REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

RESOLUCIÓN NÚMERO 87164 DE 2022

(9 de diciembre de 2022)

Radicado No: 22-271597

VERSIÓN RESERVADA

"*Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos*"

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, y el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, modificado por el artículo 4 del Decreto 92 de 2022, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política establece que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades e impone al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica, así como evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

SEGUNDO: Que de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, modificado por el artículo 1 del Decreto 92 de 2022, y en concordancia con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio "*[c]onocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica*".

TERCERO: Que según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, modificado por el artículo 4 del Decreto 92 de 2022, corresponde a la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante, la Delegatura) "*[t]ramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia*".

CUARTO: Que mediante diarios de amplia circulación[1] y la página web oficial de **AEROVÍAS DEL CONTIENENTE AMERICANO S.A.** (en adelante **AVIANCA**) se obtuvo noticia de una integración entre **AVIANCA**, **FAST COLOMBIA S.A.S.** (en adelante **VIVA AIR**) y **VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C.** (en adelante **VIVA PERÚ**) Así mismo, el 8 de agosto de 2022 se publicó en la página web oficial de **AVIANCA** el siguiente comunicado[2]:

> "*(…)* ***Bogotá, agosto 8 de 2022.*** *En abril pasado, los accionistas mayoritarios de Avianca firmaron un acuerdo para ser parte de un mismo grupo empresarial, unificando derechos económicos. A su vez, adquirieron el 100% de los derechos económicos de Viva en Colombia y en Perú, sin que esto implicara control ni administración. Un mes más tarde, tras el acuerdo de Avianca con Gol se anunció la creación del Grupo Abra el cual sería uno de los líderes en transporte aéreo en América Latina y agruparía las inversiones hechas en los derechos económicos de Viva y un crédito convertible en una posición minoritaria en Sky Airline.*
>
> *Hoy, y ante la información disponible en el mercado sobre la delicada situación financiera que atraviesa Viva,* ***esta compañía y Avianca solicitaron ante la Aeronáutica Civil de Colombia autorización para integrarse****, con el objetivo de viabilizar la permanencia de la*

[1] Algunos diarios consultados fueron: https://www.eltiempo.com/economia/empresas/avianca-y-viva-air-firman-negocio-y-perteneceran-a-nuevo-holding-668560, https://www.elespectador.com/economia/empresas/avianca-y-viva-solicitan-integracion-bajo-la-figura-de-compania-en-crisis/ y https://www.bloomberglinea.com/2022/04/29/avianca-y-viva-air-anunciaran-acuerdo-para-ser-parte-de-la-misma-holding/

[2] Tomado de: https://www.avianca.com/co/es/sobre-nosotros/centro-noticias/noticias-avianca/avianca-y-viva-solicitan-su-integracion-ante-la-aeronautica-civil-de-colombia/

aerolínea low-cost en beneficio de los pasajeros, la conectividad en Colombia y Perú, así como para salvaguardar empleos que directa e indirectamente dependen de Viva. (…)" (destacado original).

Frente a estas noticias, la Delegatura inició de oficio una actuación para identificar si las operaciones anunciadas correspondieron a una integración empresarial que se hubiera materializado sin obtener la necesaria autorización previa por parte de la entidad competente.

QUINTO: Que mediante comunicaciones radicadas con los Nos. 22-271597-11 y 22-271597-13, **HERNÁN ANTONIO PANESSO MERCADO** y la aerolínea **ULTRA AIR S.A.S.**, respectivamente, solicitaron a la Delegatura que inicie una actuación administrativa para determinar si **AVIANCA** y **VIVA AIR** infringieron lo dispuesto en los artículos 4 de la Ley 155 de 1959 y 9 de la Ley 1340 de 2009 por haber materializado una integración empresarial entre ellas sin la autorización de la autoridad competente.

SEXTO: Que en desarrollo de las facultades conferidas a esta Entidad, de conformidad con lo dispuesto por los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, modificado por el artículo 1 del Decreto 92 de 2022, durante la etapa de averiguación preliminar la Delegatura practicó declaraciones, realizó diferentes requerimientos de información y adelantó visitas administrativas.

Para la evaluación de los hechos objeto de la presente actuación, la Delegatura tendrá en cuenta todos los medios de prueba que obran en el expediente. Sin perjuicio de lo anterior, la evidencia utilizada en este acto administrativo fue reunida en la carpeta identificada como "Cuaderno Pruebas resolución de Apertura", ubicada dentro de la carpeta "Carpetas Reservadas" del expediente. Esto únicamente para efectos de facilitar la consulta.

SÉPTIMO: Que esta Superintendencia es la única autoridad competente para realizar investigaciones administrativas por la infracción de las normas que constituyen el régimen de protección de la competencia, incluyendo la infracción consistente en la materialización de una integración empresarial sin la previa autorización de la autoridad competente, independientemente de que se trate de una operación en el mercado aeronáutico. Esto se sustenta con los argumentos que se exponen a continuación:

7.1. El régimen de protección de la competencia está compuesto por las disposiciones relativas a prácticas restrictivas de la competencia –acuerdos, actos y abuso de posición dominante– y las normas sobre el control previo de integraciones empresariales. Así lo establece el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009.

7.2. En relación con el primer grupo de disposiciones, los artículos 2 y 6 de la Ley 1340 de 2009 establecen que esta Superintendencia es la única autoridad competente para adelantar investigaciones administrativas por la infracción de las normas que hacen parte del régimen de protección de la competencia. Los artículos referidos, además, determinan que la competencia de esta Superintendencia se extiende a todas las actividades y a todos los sectores económicos.

Sobre el reconocimiento de esta Superintendencia como la autoridad única para desarrollar la función referida, la jurisprudencia constitucional ha resaltado lo siguiente:

"*El artículo 6 consagra la regla general de constituir a la SIC como la autoridad única en materia de protección de la competencia, esto es, adquiere la facultad privativa de adelantar las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal*"[3].

La jurisprudencia constitucional también ha precisado que la competencia de esta Superintendencia como autoridad única en el desarrollo de investigaciones por prácticas anticompetitivas se extiende a todas las actividades y sectores económicos. Al respecto ha afirmado:

"*(…) con la aprobación de la ley 1340 de 2009, 'por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia', el Congreso de la República replanteó ese esquema para focalizar ahora en una única entidad la protección de la libre competencia, con independencia de cuál sea la actividad o sector económico en el que se desarrolle (…) al haber atribuido a la SIC la función de conocer de las investigaciones administrativas e*

[3] Corte Constitucional. Sentencia C – 277 de 2011.

imponer las multas por infracción a las reglas sobre libre competencia, 'en forma privativa' y 'cualquiera sea la actividad o sector económico' (…)"[4].

7.3. En punto del control previo de integraciones empresariales, la Ley 1340 de 2009 estableció una regla general y una excepción. La regla general se encuentra en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, que establece que esta Superintendencia es la autoridad competente para desarrollar el control previo de integraciones empresariales de conformidad con el procedimiento descrito en el artículo 10 de esa norma. La excepción está contenida en el artículo 1866 del Código de Comercio y en el parágrafo del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009. Esas normas establecen que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL** (en adelante **AEROCIVIL**) es la autoridad competente para realizar el control previo de integraciones empresariales que se lleven a cabo entre explotadores de aeronaves mediante las formas expresamente establecidas en esas normas.

El carácter excepcional de la competencia de la **AEROCIVIL** para el ejercicio del control previo de integraciones empresariales ha sido resaltado por la jurisprudencia constitucional. Al respecto la Corte ha expresado lo siguiente:

"*El parágrafo acusado establece una excepción a todo el anterior régimen, señalando que la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil conservará su competencia para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves*"[5].

7.4. Sobre la base de lo expuesto, es claro que la competencia de la **AEROCIVIL** respecto del control previo de integraciones empresariales tiene un evidente carácter excepcional. Por lo tanto, tiene que ser aplicada con el enfoque restrictivo propio de esa naturaleza. De esta circunstancia se siguen dos consecuencias relevantes para este caso. En primer lugar, que la competencia de la **AEROCIVIL** no puede ser extendida para que esa entidad desarrolle el control previo de integraciones empresariales en relación con operaciones diferentes a las establecidas en las normas analizadas. En segundo lugar, que esas normas no le atribuyen a la **AEROCIVIL** la facultad de desarrollar otras actividades de inspección, vigilancia y control respecto del régimen de protección de la competencia y, en particular, no la facultan para realizar investigaciones administrativas por la realización de prácticas anticompetitivas. Esta última conclusión es consistente con los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución que, en resumen, establecen que ninguna autoridad pública puede ejercer funciones distintas de las expresamente establecidas en la Constitución y la Ley.

7.5. Lo anterior es relevante para este caso porque, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la materialización de una integración empresarial sin la previa autorización de la autoridad competente –cuando esa autorización es necesaria– constituye una práctica restrictiva de la competencia sancionable en el marco de las investigaciones administrativas para las que únicamente es competente esta Superintendencia.

7.6. En conclusión de todo lo expuesto, esta Superintendencia es la única autoridad competente para realizar investigaciones administrativas por la infracción de las normas que constituyen el régimen de protección de la competencia, incluyendo la infracción consistente en la materialización de una integración empresarial sin la previa autorización de la autoridad competente. Esa función se extiende a todas las actividades y sectores económicos. La excepción contenida en el parágrafo del artículo 8 de la Ley 1340 y el artículo 1866 del Código de Comercio se refiere exclusivamente al ejercicio del control previo de integraciones empresariales. Por lo tanto, aunque la **AEROCIVIL** es la autoridad competente para desarrollar ese control previo sobre la integración entre **AVIANCA** y **VIVA AIR**, esta Superintendencia es la autoridad competente para analizar si esos agentes de mercado incurrieron en la práctica restrictiva de la competencia consistente en materializar esa integración sin la previa autorización de la **AEROCIVIL**.

OCTAVO: Que de conformidad con el material probatorio disponible, es posible considerar que se habría materializado una operación de integración empresarial entre **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** (en adelante **LAS INVESTIGADAS**), sus matrices y otras empresas relacionadas con estas, la cual no habría sido informada. La presunta integración empresarial habría consistido en la adquisición del control material sobre las compañías **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** por parte del grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**. En la presunta integración habrían intervenido los siguientes agentes.

---

[4] Corte Constitucional. Sentencia C – 172 de 2014.
[5] Corte Constitucional. Sentencia C – 277 de 2011.

8.1. INVESTMENT VEHICLE 1 LIMITED

INVESTMENT VEHICLE 1 LIMITED (en adelante **IV1L**) es un vehículo de inversión constituido y existente bajo las leyes de Islas Caimán que está domiciliada en Reino Unido. Tiene como objeto la realización de cualquier actividad comercial incluyendo, sin limitación, la adquisición, tenencia y venta de acciones en otras sociedades, particularmente en los campos del transporte aéreo y actividades conexas o relacionadas con el transporte aéreo[6]. **IV1L** actúa como *holding* de **AVIANCA GROUP INTERNATIONAL LIMITED** (en adelante **AGIL**) y de diversas aerolíneas multinacionales de América Latina que componen el actual "**GRUPO AVIANCA**"[7]. **IV1L** tiene el 100% de acciones de **AGIL**.

8.2. AVIANCA GROUP INTERNATIONAL LIMITED

AVIANCA GROUP INTERNATIONAL LIMITED (en adelante **AGIL**) es una sociedad comercial constituida a partir del año 2010 (anteriormente denominada **AVIANCA HOLDINGS**) como resultado de la unión entre las aerolíneas **AVIANCA** y **TRANSPORTES AÉREOS CENTRO AMERICANOS** (**TACA**). Existe bajo las leyes del Reino Unido y tiene domicilio en el mismo país. **AGIL** actúa como matriz de **AVIANCA** y de otras empresas. **AGIL** tiene el 99.98% de acciones de **AVIANCA**.

8.3. AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. (AVIANCA)

AVIANCA es una sociedad colombiana identificada con el NIT 890.100.577 - 6 y con domicilio principal en la ciudad de Barranquilla (Atlántico). Fue constituida con el nombre de **SOCIEDAD COLOMBO ALEMANA DE TRANSPORTES AÉREOS (SCADTA)** el 5 de diciembre de 1919 mediante escritura pública No. 2.374 de la Notaría Segunda de Barranquilla, que fue inscrita el 9 de diciembre de 1919 en la Cámara de Comercio de Barranquilla. Posteriormente, luego de una serie de cambios en su razón social, pasó a ser llamada **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA** el 11 de mayo de 2005 mediante escritura pública No. 4.023 otorgada en la Notaria 18 de Bogotá, que fue inscrita el 14 de junio de 2005 en la Cámara de Comercio de Barranquilla.

Tal y como consta en su certificado de existencia y representación legal, el objeto principal de **AVIANCA** corresponde a la explotación comercial de los servicios de transporte aéreo en todas sus ramas, incluidos los servicios relacionados con las aplicaciones comerciales, técnicas y científicas de la aviación civil, servicios aeronáuticos y aeroportuarios. Es así como **AVIANCA** opera servicios de transporte aéreo comercial de pasajeros, carga y correo a nivel nacional e internacional, con destinos en América Latina, el Caribe, Europa y América del Norte.

La sociedad matriz de **AVIANCA** es **AGIL**, quien es actualmente el *holding* de diversas aerolíneas multinacionales de América Latina que componen el actual **GRUPO AVIANCA**. Conforme consta en el certificado de existencia y representación legal de **AVIANCA**, el 31 de marzo de 2022 se configuró una situación de control de **IV1L** sobre **AVIANCA**.

La información de activos totales e ingresos operacionales de **AVIANCA** con corte a 31 de diciembre de 2019, 2020 y 2021 se presenta a continuación:

Tabla No. 1. Cuentas financieras AVIANCA. VALOR (COP $)
(31 de diciembre de 2021)

CUENTA	2019	2020	2021
Activos	18.498.349.056.000	16.502.571.854.000	11.043.680.693.000
Ingresos operacionales	9.307.045.218.000	3.257.801.263.000	4.388.774.448.000

Fuente: Elaboración **SIC**[8]

8.4. IRELANDIA AVIATION

IRELANDIA AVIATION (en adelante **IRELANDIA**) fue constituida y existe bajo las leyes de Irlanda. Es una sociedad fundada y dirigida por **DECLAN RYAN** (anteriormente principal inversionista y director de **VIVA AIR** y **VIVA LATINOAMERICA**[9] y actualmente miembro de la junta directiva de

[6] Certificado de existencia y representación legal de AV INVESTMENTS ONE COLOMBIA S.A.S.
[7] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 15. Consecutivo 22271597-0001500006.
[8] Expediente Digital. Cuaderno reservado AVIANCA No. 1 folios 32, 34, 163 y 165
[9] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800004. PDF

IV1L[10]), que también ejerció el cargo de presidente ejecutivo de **VIVA AIR GROUP** hasta el 29 de abril de 2022[11]. **IRELANDIA** era la sociedad matriz de **VIVA LATINAMERICA S.A.** (actualmente **REXTON ENTERPRISES S.A.**) hasta el 29 de abril de 2022.

8.5. VIVA AIR INVESTMENTS LIMITED

VIVA AIR INVESTMENTS LIMITED (en adelante **VIVA INVESTMENTS**) es una sociedad constituida y existente bajo las leyes de la Isla de Man. Fue la titular del 70% de las acciones de **VIVA LATINAMERICA S.A.** hasta el 29 de abril de 2022, cuando **IV1L** adquirió todas las acciones de la compañía mediante un negocio jurídico que celebró con **VIVA INVESTMENTS**, **PANGAEA THREE ACQUISITION HOLDINGS I LTD** y **REXTON**[12].

8.6. PANGAEA THREE ACQUISITION HOLDINGS I LTD

PANGAEA THREE ACQUISITION HOLDINGS I LTD. (en adelante **PANGAEA**) es una sociedad constituida y existente bajo las leyes del Reino Unido. Fue la titular del 30% de las acciones de **VIVA LATINAMERICA S.A.** hasta el 29 de abril de 2022, cuando **IV1L** adquirió todas las acciones de la compañía mediante un negocio jurídico que celebró con **VIVA INVESTMENTS**, **PANGAEA THREE ACQUISITION HOLDINGS I LTD** y **REXTON**[13].

8.7. VIVA LATINAMERICA S.A. (**actualmente REXTON ENTERPRISES S.A)**

VIVA LATINAMERICA S.A., que actualmente se denomina **REXTON ENTERPRISES S.A.** (en adelante **REXTON**) es una sociedad constituida y existente bajo las leyes de Panamá[14]. Hasta el 28 de abril de 2022 fue propietaria del 100% de las acciones de **VIVA AIR** (**FAST COLOMBIA S.A.S.**)[15] y del 100% de los derechos económicos y políticos de **VIVA PERÚ** (**VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C.**)[16]. Después del 29 de abril de 2022 cambió su denominación social por la de **REXTON**[17]. Esta decisión se tomó después de la transacción de venta de acciones de la fecha en mención, con el fin de evitar confusiones y asociaciones entre **VIVA AIR** y la antigua **VIVA LATINAMERICA**.

8.8. FAST COLOMBIA S.A.S. (VIVA AIR)

VIVA AIR es una sociedad colombiana identificada con el NIT 900.313.349 - 3 y con domicilio principal en el municipio de Rionegro (Antioquia). Fue constituida por medio de documento privado de fecha 16 de septiembre de 2009, inscrito en la Cámara de Comercio de Bogotá el 18 de septiembre de 2009. Posteriormente, tal y como consta en el Acta No. 23 del 12 de noviembre de 2014, inscrita el 13 de noviembre de 2014 en la Cámara de Comercio del Oriente Antioqueño, la sociedad cambió su domicilio social al municipio de Rionegro (Antioquia).

De acuerdo con su certificado de existencia y representación legal, el objeto principal de **VIVA AIR** corresponde a la explotación comercial de los servicios de transporte aéreo en todas sus ramas, incluidos los servicios postales en todas sus modalidades, así como todos los servicios relacionados con las aplicaciones comerciales, técnicas y científicas de la aviación civil, servicios aeronáuticos y aeroportuarios. **VIVA AIR** opera servicios de transporte aéreo comercial de pasajeros a nivel nacional e internacional bajo su marca Viva Air.

---

[10] https://www.valoraanalitik.com/2022/09/20/declan-ryan-nuevo-miembro-de-junta-directiva-avianca/ (Consultado el 17 de noviembre de 2022)
https://www.larepublica.co/empresas/declan-ryan-quien-era-directivo-de-viva-sera-miembro-de-la-junta-directiva-de-avianca-3451836 (Consultado el 17 de noviembre de 2022)
[11] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800004. PDF
[12] Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR No. 1. Folio 235
[13] Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR No. 1. Folio 235
[14] Expediente Digital. Cuaderno Reservado AVIANCA Digital. Carpeta 6. Documento denominado 22271597--0000600003.PDF
[15] Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR 1. Folio 282 DVD. Carpeta FAST_COLOMBIA_SAS. Carpeta DECLARACIONES. Carpeta 03-DEC_MARTHA SUSANA_MANTILLA. Carpeta GRABACION. Documento denominado 221010_1459. Declaración de Susana Mantilla, Vicepresidenta Legal de Viva Air.
[16] Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR 1. Folio 282 DVD. Carpeta FAST_COLOMBIA_SAS. Carpeta DECLARACIONES. Carpeta 03-DEC_MARTHA SUSANA_MANTILLA. Carpeta GRABACION. Documento denominado 221010_1459. Declaración de Susana Mantilla, Vicepresidenta Legal de Viva Air.
[17] Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR 1. Folio 282 DVD. Carpeta FAST_COLOMBIA_SAS. Carpeta DECLARACIONES. Carpeta 03-DEC_MARTHA SUSANA_MANTILLA. Carpeta GRABACION. Documento denominado 221010_1459. Declaración de Susana Mantilla, Vicepresidenta Legal de Viva Air.

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal de **VIVA AIR**, el 29 de abril de 2022 se configuró una situación de control de **CASTLESOUTH LIMITED**, sociedad domiciliada en Reino Unido, sobre **VIVA AIR**. Así mismo, por documento privado de fecha 31 de mayo de 2022, inscrito en la Cámara de Comercio del Oriente Antioqueño el 8 de junio de 2022, se declaró la configuración de un grupo empresarial entre **CASTLESOUTH LIMITED**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** a partir del 29 de abril de 2022.

La información de activos totales e ingresos operacionales de **VIVA** con corte a 31 de diciembre de 2019, 2020 y 2021 se presenta a continuación:

Tabla No.2. Cuentas financieras VIVA AIR. VALOR (COP $)
(31 de diciembre de 2021)

CUENTA	2019	2020	2021
Activos	1.756.563.242.000	1.652.829.650.000	3.012.085.880.000
Ingresos operacionales	765.247.109.000	410.841.381.000	1.021.983.263.000

Fuente: Elaboración **SIC**[18]

8.9. CASTLESOUTH LIMITED

CASTLESOUTH LIMITED (en adelante **CASTLESOUTH**) fue creada el 15 de diciembre de 2021, constituida y existente bajo las leyes del Reino Unido. Quien por documento privado de fecha 31 de mayo de 2022, inscrito en la Cámara de Comercio del Oriente Antioqueño el 8 de junio de 2022, se declaró en situación de control indirecto sobre **VIVA AIR** a partir del 29 de abril de 2022.

8.10. WEST CASTLE LIMITED

WEST CASTLE LIMITED (en adelante **WEST CASTLE**) fue creada el 2 de agosto de 2022, constituida y existente bajo las leyes de Islas Caimán. A partir del 8 de agosto de 2022, a través del "Acuerdo de Derecho de Uso y Disfrute-Usufructo" celebrado entre **IV1L**, **AGIL** y **WEST CASTLE**, controla los derechos políticos sobre **REXTON**[19].

8.11. VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C.

VIVA PERÚ es una sociedad extranjera constituida bajo las leyes de la República del Perú e identificada con RUC No. 20601237211. Tal y como consta en el certificado de vigencia expedido por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos de Perú, el objeto principal de **VIVA PERÚ** consiste en desarrollar todas las actividades relacionadas con la aviación civil, ya sea directamente o a través de acuerdos de código compartido, prestar el servicio de transporte aéreo nacional y/o internacional regular y/o no regular, de pasajeros, carga y transporte postal, así como prestar las actividades de mantenimiento aeronáutico y las de servicios especializados aeroportuarios.

VIVA PERÚ participa en Colombia a través de **VIVA AIRLINES S.A.C. SUCURSAL COLOMBIA**, identificada con el NIT 901161905-9 y domiciliada en el municipio de Rionegro (Antioquia). La sucursal fue constituida el 20 de febrero de 2018 mediante escritura pública No. 472 otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Rionegro (Antioquia) e inscrita el 6 de marzo de 2018 en la Cámara de Comercio del Oriente Antioqueño. Su representante legal es **VIVA AIR**.

La información de activos totales e ingresos operacionales de **VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C. SUCURSAL COLOMBIA** con corte a 31 de diciembre de 2019, 2020 y 2021 se presenta a continuación:

Tabla No. 3. Cuentas financieras VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C. SUCURSAL COLOMBIA
VALOR (COP $)
(31 de diciembre de 2021)

CUENTA	2019	2020	2021
Activos	3.766.367.000	15.842.832.771	8.868.251.075
Ingresos operacionales	2.542.449.000	11.293.024.216	2.959.797.375

Fuente: Elaboración **SIC** con información RUES

[18] Expediente Digital, Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital, Consecutivo 32. Archivos denominados "22271597—0003200004.pdf" y "22271597—0003200005.pdf"
[19] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No. 1. Folio 311. Carpeta Archivos. Documento denominado "P. Botero – Notificación reorganización a FC. [13169872]"

NOVENO: Que la presunta operación de integración podría generar efectos en Colombia. Por lo tanto, en este aparte la Delegatura presentará el mercado relevante que podría haberse visto afectado con la presunta integración empresarial no informada entre **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**. Esto se hará únicamente con el fin de ilustrar las posibles afectaciones que se podrían generar a la libre competencia y a los consumidores de haberse ejecutado una integración empresarial sin obtener previamente la autorización de la autoridad competente.

9.1. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

La definición del mercado relevante para el análisis de una operación de integración empresarial es importante para identificar las actividades en las que, tanto **AVIANCA** como **VIVA AIR** y **VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C. SUCURSAL COLOMBIA** (que es la habilitada para operar en Colombia) coinciden. Así mismo, la identificación de un mercado relevante permite estimar las cuotas de participación de las empresas que componen el mercado, para lo cual se debe contar con una aproximación del tamaño total del mercado. Teniendo en cuenta previos pronunciamientos de esta Superintendencia en materia de operaciones de integración[20], se delimita el mercado relevante de esta integración no informada.

Para ello, el Despacho se apoyará en los lineamientos diseñados por la Red Internacional de Autoridades de la Competencia (ICN, por sus siglas en inglés) en su documento "*ICN Merger Guidelines Workbook*"[21], teniendo en cuenta que el mercado relevante es un marco de referencia para analizar la operación objeto de este acto administrativo. Por tanto, la definición de mercado relevante se lleva a cabo en dos niveles: primero, está la definición del mercado de producto y, luego, la definición del mercado geográfico.

En el caso de la definición de mercado se tiene en cuenta la sustituibilidad de la demanda para identificar los otros productos o servicios hacia donde se pueda desviar la demanda en el caso de un incremento en los precios o reducción de la calidad del servicio por parte del oferente. Por su parte, la sustituibilidad de la oferta mide el grado en que otros actores estarían en condiciones de transformar su producción actual, en corto plazo y con costos razonables, y dirigirla hacia los productos que hacen parte del mercado relevante.

Con respecto a la dimensión del mercado relevante, este es el marco de referencia para evidenciar los efectos sobre la competencia y reconocer el área de influencia que tienen **AVIANCA** y **VIVA AIR** y **VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C. SUCURSAL COLOMBIA** con la operación de integración. El análisis debe limitarse a las zonas en las cuales las empresas ejercen una competencia efectiva, siendo donde se podría ver afectada la operación.

A continuación, la Delegatura procede a definir el mercado relevante afectado por la operación, delimitando primero el mercado producto y a continuación el mercado geográfico.

9.1.1. MERCADO DE PRODUCTO

Inicialmente se identificaron las actividades económicas coincidentes entre **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C. SUCURSAL COLOMBIA,** siendo dichas actividades en donde se anula la competencia entre las partes como resultado de la integración. De igual forma, se deben identificar las actividades económicas que hacen parte de la misma cadena de valor, con el fin de determinar la existencia de posibles restricciones sobre la competencia a lo largo de la cadena.

A continuación, se detallan los mercados en los que participan **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C. SUCURSAL COLOMBIA**:

Tabla No. 4. Servicios comercializados por AVIANCA, VIVA AIR y VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C. SUCURSAL COLOMBIA en Colombia.

[20] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 56989 de 2014
[21] Para lograr una adecuada definición del mercado relevante, esta Superintendencia se apoyará en los lineamientos diseñados por la Red Internacional de la Competencia (ICN, por sus siglas en inglés). Ver ICN Merger Working Group: Investigation an Analysis Subgroup, "ICN Merger Guidelines Workbook" (document preparado para la Quinta Reunión Annual del ICN, Ciudad del Cabo, Sudáfrica, 16 de abril, 2006) Disponible al público en el siguiente enlace: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_MergerGuidelinesWorkbook.pdf Consulta el 10 de noviembre de 2022

Servicio	AVIANCA	VIVA AIR	VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C. SUCURSAL COLOMBIA
Transporte aéreo de pasajeros (Nacional e Internacional)	X	X	X
Transporte aéreo de carga (Nacional e Internacional)	X		

Fuente: Elaboración **SIC**

De lo anterior se establece que la operación realizada por **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C. SUCURSAL COLOMBIA** tiene efectos en el mercado de transporte de pasajeros (nacional e internacional) en donde dichas empresas participan de manera coincidente.

