca (22 de marzo de 2023b.). *Pronunciamiento sobre decisión de la Aerocivil*. <https://www.avianca.com/co/es/sobre-nosotros/centro-noticias/noticias-avianca/pronunciamiento-sobre-decision-de-la-aerocivil/>
- Avianca (13 de mayo de 2023c.). *Avianca desiste de la integración con Viva*. <https://www.avianca.com/co/es/sobre-nosotros/centro-noticias/noticias-avianca/avianca-desiste-de-la-integracion-con-viva/>

- Avianca (2023d.). *Con relación a la resolución 00815 de 2023 de la Aeronáutica Civil sobre el proceso de integración entre Avianca y Viva*. https://www.avianca.com/co/es/sobre-nosotros/centro-noticias/noticias-avianca/resolucion-00815-de-2023-proceso-de_integracion-entre-avianca-y-viva/
- Boehm, F. (2007). Regulatory capture revisited lessons from economics of corruption. *Internet Centre for Corruption Research (ICGG) Working Paper*.
- Buchanan, J. (1983). The public choice perspective. *Journal Of Public Finance And Public Choice*.
- Caracol Radio (26 enero de 2023). Renunció el Super Industria y Comercio Archila. *Caracol Radio*. https://caracol.com.co/radio/2001/08/23/nacional/0998546400_102270.html
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (CEPAL) (2 de septiembre de 2020).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Sentencia del 25 de septiembre de 2001.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de noviembre de 2011.
- Correa M. (2013). El Estatuto del Consumidor: Aspectos generales sobre la naturaleza, ámbito de aplicación y carácter de sus normas. *Perspectivas del Derecho del Consumo, Universidad Externado de Colombia*.
- Croley, S. (2008). *Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government*. New Jersey: Princeton University Press.
- Dal Bó, E. (2006). Regulatory capture: A review. *Oxford Review of Economic Policy*, 22(2), pp. 203-225.
- De la Calle, J. (7 de septiembre de 2021). Control previo de integraciones empresariales en el sector aeronáutico. *Ámbito Jurídico*.
- De la Cruz Camargo, D. (2010). Excepciones y exenciones particulares a la aplicación de la ley de protección de la competencia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. *Con-Texto*, (32), pp. 97-114.
- El Espectador (4 de mayo de 2021a.). *Aerolínea Viva Air movió 49 % más pasajeros en los últimos meses de 2020*. <https://www.elespectador.com/economia/aerolinea-viva-air-movio-49-mas-pasajeros-en-los-ultimos-meses-de-2020-article/>
- El Espectador (28 septiembre de 2021b.). *Viva Air está transportando 10 % más pasajeros que antes de la pandemia*. <https://www.elespectador.com/economia/empresas/viva-air-esta-transportando-10-mas-pasajeros-que-antes-de-la-pandemia/>
- El Tiempo (23 de agosto de 2001a.). Avianca gana el pulso. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-469166>
- El Tiempo (8 de septiembre de 2001b). Integración Avianca Aces a la Aerocivil. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-479917>
- El Tiempo (24 diciembre de 2003). La alianza que no despegó. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1047118>
- El Tiempo (24 de agosto de 2008). Recusado. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-469001>
- Estache, A. (2011). *Emerging Issues in Competition, Collusion, and Regulation of Network Industries*. CEPR Press, Paris & London.
- Gallo, D. (2023). *Avianca solicitó modificaciones a la Aeronáutica Civil sobre el proceso de integración con Viva Air*. <https://www.infobae.com/colombia/2023/04/05/>

avianca-solicito-modificaciones-a-la-aeronautica-civil-sobre-el-proceso-de-integracion-con-viva-air/

- Gallego J. y Romano G. (2005). Alianza Summa: una aproximación desde la teoría de la organización industrial". *Cuadernos de Economía*, 24 (42), pp. 161-194.
- Giraldo, A. (15 de noviembre de 2007). "Por medio de la cual se dictan normas en materia de Integraciones y Prácticas restrictivas de la Competencia". [Proyecto de ley 195/07]. *Gaceta* n.º 583 de 2007.
- Gordon, R. (1994). *Regulation and Economic analysis: a critique over two centuries* (Vol. 16). Springer Science & Business Media.
- Held, R. et al. (24 de noviembre de 2020) *Retos y oportunidades para la competitividad del transporte aéreo colombiano en medio de una crisis global*. Trabajo presentado en Foro de impacto del Covid-19 en el transporte aéreo: Nuevos Retos y oportunidades en la visión del Plan Estratégico Aeronáutico 2030, Bogotá, Colombia.
- Hellman, J. Jones, G., & Kaufmann, D. (2003). Seize the State, Seize the Day: State Capture and Influence in Transition Economies. *Journal of Comparative Economics* 31 (4), pp. 751-73.
- International Air Transport Association (IATA) (15 de junio de 2020). *IATA alerta sobre la difícil situación de aerolíneas en América Latina y El Caribe y urge ayuda inmediata de los gobiernos*.
- International Revenue Service (s. f.). *Bancarrota capítulo 11 – Reorganización*. International Revenue Service.
- Kwak, J. (2013). Cultural Capture and the Financial Crisis. In D. Carpenter & D. A. Moss (Eds.), *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit it. chapter*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 71-98.
- La Porta, R., Lopez, F., & Shleifer, A. (1999). *Corporate Ownership Around the World.*, 54(2), pp. 471-517.
- La República (12 de mayo del 2020). *Felix Antelo, presidente de Viva Air en Inside LR* [Archivo de video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=yvnAyRjtJ8Y>
- Laffont, J. J., & Tirole, J. (1991). The politics of government decision-making: A theory of regulatory capture. *The quarterly journal of economics*, 106(4), pp. 1.089-1.127.
- Laffont, J. J. (2005). *Regulation and development*. Cambridge University Press.
- Levenstein, M. C., & Suslow, V. Y. (2006). What determines cartel success? *Journal of economic literature*, 44(1), pp. 43-95.
- Levine, M., & Forrence, J. (1990). Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis. *Journal of Law, Economics, & Organization*, 6, pp. 167-198.
- Marqués, G. (2020). Elección racional, maximización y racionalidad instrumental. *Filosofía De La Economía*, 6(1), p. 15.
- McCraw, T. K. (1975). Regulation in America. *Business History Review*, 49(2), pp. 159-183. doi:10.2307/3113698
- McPhilemy, S. (2013). "Formal rules versus informal relationships: prudential banking supervision at the FSA before the crash". *New Political Economy*, 18(5), pp. 748-767.

- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (26 de diciembre de 2011). *Decreto 4886 de 2011. "Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones"*. DO: 48.294.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público (s.f.). ABC: *Fondo de Mitigación de Emergencias – FOME*.
- Ministerio de Transporte (24 de diciembre de 2018). *Decreto 2409 de 2018. "Por el cual se modifica y renueva la estructura de la Superintendencia de Transporte y se dictan otras disposiciones"*. DO: 50.817.
- Ministerio de Transporte (2020). *Transporte en cifras Estadísticas 2020*.
- Ministerio de Transporte (14 de octubre de 2021). *Decreto 1294 de 2021. "Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (Aerocivil)"*. DO: 51.827.
- Miranda, A. y Márquez, C. (2004). Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación. *Universitas*, 53(108), pp. 71-117.
- Miranda, A. y Gutiérrez, J. (2008) El derecho de la competencia en el sector aeronáutico colombiano.º *Revista de derecho de la competencia CEDEC*, ISSN 1900-6381, Vol. 4, nº. 4, 2008, pp. 309-123.
- Miranda, A., (2006) El ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia. *Revista de derecho de la competencia CEDEC*, ISSN 1900-6381, Vol. 2, nº. 2, 2006, pp. 245-268.