9.1.1.1. DESCRIPCIÓN DEL MERCADO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASAJEROS.

Los servicios aéreos comerciales de transporte público de pasajeros son prestados por empresas de aviación denominadas aerolíneas[22], las cuales, a cambio de una remuneración, trasladan pasajeros de un aeropuerto a otro[23]. El transporte aéreo de pasajeros regular es una actividad comercial ofrecida por dichas aerolíneas debidamente autorizadas por la **AEROCIVIL** para el transporte mediante navegación aérea de personas y sus equipajes, con sujeción a tarifas, itinerarios, condiciones de servicio y horarios fijos que se anuncian al público[24].

El mercado de transporte regular contempla los vuelos comerciales, los cuales pueden ser domésticos o internacionales. Los vuelos domésticos transportan pasajeros que se desplazan en puntos ubicados exclusivamente en el territorio nacional. Los vuelos internacionales transportan pasajeros hacia puntos ubicados fuera del ámbito nacional[25]. Los servicios de transporte aéreo nacional o internacional se prestan a través de la programación de rutas aéreas determinadas, entendiéndose estas rutas como el derecho de las aerolíneas de transportar pasajeros de un aeropuerto a otro o sobre una serie sucesiva de aeropuertos[26].

El servicio de transporte aéreo de pasajeros se presta a través de un contrato de transporte aéreo entre la aerolínea y el pasajero. El servicio puede ser pactado individual o colectivamente. Además, el contrato puede pactarse directamente entre las partes o con la intervención de otros agentes o intermediarios[27]. Por medio de este contrato la aerolínea le expide al pasajero un tiquete o boleto de manera física o electrónica[28].

Sobre este mercado se encuentra que autoridades internacionales definen para el transporte aéreo de pasajeros los mercados relevantes por rutas como un punto de origen y un punto de destino (O&D). De acuerdo con la **ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS** (en adelante **OCDE**) un mercado relevante tiene siempre un producto y una dimensión geográfica. En los sectores del transporte, la propia dimensión del producto ya incluye un aspecto geográfico como cualquier servicio de transporte, debido a que se requiere el traslado de personas o bienes de un lugar a otro. La delimitación de los mercados pertinentes en el sector de las líneas aéreas suele comenzar con la identificación del punto de origen (O) y el punto de destino (D), el llamado enfoque O&D.

La metodología O&D refleja la perspectiva del lado de la demanda en la que los pasajeros consideran todos los medios alternativos de viajar de un punto de origen dado (O) a un punto de destino dado (D). Bajo el enfoque O&D, los mercados de transporte aéreo relevantes normalmente se definirían como pares de ciudades o pares de aeropuertos (si hay más de un aeropuerto en

[22] De acuerdo con el artículo 1.2.1 Definiciones del RAC No.1 las aerolíneas se definen como "*empresas de servicios aéreos comerciales de transporte público con un permiso de operación vigente o una autorización equivalente de la autoridad nacional pertinente*".
[23] De acuerdo con el artículo 1.2.1 Definiciones de RAC No.1 los aeródromos se definen como un *"Área definida en tierra o agua destinada total o parcialmente a la llegada, salida y movimiento en superficie de aeronaves"*. Adicionalmente, se define aeropuerto como "*todo aeródromo especialmente equipado y usado regularmente para pasajeros y/o carga (…)"*.
[24] RAC No. 5., numeral 5.200. Pág., 38.
[25] RAC No. 5., numeral 5.105. Pág., 12.
[26] RAC No. 5., numeral 5.200. Pág., 38.
[27] RAC No. 5., numeral 5.200. Pág., 38.
[28] Código de Comercio, Artículo 1877. El billete o boleto de pasaje, si se expide, deberá contener: 1) Lugar y fecha de emisión; 2) Nombre o indicación del transportador o transportadores; 3) Lugares de partida y destino, y escalas previstas, y 4) Precio del transporte. El pasajero podrá exigir que se inserte su nombre en el billete o boleto.

cualquier extremo de un par de ciudades determinado)[29]. De la misma forma, la **AEROCIVIL** define el mercado relevante por rutas con un punto de origen y un punto de destino (O&D). Dicha metodología de definición de mercado obedece a hábitos de consumo de los compradores[30].

Ante la anterior explicación, y entendiendo que cada ruta corresponde a un mercado en sí mismo, la Delegatura procede a definir las rutas nacionales coincidentes entre **AVIANCA** y **VIVA AIR**, es decir, las rutas mercado en las que, en lo corrido de 2022, de manera independiente han competido dichas aerolíneas. De igual forma, se presentan el total de rutas que concentra la operación de integración, es decir, corresponden a las rutas con y sin participación coincidente entre **AVIANCA** y **VIVA AIR**. Las rutas que se presentan a continuación fueron identificadas según la información reportada ante la **AEROCIVIL** para el periodo comprendido entre enero y septiembre de 2022.

Tabla No. 5. Rutas nacionales integración AVIANCA y VIVA AIR con y sin participación coincidente (enero-septiembre 2022).

Rutas Totales integración (con y sin participación coincidente)	
CALI - MONTERIA (CLOMTR)	BUCARAMANGA - MEDELLÍN (BGAMDE)
SAN ANDRES - CARTAGENA (ADZCTG)	BOGOTA - FLORENCIA (BOGFLA)
SAN ANDRES - BARRANQUILLA (ADZBAQ)	CALI - MEDELLÍN (CLOMDE)
CARTAGENA - CUCUTA (CTGCUC)	BOGOTA - SANTA MARTA (BOGSMR)
SAN ANDRES - ARMENIA (ADZAXM)	BOGOTA - CARTAGENA (BOGCTG)
SAN ANDRES - BUCARAMANGA (ADZBGA)	BOGOTA - NEIVA (BOGNVA)
SAN ANDRES - PEREIRA (ADZPEI)	BARRANQUILLA - PEREIRA (BAQPEI)
ARMENIA - CARTAGENA (AXMCTG)	BOGOTA - MEDELLÍN (BOGMDE)
CARTAGENA - NEIVA (CTGNVA)	MEDELLÍN - RIOHACHA (MDERCH)
CARTAGENA - PASTO (CTGPSO)	BOGOTA - CALI (BOGCLO)
CARTAGENA - VILLAVICENCIO (CTGVVC)	CALI - PASTO (CLOPSO)
MEDELLÍN - PASTO (MDEPSO)	BOGOTA - MONTERIA (BOGMTR)
MEDELLÍN - VALLEDUPAR (MDEVUP)	BUCARAMANGA - CARTAGENA (BGACTG)
MEDELLÍN - VILLAVICENCIO (MDEVVC)	ARMENIA - CALI (AXMCLO)
SAN ANDRES - CALI (ADZCLO)	BOGOTA - POPAYAN (BOGPPN)
MEDELLÍN - PEREIRA (MDEPEI)	BOGOTA - CUCUTA (BOGCUC)
BUCARAMANGA - CUCUTA (BGACUC)	BARRANQUILLA - CALI (BAQCLO)
ARMENIA - MEDELLÍN (AXMMDE)	BOGOTA - RIOHACHA (BOGRCH)
CUCUTA - MEDELLÍN (CUCMDE)	BUCARAMANGA - BOGOTA (BGABOG)
SAN ANDRES - MEDELLÍN (ADZMDE)	BARRANQUILLA - BOGOTA (BAQBOG)
BARRANQUILLA - CARTAGENA (BAQCTG)	BOGOTA - PEREIRA (BOGPEI)
BOGOTA - MANIZALES (BOGMZL)	BOGOTA - VALLEDUPAR (BOGVUP)
CALI - CUCUTA (CLOCUC)	ARMENIA - BOGOTA (AXMBOG)
MEDELLÍN - MONTERIA (MDEMTR)	BOGOTA - PASTO (BOGPSO)
MEDELLÍN - SANTA MARTA (MDESMR)	BOGOTA - BARRANCABERMEJA (BOGEJA)
CARTAGENA - MEDELLÍN (CTGMDE)	BUCARAMANGA - SANTA MARTA (BGASMR)
BOGOTA - EL YOPAL (BOGEYP)	BUCARAMANGA - CALI (BGACLO)
BARRANQUILLA - SANTA MARTA (BAQSMR)	BOGOTA - VILLAVICENCIO (BOGVVC)
CALI - CARTAGENA (CLOCTG)	BOGOTA - COROZAL (BOGCZU)
CALI - SANTA MARTA (CLOSMR)	BOGOTA - IBAGUE (BOGIBE)
CARTAGENA - PEREIRA (CTGPEI)	IBAGUE - MEDELLÍN (IBEMDE)
SAN ANDRES - BOGOTA (ADZBOG)	LETICIA - CALI (LETCLO)
BOGOTA - LETICIA (BOGLET)	MEDELLÍN - NEIVA (MDENVA)
LETICIA - MEDELLÍN (LETMDE)	SANTA MARTA - CUCUTA (SMRCUC)
PEREIRA - SANTA MARTA (PEISMR)	SANTA MARTA - BARRANCABERMEJA (SMREJA)
BARRANQUILLA - MEDELLÍN (BAQMDE)	VILLAVICENCIO - ARMENIA (VVCAXM)

Fuente: Elaboración **SIC** con información **AEROCIVIL**[31]

[29] OECD (2014). AIRLINE COMPETITION (pág. 23). Tomado de: https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)14&docLanguage=En. Consultado el 11 de noviembre de 2022

[30] AEROCIVIL. Resolución No. 2473 de 2022

[31] **AEROCIVIL**. Base de datos tráfico Equipo (enero - septiembre 2022) para vuelos nacionales regulares a partir de la cantidad de pasajeros transportados en cada una de las rutas (viajes ida y vuelta).

De las rutas presentadas se encuentra que las siguientes corresponden a las rutas coincidentes, las cuales, en lo corrido de 2022, de manera independiente han competido.

Tabla No. 6. Rutas nacionales coincidentes AVIANCA y VIVA AIR (enero-septiembre 2022).

Rutas con participación coincidentes
ARMENIA - MEDELLÍN (AXMMDE)
CUCUTA - MEDELLÍN (CUCMDE)
SAN ANDRES - MEDELLÍN (ADZMDE)
CALI - CUCUTA (CLOCUC)
MEDELLÍN - MONTERIA (MDEMTR)
MEDELLÍN - SANTA MARTA (MDESMR)
CARTAGENA - MEDELLÍN (CTGMDE)
CALI - CARTAGENA (CLOCTG)
CALI - SANTA MARTA (CLOSMR)
CARTAGENA - PEREIRA (CTGPEI)
SAN ANDRES - BOGOTA (ADZBOG)
BOGOTA - LETICIA (BOGLET)
PEREIRA - SANTA MARTA (PEISMR)
BARRANQUILLA - MEDELLÍN (BAQMDE)
BUCARAMANGA - MEDELLÍN (BGAMDE)
CALI - MEDELLÍN (CLOMDE)
BOGOTA - SANTA MARTA (BOGSMR)
BOGOTA - CARTAGENA (BOGCTG)
BARRANQUILLA - PEREIRA (BAQPEI)
BOGOTA - MEDELLÍN (BOGMDE)
MEDELLÍN - RIOHACHA (MDERCH)
BOGOTA - CALI (BOGCLO)
BOGOTA - MONTERIA (BOGMTR)
BUCARAMANGA - CARTAGENA (BGACTG)
BOGOTA - CUCUTA (BOGCUC)
BARRANQUILLA - CALI (BAQCLO)
BOGOTA - RIOHACHA (BOGRCH)
BUCARAMANGA - BOGOTA (BGABOG)
BARRANQUILLA - BOGOTA (BAQBOG)
BOGOTA - PEREIRA (BOGPEI)
BUCARAMANGA - SANTA MARTA (BGASMR)

Fuente: Elaboración **SIC** con información **AEROCIVIL**[32]

Por su parte, a nivel de pasajeros internacionales se analizaron las rutas coincidentes entre **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C. SUCURSAL COLOMBIA** que corresponden a un mercado en sí mismo, es decir, las rutas mercado internacionales en las que, en lo corrido de 2022, de manera independiente han competido dichas aerolíneas. Según la información reportada ante la **AEROCIVIL** para el periodo comprendido entre enero y septiembre de 2022, se tienen los siguientes resultados:

Tabla No. 7. Rutas internacionales coincidentes objeto integración AVIANCA, VIVA AIR y VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C. SUCURSAL COLOMBIA (enero-septiembre 2022).

Rutas con participación coincidentes
BOGOTÁ - BUENOS AIRES (BOGEZE)
BOGOTÁ - BUENOS AIRES (BOGBUE)
CANCÚN - MEDELLÍN (CUNMDE)
MEDELLÍN - PUNTA CANA (MDEPUJ)
BOGOTÁ - LIMA (BOGLIM)
MEDELLÍN - MÉXICO (MDEMEX)
SÃO PAULO - MEDELLÍN (GRUMDE)
BOGOTÁ - MÉXICO (BOGMEX)

[32] **AEROCIVIL**. Base de datos tráfico Equipo (enero - septiembre 2022) para vuelos nacionales regulares a partir de la cantidad de pasajeros transportados en cada una de las rutas (viajes ida y vuelta).

MEDELLÍN - MIAMI (MDEMIA)
ORLANDO - MEDELLÍN (MCOMDE)

Fuente: Elaboración **SIC** con información **AEROCIVIL**[33]

9.1.1.1.1. SUSTITUIBILIDAD DE LA DEMANDA.

La sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda se puede analizar teniendo en consideración las características y usos del servicio y otros servicios disponibles para los consumidores. Siendo el mercado relevante de producto el transporte de personas, se evalúa la sustituibilidad por otros medios de transporte, así como la distinción de mercados por grupos de clientes. La sustituibilidad entre vuelos directos y otros medios de transporte depende de la duración del viaje, número de frecuencias, características del servicio y precio. Por ejemplo, la duración de viaje aproximada de cualquier vuelo nacional puede corresponder a 50 minutos, mientras que por medios de transporte terrestre dichos trayectos superan la duración de los vuelos nacionales. Si bien de manera reiterada, en la mayoría de los casos, los pasajeros del servicio de transporte aéreo pueden considerar algunas alternativas entre una ciudad de origen y una ciudad de destino, generalmente no consideran volar desde ciudades de origen o hasta ciudades de destino diferentes como servicios sustitutos[34].

Por tanto, la característica principal del transporte aéreo, tanto nacional como internacional, corresponde a la rapidez y conveniencia de dicho servicio, lo que impide su sustitución por otro medio de transporte, puesto que requeriría igualar las condiciones que ofrece el transporte aéreo nacional e internacional.

9.1.1.1.2. SUSTITUIBILIDAD DE LA OFERTA.

Sobre la oferta de estos servicios comerciales es importante resaltar que para ingresar a la prestación del servicio de transporte aéreo se deben realizar grandes inversiones de capital de aeronaves y equipos, sin mencionar los altos costos de operación que caracterizan a dicha industria[35]. Así mismo, es importante resaltar que este sector cuenta con una regulación importante para la operación por parte de las aerolíneas. Específicamente, la Oficina de Transporte Aéreo de la **AEROCIVIL**[36] cuenta con la facultad de autorizar la entrada de nuevas aerolíneas, autorizar rutas aéreas, frecuencias, itinerarios, tarifas, cobertura y condiciones de los seguros en el ejercicio de la prestación de servicios aéreos comerciales.

Por otra parte, existe una limitación en la prestación de servicios aéreos. Una parte esencial dentro del sistema de infraestructura aeronáutica está representada por los aeropuertos, pues estos proveen toda la infraestructura necesaria para el aterrizaje y despegue de las aeronaves y, además, la transferencia de los pasajeros hasta los distintos modos aéreos de transporte. Los aeropuertos son una infraestructura fundamental para la competitividad y desarrollo del mercado, pues las condiciones físicas y tecnológicas de la infraestructura pueden limitar la operación aérea. En particular, es necesario que todas las aerolíneas y demás operadores de aeronaves dispongan de un *Slot*[37] asignado para poder aterrizar o despegar.

En conclusión, existen fuertes limitaciones en la sustitución de la oferta de los servicios que analiza este acto administrativo por cuanto el sector cuenta con una normativa específica que determina su funcionamiento, se requieren elevados montos de inversión y, a su vez, se encuentran limitaciones de infraestructura para la prestación de dichos servicios.

9.1.2. MERCADO GEOGRÁFICO.

Para la determinación del mercado geográfico es necesario identificar las zonas geográficas donde a nivel nacional e internacional **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C. SUCURSAL COLOMBIA** tengan participación en el mercado producto analizado y donde las condiciones de competencia sean similares. Para este caso, se encuentra que el transporte de pasajeros domésticos regulares es de alcance nacional, dada la posibilidad de acceder a las diferentes rutas

[33] **AEROCIVIL**. Base de datos tráfico Equipo (enero - septiembre 2022) para vuelos internacionales regulares a partir de la cantidad de pasajeros transportados en cada una de las rutas (viajes ida y vuelta).
[34] Aerocivil. Resolución No. 1101 del 24 de abril de 2017.
[35] OECD, DAF/COMP(2014)14, OECD Background Paper on Airline Competition.
[36] Decreto 260 de 2004.
[37] Artículo 1.2.1. Definiciones. Reglamento Aeronáutico de Colombia No. 1. *Slot*: permiso otorgado por un coordinador para una operación prevista, que permite utilizar toda la infraestructura aeroportuaria necesaria para aterrizar o despegar en un aeropuerto de Nivel 3 en una fecha y hora específica.

disponibles de transporte para el desplazamiento nacional. Los servicios ofrecidos pueden ser prestados en todo el territorio nacional, sin que exista alguna subdivisión del mercado geográfico en diferentes regiones al interior del país.

En cuanto al transporte de pasajeros regulares internacional, este se encuentra limitado por las rutas internacionales en las cuales coincide **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C. SUCURSAL COLOMBIA** desde los puntos de origen nacionales a los diferentes puntos identificados fuera del país, dichas rutas se encuentran en la Tabla No 7. Rutas internacionales coincidentes objeto integración **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C. SUCURSAL COLOMBIA.**

Así, para efectos del análisis de la operación realizada, el mercado geográfico abarca todo el territorio nacional para el transporte de pasajeros domésticos regulares y en cuanto al transporte de pasajeros regulares internacionales se limita a las rutas coincidentes por **LAS INVESTIGADAS**.

9.2. CONCLUSIÓN MERCADO RELEVANTE.

Las rutas mencionadas, tanto nacionales como internacionales, cumplen características y usos específicos, lo que hace que cada una sea un mercado en sí mismo. Por lo tanto, esta Superintendencia concentra su análisis en (i) el transporte aéreo de pasajeros regulares nacionales y (ii) el transporte aéreo de pasajeros regulares internacionales, los cuales se encuentran sujetos a tarifas y horarios fijos que se anuncian al público.

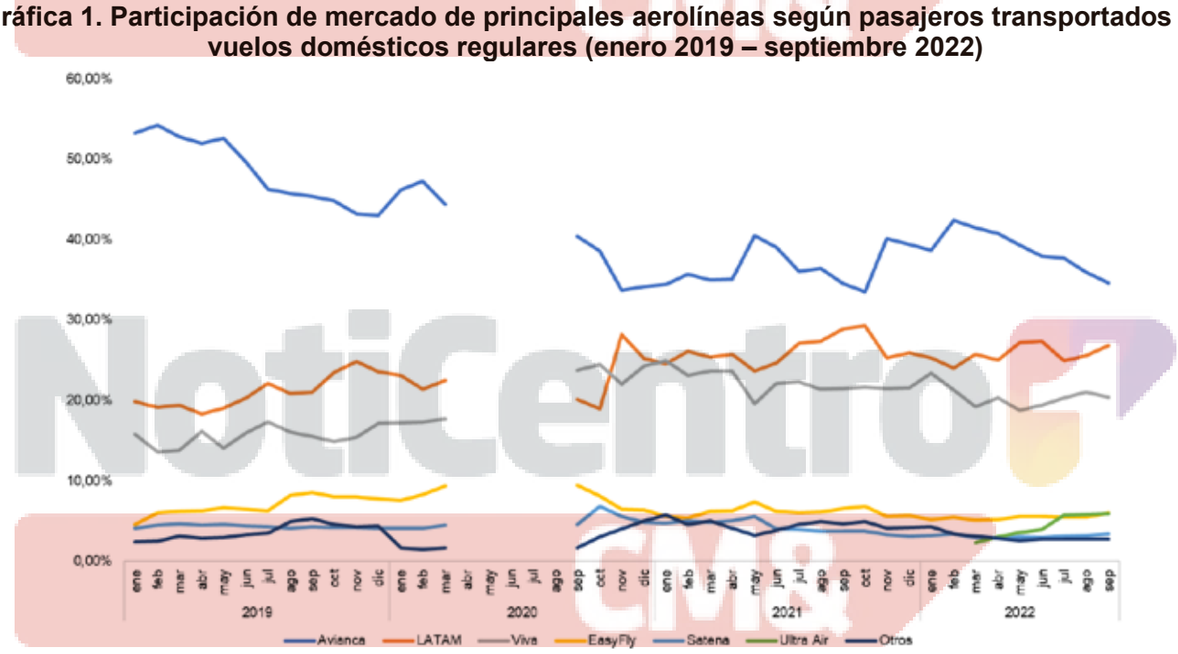
9.3. ANÁLISIS DEL MERCADO RELEVANTE.

Una vez definido el mercado relevante, esta Superintendencia procederá a identificar los principales competidores y sus respectivas cuotas de participación con el fin de tener una aproximación a las condiciones de competencia del transporte aéreo regular de pasajeros domésticos e internacionales.

9.3.1. ESTRUCTURA DE MERCADO.

La siguiente gráfica presenta la participación de mercado de las principales aerolíneas. El criterio empleado corresponde al de pasajeros transportados en vuelos domésticos regulares desde enero de 2019 hasta septiembre de 2022.

Gráfica 1. Participación de mercado de principales aerolíneas según pasajeros transportados en vuelos domésticos regulares (enero 2019 – septiembre 2022)



Fuente: Elaboración **SIC** con información **AEROCIVIL**[38]

La anterior gráfica evidencia que **AVIANCA** ha sido, a lo largo del tiempo, la empresa con mayor participación en el mercado de transporte de pasajeros regulares domésticos. De manera independiente, entre enero y septiembre de 2022, **AVIANCA** abarcó alrededor del 39% del total de

[38] Corresponde a la información que muestra el movimiento de pasajeros y/o carga, desde su punto de origen hasta el punto final del viaje, de acuerdo con el contrato de transporte aéreo y la red de rutas del operador. No contabiliza las paradas intermedias. Tomado de: https://www.aerocivil.gov.co/atencion/estadisticas-de-las-actividades-aeronauticas/bases-de-datos. Información consultada 3 de noviembre de 2022.

pasajeros transportados, mientras que **VIVA AIR** cerca del 21%. Por lo tanto, en conjunto dichas aerolíneas abarcan cerca del 60% del mercado de transporte de pasajeros regulares domésticos.

9.3.2. RUTAS DE TRANSPORTE DE PASAJEROS REGULARES NACIONALES.

Teniendo en cuenta que cada ruta corresponde a un mercado en sí mismo, con la operación analizada **AVIANCA** y **VIVA AIR** en conjunto podrían haber contado con 72 rutas nacionales (ida y vuelta) para el periodo comprendido entre enero y septiembre de 2022. La siguiente tabla presenta las participaciones que **AVIANCA** y **VIVA AIR** ostentan, tanto de manera independiente como de manera conjunta, en las rutas que operarían.

Tabla No. 8. Participación en rutas domésticas resultado de la operación de integración entre AVIANCA y VIVA AIR con y sin participación coincidente (enero – septiembre 2022)

Origen Destino	AVIANCA HOLDING	VIVA AIR	Participación conjunta
ADZAXM	0,00%	100,00%	100,00%
ADZBGA	0,00%	100,00%	100,00%
ADZPEI	0,00%	100,00%	100,00%
AXMCTG	0,00%	100,00%	100,00%
CTGNVA	0,00%	100,00%	100,00%
CTGPSO	0,00%	100,00%	100,00%
CTGVVC	0,00%	100,00%	100,00%
MDEPSO	0,00%	100,00%	100,00%
MDEVUP	0,00%	100,00%	100,00%
MDEVVC	0,00%	100,00%	100,00%
BAQPEI	46,43%	53,57%	100,00%
MDERCH	49,63%	50,37%	100,00%
BOGRCH	63,81%	36,19%	100,00%
BGASMR	85,34%	14,66%	100,00%
BOGCZU	100,00%	0,00%	100,00%
BOGIBE	100,00%	0,00%	100,00%
IBEMDE	100,00%	0,00%	100,00%
LETCLO	100,00%	0,00%	100,00%
MDENVA	100,00%	0,00%	100,00%
SMRCUC	100,00%	0,00%	100,00%
SMREJA	100,00%	0,00%	100,00%
VVCAXM	100,00%	0,00%	100,00%
BOGVVC	99,82%	0,00%	99,82%
AXMMDE	0,56%	97,90%	98,45%
CTGCUC	0,00%	97,30%	97,30%
BGACTG	57,39%	37,78%	95,17%
BGACLO	90,85%	0,00%	90,85%
PEISMR	34,97%	51,46%	86,43%
CLOCUC	15,71%	69,67%	85,38%
BOGEJA	81,25%	0,00%	81,25%
BOGPEI	69,09%	11,86%	80,95%
CTGPEI	31,55%	49,11%	80,66%
BOGPSO	80,31%	0,00%	80,31%
AXMBOG	80,02%	0,00%	80,02%
BOGVUP	79,02%	0,00%	79,02%
BOGCUC	63,01%	13,81%	76,82%
CLOSMR	31,27%	42,16%	73,43%
BAQBOG	66,17%	6,99%	73,16%
BGABOG	64,79%	7,99%	72,78%
MDEMTR	23,14%	45,30%	68,44%
ADZMDE	4,22%	63,78%	68,00%
BGAMDE	39,16%	28,77%	67,92%
BOGMTR	56,55%	11,34%	67,89%
MDESMR	24,35%	43,22%	67,57%

CTGMDE	24,86%	41,54%	66,40%
BAQCLO	63,36%	2,47%	65,83%
BOGSMR	42,62%	22,13%	64,75%
BOGCTG	44,10%	19,90%	64,00%
BOGMDE	47,18%	16,58%	63,76%
CUCMDE	2,05%	60,52%	62,57%
ADZBOG	33,26%	27,87%	61,13%
CLOMDE	41,13%	19,67%	60,79%
BOGCLO	54,15%	5,35%	59,51%
CLOCTG	29,73%	29,21%	58,94%
BOGPPN	58,02%	0,00%	58,02%
AXMCLO	57,68%	0,00%	57,68%
BOGLET	33,63%	23,77%	57,39%
BAQMDE	36,44%	20,15%	56,59%
CLOPSO	54,60%	0,00%	54,60%
ADZCLO	0,04%	48,49%	48,53%
MDEPEI	0,06%	47,64%	47,70%
BOGNVA	45,52%	0,00%	45,52%
ADZBAQ	0,00%	42,25%	42,25%
BOGFLA	39,54%	0,00%	39,54%
LETMDE	34,29%	0,00%	34,29%
BAQSMR	28,52%	0,00%	28,52%
BOGEYP	25,71%	0,00%	25,71%
ADZCTG	0,00%	23,12%	23,12%
CLOMTR	0,00%	22,55%	22,55%
BOGMZL	11,57%	0,00%	11,57%
BAQCTG	7,69%	0,00%	7,69%
BGACUC	0,46%	0,00%	0,46%

Fuente: Elaboración **SIC** con información **AEROCIVIL**[39]

De la anterior tabla se derivan dos grupos importantes: las rutas en las cuales **LAS INVESTIGADAS** operan de manera integrada (con y sin participación coincidente); y por otro lado se encuentran las rutas en las cuales **LAS INVESTIGADAS** tienen una participación coincidente. Sobre el primer grupo se encontraron las siguientes conclusiones respecto de las rutas domésticas:

• 69 rutas operadas por **LAS INVESTIGADAS**, de manera integrada, cuentan con más del 20% de la participación de mercado según cantidad de pasajeros transportados.

• 22 de las rutas operadas por **LAS INVESTIGADAS**, de manera integrada, abarcan el 100% del mercado.

• 5 de las rutas operadas por **LAS INVESTIGADAS**, de manera integrada, abarcan entre el 90% y menos del 100% del mercado.

• 7 de las rutas operadas por **LAS INVESTIGADAS**, de manera integrada, abarcan entre el 80% y menos del 90% del mercado.

• 5 de las rutas operadas por **LAS INVESTIGADAS**, de manera integrada, abarcan entre el 70% y menos del 80% del mercado.

• 13 de las rutas operadas por **LAS INVESTIGADAS**, de manera integrada, abarcan entre el 60% y menos del 70% del mercado.

• 7 de las rutas operadas por **LAS INVESTIGADAS**, de manera integrada, abarcan entre el 50% y menos del 60% del mercado.

[39] **AEROCIVIL**. Base de datos tráfico Equipo (enero - septiembre 2022) para vuelos nacionales regulares a partir de la cantidad de pasajeros transportados en cada una de las rutas (viajes ida y vuelta). La información de **AVIANCA** corresponde a la suma de pasajeros de **AVIANCA** y **AVIANCA EXPRESS**

• 4 de las rutas operadas por **LAS INVESTIGADAS**, de manera integrada, abarcan entre el 40% y menos del 50% del mercado.

Ahora, respecto al segundo grupo, las rutas en las cuales **LAS INVESTIGADAS** tienen una participación coincidente, se encuentra que entre enero y septiembre de 2022, 4 rutas completan el 100% del mercado de pasajeros transportados en las rutas Barranquilla – Pereira; Medellín – Riohacha; Bogotá – Riohacha; Bucaramanga – Santa Marta. De hecho, en todas las rutas coincidentes **LAS INVESTIGADAS** exhiben más del 56% de participación de mercado.

9.3.3. RUTAS DE TRANSPORTE DE PASAJEROS REGULARES INTERNACIONALES

De la misma manera se analizaron las rutas internacionales en las que **AVIANCA, VIVA AIR** y **VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C. SUCURSAL COLOMBIA** coinciden. En este mercado es importante aclarar que **LAS INVESTIGADAS** compiten con compañías extranjeras. La siguiente tabla presenta las participaciones con las que cuentan **LAS INVESTIGADAS**, tanto de manera independiente como de manera conjunta, en las rutas que operarían con destino internacional ante la presunta integración.

Tabla No. 9. Participación en rutas domésticas operadas de manera conjunta por AVIANCA y VIVA AIR según número de pasajeros transportados (enero – septiembre 2022)

Origen Destino	AVIANCA	FAST COLOMBIA SAS	VIVA AIR PERU	VIVA + VIVA PERÚ	Participación conjunta
BOGMEX	40,2%	10,2%	0,0%	10,2%	50,4%
BOGLIM	31,6%	3,5%	26,1%	29,6%	61,2%
CUNMDE	36,8%	43,8%	0,0%	43,8%	80,6%
MDEMIA	12,4%	16,5%	0,0%	16,5%	28,9%
BOGBUE	79,4%	1,5%	0,0%	1,5%	80,9%
MDEPUJ	39,9%	29,5%	0,0%	29,5%	69,3%
MDEMEX	9,5%	44,3%	0,0%	44,3%	53,8%
BOGEZE	83,2%	16,0%	0,0%	16,0%	99,2%
MCOMDE	16,7%	8,9%	0,0%	8,9%	25,6%
GRUMDE	1,2%	51,3%	0,0%	51,3%	52,5%

Fuente: Elaboración **SIC** con información **AEROCIVIL**[40]

De la anterior tabla se identifican un total de 10 rutas que operarían de manera conjunta bajo la presunta operación de integración. Se evidencia que en rutas (ida y vuelta) como Bogotá – Buenos Aires llegarían a concentrar cerca del 90% del mercado. Por otra parte, se encuentran las rutas Bogotá/Medellín – México, en las cuales alcanzan en promedio un 52% del mercado. También se encuentran rutas como Medellín – Miami y Orlando – Medellín en las que alcanzan 28,9% y 25,6%, respectivamente, siendo estas las rutas con menor participación alcanzada ante la operación. Por lo tanto, se evidencia que en la mayoría de las rutas identificadas se consolida una participación de mercado superior al 50% en lo corrido del año 2022.

9.4. ACCESO A *SLOTS* – INFRAESTRUCTURA AEROPORTUARIA

El acceso a aeropuertos origen y destino de un trayecto que seguiría una aeronave es esencial para poder prestar el servicio de transporte aéreo de pasajeros o carga y en algunos casos este acceso es limitado por el exceso de demanda que tiene la infraestructura del aeropuerto. Los aeropuertos están clasificados en 3 niveles de acuerdo con la demanda de su infraestructura. Un aeropuerto nivel 3[41] es aquel en el que es necesario que todas las aerolíneas y demás operadores de aeronaves dispongan de un *Slot*[42] asignado para poder aterrizar o despegar. Por lo anterior, como es un requisito poseer un *slot* para poder hacer uso de la infraestructura de un aeropuerto nivel 3, la asignación de *slots* en ese tipo de aeropuertos configura una barrera a la entrada para los competidores en la industria aérea. En efecto, la congestión aeroportuaria hoy es la mayor barrera estructural a la entrada que tiene a nivel mundial la industria aérea[43].

---

[40] **AEROCIVIL**. Base de datos tráfico Equipo (enero - septiembre 2022) para vuelos internacionales regulares a partir de la cantidad de pasajeros transportados en cada una de las rutas (viajes ida y vuelta). La información de AVIANCA corresponde a la suma de pasajeros de AVIANCA y AVIANCA EXPRESS
[41] Reglamento Aeronáutico de Colombia No. 1, Artículo 1.2.1. Definiciones.
[42] Reglamento Aeronáutico de Colombia No. 1, Artículo 1.2.1. Definiciones. *Slot*: permiso otorgado por un coordinador para una operación prevista, que permite utilizar toda la infraestructura aeroportuaria necesaria para aterrizar o despegar en un aeropuerto de Nivel 3 en una fecha y hora específica.
[43] OECD, DAF/COMP(2014)14, OECD Background Paper on Airline Competition.

En Colombia la asignación de los *slots*, en cabeza de la **AEROCIVIL**, se lleva a cabo de acuerdo con criterios de prioridad a *slots* históricos, siempre que cumplan con un porcentaje mínimo de utilización de los mismos y, adicionalmente, no se podrán retirar *slots* a una aerolínea para dar cabida a nuevos entrantes al mercado[44]. Esto último crea una situación denominada *úselo o piérdalo*, que genera el incentivo directo a que las aerolíneas utilicen *slots* con baja ocupación de sus aviones o utilizar aviones más pequeños. Es decir, se genera el incentivo a operar ineficientemente a cambio de impedir legalmente la entrada de competidores al mercado. A nivel internacional este fenómeno es usual y se ha sugerido la creación de un mercado de *slots* para que el criterio de asignación venga del mercado y no de un registro histórico[45].

Sobre el estado actual de los slots asignados en Colombia es importante mencionar que el Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá es un aeropuerto nivel 3, por lo que su operación está gestionada a través de la asignación de *slots.* El estado actual de este aeropuerto cuenta con 66 operaciones por hora, de las que el 80% de las operaciones son regulares, es decir, este aeropuerto cuenta con 53 operaciones regulares por hora.

De acuerdo con la Resolución 02473 del 4 de noviembre de 2022 de la **AEROCIVIL**, la participación de *slots* de **AVIANCA** en el Aeropuerto Internacional El Dorado es en promedio de 44% y con la operación de integración con **VIVA AIR** llegaría al 69% de ocupación de los *slots* en este aeropuerto, lo cual llevaría a un escenario de alta concentración en la tenencia de *slots* a favor de **AVIANCA**.

9.5. CONCLUSIONES

Se identifica que la presunta integración por parte de **LAS INVESTIGADAS** genera elevadas concentraciones tanto a nivel general del mercado de transporte de pasajeros regulares en rutas domésticas, como en los mercados de cada ruta en sí mismos en donde participarían de manera conjunta. De las rutas (ida y vuelta) en las cuales competían previo a la integración, **AVIANCA** y **VIVA AIR** ostentan más del 56% de participación de mercado; y en el total de rutas que operarían conjuntamente 63 rutas (ida y vuelta) abarcarían más del 40% del mercado. Por su parte, en la mayoría de las rutas internacionales (ida y vuelta) identificadas se consolida una participación del mercado superior al 50%.

Respecto a las limitaciones de operación por infraestructura, en especial en Bogotá con el Aeropuerto Internacional El Dorado, se vería afectada la actividad por cuenta de la operación de integración de **AVIANCA** con **VIVA AIR,** la cual llegaría al 69% de ocupación de los *slots* en este aeropuerto, lo que podría llevar a limitar el uso de la infraestructura de otros operadores y/o aerolíneas, evidenciando así un riesgo competitivo por cuenta de la operación de integración.

DÉCIMO: A continuación la Delegatura pasa a describir el sustento jurídico sobre el cual basará su imputación jurídica.

10.1. RÉGIMEN DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES

En este caso es fundamental precisar el concepto de integración empresarial y los elementos de configuración de la práctica restrictiva de la competencia, consistente en materializar una operación de esa naturaleza sin la necesaria autorización de la autoridad competente. Esos son aspectos fundamentales para valorar lo que, de conformidad con el material probatorio recaudado hasta ahora, habría ocurrido en este caso.

10.1.1. Una integración es cualquier mecanismo utilizado para adquirir el control de una o varias empresas o para adquirir el control de una empresa en otra ya existente o para crear una nueva empresa con el objeto de desarrollar actividades conjuntamente. El término integración implica, sin importar la forma jurídica de la operación, la combinación de una o más actividades en las cuales cesa la competencia entre las empresas que llevan a cabo la integración, posterior al perfeccionamiento de la misma[46].

En este caso es importante precisar dos aspectos sobre el concepto de integración empresarial. El primero es que el factor determinante para la configuración de una integración empresarial es que un

[44] Reglamento Aeronáutico de Colombia No. 2,.Artículo 6.1. Principios claves de la asignación de Slots.
[45] OECD, DAF/COMP(2014)14, OECD Background Paper on Airline Competition.
[46] Superintendencia de Industria y Comercio, Integraciones Empresariales https://www.sic.gov.co/las-integraciones-empresariales#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20exactamente%20es%20una%20integraci%C3%B3n,objeto%20de%20desarrollar%20actividades%20conjuntamente.

agente del mercado adquiera una influencia material sobre el desempeño competitivo de otro que, antes de la materialización de la operación, era su competidor. El segundo es que la forma jurídica mediante la cual se materialice la operación no es relevante para efectos de determinar si se constituye una integración empresarial.

10.1.1.1. Una integración empresarial se configura si un agente del mercado adquiere el control competitivo sobre otro que, antes de la operación, era su competidor. Por lo tanto, es importante tener en cuenta que el numeral 4 del artículo 45 del Decreto Ley 2153 de 1992 define el concepto de control de la siguiente forma:

> "***Artículo 45. Definiciones.*** *Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:*
>
> *(...)*
>
> ***4. Control:*** *La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa*".

Según lo afirmado por esta Superintendencia en otras oportunidades[47] con fundamento en la norma citada, el control competitivo es la posibilidad de ejercer una influencia material sobre el desempeño competitivo de otro agente del mercado, esto es, una influencia que pueda afectar la manera en que el agente controlado participa en el mercado. Al respecto, esta Superintendencia ha precisado:

> "*(…) se adquiere control sobre una empresa 'cuando se obtiene la posibilidad de ejercer una influencia material sobre su desempeño competitivo, es decir, una influencia que pueda afectar o modificar la manera en que la empresa compite en el mercado'.*
>
> *Así mismo, y como complemento de lo anterior, este Despacho ha señalado con anterioridad que la capacidad de 'afectar o modificar la manera en que una empresa compite en el mercado' hace referencia a la posibilidad de influenciar la manera en que determina sus precios, su oferta y demanda, su presencia geográfica, sus niveles de calidad, sus inversiones, sus transacciones ordinarias, su endeudamiento, y cualquier otra variable relevante que afecte la forma en que se desenvuelve en el mercado*"[48].

En adición de lo anterior, esta Superintendencia ha resaltado que para concluir que un agente de mercado adquirió control competitivo sobre otro no es necesario establecer que efectivamente ejerció la influencia que determina el control. Al respecto esta entidad afirmó lo siguiente:

> "*Adicionalmente, según la ley, no es necesario que esta Superintendencia demuestre que la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa se ha materializado en el pasado, como tampoco es necesario demostrar que efectivamente se materializará en un futuro cercano; la sola* ***posibilidad de influenciar****, conforme el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153, es suficiente para que exista control desde el punto de vista del derecho de la competencia*"[49] (negrilla en el texto original).

Con fundamento en lo expuesto, para este caso es importante tener en cuenta que se configura una integración empresarial cuando un agente del mercado adquiere una influencia material sobre un competidor en relación con aspectos que constituyan factores de competencia. Entre esos aspectos se encuentran (i) la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, (ii) la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de su actividad y (iii) la manera en que determina variables relevantes para su participación en el mercado, como su oferta, su presencia geográfica, sus inversiones y su endeudamiento. En adición, para determinar si se configuró una integración no es necesario establecer que la influencia se ejerció materialmente. Basta con acreditar que existe la posibilidad de ese ejercicio.

10.1.1.2. Esta Superintendencia ha dejado claro que la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de un agente del mercado debe analizarse caso por caso sobre la base de la relación real entre la controlante y la controlada, independientemente del vínculo jurídico-económico que exista entre ellas. Esto es así porque el control puede emanar de una amplia gama de factores, bien

---

[47] Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 12992 de 2019 y 19890 de 2017.
[48] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 73323 de 2020.
[49] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 38982 de 2014.

considerados de manera independiente o en conjunto, y teniendo en cuenta tanto consideraciones legales como fácticas.

Lo anterior evidencia que una integración empresarial puede configurarse independientemente del vehículo o la forma jurídica que se utilice para materializarla[50]. Al respecto, resulta ilustrativo lo expresado por esta Superintendencia en el pasado:

> "*Ahora bien, dado que el control previo busca proteger al mercado de aquellas operaciones que tiendan a producir una indebida restricción a la competencia, el legislador decidió no restringir su aplicación a un tipo específico de operaciones, sino dejarlo abierto para cualquier proceso que genere un efecto integrativo, manteniendo el instrumento de verificación acorde con su finalidad*"[51] (Subraya fuera de texto).

De esta manera se puede apreciar que el enfoque del control previo de integraciones empresariales es enteramente sustancial, no solo formal. Por lo tanto, en el análisis orientado a determinar la configuración de una integración y su alcance la autoridad tiene que considerar, fundamentalmente, el efecto económico que produce la operación y si genera que un agente de mercado adquiera una influencia material sobre el desempeño competitivo de un competidor. La autoridad, en cambio, no puede distraerse en los aspectos operativos de la forma jurídica que **LAS INVESTIGADAS** en la operación decidieron utilizar. El anterior es un aspecto que de manera consistente ha sostenido esta Superintendencia:

> "*Las formas de integración, pueden ser de diversa índole, pero el resultado al que presta atención el derecho es siempre el mismo, razón por la cual cualquiera que sea la forma jurídica de la integración, si está dentro de los supuestos de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas o puede producir efectos en el mercado colombiano, deberá ser avisada a la Superintendencia de Industria y Comercio*"[52].

En el mismo sentido, esta Superintendencia ha precisado lo siguiente:

> "*En efecto, no debe olvidarse que lo que interesa al mercado y a la competencia no es la forma jurídica en que se adquiera la influencia sobre el competidor o su activo, sino el efecto económico que produce la operación*"[53].

En conclusión, todas aquellas maniobras que permitan adquirir el control sobre otra empresa son una integración empresarial. A lo que se presta atención en este tipo de análisis no es a la forma o figura que utilicen los intervinientes en la operación, ni al mecanismo del que se valgan. Se considera fundamentalmente el efecto que pueda producirse sobre el mercado como resultado de la operación analizada[54].

10.1.2. Teniendo claro en qué consiste una integración empresarial, la Delegatura pasa ahora a describir los elementos de configuración de la conducta sancionable que interesa en este caso y a precisar el alcance del deber de informar la operación proyectada a la autoridad competente.

10.1.2.1. La conducta sancionable materia de investigación está prevista en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 67 de la Ley 2195 de 2022. Esa norma establece lo siguiente:

> "*La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias a su favor, a los agentes del mercado, sean personas naturales o jurídicas, por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las actuaciones administrativas, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de concentración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones, o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías.*
>
> *(…)*". (subraya fuera del texto)

Como se puede apreciar, la norma describe un conjunto de comportamientos que el legislador consideró como infracciones al régimen de protección de la competencia. Uno de esos

[50] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 30238 de 2010.
[51] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 29191 de 2004.
[52] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 56738 de 2014.
[53] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 49903 de 2014.
[54] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 15917 de 2003.

comportamientos es el que consiste en materializar una integración empresarial sin obtener previamente la autorización correspondiente por parte de la autoridad competente, obviamente en los casos en que esa autorización es necesaria.

Un aspecto relevante en este caso es que la conducta analizada tiene un claro carácter anticompetitivo. De un lado, la norma citada se lo atribuye expresamente porque la consideró como un comportamiento sancionable con fundamento en el régimen de protección de la competencia. Del otro, porque impide el desarrollo del control previo de integraciones empresariales, cuyo propósito es, precisamente, garantizar que no se generen afectaciones a la dinámica de competencia en los mercados como resultado de operaciones de integración empresarial[55].

10.1.2.2. Para lo que interesa en este caso, los artículos 8, 9 y 25 de la Ley 1340 de 2009, así como el artículo 1866 del Código de Comercio, establecen un deber legal aplicable a los agentes del mercado que reúnan las condiciones previstas en esas normas y tengan el proyecto de realizar una integración empresarial. El deber consiste en informar a la autoridad competente sobre la operación proyectada con el fin de obtener la correspondiente autorización como condición de validez para materializar la integración.

Para determinar el alcance del deber referido es importante tener en cuenta que el control previo de integraciones empresariales es un análisis de naturaleza preventiva orientado a impedir que se generen efectos nocivos para la dinámica de competencia. Por lo tanto, los agentes del mercado que participen en la operación tendrán que cumplir el deber de información y de obtención de la correspondiente autorización antes de que ejecuten la operación, no de manera simultánea ni con posterioridad, pues para ese momento la integración ya se habrá realizado o habrá comenzado a realizarse y, en consecuencia, sus efectos económicos se habrán empezado a generar. Esto ocasionará el correspondiente impacto en el mercado, sin que la autoridad competente haya podido determinar los efectos de la operación y adoptar las medidas pertinentes para impedir su materialización (aprobar, condicionar u objetar la operación). En conclusión, el incumplimiento del deber analizado de manera previa implica que la autoridad competente no pueda ejercer la función preventiva que por ley le fue asignada.

Ahora bien, con fundamento en la normativa aplicable y los pronunciamientos de esta Superintendencia, es importante precisar el alcance concreto del deber analizado. En primer lugar, es claro que comprende una prohibición para que los agentes del mercado que participan en una integración materialicen la operación correspondiente antes de haber obtenido la autorización. En segundo lugar, el deber incluye una prohibición para que esos agentes del mercado empiecen a desarrollar la integración mediante la realización de actos que impliquen una unión económica. A continuación se desarrolla cada uno de esos contenidos del deber materia de análisis.

10.1.2.2.1. Los agentes del mercado tienen el deber de abstenerse de materializar la integración empresarial antes de haber obtenido la autorización correspondiente.

La normativa referida establece el deber de que los agentes del mercado interesados en materializar una integración empresarial informen a la autoridad competente sobre ese proyecto. Este deber tiene una doble connotación. Por una parte, implica que los agentes del mercado informen sobre la integración empresarial que proyectan realizar y, por otra, que se abstengan de materializarla efectivamente hasta que obtengan la correspondiente autorización. Esta doble connotación del deber de informar ha sido explicada por esta Superintendencia:

> "*(…) Las empresas que pretenden llevar a cabo una operación de integración tienen el deber de informar a la* ***SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO*** *la operación que proyectan llevar a cabo, antes de empezar a ejecutar la operación. De esta forma, el supuesto cronológico implica, de un lado, informar a esta Superintendencia sobre la integración empresarial que* ***LAS INVESTIGADAS*** *proyectan realizar, y de otro, <u>abstenerse de realizar la integración</u>* (…)" (subrayas fuera del texto)[56].

10.1.2.2.2. El deber de no materializar la integración antes de obtener la autorización correspondiente incluye el de no empezar a desarrollar la integración mediante actos que impliquen una unión económica entre los agentes del mercado.

• El alcance del deber analizado.

---

[55] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 30238 de 2010.
[56] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 49903 de 2014.

Esta Superintendencia, con fundamento en la normativa aplicable al control previo de integraciones empresariales y teniendo en cuenta el enfoque sustancial del análisis correspondiente, ha precisado que el deber que se comenta no se agota con la prohibición de que se materialice una integración empresarial sin la previa autorización de la autoridad competente. Consciente de que el objetivo del referido control previo es la protección de la libre competencia, esta Superintendencia ha precisado que ese deber incluye un aspecto más: que los agentes del mercado que pretenden participar en la integración no empiecen a desarrollarla mediante la realización de actos que impliquen una unión económica entre ellos. El fundamento de esta consideración es obvio. Se genera el mismo efecto económico –en particular la eliminación de la competencia entre los agentes que participan en la operación– si unos competidores se integran efectivamente sin autorización y si esos agentes, aunque no completen la operación, realizan los actos que generan un vínculo que elimina su incentivo para competir entre ellos.

Al respecto, esta Superintendencia resaltó lo siguiente:

> "*En efecto, el deber de abstenerse de realizar una integración hasta tanto se obtenga el visto bueno de la* ***SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO****, cuando este se requiere, no solo implica que las empresas se inhiban de integrarse en su totalidad o de culminar la operación de integración, sino, incluso, <u>que se abstengan de empezar a ejecutar la integración o realizar cualquier acto que implique la unión económica entre competidores</u>*" (subraya fuera del texto)[57].

• La unión económica entre los participantes en la operación surge si entre ellos se generan vínculos económicos estructurales.

Sobre la base de lo expuesto, es necesario precisar en qué condiciones se crea una unión económica entre agentes del mercado interesados en participar en una integración empresarial. Al respecto, esta Superintendencia resaltó –con fundamento en la normativa aplicable y el necesario enfoque sustancial del análisis en esta materia– que la unión económica entre agentes puede surgir si entre ellos se generan vínculos económicos estructurales relacionados con factores de competencia. En el acto administrativo citado se indicó lo siguiente:

> "(…) *<u>En este sentido, cuando las empresas realizan actos que implican el establecimiento de vínculos económicos estructurales entre ellas, y en particular aquellos relacionados con cuestiones propias de la competencia, como información sobre precios, clientes, facturación, atención de clientes, etc., es claro que han empezado a integrarse, independientemente de que esa integración tenga que surtir otros pasos para terminar de concretarse</u>. Lo anterior teniendo en cuenta que la creación de vínculos estructurales sin autorización de la* ***SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO*** *es, en sí mismo, un medio idóneo para afectar la competencia y los consumidores.*
>
> *De aceptar la tesis según la cual dos empresas competidoras no han iniciado su proceso de integración a pesar de tener vínculos estructurales entre ellas (tales como que una opere el activo de otra), así como de compartir información sensible sobre precios, clientes, etc., equivaldría a decir que dichas empresas, si bien no se están integrando, están incursas en un acuerdo anticompetitivo, consistente en que una de ellas opere el activo de otra o, por lo menos, en que una de ellas acceda a información sensible sobre la competencia.*
>
> *Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para este Despacho que <u>las empresas que están incursas en el deber de información de una integración empresarial deben abstenerse de empezar a ejecutar actos que generen vínculos económicos estructurales entre los competidores que son sujetos de la operación</u>, tales como compartir información sensible con posterioridad a la firma del acuerdo de integración, entrar a operar el activo de un competidor a través de cualquier tipo de contrato, entrar a influenciar de forma significativa la forma en que la empresa compite en el mercado, etc.(…)*" (subrayas fuera del texto)[58].

Lo expuesto evidencia varios aspectos relevantes para este caso. En primer lugar, que la generación de vínculos económicos estructurales entre competidores reúne los elementos de configuración de la conducta que interesa en este caso aunque todavía se requieran actividades adicionales para perfeccionar la integración empresarial entre competidores. En segundo lugar, que la generación de ese tipo de vínculos es un comportamiento idóneo para afectar la libre competencia porque genera el principal efecto económico que la integración pretende: eliminar la competencia entre los agentes

[57] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 49903 de 2014.
[58] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 49903 de 2014.

que participan en la operación y comenzar a desarrollar de manera coordinada su actividad económica.

• Los vínculos económicos estructurales entre los participantes en la operación.

Con fundamento en lo anterior, resulta importante profundizar sobre el concepto de vínculos económicos estructurales con el fin de precisar las condiciones en las que se incumple el deber analizado en este aparte. En el acto administrativo citado esta Superintendencia indicó que ese tipo de vínculos surgen por relaciones entre agentes competidores que por sí mismas pueden afectar la competencia. En particular, la entidad indicó algunos ejemplos de actos que constituyen vínculos económicos estructurales. Entre ellos se encuentra el compartir información sensible con posterioridad a la firma del acuerdo de integración, operar el activo de un competidor a través de cualquier tipo de contrato e influenciar de forma significativa la forma en que la empresa compite en el mercado.

Un aspecto fundamental para este caso es que esos ejemplos no son las únicas actividades que pueden generar vínculos económicos estructurales entre competidores interesados en participar en una integración empresarial. De conformidad con lo señalado por la **ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS** (**OCDE**)[59], los vínculos estructurales constituyen una interrelación entre competidores que disminuye los incentivos de las firmas involucradas para competir agresivamente y conducen a la adopción de estrategias de maximización de utilidad conjunta, en perjuicio de los consumidores. La **OCDE** ha centrado el estudio de estos vínculos estructurales en los efectos que genera la adquisición de participaciones cruzadas entre competidores y la participación de accionistas minoritarios. Al respecto, ha indicado que la adquisición de participaciones cruzadas genera distorsiones en la dinámica competitiva del mercado, en el entendido de que "*si una firma tiene una inversión en uno de sus competidores y decide competir agresivamente contra este último, las pérdidas financieras incurridas por el competidor posteriormente afectarán el valor de la inversión de la firma inversionista*"[60]. En consecuencia, un agente racional tendrá en cuenta la interdependencia de sus inversiones y buscará tomar las decisiones que le generen una mayor utilidad global[61]. Por su parte, la eficacia de las decisiones tendientes a maximizar utilidad de manera conjunta aumentará en la medida en que dicho agente acceda a información estratégica sobre su(s) competidor(es) que los demás no tengan a su alcance.

Aunado a lo anterior, en la Guía de Integraciones Empresariales esta Superintendencia estableció que las empresas intervinientes pueden incurrir en ciertas acciones de concertación que pueden considerarse como ilegales por las normas de protección de la competencia y ser causa de sanciones, pues suponen que los intervinientes desarrollaron la integración sin la respectiva autorización. Algunas de estas acciones pueden incluir la coordinación de estrategias de mercadeo o de ventas, impartir directrices o instrucciones por parte del adquirente al adquirido, aplicar planes de negocios conjuntos y compartir información sensible diferente de la necesaria para la negociación de la integración, entre otras.