- Monroy, D (2023). La economía del comportamiento en la Administración pública: Una introducción al Behavioral Public Choice. Balance y desafíos del Estado regulador, supervisor, promotor y empresario: XXIV Jornadas internacionales de Derecho Administrativo. Tomo III, *Estado empresario y otras acciones de la Administración en los mercados*. Héctor Santaella Quintero, editor. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 499-500.
- Morales, C. (20 octubre de 2017). Huelga de pilotos de Avianca, la más larga del gremio en la historia. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/economia/sectores/huelga-de-pilotos-de-avianca-su-historia-consecuencias-y-legalidad-143082>
- Murcia, N. C. (18 diciembre de 2020). Por qué pese a la Covid, fue un año positivo para Viva Air. *El Colombiano*. <https://www.elcolombiano.com/negocios/empresas/viva-air-muestra-su-balance-en-2020-tras-la-covid-19-FG14301675>
- Pabón, C. y Linares, M. (6 de septiembre de 2021) *Factores de Competencia de la Superintendencia de Transporte*. <https://derechoeconomico.uexternado.edu.co/regulacion-economica/factores-de-competencia-de-la-superintendencia-de-transporte/>
- Observatorio Fiscal (21 de junio de 2020). *Análisis sobre la transparencia en la disposición y destinación de los recursos públicos destinados a atender la Emergencia sanitaria causada por la pandemia del Covid-19*. Pontificia Universidad Javeriana. <https://imgcdn.larepublica.co/cms/2020/06/23170047/Transparencia-fiscal-COVID-19.pdf>
- Ogus, A. (1994). *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford, Clarendon Press.
- Olson, M. (1965). *The Logic of collective action; public goods and the theory of groups*. Harvard University Press.
- Organización Panamericana de la Salud (11 de marzo de 2020). *La OMS caracteriza a Covid-19 como una pandemia*. OPS.
- Organization for Economic Co-operation and Development (23 de junio de 2009). *Antitrust Issues Involving. Minority Shareholding and Interlocking Directorates*.

- Pardo, G. (10 septiembre de 2021). "Fast Track" para las empresas en crisis. *Asuntos Legales*. <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/gabriel-ibarra-pardo-558821/fast-track-para-las-empresas-en-crisis-3231186>
- Peltzman, S. (1976). "Toward a more general theory of regulation". *Journal of Law and Economics* 19 (2), pp. 211-240.
- Posner, R. (1974). Theories of Economic Regulation. *Bell Journal of Economics*, 5(2), pp. 335-358.
- Presidencia de la República (15 de marzo de 2023). Ministro de Transporte denunciará por estafa a directivos de Viva Air en la Fiscalía. <https://petro.presidencia.gov.co/prensa/Paginas/Ministro-de-Transporte-denunciara-por-estafa-a-directivos-de-Viva-Air-en-la-Fiscalia-230315.aspx>
- Rincón, M. (31 agosto de 2020). Gobierno cubrirá 20% del capital que necesita Avianca para salir de la crisis. *Diario la República*. <https://www.larepublica.co/empresas/gobierno-cubre-20-del-capital-que-necesita-avianca-para-salir-de-la-crisis-financiera-3052986>
- Rojas, O. (20 abril de 2020). 'Cuando volvamos a volar, nuestro modelo será una ventaja': Viva Air. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/economia/empresas/coronavirus-viva-air-dice-que-modelo-de-bajo-costo-jugara-a-su-favor-tras-la-crisis-486254>
- Romero, J. (2008). ¿Capturados por nuestra suspicacia? Algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones. *Revista chilena de derecho*, 35(1), pp. 9-35.
- Sala Plena de la Corte Constitucional (12 de abril de 2011). Sentencia C-277 de 2011. M.P.: Pretelt, I.
- Sbarbati, Paula (2022). La pandemia del Covid-19 en la industria de transporte aéreo en América Latina y el Caribe: impactos, perspectivas y desafíos. *Documentos de Proyectos Naciones Unidas CEPAL*.