Por lo anterior, para la Delegatura resulta claro que antes de obtener el visto bueno de la autoridad competente las empresas intervinientes en la operación no pueden realizar actos que impliquen la unión económica debido a la creación de vínculos económicos estructurales entre ellas. La cesión de activos o acciones es precisamente uno de esos vínculos que se deben evitar, pues abre la posibilidad para que una empresa pueda ejercer una influencia material competitiva sobre la otra y, en todo caso, para que surjan incentivos para desarrollar de manera coordinada la actividad económica de los participantes en la operación. Ese tipo de vínculos pueden alterar las relaciones de competencia y desincentivar la competencia entre los agentes involucrados. Por lo tanto, son idóneas para configurar situaciones de control entre las empresas incluso antes de formalizar o culminar la integración en su totalidad. Esto es precisamente lo que busca evitar el régimen de integraciones empresariales, que se generen estas situaciones de control e integración antes de que la autoridad competente profiera su decisión.

---

[59] Organization for Economic Co-operation and Development - Competition Committee, "Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates", DAF/COM (2208)30, 23 de junio de 2009, p. 19, disponible en: https://www.oecd.org/competition/mergers/41774055.pdf (consulta 17 de noviembre de 2022).
[60] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2008). *Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates,* p. 24. Disponible en https://www.oecd.org/competition/mergers/41774055.pdf (consulta 17 de noviembre de 2022).
[61] Ídem

10.1.2.3. Un aspecto final para resaltar en este punto está relacionado con que la normativa y los precedentes de la Superintendencia que fueron citados evidencian el enfoque sustancial del análisis que corresponde en este tipo de casos. Al respecto, esta Superintendencia precisó:

> "*El deber de no integrarse hasta tanto no se obtenga el visto bueno de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** 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 operación**, sino que se enfoca en evitar que las empresas competidoras empiecen a tener vínculos económicos estructurales que por sí mismos pueden afectar la competencia. De aceptar una tesis contraria, esta Superintendencia estaría avalando que competidores empezaran a compartir información sobre precios, costos, clientes, etc., que por sí misma es información sensible, sin tener el visto bueno de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** para hacerlo, lo cual sería equivalente a avalar la existencia de acuerdos anticompetitivos entre empresas que, hasta ese momento, constituyen unidades económicas diferentes (…)*"[62] (negrilla y subraya fuera del texto).

Lo anterior evidencia que el deber analizado no constituye un mero requisito formal que los agentes interesados en integrarse pueden eludir mediante figuras jurídicas que les permitan comenzar la integración sin finalizarla. Si las actividades que desarrollan esos agentes generan los vínculos económicos estructurales, se habrá incumplido el deber y, por tanto, se podrá concluir que se materializó una integración sin la previa autorización de la autoridad competente.

En conclusión de lo expuesto en este aparte, el deber previsto en los artículos 8, 9 y 25 de la Ley 1340 de 2009 y en el artículo 1866 del Código de Comercio implica que las empresas intervinientes deben abstenerse de integrarse hasta tanto obtengan la autorización de la autoridad competente. Este deber se incumple cuando las empresas se integran en su totalidad, así como cuando ejecutan actos iniciales para empezar a integrarse que generan entre ellas vínculos económicos estructurales. Por lo anterior, antes de obtener la referida autorización las empresas intervinientes no pueden realizar actos de esa naturaleza. En ese sentido, es importante insistir en que el deber de no integrarse no es un simple requisito formal que se pueda evadir a través del uso de figuras jurídicas que permitan que los competidores empiecen a integrarse pero no finalicen la operación debido a la necesidad de surtir otros pasos para concretarse.

10.2. LA OPERACIÓN QUE HABRÍA CONSTITUIDO LA INTEGRACIÓN EMPRESARIAL ENTRE AVIANCA, VIVA AIR y VIVA PERÚ

En este aparte la Delegatura describirá con detalle la operación que involucró a **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**. Para ello tendrá en cuenta las respuestas que se presentaron a los requerimientos de información que se han formulado en este caso, la información que **AVIANCA** y **VIVA AIR** han publicado en el mercado colombiano y la que se encuentra en el expediente de la actuación administrativa adelantada por la **AEROCIVIL**. Con el propósito anotado, a continuación se describen en orden cronológico los hechos relacionados con la operación analizada:

a. El 8 de abril de 2022, **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**), en calidad de fideicomitente, y **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, como fiduciaria, celebraron un contrato de fiducia mercantil denominado "*Contrato de Fiducia Fast Colombia*". Ese contrato dio origen al "**Fideicomiso Fast**"[63].

b. El mismo 8 de abril de 2022, **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) celebró un segundo contrato de fiducia mercantil con **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.** que fue denominado "*Contrato de Fiducia Viva Perú*". Ese contrato dio origen al "**Fideicomiso Viva Perú**"[64].

c. El 28 de abril de 2022, **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**), titular en ese momento del 100% de las acciones de **VIVA AIR**, contribuyó la totalidad de dichas acciones al patrimonio autónomo del **Fideicomiso Fast**.

Según lo manifestaron **LAS INVESTIGADAS**, **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) separó los derechos económicos de los derechos políticos que se desprenden de las acciones de

---

[62] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 49903 de 2014.
[63] Expediente Digital. Cuaderno Reservado AVIANCA Digital. Carpeta 6. Documento denominado 22271597--0000600003.PDF.
[64] Expediente Digital. Cuaderno Reservado AVIANCA Digital. Carpeta 6. Documento denominado 22271597--0000600003.PDF.

VIVA AIR. Esto lo hizo al determinar los beneficiarios del fideicomiso. De un lado, estableció que la misma fideicomitente, **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**), sería la beneficiaria de los derechos económicos que se desprenden de las acciones de **VIVA AIR**. De otro lado, designó a **CASTLESOUTH** como beneficiaria de los derechos políticos y de voto que se desprenden de las acciones de **VIVA AIR**[65]. Para efectos de que **CASTLESOUTH** pudiera ejercer esos derechos, la fiduciaria le otorgó un poder[66].

d. El 28 de abril de 2022, **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**), titular en ese momento del 100% de las acciones de **VIVA PERÚ**, contribuyó la totalidad de dichas acciones al patrimonio autónomo del **Fideicomiso Viva Perú**.

LAS INVESTIGADAS afirmaron que en este caso también fueron separados los derechos económicos y los derechos políticos derivados de las acciones de **VIVA PERÚ**. Nuevamente esa separación habría tenido lugar mediante la designación de los beneficiarios del fideicomiso. De un lado, se designó a **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) como beneficiaria de los derechos económicos que se desprenden de las acciones de **VIVA PERÚ**. Del otro, se designó a **VIVA AIR** como beneficiaria de los derechos políticos y de voto que se desprenden de las acciones de **VIVA PERÚ**[67]. Es importante anotar que **VIVA AIR** designó a su representante legal como apoderado para efectos de ejercer los derechos políticos y de voto sobre **VIVA PERÚ**[68].

e. El 29 de abril de 2022 **IV1L** (Holding de **AVIANCA** y **AGIL**) celebró un "*Contrato de Compraventa de Acciones*" con **VIVA INVESTMENTS** y **PANGAEA**. A través de ese contrato **IV1L** adquirió las acciones de (i) **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) y (ii) **VIVA AIR PROCUREMENT S.A.** (actualmente **MOLYTON BUSINESS S.A.**). En este sentido, estas dos últimas compañías pasaron a hacer parte del mismo grupo empresarial de **AGIL** y **AVIANCA**[69].

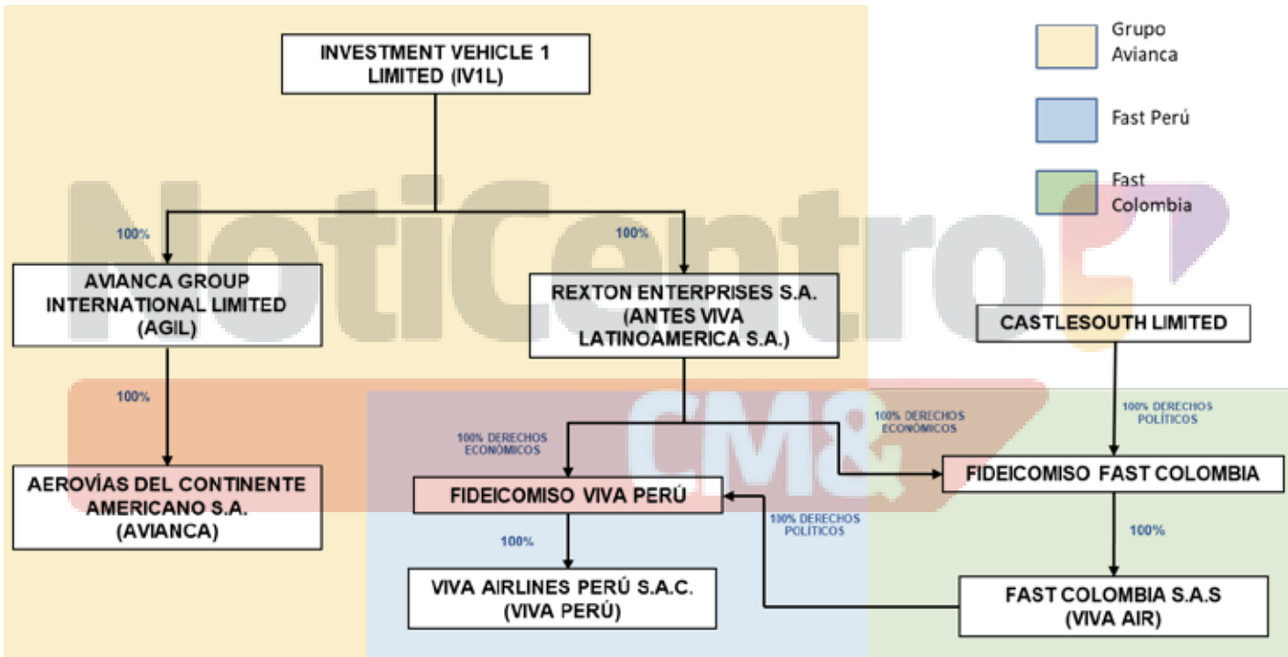
Así, **IVL1**, que es la controlante de **AVIANCA**, adquirió las acciones de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**). Por lo tanto, también adquirió indirectamente (i) el 100% de los derechos económicos derivados de las acciones de **VIVA AIR** –que hacen parte del patrimonio autónomo del **Fideicomiso Fast**– y (ii) el 100% de los derechos económicos derivados de las acciones de **VIVA PERÚ** –que hacen parte del patrimonio autónomo del **Fideicomiso Viva Perú**–.

De conformidad con lo anterior, la estructura de la operación analizada a partir del 29 de abril de 2022 se puede graficar así:

ESPACIO EN BLANCO

[65] Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital. Carpeta 32. Documento denominado 22271597--0003200013.PDF
[66] Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital. Carpeta 32. Documento denominado 22271597--0003200013.PDF
[67] Expediente Digital. Cuaderno Reservado AVIANCA Digital. Carpeta 6. Documento denominado 22271597--0000600003.PDF
[68] Expediente Digital. Cuaderno Reservado AVIANCA Digital. Carpeta 6. Documento denominado 22271597--0000600003.PDF
[69] Expediente Digital. Cuaderno Reservado AVIANCA Digital. Carpeta 6. Documento denominado 22271597--0000600003.PDF

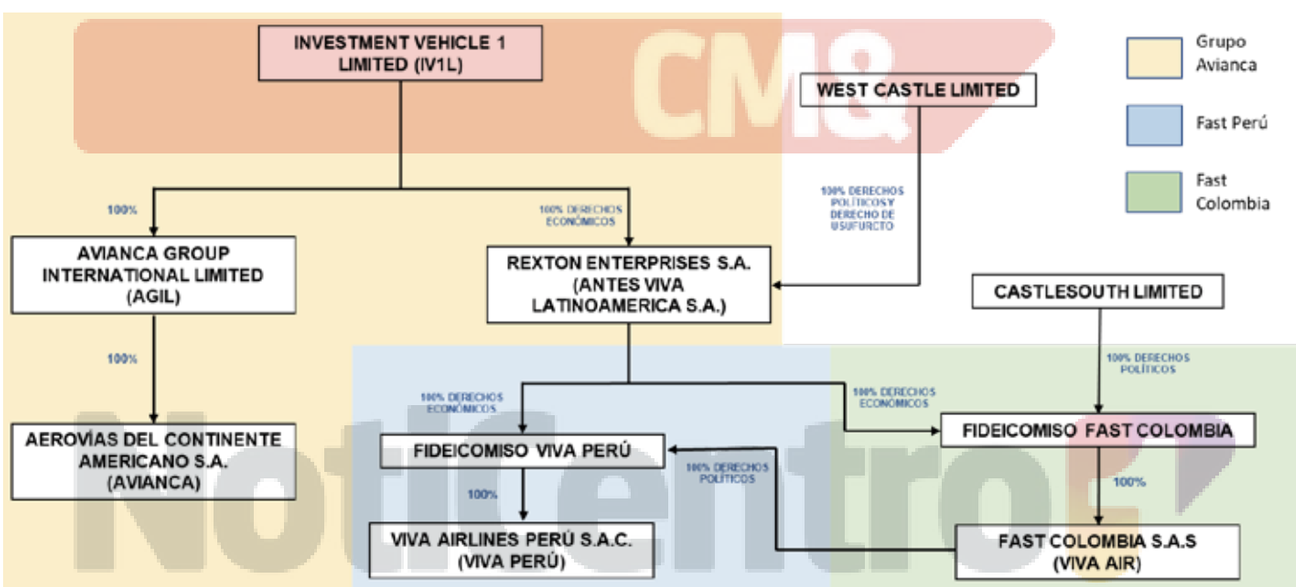
Gráfica No. 2. Estructura de la operación de integración desde el 29 de abril de 2022.



Fuente: Elaboración **SIC**[70]

f. El 8 de agosto de 2022 **IV1L** transfirió el 100% de los derechos de voto vinculados a las acciones de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) a la compañía **WEST CASTLE**. Sin embargo, se reservó el derecho de vetar algunas decisiones especiales[71]. Sobre esa base, la nueva estructura de la operación a partir del 8 de agosto de 2022 se puede ilustrar de la siguiente manera:

Gráfica No. 3. Estructura de la operación de integración desde el 8 de agosto de 2022



Fuente: Elaboración **SIC**[72]

g. El 8 de agosto de 2022 **LAS INVESTIGADAS** presentaron ante la **AEROCIVIL** una solicitud de preevaluación de la operación consistente en la adquisición de los derechos políticos de **VIVA AIR** y de **VIVA PERÚ** por parte de **IV1L** (controlante de **AVIANCA**).

---

[70] Expediente Digital. Cuaderno Reservado AVIANCA Digital. Carpeta 6. Documento denominado 22271597--0000600003.PDF. Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital. Consecutivo 7, Documento denominado 22271597--0000700003.PDF. Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR 1, Consecutivo 28, Folio 236. Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800003. PDF

[71] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No. 1. Folio 311. Carpeta Archivos. Documento denominado "P. Botero – Notificación reorganización a FC. [13169872]"

[72] Expediente Digital. Cuaderno Reservado AVIANCA Digital, Consecutivo 6, Documento denominado 22271597--0000600003.PDF y Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital, Consecutivo 7, Documento denominado 22271597--0000700003.PDF. Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR 1, Consecutivo 28, Folio 236. Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800003. PDF.

h. La solicitud de autorización para la operación fue objetada por la **AEROCIVIL** mediante la Resolución No. 2473 del 4 de noviembre de 2022[73].

10.3. LA OPERACIÓN CONSTITUYÓ UNA INTEGRACIÓN EMPRESARIAL ENTRE AVIANCA Y VIVA

En el presente acápite la Delegatura explicará las razones por las cuales considera que la operación descrita configuró una integración empresarial que involucró a **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**. Con ese propósito, la Delegatura resaltará, en primer lugar, que la adquisición de los derechos económicos sobre **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** por parte de **IV1L** –controlante de **AVIANCA**– fue suficiente para constituir la integración empresarial analizada. En segundo lugar, la Delegatura presentará las consideraciones y pruebas que evidenciarían que, incluso en la hipótesis de que la separación de los derechos políticos sobre **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** hubiera sido una medida idónea para impedir la configuración de una integración, en este caso la integración se habría materializado porque la separación fue apenas aparente. Finalmente, se resaltará que la integración analizada se materializó sin la indispensable autorización previa por parte de la autoridad competente.

10.3.1 LA ADQUISICIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS DE VIVA AIR POR PARTE DEL GRUPO EMPRESARIAL DE AVIANCA CONFIGURÓ LA INTEGRACIÓN ANALIZADA

En este aparte la Delegatura presentará las consideraciones y elementos de prueba que permiten concluir que la adquisición de los derechos económicos de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** por parte de **IV1L**, controlante de **AVIANCA**, habría sido suficiente para constituir una integración empresarial que habría involucrado a las aerolíneas mencionadas. Con ese propósito será necesario someter a examen la estructura de la operación. En particular, la Delegatura analizará si la estrategia de separar los derechos políticos y de voto sobre **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**, de manera que no quedaran radicados formalmente en **IV1L** sino en personas jurídicas que no hacen parte del grupo empresarial de esa compañía, era un mecanismo adecuado para impedir la configuración de la integración que involucró a **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**.

Para desarrollar el análisis correspondiente, la Delegatura recordará en primer lugar el argumento de las personas involucradas en la operación, según el cual la adquisición de los derechos económicos sobre **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** por parte de la controlante de **AVIANCA** no configuró una integración empresarial porque la adquirente no habría obtenido el control sobre las aerolíneas adquiridas. En segundo lugar, la Delegatura presentará los fundamentos de su conclusión consistente en que la adquisición de los derechos económicos de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** por parte de **IV1L** habría sido suficiente para constituir la integración empresarial que interesa en esta actuación.

10.3.1.1. LA SEPARACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS SOBRE VIVA AIR Y VIVA PERÚ

El argumento de las personas involucradas en la operación analizada, presentado de manera sintética, consiste en lo siguiente: el 29 de abril de 2022 **IV1L** –que es controlante de **AVIANCA**– adquirió a **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) –que era la controlante de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**–. Sin embargo, esa operación no implicó que **IV1L** adquiriera el control sobre **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**. La razón es que un día antes, el 28 de abril de 2022, **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) había contribuido las acciones de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** a unos patrimonios autónomos y, además, separó los derechos políticos y los derechos económicos sobre las compañías. De un lado, conservó únicamente los derechos económicos, que no le atribuían la facultad de tomar decisiones en **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**. Del otro, otorgó los derechos políticos a un tercero, **CASTLESOUTH**, que no hace parte del grupo empresarial de **AVIANCA**.

10.3.1.2. LA ADQUISICIÓN DE LA TOTALIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOBRE UN COMPETIDOR ES UN FACTOR SUFICIENTE PARA CONFIGURAR UNA INTEGRACIÓN EMPRESARIAL

A juicio de la Delegatura, la radicación de los derechos políticos derivados de las acciones de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** en un tercero no impidió que se materializara la integración empresarial analizada. Esto es así porque la adquisición de los derechos económicos derivados de las acciones de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** habría sido suficiente para configurar la integración de esas compañías

[73] Resolución No. 02473 del 04 de noviembre de 2022 *"Por la cual se resuelve una solicitud de autorización de una integración empresarial y otras solicitudes procesales"*. Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.

con la controlante de **AVIANCA**. Al respecto, esa operación habría otorgado al grupo empresarial del que hace parte **AVIANCA** una influencia material sobre el desempeño competitivo de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**. En particular, esa influencia habría versado respecto de factores como (i) las condiciones de la oferta de servicios de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**, (ii) la permanencia en el mercado de esas compañías y (iii) los incentivos de las aerolíneas involucradas para generar presiones competitivas entre ellas.

Ahora bien, aunque pudiera afirmarse que la estrategia analizada –la separación de los derechos políticos sobre **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**– impidió que se consolidara la integración, lo cierto es que la adquisición de los derechos económicos de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** por parte de **IV1L**, como mínimo, habría determinado el inicio de la ejecución de la integración empresarial entre **LAS INVESTIGADAS** en condiciones que conllevaron al surgimiento de vínculos económicos estructurales entre ellas. Esos vínculos habrían eliminado los incentivos para que **LAS INVESTIGADAS** compitieran entre sí y, en cambio, habrían generado los incentivos para que actuaran coordinadamente en beneficio de su controlante común. En consecuencia, como la operación habría implicado la eliminación de la competencia entre **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**, se habría materializado el efecto económico que configura la integración.

Para efectos de sustentar la conclusión anotada, la Delegatura llamará la atención acerca de que todas las personas que determinan el comportamiento competitivo de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** tuvieron conocimiento de la operación y de su carácter definitivo. Posteriormente, presentará las consideraciones que evidenciarían que como resultado de la operación desaparecieron los incentivos para que **LAS INVESTIGADAS** compitieran entre ellas y, en cambio, surgieron los que podrían determinar que desarrollen una actuación coordinada en beneficio del grupo empresarial del que hace parte **AVIANCA**. Finalmente, la Delegatura resaltará que la intervención de terceros que formalmente no hacen parte de ese grupo empresarial no desvirtúa la materialización de la integración analizada.

10.3.1.2.1. TODAS LAS PERSONAS QUE ESTÁN A CARGO DE ADOPTAR Y EJECUTAR LAS DECISIONES DE COMPETENCIA DE VIVA AIR Y VIVA PERÚ TIENEN CONOCIMIENTO DE LA OPERACIÓN Y DE SU CARÁCTER DEFINITIVO

El material probatorio recaudado evidenciaría que las personas que determinan el desempeño competitivo de **VIVA AIR** y de **VIVA PERÚ** en el día a día de su negocio, así como todos los empleados de las empresas, tienen pleno conocimiento de la realización de la operación. Adicionalmente, conocen que implica que el grupo empresarial del que hace parte **AVIANCA** es el agente a quien, en última instancia, se reportarán los resultados económicos de la actividad de las empresas. Sumado a ello, todas esas personas –que son determinantes para el desempeño de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**– tienen conocimiento de que la operación ya se materializó y de que tiene carácter definitivo.

• Las personas vinculadas a **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** tienen conocimiento de la operación.

Es factible concluir 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**.

ESPACIO EN BLANCO

Imagen. No. 1. Comunicación interna en la que se comunica la operación a todos los empleados de VIVA AIR[74]

Medellín, 29 de abril de 2022

Querido equipo Viva,

A pocos días de cumplir 10 años como la compañía que cambió la forma de volar en la región, **llegan vientos de cambio** y quiero compartir con ustedes una noticia que no sólo me entusiasma como capitán de este equipo, sino como un apasionado de la aviación que **hoy nos invita a hacer parte, una vez más, de la historia de la industria en la región.**

Con la convicción de **fortalecer la conectividad aérea** y una **estructura de costos más eficiente** que permitiría ofrecer nuestros distintivos precios bajos en el mercado, **hoy nuestros accionistas anunciaron que han firmado un acuerdo** con el que Viva Latinoamérica pasa a formar parte del mismo holding que 'Avianca Group International Limited'. Dicho acuerdo, por el momento no tiene ningún efecto respecto de las operaciones de Viva en Colombia y en Perú, pero abriría una ventana de oportunidad para nosotros hacia el futuro, pues se buscará la autorización de las autoridades para incorporar ambas operaciones bajo la misma sombrilla empresarial. En este sentido, y hasta obtener la aprobación de la Autoridad, las operaciones de Colombia y Perú **no se integrarán al mismo holding**, y seguirán operando como vienen haciéndolo, con plena independencia y **compitiendo en todos los países** donde tienen presencia. La eventual incorporación de las operaciones de Viva en Colombia y en Perú al mismo holding de Avianca Group International Limited estará sujeta a que se obtengan todas las autorizaciones regulatorias requeridas.

De ser aprobada la transacción, las aerolíneas Viva serán parte de un mismo holding, y contarían con un perfil financiero más sólido que permitiría acelerar la inversión, innovación y crecimiento, para **competir con más fuerza con aerolíneas de todo el mundo.** Esta eventual alianza crearía un Grupo de aerolíneas sólido que beneficiaría a nuestros colaboradores, con oportunidad de crecimiento y tener un rol en la historia de la aviación, también a nuestros clientes al tener una **estructura de costos más eficiente que permitiría ofrecer precios bajos**, además de una **red de rutas** que promovería la conectividad directa entre destinos, un fuerte **programa de lealtad** y un **servicio amable y eficiente** acorde con las necesidades del viajero de hoy.

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. No. 2. Carta pública en la que accionistas de AVIANCA y VIVA AIR anuncian la operación[75]

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**. Además, desde dicha fecha tienen conocimiento de que eventualmente se tramitaría una solicitud de integración formal ante la **AEROCIVIL** con el fin de que **VIVA AIR** y **AVIANCA** pudieran formalizar los vínculos estructurales económicos que en la práctica ya tenían.

---

[74] Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR digital, Consecutivo 34, Documento denominado 22271597--0003400006.PDF. y Expediente Digital, Cuaderno Reservado VIVA AIR DIGITAL, Consecutivo 34. Documento denominado 22271597—0003400007.eml.

[75] Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR digital. Consecutivo 34. Documento denominado 22271597--0003400006.PDF y Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR digital.Consecutivo 34. Documento denominado 22271597—0003400007.eml.

A juicio de la Delegatura, el aspecto resaltado es relevante porque las personas a quienes se comunicó la realización de la operación incluyen a los funcionarios encargados de tomar las decisiones del día a día del negocio de **VIVA AIR**. Esta conclusión se sustenta en la declaración que **MARTHA SUSANA MANTILLA** (Vicepresidente Legal de **VIVA AIR**) rindió el 10 de octubre de 2022[76]. La declarante precisó que, salvo ciertas decisiones estratégicas, las decisiones del ejercicio del negocio corresponden a la administración:

> *"**DESPACHO**: ¿Qué decisiones toma normalmente la junta directiva de VIVA?*
>
> ***SUSANA MANTILLA**: Por estatutos cualquier decisión de cualquier contrato por encima del millón de dólares, va la junta directiva y pues todas las decisiones estratégicas, por ejemplo, si vamos a un proceso de reestructuración, (…) de resto el día a día, lo administrativo está en la administración*".

Es importante destacar que, con fundamento en la información publicada por **LAS INVESTIGADAS**, puede concluirse razonablemente que los directivos y empleados de **VIVA PERÚ** también están enterados de la realización de la operación analizada y de sus implicaciones.

• Las personas vinculadas a **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** tienen conocimiento del carácter definitivo de la operación.

La Delegatura considera que es importante llamar la atención acerca del carácter definitivo de la operación analizada. De conformidad con el material probatorio disponible, la operación por la cual los intereses económicos de las empresas del **GRUPO VIVA** y del grupo empresarial de **AVIANCA** se unificaron ya se materializó con carácter permanente. De un lado, esta Delegatura no ha accedido a evidencia alguna que acredite que la operación está sujeta a algún tipo de condición suspensiva o resolutoria que esté determinada por la concesión de la autorización correspondiente por parte de la **AEROCIVIL**. Del otro, tampoco se ha encontrado elemento de prueba alguno que sugiera que las partes pactaron algún mecanismo de reversión de la operación con la que el grupo empresarial de **AVIANCA** adquirió los derechos económicos sobre la controlante de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** en caso de que la autorización referida no fuera concedida. En relación con este aspecto es también importante resaltar que algunas medidas que se adoptaron en ejecución de la operación no son de fácil reversión por el acuerdo entre las partes. A manera de ejemplo, **DECLAN RYAN**, quien fue el principal inversionista y director de **VIVA AIR**[77] y **VIVA LATINAMERICA**[78], después de la operación del 29 de abril de 2022 pasó a ser miembro de la junta directiva de **IV1L** (controlante de **AVIANCA**)[79] y estaría teniendo conocimiento de las decisiones estratégicas de ese grupo empresarial, así como participando en su adopción.

Ahora bien, los funcionarios de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** –que adoptan y ejecutan las decisiones de competencia de esas empresas– no solo tienen conocimiento de la realización de la operación de manera abstracta. También conocen que no se trata de una posibilidad que podría o no materializarse en el futuro, de manera que podrían seguir desempeñando sus funciones de la misma manera sin referencia a los intereses del nuevo titular de los derechos económicos sobre las compañías. Los funcionarios conocen que algunos aspectos fundamentales de la operación ya se materializaron, pues además de que los derechos económicos de las acciones ya fueron cedidos –lo que supone que la correspondiente remuneración ya fue entregada– también saben que los directivos del grupo adquirido ya tienen asiento en el órgano de dirección del grupo adquirente.

Como se pasa a demostrar en los siguientes apartes, en la práctica y desde una perspectiva sustancial –como corresponde analizar este tipo de asuntos con fundamento en el régimen de protección de la competencia– ese conocimiento por parte de los funcionarios de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** no es algo intrascendente. En la práctica las personas que tienen esa información y que han presenciado ese nivel de ejecución de la operación cambian el enfoque y los propósitos a los que está dirigido su trabajo para satisfacer los intereses del nuevo titular de los derechos económicos.

---

[76] Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR 1. Folio 282 DVD. Carpeta FAST_COLOMBIA_SAS. Carpeta DECLARACIONES. Carpeta 03-DEC_MARTHA SUSANA_MANTILLA. Carpeta GRABACION. Documento denominado 221010_1459.MP3 Min 41:10.
[77] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800004. PDF
[78] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800004. PDF
[79] https://www.valoraanalitik.com/2022/09/20/declan-ryan-nuevo-miembro-de-junta-directiva-avianca/ (Consultado el 17 de noviembre de 2022)
https://www.larepublica.co/empresas/declan-ryan-quien-era-directivo-de-viva-sera-miembro-de-la-junta-directiva-de-avianca-3451836 (Consultado el 17 de noviembre de 2022)

Esta modificación en el enfoque y los propósitos de la actividad de las personas, por supuesto, es particularmente relevante en los casos en los que el nuevo titular es, precisamente, el principal competidor de la compañía a la que están vinculados los funcionarios. Es cierto que desde una perspectiva exclusivamente formal se podría afirmar que mientras los derechos políticos de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** no pertenezcan al grupo empresarial de **AVIANCA** aquellas compañías son independientes de este grupo. Pero desde un enfoque sustancial esa consideración no sería admisible.

10.3.1.2.2. LA OPERACIÓN OTORGÓ AL GRUPO EMPRESARIAL DE AVIANCA UNA INFLUENCIA MATERIAL SOBRE EL DESEMPEÑO COMPETITIVO DE VIVA AIR Y VIVA PERÚ O, AL MENOS, GENERÓ VÍNCULOS ECONÓMICOS ESTRUCTURALES ENTRE ESOS AGENTES

En concepto de la Delegatura, la adquisición de los derechos económicos sobre **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** por parte del grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA** habría sido determinante para el desempeño competitivo de aquellas aerolíneas. En particular, habría eliminado los incentivos que **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** tienen para ejercer presiones competitivas contra **AVIANCA** y, en el mismo sentido, habría eliminado los incentivos de esta compañía para competir efectivamente contra **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**. Adicionalmente, la operación analizada habría generado los incentivos para que las aerolíneas referidas actuaran de manera coordinada en beneficio de su controlante común. En consecuencia, como la operación analizada habría determinado la desaparición de la competencia entre **AVIANCA**, de una parte, y **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**, de la otra, podría concluirse que configuró una integración entre esas empresas.

Para sustentar la conclusión anterior, en primer lugar la Delegatura presentará las consideraciones y pruebas que sugieren que, como resultado de la operación, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** no tienen incentivos para competir con las empresas que hacen parte del grupo empresarial que controla **IV1L**. En segundo lugar, la Delegatura resaltará que **AVIANCA** tampoco tiene incentivos para competir con **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**. En tercer lugar, presentará las consideraciones y pruebas que sugieren que esas aerolíneas, en cambio, tienen los incentivos para actuar de manera coordinada. Por último, la Delegatura resaltará que esas situaciones generaron una influencia material del grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA** sobre **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** o, al menos, determinaron el surgimiento de vínculos económicos de naturaleza estructural entre **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**. En consecuencia, la materialización de la operación habría constituido una integración que no podía llevarse a cabo sin la previa autorización de la **AEROCIVIL**.

10.3.1.2.2.1. LA OPERACIÓN HABRÍA ELIMINADO LOS INCENTIVOS DE VIVA AIR Y VIVA PERÚ PARA EJERCER PRESIONES COMPETITIVAS SOBRE AVIANCA

La Delegatura considera que, si se analiza la posición en la que han quedado **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** en virtud de la operación de integración del 29 de abril de 2022, debería concluirse que no tienen incentivos para generar presiones competitivas contra **AVIANCA**. De un lado, porque una competencia agresiva podría afectar a quien en la actualidad es titular de sus derechos económicos. Recuérdese, sobre este punto, que las personas que adoptan y ejecutan las decisiones de competencia de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** saben que las repercusiones económicas que se deriven de sus decisiones afectarán y le interesarán principalmente al grupo empresarial de **AVIANCA**. De otro lado, no sería esperable que **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** compitan efectivamente contra **AVIANCA** porque de esa manera debilitarían la posición del grupo empresarial al que se reportarán sus resultados económicos y al que tienen la expectativa de pertenecer formalmente en el futuro próximo.

10.3.1.2.2.2. LA OPERACIÓN HABRÍA ELIMINADO LOS INCENTIVOS DE AVIANCA PARA EJERCER PRESIONES COMPETITIVAS SOBRE VIVA AIR Y VIVA PERÚ

A su vez, si se analiza la situación desde la posición en la que ha quedado **AVIANCA** en virtud de la operación del 29 de abril de 2022 el resultado no es diferente. **AVIANCA** tampoco tendría incentivos para generarle presiones competitivas a **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**. Esto es así en la medida en que dicha presión competitiva afectaría la inversión de sus controlantes en esas compañías. Recuérdese, como quedó explicado, que esta consideración está sustentada en fundamentos de teoría económica que incluso han sido avalados por la **OCDE**. En adición, **AVIANCA** también podrá prever que **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**, como agentes racionales, ya no le generarán presiones competitivas, dadas las consideraciones expuestas en el aparte anterior. Por lo tanto, **AVIANCA** no tendría más los incentivos para mejorar su oferta ante la expectativa de lo que harían esos competidores en el mercado. La titularidad de los derechos económicos sobre **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** por parte del

grupo empresarial de **AVIANCA** terminaría por eliminar la incertidumbre que determina el surgimiento de presiones competitivas para **AVIANCA**.

10.3.1.2.2.3. LA OPERACIÓN HABRÍA GENERADO LOS INCENTIVOS PARA UNA OPERACIÓN COORDINADA ENTRE AVIANCA, VIVA AIR Y VIVA PERÚ

• Una operación como la materializada en este caso generaría incentivos para una maximización conjunta.

A juicio de la Delegatura, la operación analizada habría generado incentivos para que las operaciones de **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** se desarrollen de manera coordinada en beneficio del agente que percibe los resultados económicos de la actuación de esas aerolíneas. Esto sucedería en la medida en que, al vincular los resultados de las empresas competidoras, aumentan sus incentivos para adoptar un comportamiento que conduzca a una maximización conjunta.

La consideración anterior está sustentada en la racionalidad descrita por la **OCDE**, presentada en este acto administrativo. Ese fundamento evidenciaría que al tener una empresa una inversión en alguno de sus competidores se verá afectado el comportamiento de dichas empresas. Si la empresa decide competir agresivamente contra la compañía en donde realizó la inversión, entonces las pérdidas financieras incurridas por el competidor posteriormente afectarán el valor de la inversión[80]. En consecuencia, un agente racional tendrá en cuenta la interdependencia de sus inversiones y buscará tomar las decisiones que le generen mayores beneficios globales[81]. Bajo este escenario, la empresa inversora puede incluso tener un incentivo para reducir la producción y subir los precios unilateralmente si está en condiciones de recuperar la totalidad o parte de las pérdidas en las ventas a través de su participación financiera en la empresa rival. La conclusión que se sigue de lo expuesto es que esa participación en los resultados económicos de un competidor genera fuertes incentivos para la actuación coordinada.

Para soportar esta afirmación, la Delegatura procedió a hacer una revisión de literatura económica a efectos de ilustrar el incentivo existente de coordinación entre departamentos de una misma empresa o grupos de empresas en el mercado, cuando existe alguna participación en el control de una sobre la otra. De esta manera, trabajos como los de Holmstrom 1977[82], Holmstrom (1982)[83] y Aghion y Tirole 1977[84], dan cuenta de la manera en la que las empresas delegan autoridad a efectos de adaptar mejor sus decisiones a la información local, en especial cuando se trata de estructuras organizacionales complejas y existe alta volatilidad en sus demandas, sin que deje de existir control entre las mismas.

Frente a este punto, el asunto resulta de tan alta sensibilidad, que incluso trabajos como el de Rantakari 2008[85] permite concluir que, problemas de coordinación y de delegación, no solamente pueden ser entendidos como un problema de agencia o de delegación, sino que tales decisiones dependerán del tipo de información local disponible, reconociendo en cualquier caso la relevancia de articular las decisiones descentralizadamente tomadas. En el mismo sentido, Dessein, Lo y Minami 2020[86], obtienen, a través de un análisis empírico, micro evidencia que daría cuenta de que a medida que exista mayor volatilidad en el mercado, se hace necesario que departamentos, divisiones u oficinas de una misma empresa o empresas controladas por un mismo agente (empresa multiplanta), deban contar con un mayor grado de coordinación centralizada.

---

[80] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2008). Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates. Disponible en: https://www.oecd.org/competition/mergers/41774055.pdf (consultado el 18 de noviembre de 2022).
[81] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2008). Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates. Disponible en: https://www.oecd.org/competition/mergers/41774055.pdf (consultado el 18 de noviembre de 2022).
[82] Holmstrom, B. (1977) "On the incentives and control in organizations". Ph. D. Thesis, Stanford University
[83] Holmstrom, B. (1982). Moral hazard in teams. Bell Journal of Economics 13 (2), 324–340. (Disponible en https://www.jstor.org/stable/3003457)
[84] Aghion P. and J. Tirole (1997) "Formal and Real Authority in Organizations". Journal of Political Economy. Vol. 105 No. 1. (Disponible en https://people.duke.edu/~qc2/BA532/1997%20JPE%20Aghion%20and%20Tirole.pdf)
[85] Rantakari, Heikki. 2008. "Governing Adaptation." Review of Economic Studies 75(4): 1257– 85.
[86] Dessein, Lo y Minami (2020) "Coordination and Organization Design: Theory and Micro Evidence". Working Paper Columbia University. (Disponible en https://www0.gsb.columbia.edu/faculty/wdessein/papers/Coordination%20Org%20Design%20Dessein%20Lo%20Minami%20%20full%2010302020.pdf)

Finalmente, trabajos como el de Dessein, Garicano y Gertner 2010[87] ilustran como los fenómenos de coordinación y sinergias terminan siendo activos intangibles valiosos para grandes organizaciones o empresas con divisiones de negocio que operan en escenarios diametralmente diferentes.

• En este caso particular se encuentran los factores que hacen más probable la materialización de los incentivos para una actuación coordinada.

El fundamento analizado en el aparte anterior, basado en lo expuesto por la **OCDE**, también señala que el riesgo potencial de coordinación tras la creación de vínculos estructurales entre competidores depende, entre otros, de los siguientes factores: (i) el porcentaje de la participación de una firma en su competidor; (ii) la cuota de mercado de la firma receptora de la inversión, y (iii) la sustituibilidad entre los productos de las firmas vinculadas[88].

En este caso se encuentra que los factores de riesgo están presentes en la operación analizada. En primer lugar, la participación del grupo empresarial del que hace parte **AVIANCA** –a través de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**)– en **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** es del 100% de los derechos económicos y posee control competitivo negativo sobre **VIVA AIR** a través de un derecho de veto. En segundo lugar, de manera general la cuota de mercado de transporte de pasajeros regulares domésticos de **VIVA AIR** entre enero y septiembre de 2022 abarcó cerca del 21%. En el caso del transporte de pasajeros regulares internacionales, al ser cada ruta un mercado en sí mismo, en promedio entre enero y septiembre de 2022 **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** contaron con alrededor del 25%. Finalmente, al ser el transporte de pasajeros nacional e internacional un servicio que depende de la duración del viaje, el número de frecuencias, las características del servicio y el precio, serán las rutas en las cuales coincidan ambas empresas en donde se contará con sustituibilidad dependiendo de los factores indicados.

• Existen elementos de juicio que sugieren que el comportamiento coordinado entre **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** habría empezado a ocurrir con ocasión de la operación analizada.

Como ya está claro, la empresa que invierte en un competidor tiene incentivos para reducir la competencia con ese rival. Por supuesto, una de las formas usuales en las que esa reducción se materializaría sería mediante el aumento de los precios. Esto es así porque una de las opciones con las que contaría la empresa inversora es que la reducción de la demanda causada por el aumento de precios podría ser mitigada por la empresa controlada.

De conformidad con la información analizada por la Delegatura, existirían elementos de juicio que sugieren que en el mercado se estaría presentando un comportamiento coordinado entre **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** que sería coherente con la hipótesis de que actúan en beneficio de un controlante común. Como se puede evidenciar en la siguientes gráficas, existiría una tendencia creciente de los precios promedio de los tiquetes por parte de **AVIANCA** en las rutas San Andrés – Bogotá (ADZBOG), Barranquilla – Bogotá (BAQBOG), Bucaramanga – Bogotá (BGABOG), Barranquilla – Medellín (BAQMDE), Bucaramanga – Cartagena (BGACTG), Bogotá – Cartagena (BOGCTG), Medellín – Montería (MDEMTR), Cartagena – Pereira (CTGPEI), Cali – Santa Marta (CLOSMR), Cali – Medellín (CLOMED), Bogotá – Medellín (BOGMED), Bogotá – Riohacha (BOGRCH) y Bogotá – Santa Marta (BOGSMR).

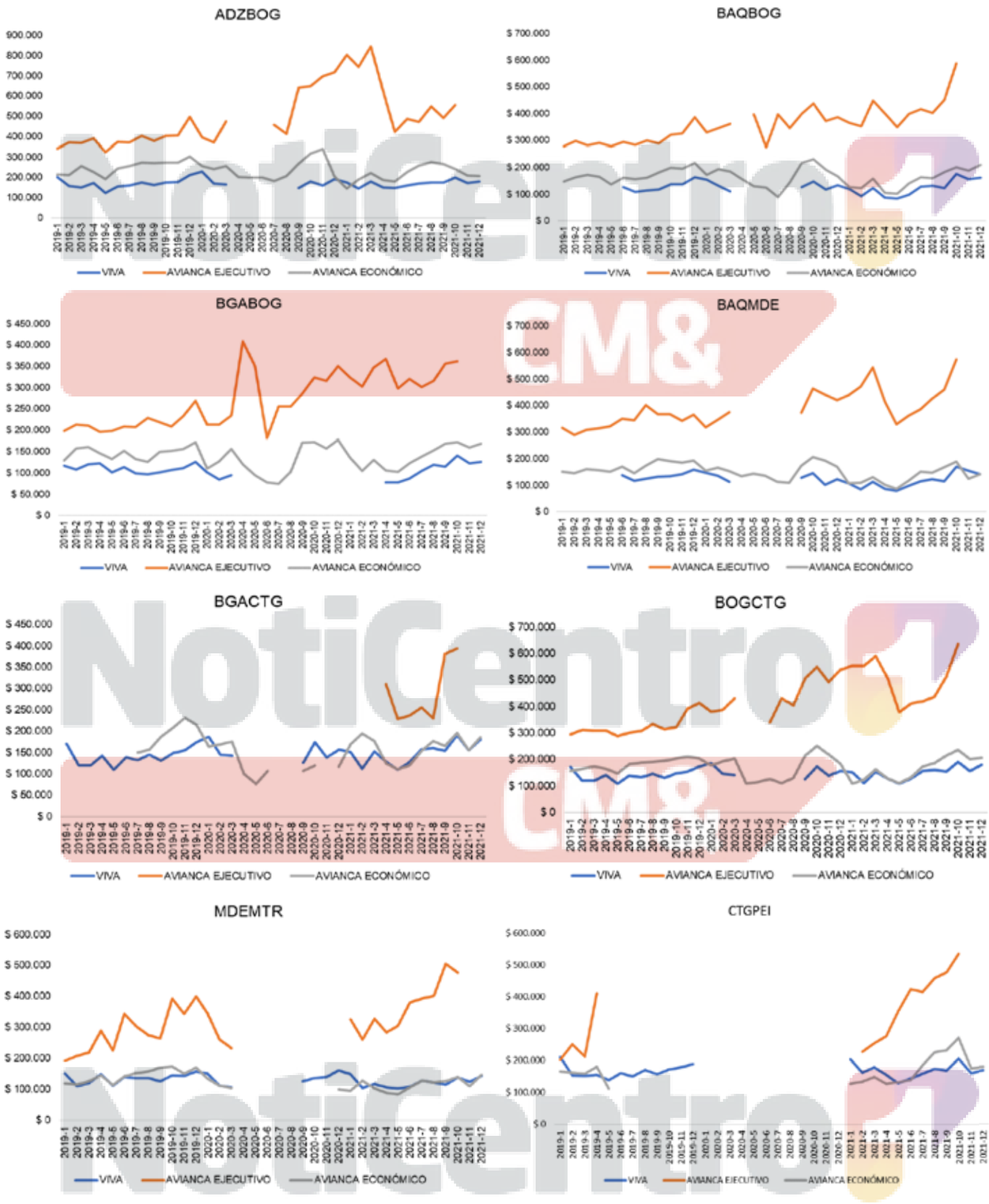
Si bien el precio promedio de tiquetes en cabina económica tiene un comportamiento similar tanto en **AVIANCA** como en **VIVA AIR**, se encuentra que los precios promedio de tiquetes en cabina ejecutiva presentan una tendencia creciente desde comienzos de 2021, fecha en la cual **AVIANCA** ya se encontraba en marcha con la operación de integración con **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**, teniendo en cuenta que todo el proceso comenzó desde finales de 2020. Por tanto, existirían elementos de juicio –obviamente valorados en conjunto con todos los demás aspectos referidos en este acto administrativo– que permitirían atribuir el incremento de dichos precios a la operación de integración analizada. Al respecto, **AVIANCA** y **VIVA AIR** tendrían conocimiento de que el incremento en precios de tiquetes en cabina ejecutiva puede ser amortiguado a través de los servicios en clase económica de **AVIANCA** o por **VIVA AIR,** siendo esta última, de manera general, una de las aerolíneas con mayor transporte de pasajeros nacionales.

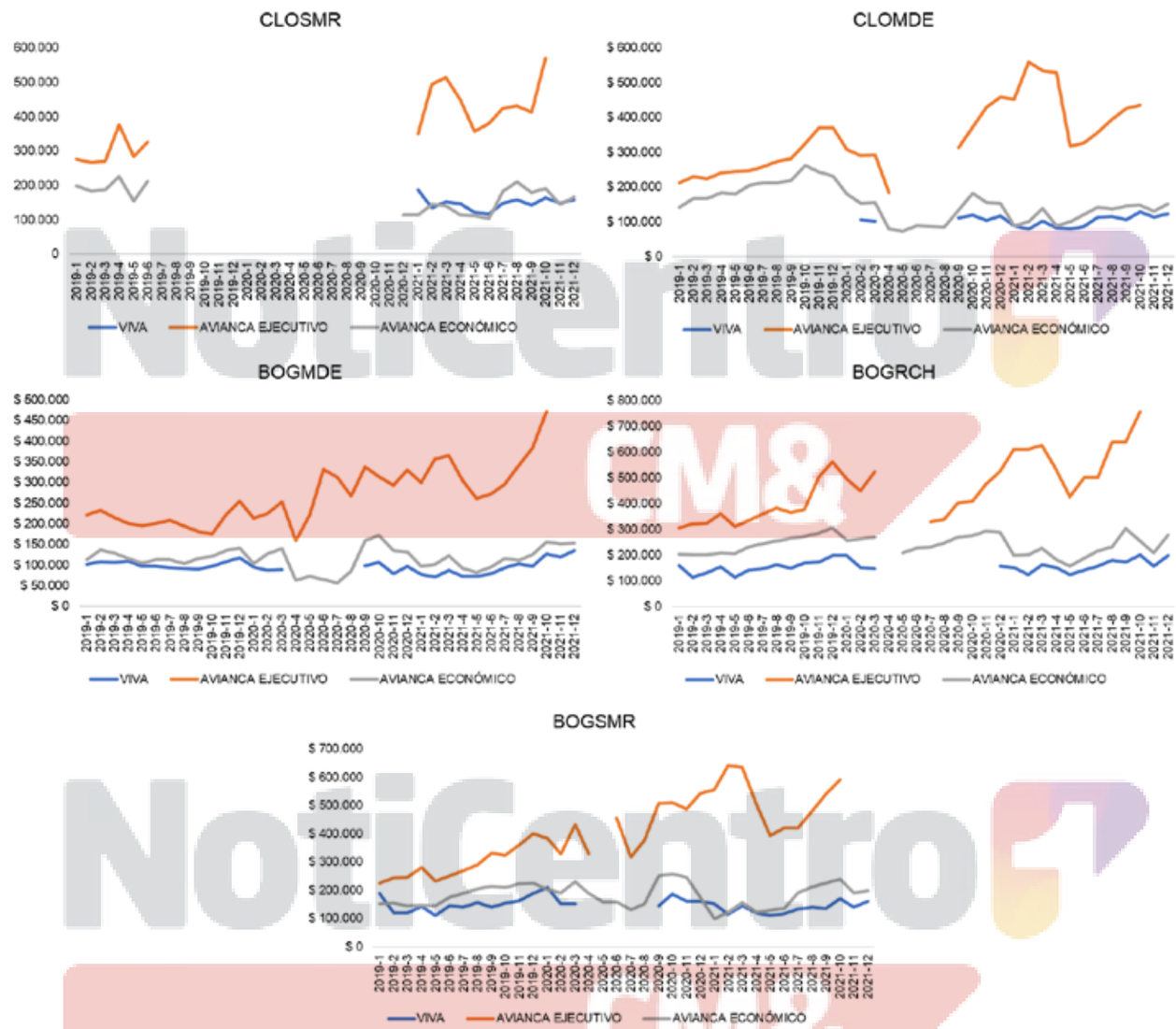
---

[87] W. Desseien, L. Garicano y R. Gertner (2010). Organizing for Synergies. American Economic Journal: MicroeconomicsVol. 2. No. 4. (Disponible en https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/mic.2.4.77)

[88] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2008). Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates. Disponible en: https://www.oecd.org/competition/mergers/41774055.pdf (consultado el 18 de noviembre de 2022).

Gráfica No. 4 - Precio promedio tiquete por rutas domésticas de LAS INVESTIGADAS





Fuente: Elaboración **SIC**[89]

Por tanto, la creación de vínculos estructurales entre los competidores **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** a través de la integración proyectada, habría eliminado la competencia entre esas empresas y, en cambio, habría promovido un comportamiento coordinado entre ellas. En consecuencia, esa operación, al haber eliminado la competencia entre las empresas, habrá configurado una integración empresarial. Lo anterior se debe a que al vincular las ganancias de las empresas se reducen los incentivos para competir y aumentar sus incentivos. Bajo dicho escenario, se adoptan comportamientos que conducen a la maximización conjunta de las ganancias.

En conclusión de todo lo expuesto en este aparte, estaría claro que la adquisición de los derechos económicos de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** por parte del grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA** habría generado el resultado de eliminar la competencia entre **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**. En concepto de la Delegatura, esta circunstancia habría generado que el grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA** adquiriera una influencia material en el desempeño competitivo de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**, en particular sobre las condiciones de la oferta de esas aerolíneas, su permanencia en el mercado y sus incentivos para competir. En primer lugar, lo explicado en este aparte acreditaría que la operación analizada habría determinado que la oferta de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** no estuviera orientada a imponer presiones competitivas sobre **AVIANCA**. Esto implica que, como consecuencia de la operación, la posición que la controlante de **AVIANCA** tiene sobre **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** determinaría un aspecto fundamental de la oferta que esas compañías realizarían en el mercado. Esto se acreditaría porque, sin esa influencia, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** tendrían los incentivos para mejorar su oferta con el fin de imponer presiones competitivas sobre **AVIANCA** para ganar el favor de los consumidores. En cambio, como resultado de la operación la oferta de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** no tendría ese enfoque.

[89] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital, Consecutivo 16. Documento denominado "22271597—0001600006" Carpeta privada solicitud preevaluación: 01. Solicitud pre evaluación V..CONFIDENCIAL, Anexo 6.1.1 - Precios mensuales Avianca.xlsx y Anexo 6.1.2 - Precios Mensuales Viva.xlsx

En segundo lugar, la operación analizada le habría atribuido al grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA** una influencia sustancial sobre la permanencia en el mercado de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**. Como se verá en el capítulo siguiente de este acto administrativo, **IV1L** participa directamente en la adopción de las decisiones de **VIVA AIR** para efectos de superar las dificultades económicas que está enfrentando y a través de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) tiene un derecho de veto sobre la decisión de terminar la actividad de la compañía.

En tercer lugar, ya quedó explicado que, de conformidad con el material probatorio recaudado hasta este punto, el resultado de la operación analizada habría sido la eliminación de los incentivos de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** para competir con **AVIANCA**.

Ahora bien, aunque se pudiera afirmar que la operación analizada no ha consolidado una integración empresarial propiamente dicha que involucre a **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**, lo cierto es que, como mínimo, habría implicado que se empezó a ejecutar esa operación y que generó entre esas aerolíneas vínculos económicos de naturaleza estructural.

En consecuencia, independientemente de la manera en que se considere el resultado de la operación analizada, lo cierto es que haberla ejecutado sin obtener previamente la autorización de la **AEROCIVIL** habría constituido un incumplimiento del deber legal previsto en los artículos 8, 9 y 25 de la Ley 1340 de 2009, así como el artículo 1866 del Código de Comercio.

10.3.1.2.3. AUNQUE SE PUDIERA AFIRMAR QUE EL GRUPO EMPRESARIAL DE AVIANCA NO HA EJERCIDO SU INFLUENCIA MATERIAL EN VIVA AIR Y VIVA PERÚ, O QUE LAS INVESTIGADAS NO HAN EJERCIDO LOS VÍNCULOS ECONÓMICOS ESTRUCTURALES ENTRE ELLAS, ESAS CIRCUNSTANCIAS NO DESVIRTÚAN LA CONFIGURACIÓN DE LA INTEGRACIÓN

Una vez analizada la operación del 29 de abril de 2022, así como los elementos que llevaron a ella y lo que sucedió con posterioridad, la Delegatura considera que la adquisición de los derechos económicos sobre **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** por parte del **IV1L** materializó una integración empresarial entre aquellas aerolíneas y **AVIANCA**. Esto fue así porque, como quedó explicado, la operación eliminó la competencia entre **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**. Ahora bien, la operación, como mínimo, habría implicado el inicio de la ejecución de la integración empresarial en condiciones que generaron vínculos económicos estructurales entre **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**, lo que en la práctica implica que la integración se habría materializado porque generó el efecto económico que ese tipo de operación persigue.

Es importante resaltar que, aunque se pudiese afirmar que **AVIANCA** no ha ejercido su influencia o actuado con el enfoque de coordinación ya expuesto en párrafos anteriores, el factor relevante que determina la existencia de la integración no es el ejercicio de la influencia material. Es que existe la posibilidad de que **AVIANCA** decida ejercer esa influencia o adopte un comportamiento que conduzca a la maximización conjunta de las ganancias. Esa posibilidad existiría y, por lo tanto, la integración analizada se habría materializado.