- Semana (1 diciembre de 2020). Tribunal frena crédito por US\$370 millones a Avianca. *Revista Semana*. <https://www.semana.com/empresas/articulo/credito-a-avianca-es-suspendido-por-el-tribunal-administrativo-de-cundinamarca/299899/>
- Semana (12 enero de 2021). Viva Air aumentó su participación en el mercado de 15% a 25% en 2020. *Revista Semana*. <https://www.semana.com/empresas/articulo/participacion-de-viva-air-en-el-mercado-colombiano-de-aviacion-comercial/310070/>
- Semana (5 marzo de 2023). Sorpresivamente, la SIC realizó visita a la sede de Avianca, en Bogotá, tras el cese de operaciones de Viva Air. *Revista Semana*. <https://www.semana.com/economia/articulo/atencion-de-forma-sorpresiva-la-superintendencia-de-industria-y-comercio-realiza-una-visita-a-la-sede-de-avianca-en-bogota-tras-el-cese-de-operaciones-de-viva-air/202336/>
- Senado de la República (16 de noviembre de 2007). Proyecto de Ley número 195 de 2007, *Gaceta del Congreso*, año XVI, n.º 583, Bogotá D.C.
- Senado de la República (10 de junio de 2008a.). Proyecto de Ley número 195 de 2007, *Gaceta del Congreso*, año XVII, n.º 240, Bogotá D.C.
- Senado de la República (5 de agosto de 2008b.). Proyecto de Ley número 195 de 2007, *Gaceta del Congreso*, año XVII, n.º 505, Bogotá D.C.
- Senado de la República (16 de junio de 2009). Proyecto de Ley número 195 de 2007, *Gaceta del congreso*, año XVIII, n.º 507, Bogotá D.C.

- Sinclair, D (2002). Self-Regulation Versus Command and Control? Beyond False Dichotomies. *Law & Policy*, 19(4), pp. 529-559.
- Stigler, G. (1971). "The theory of economic regulation". *Bell Journal of Economics and Management Science* 2(1), pp. 3-21.
- Stigler, G (1986). Los viajes de Smith en la nave del Estado. En G. Stigler, *El economista como predicador y otros ensayos*, pp. 54-67. Ediciones Orbis.
- Stiglitz, J. (2010). Regulación y fallas. *Revista de Economía Institucional*, 12(23), pp. 13-28.
- Superintendente de Industria y Comercio *ad hoc* (7 de septiembre de 2001). Resolución n.º 29437
- Superintendencia de Industria y Comercio (26 de mayo de 2006). Resolución n.º 13544 de 2006. "Por la cual se condiciona una operación de integración".
- Superintendencia de Industria y Comercio (26 de junio de 2012a.). Resolución n.º 38327 de 2012. "Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías".
- Superintendencia de Industria y Comercio (28 de junio de 2012b.). Resolución n.º 40478 de 2012. "Por la cual se aceptan unas garantías y se ordena el cierre de la investigación".
- Superintendencia de Industria y Comercio (22 de agosto de 2014). Resolución n.º 49903 de 2014. "Por la cual se imponen unas sanciones".
- Superintendencia de Industria y Comercio (14 de abril de 2015a.). Resolución n.º 16562 de 2015. "Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se dictan ordenes e instrucciones".
- Superintendencia de Industria y Comercio (23 de noviembre de 2015b.). Resolución n.º 90622 de 2015. "Por la cual se resuelven unos recursos de reposición y se aprueba una operación de concentración".
- Superintendencia de Industria y Comercio (Diciembre de 2020). *Estudios de mercado. Organización industrial en el Sector de Transporte Aeronáutico y la Protección de la Competencia*.