10.3.1.2.4. LA OPERACIÓN, ANALIZADA EN LA PRÁCTICA Y DESDE UNA PERSPECTIVA SUSTANCIAL, NO IMPIDIÓ LA CONFIGURACIÓN DE LA INTEGRACIÓN ENTRE LAS INVESTIGADAS

Aunque el diseño y ejecución de la operación analizada, vista desde una perspectiva exclusivamente formal, habría garantizado una separación apenas formal entre **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**, lo cierto es que el análisis de la operación se debe hacer desde una perspectiva sustancial enfocada en sus efectos económicos. Y al analizarlo desde esta perspectiva sustancial no hay duda de que la operación con base en la cual el grupo empresarial de **AVIANCA** adquirió los derechos económicos de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** materializó una integración entre **LAS INVESTIGADAS**. Esto es coherente con la doctrina de esta Superintendencia que, de un lado, establece que es irrelevante la forma jurídica en la que se lleve a cabo la integración y, del otro, dispone que no está permitido que se eluda el requisito de agotar el control previo de integraciones empresariales mediante figuras jurídicas que le permitan a las intervinientes comenzar la integración sin finalizarla. Por lo tanto, se reitera que la función de la autoridad única de competencia es analizar el impacto de la operación de integración sin importar la forma en que las empresas decidan llevar a cabo dicha unión.

10.3.2. LA INTEGRACIÓN SE CONFIGURÓ PORQUE LA SEPARACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS SOBRE VIVA AIR Y VIVA PERÚ ES SOLO APARENTE

Con lo expuesto hasta ahora está claro que la adquisición de los derechos económicos de **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** por parte de **IV1L**, controlante de **AVIANCA**, habría sido suficiente para constituir una integración empresarial que habría involucrado a las aerolíneas mencionadas. Sin perjuicio de lo anterior, en este aparte la Delegatura analizará este caso con un enfoque que –solo en gracia de discusión– partirá de la base de que es correcto afirmar que la separación de los derechos políticos y de voto sobre **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**, de manera que no quedaran radicados formalmente en **IV1L**, era un mecanismo suficiente para impedir la configuración de la integración que involucró a **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**.

Como se presentará con detalle a continuación, incluso si se partiera de la equivocada base anunciada tendría que concluirse que la integración se habría materializado. La razón es que, si bien formalmente los derechos políticos y de voto sobre **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** quedaron radicados en personas que no hacen parte del grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**, en la práctica y desde una perspectiva sustancial –como corresponde analizar este tipo de asuntos con fundamento en el régimen de protección de la competencia– la supuesta separación fue apenas aparente y, en realidad, las personas que ejercen los derechos en cuestión no son independientes frente al grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**.

Con el propósito de sustentar la conclusión expuesta, la Delegatura analizará primero el caso de **VIVA AIR**. Para el efecto, recordará la estructura de la operación analizada y la razón por la que, desde una perspectiva exclusivamente formal, **LAS INVESTIGADAS** afirmaron que los derechos políticos y de voto sobre **VIVA AIR** quedaron radicados en un tercero supuestamente independiente del grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**. Posteriormente, la Delegatura presentará las razones que evidenciarían que, en la práctica y desde una perspectiva sustancial, la supuesta separación de los derechos políticos y de voto sobre **VIVA AIR** fue apenas aparente porque el tercero no tiene la independencia anunciada por **LAS INVESTIGADAS**. En segundo lugar, la Delegatura abordará ese mismo análisis respecto de los derechos sobre **VIVA PERÚ**.

10.3.2.1. LA ESTRUCTURA DE LA OPERACIÓN ANALIZADA EN CUANTO A LA SEPARACIÓN FORMAL DE LOS DERECHOS POLÍTICOS Y DE VOTO SOBRE VIVA AIR

Como se señaló previamente, el 28 de abril de 2022 **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) contribuyó la totalidad de las acciones de **VIVA AIR** al **Fidecomiso Fast**[90]. Adicionalmente, separó los derechos económicos de los derechos políticos que se desprenden de esas acciones. Esto lo hizo señalando que **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) sería la beneficiaria de los derechos económicos y que **CASTLESOUTH**, una persona jurídica que no hace parte del grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**, sería la beneficiaria de los derechos políticos y de voto sobre **VIVA AIR**[91].

Ahora bien, **CASTLESOUTH** ejercería los derechos políticos y de voto sobre **VIVA AIR** a través de unas personas naturales que se denominan "Apoderados". Para el efecto, los "Apoderados" recibieron por parte de la fiduciaria, en su calidad de vocera del patrimonio autónomo titular de las acciones de **VIVA AIR**, un poder amplio y suficiente para ejercer en la práctica los derechos políticos y de voto de dichas acciones. Así, **CASTLESOUTH** es la encargada de tomar las decisiones que le corresponden al máximo órgano social (asamblea general de accionistas) de **VIVA AIR**[92] a través de los "Apoderados".

Según la estructura formal de la operación[93], la única relación entre **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) y **VIVA AIR** se limita al ámbito económico, ya que no tienen ningún otro vínculo en cuanto a la toma de decisiones. Esas decisiones formalmente le corresponden a una persona jurídica que no tiene relación con **AVIANCA** a través de unas personas naturales que serían independientes.

---

[90] Expediente Digital, Cuaderno Reservado AVIANCA Digital, Consecutivo 6, Documento denominado 22271597--0000600003.PDF.
[91] Expediente Digital, Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital, Consecutivo 32, Documento denominado 22271597--0003200013.PDF.
[92] Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital, Consecutivo 32, Documento denominado 22271597--0003200013.PDF.
[93] Expediente Digital. Cuaderno Reservado AVIANCA Digital, Consecutivo 6, Documento denominado 22271597--0000600003.PDF y Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital, Consecutivo 7, Documento denominado 22271597--0000700003.PDF.

10.3.2.2. LA SUPUESTA SEPARACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS Y DE VOTO SOBRE VIVA AIR FUE APENAS APARENTE

Es factible afirmar que la estructura de la operación analizada, vista desde una perspectiva exclusivamente formal, efectivamente logró que los derechos políticos y de voto sobre **VIVA AIR** quedaran formalmente separados del grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**. Sin embargo, ya está claro que este tipo de asuntos no se deben analizar con ese enfoque exclusivamente formal. En la práctica y desde una perspectiva sustancial, la supuesta separación de los derechos referidos fue apenas aparente. Esta conclusión se sustenta en las razones que se pasa a presentar.

10.3.2.2.1. EL TERCERO QUE EJERCE LOS DERECHOS POLÍTICOS Y DE VOTO SOBRE VIVA AIR NO TIENE LA INDEPENDENCIA ANUNCIADA RESPECTO DEL GRUPO EMPRESARIAL DE AVIANCA

El material probatorio disponible hasta este punto sugiere que, en la práctica y desde una perspectiva sustancial, **CASTLESOUTH** y las personas naturales que se encargan de ejercer los derechos políticos y de voto sobre **VIVA AIR** no serían realmente independientes frente al grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**. De hecho, **CASTLESOUTH** y los "Apoderados" serían agentes de ese grupo empresarial para promover sus intereses en el ejercicio de los derechos sobre **VIVA AIR**.

Como se pasa a exponer con detalle, la Delegatura advierte que la supuesta independencia de **CASTLESOUTH** sería discutible incluso desde las condiciones que determinaron su constitución, su actividad empresarial y el capital social que está involucrado en la compañía. Esas condiciones sugieren que **CASTLESOUTH** no sería una persona independiente capaz de cumplir a cabalidad la función que le fue encomandada: mantener los derechos de voto sobre **VIVA AIR** separados del grupo empresarial del que hace parte **AVIANCA**. En la práctica sería solo una ficción legal de la que se valdrían tres personas naturales que en realidad serían quienes ejercen todos los roles relevantes dentro de la persona jurídica y, por tanto, los derechos que formalmente le fueron atribuidos. De esas tres personas naturales, dos estarían vinculadas al grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA** y una estaría vinculada al grupo empresarial al que pertenecía **VIVA AIR**. Esa circunstancia, en concepto de la Delegatura, sería una manifestación evidente de la materialización de la integración, pues al final del ejercicio los derechos económicos y políticos sobre **VIVA AIR** confluirían en un grupo de personas naturales que representarían los intereses coordinados del grupo empresarial de **AVIANCA** y de los anteriores controlantes de **VIVA AIR**.

10.3.2.2.1.1. CASTLESOUTH FUE CONSTITUIDA POR LAS INVESTIGADAS Y SU ÚNICA ACTIVIDAD ES PERMITIR LA MATERIALIZACIÓN DE LA OPERACIÓN

Existe material probatorio que acreditaría que, en la práctica y desde una perspectiva sustancial, **CASTLESOUTH** no sería un tercero independiente del grupo empresarial al que pertenecería **AVIANCA**. En primer lugar, **CASTLESOUTH** habría sido diseñada y constituida por las mismas partes que diseñaron y ejecutaron la operación. Además, tendría un propósito exclusivo: emplearla como vehículo que permitiera la materialización de la integración a la vez que otorgaba una apariencia de separación entre **VIVA AIR** y el grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**. En segundo lugar, se trataría de una persona jurídica que no desarrolla ninguna actividad económica. Su única función consistiría en conservar los derechos políticos sobre **VIVA AIR** para de manera posterior radicarlos formalmente en **IV1L** –controlante de **AVIANCA**–. En tercer lugar, el capital social de **CASTLESOUTH** no sería coherente con una persona jurídica capaz de desarrollar actividades mercantiles. En realidad los limitados recursos que los accionistas contribuyeron a la persona jurídica son más coherentes con la hipótesis de que **CASTLESOUTH** sería simplemente una ficción legal que cumple el propósito de servir de pantalla a las personas naturales que se encargan de adoptar las decisiones de la compañía –y consecuencialmente, de ejercer los derechos políticos sobre **VIVA AIR**–.

• **CASTLESOUTH** habría sido diseñada y constituida por las mismas partes que diseñaron y ejecutaron la operación y, además, tendría un propósito exclusivo.

Existen elementos de prueba que acreditarían que **CASTLESOUTH** fue constituida por las mismas partes que desarrollaron la operación analizada en este acto administrativo. En adición, esas pruebas darían cuenta de que **CASTLESOUTH** habría sido creada con la exclusiva función de permitir la materialización de la integración entre **LAS INVESTIGADAS**. El propósito y la actividad

exclusivos de **CASTLESOUTH** fueron referidos por **NATALIA GUTIÉRREZ DE LARRAURI** (directora general del área jurídica de **AVIANCA**) durante la declaración que rindió el 11 de octubre de 2022[94]. En esa ocasión afirmó lo siguiente:

> "*(Minuto: 20:01)* ***Despacho****: ¿Finalmente sí conocían de la empresa* ***CASTLESOUTH****?*
>
> ***Natalia Gutiérrez****: Pues conocíamos lo necesario, que esa iba a ser la beneficiara tipo B, pero a lo que voy es que nosotros no revisamos quiénes eran accionistas o no, sino que entiendo que se hizo a través de las firmas de abogados Garrigues y Brigard.*
>
> ***Despacho****: ¿Y las firmas les comentaron a ustedes que era la empresa? ¿O qué hacían para que tuvieran tranquilidad?*
>
> ***Natalia Gutiérrez****: Sí, pues nos comentaron y quedamos tranquilos.*
>
> ***Despacho****: Y de lo que recuerda que les comentaron de esa empresa, ¿qué era?*
>
> ***Natalia Gutiérrez****: La empresa es un vehículo, creo que no tiene ningún propósito diferente a ser el beneficiario tipo B de la fiducia.*
>
> *(…)*
>
> *(Minuto: 22:01)* ***Natalia Gutiérrez****: Creo que fue un vehículo que se creó para esto, no creo que existiera antes*".

• **CASTLESOUTH** no desarrollaría ninguna actividad económica

En este caso también existen elementos de prueba que acreditarían que la única actividad que desarrolla **CASTLESOUTH** es conservar formalmente los derechos políticos sobre **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** mientras esos derechos se pueden radicar formalmente en **IV1L** –controlante de **AVIANCA**–. De un lado, la misma declaración citada daría cuenta de que se trata simplemente de un vehículo para materializar formalmente la integración analizada en este acto administrativo. De otro lado, la Delegatura no ha accedido a ninguna evidencia que acredite que **CASTLESOUTH** desarrolla alguna actividad empresarial.

• El capital social de **CASTLESOUTH** sería coherente con la hipótesis de la Delegatura

La Delegatura obtuvo el documento denominado Registro de socios y libro de acciones[95] y el que contiene la estructura corporativa del **GRUPO VIVA** después de la operación realizada durante el mes de abril de 2022[96]. Esos documentos darían cuenta de que **CASTLESOUTH** fue constituida por tres socios y que cada uno de ellos es titular de dos acciones. Así mismo, acreditarían que cada acción tiene un valor de 1 libra esterlina, de manera que el capital social de **CASTLESOUTH** ascendería a 6 libras esterlinas. La circunstancia expuesta implica que los derechos políticos sobre **VIVA AIR** –y, según la posición de **LAS INVESTIGADAS**, el control sobre la compañía– se habría entregado a una persona jurídica sin ningún tipo de experiencia cuyo patrimonio sería claramente insuficiente para responder por las decisiones que podría adoptar en ejercicio de los referidos derechos políticos. A juicio de la Delegatura, esta situación, valorada en conjunto con el restante material probatorio y de conformidad con las reglas de la sana crítica, no correspondería a la realidad. La situación, en cambio, sería coherente con la hipótesis que la Delegatura ha sostenido en este acto: que **CASTLESOUTH** en realidad es solo una ficción legal que cumple el propósito de servir de pantalla a las personas naturales que se encargan de adoptar las decisiones de la compañía –y consecuencialmente, de ejercer los derechos políticos sobre **VIVA AIR**–.

En conclusión de lo expuesto hasta este punto, sería posible concluir que los derechos políticos y de voto sobre **VIVA AIR** no fueron radicados en una persona que, en la práctica y desde una perspectiva sustancial, fuera verdaderamente independiente frente al grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**. Fue precisamente ese grupo empresarial el que promovió la constitución del tercero y le atribuyó el objetivo específico de hacer viable la integración. En concepto de la Delegatura, en este contexto particular la supuesta independencia de **CASTLESOUTH** queda en tela de juicio porque fue diseñada y constituida precisamente por las personas respecto de quienes

---

[94] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No.1. Folio 262 DVD. Carpeta AVIANCA_SA. Carpeta DECLARACIONES. Carpeta 04-DEC_NATALIA-GUTIERREZ. Carpeta GRABACION. Documento denominado 221011_0951.MP3 Min 20:01.
[95] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800005. PDF
[96] Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR 1, Consecutivo 28, Folio 236.

debería predicarse la independencia. Adicionalmente, fue creada con el objetivo de promover los intereses que el grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA** tiene en la integración. Por último, la persona jurídica no tiene las condiciones de experiencia y de capital para predicar de ella la alegada independencia que habría impedido la configuración de la integración.

10.3.2.2.1.2. LAS PERSONAS NATURALES QUE EJERCEN LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y POLÍTICOS SOBRE VIVA AIR ESTÁN VINCULADAS AL GRUPO EMPRESARIAL AL QUE PERTENECE AVIANCA

Dado que **CASTLESOUTH** es una ficción legal que sirve de pantalla a unas personas naturales, en este caso el análisis debe recaer sobre esas personas y su alegada independencia frente al grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**. Como se pasa a ver, en la práctica y desde una perspectiva sustancial –como debe valorarse este asunto–, en esas mismas personas naturales confluiría el ejercicio de los derechos económicos y políticos sobre **VIVA AIR** y, además, dos de esas personas estarían vinculadas al grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA** y la tercera estaría vinculada a los anteriores controlantes de **VIVA AIR**. Por lo tanto, es razonable concluir que las personas que ejercen todos los derechos que confieren las acciones de **VIVA AIR** en realidad actúan en beneficio del grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA** como resultado de la materialización de la integración analizada.

Para sustentar esta conclusión es necesario diferenciar entre dos momentos de la operación:

(i) El primero corresponde al periodo comprendido entre el 29 de abril y el 8 de agosto de 2022. Durante ese periodo **IV1L** (controlante de **AVIANCA**) era la titular del 100% de las acciones de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) y, por lo tanto, ejercía tanto los derechos económicos como los políticos sobre esa persona jurídica.

(ii) El segundo periodo relevante inicia a partir del 8 de agosto de 2022. En esa fecha **IV1L** (controlante de **AVIANCA**) transfirió a **WEST CASTLE** los derechos políticos de las acciones de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**). En consecuencia, a partir de ese momento los derechos sobre esa persona jurídica quedaron divididos: **IV1L** es el titular de los derechos económicos y **WEST CASTLE** titular de los derechos políticos sobre **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**).

Es importante recordar que considerar la situación de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) es fundamental en este caso. En efecto, **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) es la titular formal de los derechos económicos sobre **VIVA AIR**, de manera que al establecer quién toma las decisiones de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) se determina también quién ejerce los derechos económicos sobre **VIVA AIR**.

Para efectos expositivos, la Delegatura iniciará el desarrollo del argumento analizando el segundo periodo referido. Por lo tanto, a continuación presentará el material probatorio que acreditaría que desde el 8 de agosto de 2022 unas mismas personas naturales –que tienen la calidad de socios y "Apoderados" de **CASTLESOUTH**– determinan en la práctica el ejercicio de los derechos económicos y políticos sobre **VIVA AIR**. En adición, la Delegatura presentará las pruebas que sugieren que esas personas naturales están vinculadas al grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA** y que, en consecuencia, actúan al servicio de los intereses de ese grupo.

10.3.2.2.1.2.1. DESDE EL 8 DE AGOSTO DE 2022 LAS MISMAS PERSONAS NATURALES VINCULADAS A AVIANCA EJERCEN LOS DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS SOBRE VIVA AIR.

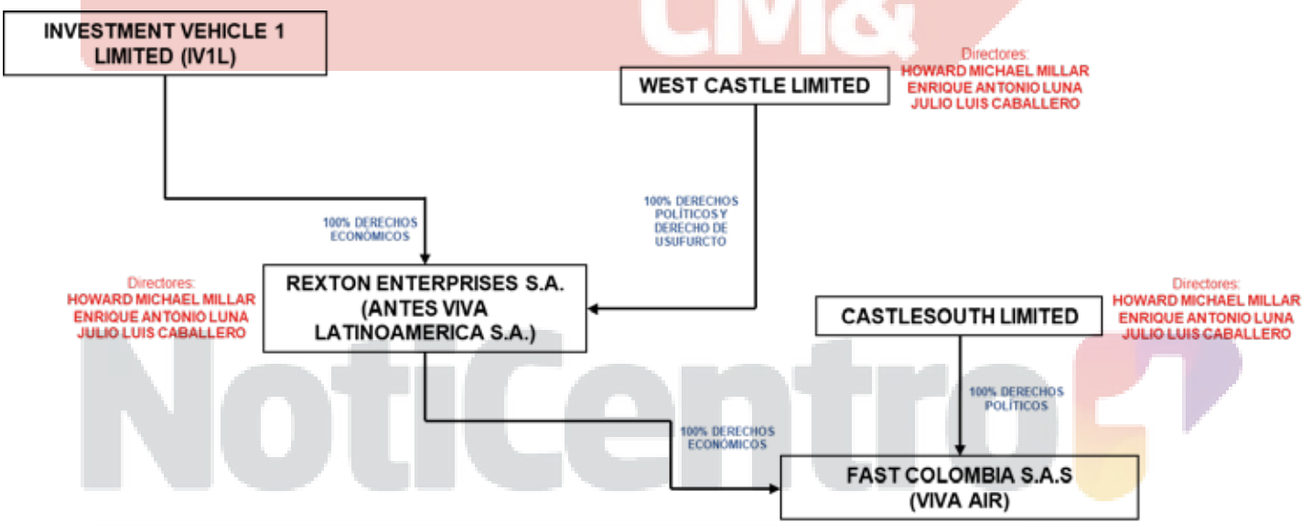
• En los tres socios y "Apoderados" de **CASTLESOUTH** confluye el ejercicio de los derechos económicos y políticos sobre **VIVA AIR**

En este caso existen evidencias que demostrarían que las tres personas naturales que tienen la calidad de socios y "Apoderados" de **CASTLESOUTH** son quienes se encargan de ejercer los derechos políticos sobre **VIVA AIR**. Así mismo, que esas mismas personas son quienes ejercen los derechos políticos sobre **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**). Esto es relevante porque **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**), en la lógica formal de la operación analizada, es la titular de los derechos económicos sobre **VIVA AIR**. Así, las personas naturales en cuestión determinan el ejercicio de los derechos políticos sobre **VIVA AIR** –a través de **CASTLESOUTH**– y de

los derechos económicos sobre **VIVA AIR** –a través de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**)–.

En efecto, los socios y "Apoderados" de **CASTLESOUTH** son **HOWARD MICHAEL MILLAR**, **ENRIQUE ANTONIO LUNA** y **JULIO LUIS CABALLERO**[97]. Ellos también son los directores de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) a partir del 8 de agosto de 2022[98]. Adicionalmente, también son directores de **WEST CASTLE** desde el 8 de agosto de 2022[99]. En este sentido, esas personas, como socios y "Apoderados" de **CASTLESOUTH**, ejercen los derechos políticos sobre **VIVA AIR** que fueron asignados a **CASTLESOUTH**. Así mismo, como directores de **WEST CASTLE** ejercen los derechos políticos sobre **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**), pues a partir del 8 de agosto de 2022 **WEST CASTLE** es titular de los derechos políticos sobre **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**). En adición, esta última compañía ejerce los derechos económicos sobre **VIVA AIR**. Esta situación se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Gráfica No. 5. Estructura de la operación de integración bajo estudio[100].



Fuente: Elaboración propia con base en el expediente.[101]

Conforme a lo anterior, los derechos políticos y los derechos económicos derivados de las acciones de **VIVA AIR** son ejercidos por las mismas personas, que son **HOWARD MICHAEL MILLAR**, **ENRIQUE ANTONIO LUNA** y **JULIO LUIS CABALLERO**.

También es importante resaltar, en relación con el papel que **HOWARD MICHAEL MILLAR**, **ENRIQUE ANTONIO LUNA** y **JULIO LUIS CABALLERO** tienen en la adopción de decisiones sobre **VIVA AIR**, que esas tres personas naturales también tendrían la calidad de miembros de la junta directiva de **VIVA AIR**. Así podría concluirse con fundamento en el correspondiente certificado de existencia y representación[102] y, además, estaría corroborado con el documento denominado "Acta No. 80 Reunión de la junta directiva FAST COLOMBIA S.A.S." que recogería lo discutido en una reunión de la junta directiva de **VIVA AIR**[103]. Con base en este último documento es importante también resaltar que, de conformidad con los estatutos de **VIVA AIR**, algunas decisiones fundamentales para el desempeño competitivo de la compañía están a cargo de la junta directiva. Un

---

[97] Expediente Digital, Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital, Consecutivo 32. Documento denominado 22271597--0003200013.PDF
Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800005. PDF Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No. 1. Folio 311. Carpeta Archivos. Documento denominado "220801 VA. Certificado de carencias [13167431]".
Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800003. PDF
[98] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No. 1. Folio 311. Carpeta Archivos. Documento denominado "Rexton – Appointment. [5136893]"
[99] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800003. PDF Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No. 1. Folio 311. Carpeta Archivos. Documento denominado "P. Botero – Notificación reorganización a FC [13169872]".
[100] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800003. PDF
[101] Expediente Digital, Cuaderno Reservado AVIANCA Digital. Consecutivo 6. Documento denominado 22-271597-0000600003. PDF. Expediente Digital, Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital, Consecutivo 7. Documento denominado 22271597--0000700003.PDF Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital, Consecutivo 7, Documento denominado 22271597--0000700003.PDF. Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR 1, Consecutivo 28, Folio 236. Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800003. PDF
[102] Certificado de Existencia y Representación Legal VIVA AIR.
[103] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800007. PDF

ejemplo de esas decisiones, que se aprecia en el documento analizado, es la que consiste en elegir al proveedor de combustible para la operación de la empresa y las condiciones de contratación. Para mayor ilustración de lo expuesto, una imagen del documento se presenta a continuación:

Imagen No.3. Acta No. 80 Reunión de la junta directiva FAST COLOMBIA S.A.S.

ACTA Nº 80

REUNIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA
FAST COLOMBIA S.A.S.

El día 5 de agosto de 2022 a las 11:05 a.m. (-5GTM), previa convocatoria debidamente enviada por Félix Antelo en su calidad de representante legal, se llevó a cabo una reunión extraordinaria de la Junta Directiva de FAST COLOMBIA S.A.S. ("Viva").

Estuvieron presentes los siguientes miembros de la Junta y de la Dirección:

Miembros de la Junta:
Enrique Luna
Howard Millar
Julio Caballero

• Las personas naturales que ejercen los derechos económicos y políticos sobre **VIVA AIR** están vinculadas al grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**

El material probatorio disponible hasta este punto de la actuación evidenciaría que las personas naturales referidas tienen vínculos con el grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA** y que, en realidad, actuarían como agentes de **LAS INVESTIGADAS** en la integración con el propósito de consolidar la actuación coordinada que la operación persigue.

(i) Vínculos de las personas naturales con el grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**.

La Delegatura resalta que **ENRIQUE ANTONIO LUNA** y **JULIO LUIS CABALLERO** han ejercido cargos directivos de **AVIANCA HOLDINGS S.A.**, compañía que, de conformidad con documentos originados en el grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**, es el anterior holding del grupo[104]. **HOWARD MICHAEL MILLAR**, por su parte, ha sido directivo de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**).

En relación con **ENRIQUE ANTONIO LUNA** se encuentra que fue director alterno de **AVIANCA HOLDINGS S.A.** (matriz de **AVIANCA** y actualmente **AGIL**) desde junio de 2019 y que al menos el 17 de noviembre de 2021 mantenía esa vinculación[105]. Por su parte, **JULIO LUIS CABALLERO** también tenía la calidad de director alterno de **AVIANCA HOLDINGS S.A.** (matriz de **AVIANCA** y actualmente **AGIL**) para el 17 de noviembre de 2021[106]. En adición, es socio director de la aerolínea nicaragüense **AEROTAXIS LA COSTEÑA S.A.** desde 1994 y es socio director de la aerolínea costarricense **SERVICIOS AÉREOS NACIONALES S.A.** desde 2013[107]. Esto es relevante porque **AVIANCA HOLDINGS S.A.** (actualmente **AGIL**) fue accionista mayoritaria de esas aerolíneas hasta mayo de 2019[108]. Por último, **HOWARD MICHAEL MILLAR** fue director de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) hasta el 28 de abril de 2022.

---

[104] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No. 1. Folio 311. Carpeta Archivos. Documento denominado "220804 Respuesta aerocivil – requerimiento_AV [7517]".
[105] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No. 1. Folio 320 CD. Carpeta 22_271597-IMG_DER_25NOV22. Carpeta Archivos. Documento denominado "AVH-Certificado Persona Jurídica [41555].pdf"
Consultado en: https://sv.linkedin.com/in/enrique-luna-9916474?original_referer=. (Fecha de consulta 21 de noviembre de 2022)
[106] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No. 1. Folio 320 CD. Carpeta 22_271597-IMG_DER_25NOV22. Carpeta Archivos. Documento denominado "AVH-Certificado Persona Jurídica [41555].pdf"
Consultado en https://www.larepublica.co/empresas/la-junta-de-avianca-estara-compuesta-por-no-menos-de-once-directores-2865986 (Fecha de consulta 21 de noviembre de 2022)
[107] Consultado en https://ni.linkedin.com/in/julio-caballero-5178493a (Fecha de consulta 21 de noviembre de 2022)
[108] Consultado en https://www.centralamericadata.com/es/article/home/Avianca_completa_venta_de_Sansa_y_La_Costea (Fecha de consulta 21 de noviembre de 2022)

La vinculación de **ENRIQUE ANTONIO LUNA** y **JULIO LUIS CABALLERO** al grupo empresarial del que hace parte **AVIANCA**, así como la de **HOWARD MICHAEL MILLAR** a **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) –que como resultado de la operación resultó controlada por **IV1L** (controlante de **AVIANCA**)– precisamente hasta el día anterior en el que se materializó la integración, permite concluir razonablemente que son personas vinculadas al grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA** quienes estarían ejerciendo los derechos políticos y económicos sobre **VIVA AIR**. Así mismo, que esas personas estarían actuando como agentes del grupo económico del que hace parte **AVIANCA** en el ejercicio de los derechos en cuestión. Desde luego que estas circunstancias acreditan que la supuesta separación de los derechos políticos sobre **VIVA AIR** es solo aparente y que, en consecuencia, el grupo empresarial del que hace parte **AVIANCA** sí tiene una influencia material sobre el desempeño competitivo de **VIVA AIR**.

(ii) Acuerdos de indemnidad entre **IV1L** y **ENRIQUE ANTONIO LUNA**, **JULIO LUIS CABALLERO** y **HOWARD MICHAEL MILLAR**.

La Delegatura encontró que el 8 de agosto de 2022 **IV1L** (controlante de **AVIANCA**) suscribió con **HOWARD MICHAEL MILLAR**, **ENRIQUE ANTONIO LUNA** y **JULIO LUIS CABALLERO** acuerdos de indemnidad para mantenerlos indemnes en relación con su posición como directores de **WEST CASTLE** (titular de los derechos económicos sobre **VIVA LATINAMERICA**, actualmente **REXTON**), **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**), **MOLYTON** y las entidades del **GRUPO VIVA**[109].

Estos contratos implicarían que **IV1L** dejaría indemnes (a través de medidas como reembolsos de gastos) a los directores de **WEST CASTLE**, **REXTON**, **MOLYTON** y las compañías del **GRUPO VIVA** ante cualquier perjuicio que pudieran padecer como consecuencia del ejercicio de sus funciones. A juicio de la Delegatura la indemnidad concedida por **IV1L** constituye una clara muestra de la relación entre **IV1L** (matriz del grupo empresarial **AVIANCA**) y los directivos de **CASTLESOUTH**. Incluso este contrato de indemnidad evidencia que los intereses de los directivos de **CASTLESOUTH** no son independientes a los intereses del grupo empresarial de **AVIANCA**.

(iii) Documentos que acreditarían la participación directa de **IV1L** (controlante de **AVIANCA**) en decisiones fundamentales para el desempeño competitivo de **VIVA AIR**.

La participación del grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA** en las decisiones sobre el desempeño competitivo de **VIVA AIR** no se habría limitado a la manera indirecta derivada de la vinculación de tres personas naturales que, en la práctica y desde una perspectiva sustancial, representan los intereses del referido grupo en la administración de **VIVA AIR**. La participación del grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**, además, habría sido directa. Una prueba de esta afirmación se encuentra en la ya mencionada "Acta No. 80 Reunión de la junta directiva FAST COLOMBIA S.A.S." de **VIVA AIR**[110]. El documento evidenciaría que la administración y los miembros de junta directiva de **VIVA AIR** discutieron con "el comprador" la estrategia para que **VIVA AIR** pudiera enfrentar las dificultades superables que la afectan y el plan de negocios que desarrollarían en el mercado. El documento, valorado en conjunto con el restante material probatorio y con referencia al contexto en el que se produjo, permitiría concluir que el denominado "Comprador" no es otro agente diferente de **IV1L** (controlante de **AVIANCA**), que fue quien formalmente adquirió los derechos económicos sobre la persona jurídica controlante de **VIVA AIR**. El aparte pertinente del documento se presenta a continuación:

ESPACIO EN BLANCO

[109] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No. 1. Carpeta Archivos. Folio 320 CD. Carpeta 22-271597-IMG_DER_25NOV22. Carpeta ARCHIVOS. Documento denominado "Re_ DD Orion [1031914]"

[110] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800007. PDF

Imagen No. 4. Acta No. 80 Reunión de la junta directiva FAST COLOMBIA S.A.S.

2. Actualización - Alternativas de apoyo a la empresa

La dirección actualizó a la Junta con respecto al comportamiento del combustible WTA y Platt's y cómo los precios habían bajado. Los precios están 1 dólar por debajo de lo que había hace un mes, y el consumo de Viva es de aproximadamente 4 a 5 millones de galones por polilla.

En cuanto a las alternativas para la empresa y la forma de salir de la situación financiera negativa, el Presidente de la Junta Directiva informó a los miembros de la Junta de que él y la dirección se habían puesto en contacto con el comprador durante los últimos días para ver cómo iba a avanzar la empresa. Explicó que se ha acordado contratar a Seabury para que presente a la dirección un plan de negocio que sea viable a largo plazo, pero también para que trabaje en términos de la mejor solución con los arrendadores.

En conclusión de lo expuesto en este aparte, desde el 8 de agosto de 2022 personas naturales vinculadas al grupo empresarial de **AVIANCA** y la persona jurídica **IV1L** (controlante de **AVIANCA**) directamente son quienes se encargan de ejercer los derechos económicos y políticos sobre **VIVA AIR**. Por lo tanto, la alegada separación de los derechos políticos –que según la equivocada tesis de las investigadas habría impedido la configuración de una integración en este caso– en realidad no existió. De esto se sigue que incluso desde la perspectiva del argumento de **LAS INVESTIGADAS** se materializó una integración que involucró a **AVIANCA** y **VIVA AIR**.

10.3.2.2.1.2.2. ENTRE EL 29 DE ABRIL Y EL 8 DE AGOSTO DE 2022 PERSONAS VINCULADAS A AVIANCA EJERCIERON LOS DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS SOBRE VIVA AIR.

La confluencia de los derechos políticos y económicos sobre **VIVA AIR** en personas vinculadas al grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA** estaría acreditada en este caso. De hecho, la vinculación analizada es más directa en este periodo. Al respecto, a estas alturas ya está claro que los socios y "Apoderados" de **CASTLESOUTH**, que son las personas naturales encargadas de ejercer los derechos políticos sobre **VIVA AIR**, tendrían una vinculación con el grupo empresarial del que hace parte **AVIANCA**. Por lo tanto, agentes de ese grupo habrían estado a cargo del ejercicio de los derechos políticos sobre **VIVA AIR**.

En lo que atañe al ejercicio de los derechos económicos sobre **VIVA AIR** la vinculación sería más clara. Como ya quedó explicado, durante el periodo comprendido entre el 29 de abril y el 8 de agosto de 2022 los derechos económicos sobre **VIVA AIR** estuvieron radicados en **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**). El punto relevante es que para ese periodo **IV1L** era la titular de todas las acciones de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) y, por lo tanto, quien ejercía los derechos económicos y políticos sobre esta compañía.

En consecuencia de lo anterior, para el periodo analizado los derechos políticos sobre **VIVA AIR** fueron ejercidos por personas naturales que estarían vinculadas con el grupo empresarial del que hace parte **AVIANCA** y que, además, actuarían como sus agentes. Los derechos económicos sobre **VIVA AIR**, por su parte, fueron ejercidos por una compañía directamente vinculada a **IV1L**, que es la matriz de todo el grupo empresarial de **AVIANCA**. La conclusión que procede es que el ejercicio de los derechos políticos y económicos sobre **VIVA AIR** habría confluido en personas vinculadas al grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**.

10.3.2.2.2. VÍNCULOS LABORALES Y SOCIETARIOS ENTRE ALGUNAS PERSONAS Y LOS AGENTES DEL MERCADO QUE PARTICIPARON EN LA INTEGRACIÓN.

En este aparte la Delegatura resaltará una situación que es coherente con la hipótesis de que la integración analizada ya se materializó. Esa situación comprende dos aspectos. De un lado, como resultado de la operación analizada funcionarios vinculados a **IV1L** tienen roles en diversas empresas involucradas en la integración en condiciones que les permiten garantizar que el interés del grupo empresarial de **AVIANCA** se materialice en las empresas del **GRUPO VIVA**, en particular en **VIVA AIR**. De otro lado, personas que antes de la integración tenían un papel fundamental en

compañías del **GRUPO VIVA** pasaron a formar parte del grupo de directores de las compañías que hacen parte del grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**.

La situación comentada es coherente con la hipótesis de que la integración investigada ya se materializó. En efecto, cuando dos grupos empresariales se integran mediante una operación de adquisición es natural encontrar dos consecuencias en lo relacionado con las personas naturales que están vinculadas a las empresas que participaron en la integración. De un lado, que personas vinculadas al grupo adquirente adquieran posiciones relevantes en las empresas que hacen parte del grupo adquirido. Esa medida garantiza que las empresas adquiridas respondan al interés del nuevo controlante. De otro lado, es natural que los inversionistas –beneficiarios últimos de los resultados económicos– del grupo adquirido obtengan una posición en la estructura del grupo adquirente a manera de remuneración.

10.3.2.2.2.1. RICHARD GALINDO SÁNCHEZ.

Un ejemplo de la primera situación referida se encuentra en el caso de **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ**, director jurídico de **AVIANCA**. Él ha sido empleado de **AVIANCA** desde el 2 de febrero de 2017[111] y, después de la operación, también ha ejercido los cargos de director de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**)[112] y jefe legal y "*general counsel*" de **IV1L**[113].

Es importante anotar que **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** (director jurídico de **AVIANCA**) ha adelantado actuaciones en ejercicio de los cargos referidos. En concreto, el 3 de agosto de 2022, actuando como director de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**), envió a la fiduciaria una carta en la que ejerció el derecho de veto contra ciertas decisiones que podía tomar **CASTLESOUTH** en el ejercicio de los derechos políticos sobre **VIVA AIR**. Así mismo, el 16 de agosto de 2016 **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ**, esta vez actuando como jefe legal y "*general counsel*" de **IV1L**, le comunicó a **VIVA AIR** que **IV1L** transfirió a **WEST CASTLE** los derechos de voto de la totalidad de las acciones de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**).

En esa medida, **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** (director jurídico de **AVIANCA**) se encuentra vinculado con las dos partes intervinientes en la integración analizada. Ciertamente, ocupa cargos tanto en **IV1L** y **AVIANCA**, como en **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**), que es la beneficiaria de los derechos económicos sobre **VIVA AIR**. Esta doble posición de **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** podría generar vínculos entre las empresas encargadas de la administración y control de **AVIANCA** y **VIVA AIR**.

Teniendo en cuenta la estructura descrita, la participación de **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** como miembro directivo de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) y empleado de **IV1L** y **AVIANCA** permitiría inferir razonablemente que **AVIANCA**, a través suyo, tiene al menos la capacidad de conocer las decisiones que se toman sobre **VIVA AIR** y que incluso podría tener influencia sobre ellas.

10.3.2.2.2.2. DECLAN RYAN.

El caso de **DECLAN RYAN** es un ejemplo de la segunda situación referida por la Delegatura. Él fue el principal inversionista y director de **VIVA AIR**[114] y **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**)[115]. El 28 de abril de 2022 –precisamente un día antes de que se formalizara la operación que en realidad constituye una integración– presentó su renuncia como director de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**)[116]. Después de la operación, el 29 de abril de 2022, pasó a ser miembro de la junta directiva de **IV1L** (controlante de **AVIANCA**)[117]. Es decir, una vez perfeccionada la operación, el principal accionista y director de **VIVA AIR** pasó a ser parte de la junta

---

[111] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No.1. Folio 262 DVD. Carpeta AVIANCA_SA. Carpeta DECLARACIONES. Carpeta 06-DEC_RICHARD-GALINDO. Carpeta GRABACION. Documento denominado 221011_1142.MP3 Min 12:20.
[112] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No. 1. Folio 311. Carpeta Archivos. Documento denominado "Notificación - Decisiones Especiales [5221388]".
[113] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No. 1. Folio 311. Carpeta Archivos. Documento denominado 220816 "P. Botero – Notificación reorganización a FC [13169872]".
[114] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800004. PDF
[115] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800004. PDF
[116] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800004. PDF
[117] https://www.valoraanalitik.com/2022/09/20/declan-ryan-nuevo-miembro-de-junta-directiva-avianca/ (Consultado el 17 de noviembre de 2022)
https://www.larepublica.co/empresas/declan-ryan-quien-era-directivo-de-viva-sera-miembro-de-la-junta-directiva-de-avianca-3451836 (Consultado el 17 de noviembre de 2022)

directiva de la matriz de **AVIANCA**. Es importante anotar que antes de perfeccionarse la operación **DECLAN RYAN** ya contaba con un correo electrónico de dominio de **AVIANCA** y recibió información empresarial de esta compañía. Así lo demuestra el correo electrónico enviado por **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** el 20 de abril de 2022 a los miembros directivos de **IV1L**, en el que les consultó sobre una decisión empresarial de **IV1L** referente a acuerdos empresariales de compra de combustible. En este correo electrónico se incluye como destinatario la cuenta de correo electrónico Declan.Ryan@avianca.com y se le solicita que para el mes de julio de 2022 comunique su voto en relación a la decisión a tomar[118]. El documento se presenta a continuación:

Imagen No. 5. Correo electrónico del 20 de abril de 2022 dirigido a DECLAN RYAN

Estimados miembros de la Junta,

Esperamos que este mensaje los encuentre bien. De conformidad con el Anexo 2 del acuerdo de inversión de Investment Vehicle 1 Limited, solicitamos su aprobación de los asuntos establecidos en las resoluciones escritas adjuntas (las "Resoluciones"). Las resoluciones pretenden aprobar la negociación y ejecución de determinados acuerdos de combustible, tal y como se describe en la presentación adjunta. Tengan en cuenta que se ha obtenido el consentimiento estándar del inversor para esta transacción.

Por favor, respondan a la mayor brevedad posible a vuelta de correo electrónico de acuerdo con las siguientes instrucciones: (i) marque con una "x" si su voto es afirmativo o negativo, y (ii) ejecute y entregue las Resoluciones por correo electrónico al equipo legal de Avianca.

No duden en ponerse en contacto con nosotros si tiene algún comentario o pregunta.

Atentamente,

Richard GALINDO
Director Jurídico - Abogado General
Bogota, Colombia

10.3.2.2.3. EL GRUPO EMPRESARIAL DEL QUE HACE PARTE AVIANCA TENDRÍA UN CONTROL NEGATIVO SOBRE VIVA AIR A TRAVÉS DE UN DERECHO DE VETO.

El material probatorio recaudado hasta ahora permitiría concluir que el grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA** tendría un control negativo sobre **VIVA AIR** porque tiene la posibilidad de vetar unas decisiones sobre esta compañía que son fundamentales para su desempeño competitivo. Esa posibilidad la ejercería a través de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**), que desde abril de 2022 hace parte del grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**. En adición, el ejercicio de ese poder de veto lo llevaría a cabo a través de funcionarios directamente vinculados a **IV1L** y otras compañías del grupo de **AVIANCA**.

10.3.2.2.3.1. EL PODER DE VETO DE VIVA LATINAMERICA (ACTUALMENTE REXTON) SOBRE DECISIONES DE VIVA AIR.

La Delegatura ya explicó que **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) entregó al patrimonio autónomo del **Fideicomiso Fast** la totalidad de las acciones de **VIVA AIR**. Así mismo, que en el marco del contrato de fiducia se estableció a **CASTLESOUTH** como beneficiaria de los derechos políticos sobre **VIVA AIR** y que, según **LAS INVESTIGADAS**, de esa manera **CASTLESOUTH** es la legitimada para ejercer esos derechos.

Un aspecto que ahora debe resaltarse es que, en virtud del contrato de fiducia mercantil, **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) conservó el derecho a vetar algunas decisiones que **CASTLESOUTH** podría tomar en ejercicio de los derechos políticos sobre **VIVA AIR**. Estas decisiones susceptibles de veto por **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) son las llamadas "*DECISIONES ESPECIALES*", que corresponden a todas aquellas que traten sobre los siguientes asuntos[119]:

> "*- Modificaciones al capital suscrito de FAST COLOMBIA.*
> *- Procesos de fusión, escisión o adquisiciones.*
> *- Disolución y liquidación de la sociedad.*

[118] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800002. PDF
[119] Expediente Digital, Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital Consecutivo 32, Documento denominado 22271597--0003200013.PDF.

- Venta de activos o inversiones sustanciales fuera del giro ordinario de los negocios. Para efectos de lo anterior, se entenderá que son activos sustanciales (i) cualquier derecho sobre aeronaves, bien sea a título de propietario, arrendatario, comodatario, poseedor, o cualquier otro título; (ii) aquellos cuyo valor registrado en la contabilidad de FAST COLOMBIA sea superior a USD$5.000.000 conforme al valor en pesos indicado por el FIDEICOMITENTE. Para los efectos establecidos en el presente numeral, se entenderá que el giro ordinario de FAST COLOMBIA significa el desarrollo del negocio conforme a la ley aplicable, los estatutos y las prácticas pasadas de la compañía".

De esta manera, en virtud de la cláusula 1.14 del contrato de fiducia, cada vez que **CASTLESOUTH** –que es quien ejerce los derechos políticos sobre **VIVA AIR**– pretenda tomar alguna decisión relacionada con los asuntos citados, tendrá la obligación de informar a la fiduciaria para que esta notifique a **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) con el fin de que esta compañía decida si veta o no la decisión proyectada. El alcance del derecho de veto es tan extenso que, de conformidad con lo pactado en el contrato, si **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) no se pronuncia sobre la decisión proyectada, esa decisión se entiende vetada y, por lo tanto, **CASTLESOUTH** tendría que votar de manera negativa sobre la decisión proyectada.

10.3.2.2.3.2. EL PODER DE VETO ANALIZADO HA SIDO EJERCIDO POR FUNCIONARIOS VINCULADOS DIRECTAMENTE AL GRUPO EMPRESARIAL DE AVIANCA.

La Delegatura ya presentó las pruebas y consideraciones que permitirían concluir que el grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA** o personas naturales vinculadas a ese grupo ejercen los derechos económicos y políticos sobre **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**). Esa circunstancia evidenciaría que el poder de veto reconocido para esta compañía en realidad beneficia al grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**. Ahora bien, esa conclusión se corrobora porque, como se pasa a explicar, el poder de veto analizado ha sido ejercido directamente por un funcionario vinculado a **AVIANCA** y a las empresas que hacen parte del grupo de **AVIANCA**.

El sustento de la anterior conclusión se encuentra en que el 3 de agosto de 2022, **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** (jefe legal de **AVIANCA** y vinculado directamente a otras compañías del grupo empresarial), actuando como director y secretario de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**), remitió a la fiduciaria una carta en la que habría ejercido el poder de veto analizado. En esa carta (i) informó que **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) recibió notificaciones de incumplimiento de contratos de arrendamiento de distintos acreedores de **VIVA AIR**, (ii) resaltó que la decisión de iniciar un proceso de insolvencia de **VIVA AIR**, bien sea de reorganización o liquidación, constituye una Decisión Especial y, como tal, da lugar al derecho de veto; y (iii) exigió que se observen y cumplan las cláusulas del contrato de fiducia y, en ese sentido, se respeten los procedimientos consagrados para el ejercicio del derecho de veto sobre las Decisiones Especiales[120].

10.3.2.2.3.3. EL PODER DE VETO PODRÍA CONSTITUIR UN CONTROL NEGATIVO

En este acto administrativo la Delegatura precisó, con fundamento en la normativa aplicable y los pronunciamientos de esta Superintendencia, que el control es la posibilidad de ejercer una influencia material sobre el desempeño competitivo de otro agente. En este punto es necesario agregar, con el mismo fundamento, que es posible que se genere un control competitivo negativo si la influencia material se deriva de la posibilidad de que un agente impida que otra empresa opere o tome algunas decisiones estratégicas para su funcionamiento[121].

En este orden de ideas, los derechos de veto podrían dar lugar al control competitivo negativo si recaen sobre decisiones estratégicas que afectan el desempeño competitivo de una empresa en el mercado. Es pertinente resaltar algunas decisiones que han sido entendidas por esta Superintendencia como derechos de veto que darían lugar al control competitivo negativo. Entre esas decisiones se encuentran las que traten sobre: (i) apertura de nuevas líneas de negocio; (ii) elección o destitución de altos directivos o miembros de junta; (iii) la aprobación de inversiones o endeudamiento; (iv) la terminación de la empresa; (v) la disposición de bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa, (vi) la realización de cualquier operación de fusión o escisión y (vii) la variación de la actividad a la que se dedica la empresa[122].

---

[120] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No. 1. Folio 311. Carpeta Archivos. Documento denominado "Notificación - Decisiones Especiales [5221388]".
[121] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 30853 del 17 de junio de 2015.
[122] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 5545 del 06 de febrero de 2014.

10.3.2.2.3.4. EL PODER DE VETO ANALIZADO CONSTITUIRÍA UN CONTROL NEGATIVO DEL GRUPO EMPRESARIAL DE AVIANCA SOBRE VIVA AIR.

Con fundamento en lo expuesto, el derecho de veto del grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**, que ejerce a través de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) y recae sobre algunas decisiones de **VIVA AIR**, habría constituido un control competitivo negativo por parte de aquel grupo empresarial sobre **VIVA AIR**. Esto es así porque las decisiones que puede vetar **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) son determinantes para el desempeño competitivo de **VIVA AIR**. Entre ellas se encuentran las relacionadas con (i) fusiones o escisiones sobre **VIVA AIR**, (ii) disolución y liquidación de **VIVA AIR** y (iii) las inversiones o ventas de activos sustanciales como las aeronaves o derechos sobre ellas por parte de **VIVA AIR**. El derecho de veto sobre esas decisiones, como quedó visto, podría constituir control competitivo negativo.

Este control competitivo negativo por parte de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) y el grupo empresarial de **AVIANCA** sobre **VIVA AIR**, implicaría que las empresas habrían empezado a tener vínculos económicos y estructurales que dan lugar a una integración empresarial sin obtener la autorización previa de la autoridad competente.

10.3.2.2.4. AVIANCA Y VIVA AIR HABRÍAN EMPEZADO A OPERAR DE MANERA COORDINADA.

En concepto de la Delegatura, el material probatorio recaudado permitiría afirmar que **AVIANCA** y **VIVA AIR** han empezado a desarrollar actuaciones en el mercado de manera conjunta y coordinada. Esta circunstancia sería coherente con la hipótesis de que la integración analizada ya tuvo lugar y, por lo tanto, que **AVIANCA** y **VIVA AIR** estarían actuando en beneficio de su controlante común.

10.3.2.2.4.1. Directores del grupo empresarial de AVIANCA tendrían la posibilidad de dar instrucciones tanto a AVIANCA como a VIVA AIR.

• Las instrucciones del grupo empresarial del que hace parte **AVIANCA** para determinar la gestión de **AVIANCA** y de **VIVA AIR**.

La Delegatura encontró evidencia de que **DECLAN RYAN** (anteriormente principal inversionista y director de **VIVA AIR**[123] y **VIVA LATINAMERICA**[124] y actualmente miembro de la junta directiva de **IV1L**[125]) está en la posibilidad de impartir instrucciones a **AVIANCA** y a **VIVA AIR** para que actúen de manera coordinada en beneficio de su controlante común. Una prueba de esa circunstancia se encontraría en que **DECLAN RYAN** envío algunos correos electrónicos dando instrucciones a cargos directivos de **AVIANCA** y **VIVA AIR** entre el 27 de septiembre y el 3 de octubre de 2022. Así lo demostraría la cadena de correos que se expone a continuación[126]:

> "***Fecha***: *27 de septiembre de 2022, 9:42:08.GMT-5*
> ***De***: *Tom Mullins*
> ***Para***: *Declan Ryan*
> ***Asunto***: *Problema de CTG*
>
> *Hola Dec – como miembro de la junta de Avianca, pensé que sería útil para usted saber acerca de algunas deficiencias de servicio malo que experimenté en el aeropuerto CTG este sábado pasado en los tiempos de procesamiento de aduanas / inmigración. Mi vuelo llegó a tiempo a CTG desde Estados Unidos alrededor de las 12:30 horas. (…) Cuando entramos en el vestíbulo de llegadas quedó claro de inmediato que el CTG tenía un grave problema de falta de personal*
> *en los agentes de inmigración. Los visitantes extranjeros tardaron 2,25 horas en pasar. Muchos pasajeros se enfadaron mucho y se quejaron al personal de CTG, pero afortunadamente los pasajeros no se tornaron disruptivos. Espero que Avianca pueda usar su influencia para solucionar ese problema. (…)"*
>
> *"**Fecha**: 27 de septiembre de 2022,10:11 a.m.*
> ***De**: Declan Ryan*

---

[123] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800004. PDF
[124] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800004. PDF
[125] https://www.valoraanalitik.com/2022/09/20/declan-ryan-nuevo-miembro-de-junta-directiva-avianca/ (Consultado el 17 de noviembre de 2022)
https://www.larepublica.co/empresas/declan-ryan-quien-era-directivo-de-viva-sera-miembro-de-la-junta-directiva-de-avianca-3451836 (Consultado el 17 de noviembre de 2022)
[126] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800006. PDF

***Para**: Carlos Raúl Yepes <yepescarlosraul@gmail.com>; Felix Antelo <felix.antelo@vivaair.com>; Loren Moss <consulting@lorenmoss.com>; Pacho Lalinde <francisco.lalinde@vivaair.com>; Alexander Cipagauta <alexander.cipagauta@vivaair.com>; Frederico Pedreira- COO <frederico.pedreira@avianca.com>; Rohit Philip <rohit.philip@avianca.com>; RJ Stebbings <Rupert@vivaair.com>; Tatianna Stebbings <Tatiana.vasquez@fundacionvivaair.com>; Catalina Jaramillo <catalina.rendon@vivaair.com>; Santiago Castro <Scgcalicol@hotmail.com>; Fiona Nic Dhonnacha <Fiona.NicDhonnacha@dfa.ie>; Michael Anthony Swiatek <michael.swiatek@avianca.com>; monicagil@fundacionvivaair.com; Susana Jurídica <susana.mantilla@vivaair.com>; MARIA CLAUDIA GEDEON CUETER <mcgedeon@sacsa.com.co>; Natalia Laverde <NataliaLaverde@irelandia.ie>; Carlos Londoño <carlosaugusto1976@gmail.com>*
***Asunto**: Fwd: Problema CTG*

Estimados, Tom lleva 25 años en la banca de inversión estadounidense.
Esta historia es terrible.
Por favor tomar acción.
Gracias"

*"**Fecha**: 3 de octubre de 2022, 2:09.*
***De**: María Claudia Gedeón*
***Para**: Declan Ryan*
***Asunto**: Re: Problema CTG*

(…) Tenemos una escasez de personal de migración en el aeropuerto y ha sido difícil conseguir más personal asignado por el gobierno nacional. (…) Lamento la mala experiencia que tuvo su amigo en el aeropuerto."