- Superintendencia de Industria y Comercio (13 de septiembre de 2022a.) Oficio n.º 22-358094-2-0. Respuesta a comunicación identificada con la referencia "[d]ebate de Control político – proposición n.º 027 – 2022", recibida en la Superintendencia de Industria y Comercio con el radicado n.º 22-358094.
- Superintendencia de Industria y Comercio (9 de diciembre de 2022b). Resolución n.º 87164 de 2022. "Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos".
- Superintendencia de Industria y Comercio (21 de abril de 2023a.). *La Superindustria establece un esquema de garantías que beneficia a los consumidores y protege la competencia, como condición para terminar su investigación contra Avianca y Viva Air*.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2023b.). *Guía de Ofrecimiento de Garantías*.
- Superintendencia de Industria y Comercio - Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales (24 de enero de 2024a.). Sentencia – Acción de Protección al Consumidor. Radicado n.º 2023- - 100716.
- Superintendencia de Industria y Comercio (18 de abril de 2024b.) Resolución n.º 18987 de 2024. "Por la cual se suspenden términos judiciales en los procesos que adelanta la Delegatura para Asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio"
- Superintendencia de Sociedades (2 de marzo de 2023). Proceso Viva Air Fast Colombia S.A.S.

- Superintendencia de Transporte y Superintendencia de Sociedades (6 de mayo de 2019). Circular Conjunta n.º 023 de 2019. Competencia de la Superintendencia de Transporte y de la Superintendencia de Sociedades respecto de las sociedades facilitadoras de servicios de transporte.
- Superintendencia de Transporte (1 de marzo de 2023a.). Resolución n.º 637 de 2023. "Por la cual se inicia una investigación administrativa mediante la formulación de pliego de cargos en contra de Fast Colombia S.A.S. En proceso de recuperación empresarial y se decreta una medida administrativa de carácter particular".
- Superintendencia de Transporte (1 de marzo de 2023b.). Resolución n.º 637 de 2023. "Por la cual se inicia una investigación administrativa mediante la formulación de pliego de cargos en contra de Fast Colombia S.A.S. En proceso de recuperación empresarial y se decreta una medida administrativa de carácter particular".
- Superintendencia de Transporte (3 de marzo de 2023c). Resolución n.º 705 de 2023. "Por medio de la cual, se tomó la decisión de imponer la medida de sometimiento a control a la aerolínea Fast Colombia S.A.S".
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca (10 de septiembre de 2020). Auto admisorio de la demanda y adopta medida cautelar de urgencia con radicado n.º 25000234100020200058400. M.P.: Lasso, L.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca (20 de abril de 2023a.). Auto admisorio de la demanda con radicado n.º 25000234100020230022600. M.P.: Solarte, F.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca (29 de junio de 2023b.). Auto que rechaza la demanda con radicado n.º 25000234100020230022600. M.P.: Solarte, F.
- Tribunal General de la Unión Europea (10 de mayo de 2023). Sentencia del Tribunal General en los asuntos acumulados T-34/21 | Ryanair/Comisión y T-87/21 | Condor Flugdienst/Comisión (Lufthansa – Covid-19).
- Viscusi, W. K., Harrington Jr, J. E., & Sappington, D. E. (2018). *Economics of regulation and antitrust*. MIT press.
- Valencia A., Germán D.; Tobón, O., David, y Becerra A., Yiseth M. (2007). Pérdida de bienestar en los pasajeros del transporte aéreo: el caso Alianza Summa en la ruta Medellín - Bogotá. *Cuadernos de Administración*, 20 (33), n.º147-179.
- Valora Analitik (2 febrero de 2023). Así está el mercado de las aerolíneas en Colombia 2022. *Valora Analitik*. <https://www.valoraanalitik.com/asi-esta-el-mercado-de-aerolineas-colombia2022-avianca-lidera-ultra-air-crece/>
- Zingales, L. (2013). Preventing Economists' Capture. In D. Carpenter & D. A. Moss (Eds.), *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit it*, pp. 124-151). chapter, Cambridge: Cambridge University Press.