*"**Fecha**: 3 de octubre de 2022, 16:51:08 IST.*
***De**: Declan Ryan*
***Para**: Carlos Raúl Yepes <yepescarlosraul@gmail.com>, Pacho Lalinde <francisco.lalinde@vivaair.com>, Felix Antelo <felix.antelo@vivaair.com>, Catalina Jaramillo <catalina.rendon@vivaair.com>, Pablo Madrinan <pablo.madrinan@vivaair.com>*
***Asunto**: Re: Problema CTG*

Gracias Maria Claudia
*He copiado el correo **a nuestros principales actores en Viva Air**. Favor decir cómo podemos apoyar al aeropuerto en este asunto crítico*
Saludos"

*"**Fecha**: 3 de octubre de 2022, 6:06:00 CEST*
***De**: Declan Ryan*
***Para**: Frederico Pedreira <frederico.pedreira@avianca.com>, Richard Galindo Sanchez <richard.galindo@avianca.com>, Maria Carolina Cortes Arce <carolina.cortes@avianca.com>, Gonzalo Restrepo Lopez <Gonzalo.Restrepol@avianca.com>, Javier Alexander Gutierrez Rueda <javier.gutierrez@avianca.com>*
***Asunto:** Problema CTG*

"Muchachos
Obviamente lo mismo para Avianca
Por favor ejerzan toda la presión posible en este asunto crítico
Saludos".
(Destacado y Subrayado propio)

Como se puede observar a partir de la cadena de correos electrónicos citada, **DECLAN RYAN** (miembro de la junta directiva de **IV1L**) fue contactado por un conocido suyo, quien reconociendo su calidad de "*miembro de la junta de **AVIANCA***" le compartió información sobre los elevados tiempos de espera en el proceso de inmigración en el aeropuerto de Cartagena. Al enterarse de esta situación, **DECLAN RYAN** (miembro de la junta directiva de **IV1L**) reenvió el mensaje a directores de **VIVA AIR**, directores de **AVIANCA** y al Gerente de Asuntos Corporativos de la **SOCIEDAD AEROPORTUARIA DE LA COSTA S.A.** A través de estos correos **DECLAN RYAN** (miembro de la junta directiva de **IV1L**) emitió indicaciones a directores de **VIVA AIR** y **AVIANCA** con el fin de remediar la situación.

Conforme con lo expuesto, se tiene que **DECLAN RYAN** (miembro de la junta directiva de **IV1L**) habría impartido instrucciones a cargos directivos tanto de **AVIANCA** como de **VIVA AIR**. Adicionalmente, en las comunicaciones mencionadas **DECLAN RYAN** (miembro de la junta directiva

de **IV1L**) se refería a los directivos de **VIVA AIR** como "*nuestros principales actores*" y se refería indistintamente a **AVIANCA** y **VIVA AIR** en un momento en el cual **AVIANCA** y **VIVA AIR** deberían actuar de manera completamente independiente.

• La interpretación de la Delegatura sobre los mensajes no se desvirtúa por la reacción de **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** (director jurídico de **AVIANCA** y jefe legal y "*general counsel*" de **IV1L**) ni por las manifestaciones posteriores de **DECLAN RYAN**.

La instrucción que **DECLAN RYAN** (miembro de la junta directiva de **IV1L**) habría dirigido a personal directivo de **AVIANCA** y a personal directivo de **VIVA AIR** generó la reacción del director jurídico de **AVIANCA**, que a la vez es el jefe legal y *general counsel* de **IV1L** (controlante de **AVIANCA**). De conformidad con la cadena de correos electrónicos analizada, después de que **DECLAN RYAN** (miembro de la junta directiva de **IV1L**) dio la instrucción comentada, **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** (director jurídico de **AVIANCA** y jefe legal y "*general counsel*" de **IV1L**) envió un mensaje en el que informó que la remisión de la instrucción a personal de **VIVA AIR** fue un error que debía ser corregido mediante la implementación del programa de cumplimiento en materia de libre competencia de **IV1L**. El documento se presenta a continuación[127]:

> *"El 4 de octubre de 2022, a las 01:41, Richard Galindo Sánchez <richard.galindo@avianca.com> escribió:*
> *Un saludo a todos, -*
> *Les rogamos que no tengan en cuenta el hilo de correo electrónico que aparece a continuación y que se abstengan de proporcionar información adicional. La cadena de correo electrónico se inició por error con los destinatarios de Viva, pero según nuestras directrices de cumplimiento de la normativa antimonopolio, hemos tomado las medidas necesarias para garantizar que esto no vuelva a ocurrir. Si es necesario, se puede iniciar una nueva discusión en relación con este asunto, pero obviamente no se puede involucrar al personal de Viva en la misma cadena.*
> *Atentamente,*
> *Richard"*

Ante ese llamado de atención, **DECLAN RYAN** (miembro de la junta directiva de **IV1L**) ofreció disculpas y aclaró que su mensaje estuvo motivado porque consideró que la demora en el proceso de migración en Cartagena es un asunto de interés nacional para el turismo, de manera que no lo interpretó como algo relacionado específicamente con alguna aerolínea. El mensaje se presenta a continuación[128]:

> *"De: "Declan Ryan" <dfr@irelandia.ie>*
> *Para: "Richard Galindo Sanchez" <richard.galindo@avianca.com>*
> *Fecha: 10/3/2022 10:42:15 PM*
> *Asunto: Re: Problema de CTG*
>
> *Estimados,*
> *Mis disculpas. El tema es una preocupación nacional para el turismo colombiano. De ninguna manera creí que fuera un problema específico de la aerolínea*
> *Atentamente"*

Los mensajes transcritos, valorados en conjunto con el restante material probatorio y de conformidad con las reglas de la sana crítica, no desvirtuarían que **DECLAN RYAN** (miembro de la junta directiva de **IV1L**) efectivamente impartió las instrucciones ya analizadas tanto a **AVIANCA** como a **VIVA**. En concepto de la Delegatura, el llamado de atención que formuló **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** (director jurídico de **AVIANCA** y jefe legal y "*general counsel*" de **IV1L**) sería más coherente con un intento de mantener la apariencia de separación formal entre el grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA** y **VIVA AIR**. Esta conclusión se sustenta en dos consideraciones. En primer lugar, lo expuesto en este acto administrativo evidenciaría que **LAS INVESTIGADAS** y sus controlantes tienen el interés de proyectar la apariencia de que el grupo empresarial del que hace parte **AVIANCA** no tiene una influencia en **VIVA AIR**. En segundo lugar, en este acto administrativo se ha presentado material probatorio que acreditaría que **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** –quien formuló el llamado de atención– habría participado directamente y habría promovido el ejercicio de la influencia del grupo empresarial de **AVIANCA** sobre el desempeño competitivo de **VIVA AIR**. Ante esas circunstancias, la Delegatura considera que el llamado de atención formal no es genuino y que, en

[127] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800006. PDF
[128] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800006. PDF

consecuencia, correspondería a un intento más por mantener la apariencia de separación formal que se ha expuesto.

De otra parte, la reacción de **DECLAN RYAN** (miembro de la junta directiva de **IV1L**) tampoco parece genuina. Esta conclusión se sustenta en que la motivación que **DECLAN RYAN** atribuyó a sus instrucciones estaría desvirtuada. Como queda claro con el documento transcrito, **DECLAN RYAN** sostuvo que impartió las instrucciones referidas solo porque consideraba que la demora en el proceso de migración es un asunto de interés nacional que afecta a todas las personas involucradas con el mercado y que no se predica de algunas aerolíneas en particular. Sin embargo, en concepto de la Delegatura esa explicación estaría desvirtuada por tres consideraciones. En primer lugar, si **DECLAN RYAN** consideraba que estaba refiriéndose a un asunto de interés nacional que se predicaba de todas las aerolíneas no habría limitado su requerimiento precisamente a **AVIANCA** y **VIVA AIR**. Lo razonable habría sido que enviara las mismas recomendaciones a otras aerolíneas. En segundo lugar, no puede perderse de vista el lenguaje imperativo que empleó **DECLAN RYAN** en el mensaje que remitió a funcionarios de **AVIANCA** y de **VIVA AIR**. Ese lenguaje imperativo es coherente con la hipótesis de que el mensaje constituyó una instrucción sobre empresas en las que tiene influencia. Finalmente, es preciso recordar que **DECLAN RYAN** se expresó en un sentido coherente con la hipótesis de que mantiene una influencia tanto en **AVIANCA** como en **VIVA AIR**.

10.3.2.2.4.2. IV1L PARTICIPA DIRECTAMENTE EN LA ADOPCIÓN DE DECISIONES FUNDAMENTALES PARA LA OPERACIÓN DE VIVA AIR

La Delegatura ya presentó material probatorio que evidenciaría que el grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA** participaría directamente en la adopción de decisiones fundamentales para el desempeño competitivo de **VIVA AIR**. Para el efecto se presentó el "Acta No. 80 Reunión de la junta directiva FAST COLOMBIA S.A.S." de la junta directiva de **VIVA AIR**[129]. El documento evidenciaría que la administración y los miembros de junta directiva de **VIVA AIR** discutieron con "el comprador" la estrategia para que **VIVA AIR** pudiera enfrentar las dificultades superables que la afectan y el plan de negocios que desarrollarían en el mercado. El documento, valorado en conjunto con el restante material probatorio y con referencia al contexto en el que se produjo, permitiría concluir que el denominado "Comprador" es **IV1L** (controlante de **AVIANCA**). El aparte pertinente del documento se presenta a continuación:

Imagen No. 6
Acta No. 80 Reunión de la junta directiva FAST COLOMBIA S.A.S.

2. Actualización - Alternativas de apoyo a la empresa

La dirección actualizó a la Junta con respecto al comportamiento del combustible WTA y Platt's y cómo los precios habían bajado. Los precios están 1 dólar por debajo de lo que había hace un mes, y el consumo de Viva es de aproximadamente 4 a 5 millones de galones por polilla.

En cuanto a las alternativas para la empresa y la forma de salir de la situación financiera negativa, el Presidente de la Junta Directiva informó a los miembros de la Junta de que él y la dirección se habían puesto en contacto con el comprador durante los últimos días para ver cómo iba a avanzar la empresa. Explicó que se ha acordado contratar a Seabury para que presente a la dirección un plan de negocio que sea viable a largo plazo, pero también para que trabaje en términos de la mejor solución con los arrendadores.

10.3.2.2.4.3. LA OPERACIÓN DE AVIANCA Y VIVA AIR EN EL MERCADO SUGIERE QUE ACTÚAN DE MANERA COORDINADA EN BENEFICIO DE SU CONTROLANTE COMÚN.

La Delegatura considera que el ambiente de colaboración entre **AVIANCA** y **VIVA AIR** se podría haber reflejado en la convergencia de trayectos nacionales regulares[130] que ofrecen esas

[129] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800007. PDF
[130] Los trayectos se limitan a los tipos de vuelo de operación regular, siendo estos los servicios de transporte aéreo sujetos a tarifas y horarios fijos que se anuncian al público o con una frecuencia que constituye una serie sistemática e

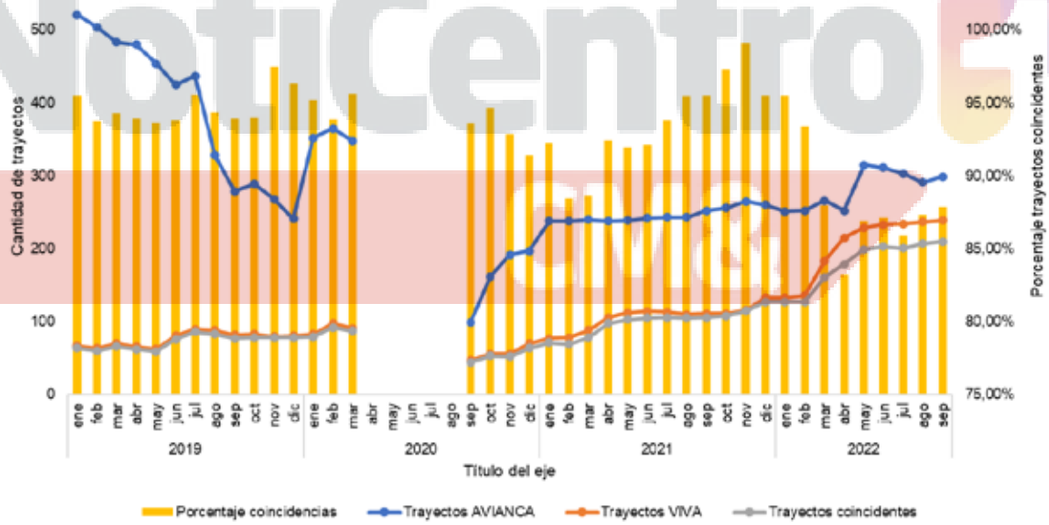
compañías. Para ello, es importante tener en cuenta que un trayecto corresponde al traslado de pasajeros de un punto de origen a un punto de destino (OD). En este caso, el origen corresponde al aeropuerto de donde se embarcan los pasajeros según lo establecido en el contrato de transporte aéreo. El destino corresponde al aeropuerto en donde culmina el viaje del pasajero según la misma fuente.

De acuerdo con la información reportada por la **AEROCIVIL**, para marzo de 2020 **AVIANCA** operaba 348 trayectos nacionales mensuales, mientras que **VIVA AIR** operaba 91 trayectos nacionales mensuales. Para ese momento cerca del 95% de los trayectos operados por **VIVA AIR** también eran cubiertos por **AVIANCA**, por lo que la operación de **VIVA AIR**, en su gran mayoría, competía directamente con **AVIANCA**.

Entre abril y agosto de 2020 no hubo operaciones nacionales de transporte de pasajeros debido a las medidas impuestas con ocasión de la pandemia de COVID-19. A partir de septiembre de 2020 se observó una recuperación paulatina del sector de transporte de pasajeros.

Una vez normalizada la operación del sector aéreo, en el periodo comprendido entre abril de 2021 y febrero de 2022 se observó un comportamiento relativamente estable, en el cual entre el 93 y el 98% de los trayectos operados por **VIVA AIR** también eran cubiertos por **AVIANCA**. Sin embargo, entre marzo y abril de 2022 esta convergencia de trayectos operados por **VIVA AIR** y **AVIANCA** cayó hasta un 82%, y a partir del mes de mayo se ha mantenido en un nivel cercano al 87%, que es inferior al nivel que existía antes. Lo anterior se ve reflejado en la siguiente gráfica:

Gráfica No. 6. Trayectos nacionales regulares operados individualmente y de manera conjunta por AVIANCA y VIVA (enero 2019 – septiembre 2022)



Fuente: Elaboración **SIC** con información **AEROCIVIL**[131]

Resulta llamativo que, justamente en los meses en que se habría materializado la integración analizada, disminuyó el nivel de convergencia de los trayectos operados por **VIVA AIR** y **AVIANCA**. Adicionalmente, la Delegatura resalta que ese resultado implicaría que se ampliaron significativamente los trayectos en los que **VIVA AIR** no compite directamente contra **AVIANCA** o que, desde otra perspectiva, habría existido un despliegue importante por parte de **AVIANCA** a través de los nuevos trayectos operados a través de **VIVA AIR**.

10.3.2.2.5. AVIANCA Y VIVA AIR HABRÍAN ACTUADO DE MANERA COORDINADA PARA HACER CREER A LA AEROCIVIL QUE UNA INTEGRACIÓN ANTICOMPETITIVA DEBÍA AUTORIZARSE CON BASE EN EL ARGUMENTO DE "EMPRESA EN CRISIS".

La Delegatura considera que el comportamiento coordinado entre **AVIANCA** y **VIVA AIR** se materializó también en el procedimiento administrativo que adelantó la **AEROCIVIL** para efectos de analizar si concedía o no la autorización para la integración entre esas compañías. De conformidad

identificable de vuelos. Tomado de: https://www.aerocivil.gov.co/atencion/estadisticas-de-las-actividades-aeronauticas/bases-de-datos. Información consultada 3 de noviembre de 2022.

[131]Corresponde a la información que muestra el movimiento de pasajeros y/o carga, desde su punto de origen hasta el punto final del viaje, de acuerdo con el contrato de transporte aéreo y la red de rutas del operador. No contabiliza las paradas intermedias. Tomado de: https://www.aerocivil.gov.co/atencion/estadisticas-de-las-actividades-aeronauticas/bases-de-datos. Información consultada 3 de noviembre de 2022.

con la información contenida en el expediente de la **AEROCIVIL**, **LAS INVESTIGADAS** argumentaron que la autorización pretendida debía concederse con fundamento en el argumento de "empresa en crisis". Este aspecto es relevante para esta actuación por dos razones. Primero, porque invocar ese argumento revela sin duda que la integración entre **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** genera indebidas restricciones a la dinámica de competencia en el mercado relevante. Como es sabido, esa es una de las condiciones que supone el argumento de "empresa en crisis". El segundo aspecto relevante es que, de conformidad con el material probatorio recaudado, **AVIANCA** y **VIVA AIR** habrían actuado de manera coordinada para hacer creer a la **AEROCIVIL** que, si no se autoriza la integración –que en todo caso ya se habría materializado–, **VIVA AIR** tendrá que salir del mercado.

La Delegatura encontró que no sería cierto que la crisis de **VIVA AIR** tuviera una magnitud suficiente como para provocar su salida del mercado si no se autoriza la integración con **AVIANCA**. Esta conclusión está sustentada en las siguientes razones.

Si bien podría afirmarse que **VIVA AIR** ha presentado dificultades financieras a raíz de la pandemia y otras situaciones, también es cierto que dentro de la compañía se estaban encontrando estrategias para superar dichas situaciones. En adición, no existe evidencia de que **VIVA AIR** estuviera en riesgo de salir del mercado. Al respecto, se encuentra que tanto en estados financieros e informes de gestión desde 2019 hasta 2021 se evidencian dificultades financieras. Sin embargo, en cada año **VIVA AIR** presentó estrategias que permitieron tener proyecciones positivas en el ejercicio de sus actividades.

Según los estados financieros[132] e informes de gestión[133] para el año 2019, la empresa registró un capital de trabajo negativo por $179.127.438.000 (COP) y generó pérdidas por $163.921.892.000 (COP) (para un total acumulado de $226.852.325.000 COP). No obstante, **VIVA AIR** se encontraba implementando planes de expansión y estaba desarrollando una búsqueda activa de alternativas para mejorar su capital de trabajo y capacidad financiera. A continuación se detallan los planes de acción que llevaría a cabo conforme los estados financieros de 2019[134]:

> "➢ *Fast Colombia S.A.S., al formar parte de un grupo económico sólido y con experiencia en el sector, cuenta con todo el apoyo financiero de una de sus matrices, por tanto, contará con todo el flujo de caja que se requiera para seguir soportando la operación.*
> ➢ *Para el 2020, la compañía estima contar con una flota de 19 aviones, de los cuales 15 de ellos son nuevos de fábrica) AIRBUS A-320 con capacidad de 188 pasajeros (para el 2020 contamos con la llegada de 4 aviones nuevos NEO), otorgándole mejor servicio y confiabilidad a nuestros clientes; así como ahorros de costos importantes, que permitirán, para este primer trimestre tener rentabilidad en la operación.*
> ➢ *La estrategia de Fast Colombia es seguir creciendo a nivel de ingresos con tarifa por silla, que permitirán llegar a la rentabilidad esperada, enfocándose en seguir incentivando canales de distribución que iniciaron durante el último trimestre del 2019, como son el GDS, OTAS. Estos canales incentivan al incremento de la tarifa, entrando a nuevos mercados internacionales*".

Por su parte, aunque 2020 fue un año de gran impacto, **VIVA AIR** logró adaptarse a la situación y contó con proyecciones de recuperación para 2021. Así se señala en los informes de gestión de los años 2020 y 2021, respectivamente:

> "*… el peso colombiano acumula una devaluación del -4,74% a diciembre de 2020 y el dólar a 31 de diciembre, según datos oficiales del DANE, se registra en COP $3.432,50 pesos colombianos. De cualquier forma, las cifras macroeconómicas del país han sufrido un desequilibrio por la recesión económica…"*[135]
>
> *"Al cierre del ejercicio fiscal 2020 se obtuvieron uno ingresos operacionales que asciende a unos USD 111MM (2019: 223 MM) con una tarifa promedio de unos USD 46,3 dólares por pasajero (2019: USD 42,53); viéndose una tendencia positiva y respuesta del mercado después de nuestra activación. Sin embargo, la operación durante 5 meses y medio generó*

---

[132] Expediente Digital, Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital, Consecutivo 32. Documento denominado 22271597—0003200003.pdf.
[133] Expediente Digital, Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital, Consecutivo 32. Documento denominado 22271597—0003200006.pdf.
[134] Expediente Digital, Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital, Consecutivo 32. Documento denominado 22271597—0003200003.pdf
[135] Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital, Consecutivo 32, Documento denominado 22271597—0003200007.pdf.

un efecto negativo en la situación patrimonial de la Entidad; que se traduce en pérdidas que ascienden a la suma de USD 108.9 MM"[136].

Finalmente, al cierre del ejercicio fiscal de 2021 **VIVA AIR** obtuvo ingresos operacionales que ascendieron a 254 millones de dólares[137]. De igual forma, demostró una tendencia positiva y respuesta del mercado después de la reactivación del sector postpandemia. **VIVA AIR** ejecutó diversos programas para llevar a cabo ahorros en costos, los cuales para el 2021 generaron recortes de 9.7 millones de dólares, entre los que se encontraron la maximización de las horas de uso de los aviones para una reducción en el costo. Sin embargo, se resalta que para dicho año continuó el patrimonio negativo de **VIVA AIR** por una suma de 100 millones de dólares como consecuencia de las pérdidas ocasionadas por la pandemia. En línea con lo mencionado, en el informe de gestión para el año 2021 se precisó lo siguiente:

"*La compañía viene trabajando un plan de acción en varios frentes que le permitirán fortalecer su situación financiera y salir de patrimonio negativo. Entre otras acciones se está trabajando en el aumento de la utilización de flota, crecimiento en el mercado nacional e internacionales, apertura de nuevas rutas, plan de expansión internacional, generación de alianzas con aerolíneas dentro y fuera del continente, refinanciación de las deudas y reducción de costos*"[138].

Finalmente, la Delegatura encontró que, para agosto de 2022, es decir, después del acaecimiento de las variables macroeconómicas que refirió **VIVA AIR** como sustento de su situación de crisis e inminente salida del mercado (aumento del precio de combustible y aumento de la tasa de cambio del dólar frente al peso colombiano), **VIVA AIR** seguía contando con estrategias y planes de negocio que le permitían seguir siendo una compañía viable económicamente. Sin embargo, **VIVA AIR** optó por seguir presentándose como una empresa en crisis con el fin de facilitar el proceso de autorización de la integración. Así lo demuestra el acta de reunión de junta directiva de **VIVA AIR** llevada a cabo el 5 de agosto de 2022.[139]

"*Los otros 2 miembros de la Junta añadieron que estas son muy buenas noticias y permiten a la Dirección centrarse en el negocio, y desarrollar con Castle South un plan de negocio viable incluso con un alto precio del combustible. Destacaron que el plan debe ser viable y sostenible.* ***Que la empresa aún debe presentar a las autoridades un escenario de defensa de la empresa en quiebra, eso es una parte importante del proceso****.*"
(Destacado y subrayado propio)

Por tanto, todo lo anterior demostraría que, aunque es cierto que **VIVA AIR** ha atravesado situaciones financieras difíciles, no se encuentra evidencia de que la aprobación de la integración con **AVIANCA** sea una condición indispensable para que **VIVA AIR** se mantenga en el mercado. De hecho, se encontró que estaba tomando acciones tendientes a la recuperación de la compañía y obteniendo resultados positivos. Al contrario, se evidenció que la situación de empresa en crisis habría sido utilizada como una estrategia para acelerar y obtener la autorización mencionada.

Esta situación cobra aún más sentido cuando se analizan los criterios tenidos en cuenta por parte de la **AEROCIVIL** en la Resolución No. 2473 del 4 de noviembre de 2022, a través de la cual objetó la solicitud de integración entre **AVIANCA** y **VIVA AIR**. En esa decisión la **AEROCIVIL** resaltó que, si bien **VIVA AIR** presentaba problemas financieros, la excepción de empresa en crisis no es un sustituto del proceso de reorganización contenido en la Ley 1116 de 2006, ni tampoco es suficiente para que una empresa no busque alternativas como inyección de capital de los accionistas, nuevos inversionistas, acceso a créditos, ventas de activos y renegociación con los proveedores, entre otras.

En conclusión, esta Delegatura considera razonable concluir que la actuación de **LAS INVESTIGADAS** en el procedimiento administrativo ante la **AEROCIVIL** es una evidencia más de su comportamiento coordinado en beneficio de su propósito común.

---

[136] Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital, Consecutivo 32, Documento denominado 22271597—0003200008.pdf.
[137] A finales de 2018 y durante el 2019 se presentaron cambios en la estrategia de la Administración y en las negociaciones que dieron lugar a realizar una evaluación de la moneda funcional, por lo que se estableció cómo moneda funcional dólares americanos a partir del año 2019. Si bien para 2019 los estados financieros e informes de gestión se expresan en pesos colombianos, a partir de 2020 se observa el cambio de la moneda funcional a dólares americanos.
[138] Expediente Digital, Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital, Consecutivo 32. Documento denominado 22271597—0003200008.pdf.
[139] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General Digital. Carpeta 48. Consecutivo 22271597--0004800007. PDF

10.3.3 CONSIDERACIONES SOBRE VIVA PERÚ.

A continuación la Delegatura presentará algunas consideraciones sobre **VIVA PERÚ** y la relación estructural que existiría entre ella, **VIVA AIR** y el grupo empresarial de **AVIANCA**. Como se ha señalado a lo largo del presente capítulo esta Delegatura tiene diversos argumentos para afirmar que **AVIANCA** y **VIVA AIR** habrían creado una estrategia de separación apenas formal pero que realmente generó entre ellas vínculos económicos y estructurales que darían lugar a la configuración de una integración empresarial desde el 29 de abril de 2022.

Con relación a **VIVA PERÚ** se recuerda que el 28 de abril de 2022 **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**), titular para ese momento de las acciones de **VIVA PERÚ**, contribuyó la totalidad de dichas acciones al **Fideicomiso Viva Perú** en virtud de un contrato de fiducia[140]. A través del mismo contrato **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) separó los derechos económicos de los derechos de voto que se desprenden de las acciones de **VIVA PERÚ**. Esto lo hizo señalando que la misma empresa, es decir, **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**), sería la beneficiaria de los derechos económicos que se desprenden de las acciones de **VIVA PERÚ**, mientras que **VIVA AIR** sería la beneficiaria de los derechos de voto que se desprenden de las acciones de **VIVA PERÚ**[141]. En ese sentido, **VIVA AIR** es la compañía que ostenta los derechos políticos sobre **VIVA PERÚ**. Por lo tanto, y en virtud del contrato de fiducia, **VIVA AIR** designó a su representante legal como apoderado para efectos de ejercer los derechos de voto de **VIVA PERÚ**.

Sin embargo, como se ha explicado previamente, en virtud de otro contrato de fiducia (también conocido como **Fidecomiso Fast**) **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) transfirió el ejercicio de los derechos políticos sobre las acciones de **VIVA AIR** a **CASTLESOUTH**. Por lo tanto, son los socios y "Apoderados" de **CASTLESUOUTH** quienes ejercerían los derechos políticos sobre **VIVA PERÚ** a través de **VIVA AIR**.

Teniendo en cuenta los argumentos presentados en este capítulo, e insistiendo que **CASTLESOUTH** no sería independiente en relación con **AVIANCA** y su grupo empresarial, esta Delegatura considera que las personas que tienen capacidad de decisión sobre **VIVA PERÚ** (es decir, **HOWARD MICHAEL MILLAR**, **ENRIQUE ANTONIO LUNA** y **JULIO LUIS CABALLERO**) no serían realmente independientes respecto al grupo empresarial de **AVIANCA** y adicionalmente responderían a los mismos intereses económicos de dicho grupo empresarial. En este sentido **VIVA PERÚ** tampoco tendría incentivos para competir contra **AVIANCA**.

En síntesis, esta Delegatura considera que **AVIANCA** y **VIVA AIR** tendrían vínculos económicos y estructurales que darían lugar a una integración empresarial. Al ser **VIVA AIR** el titular de los derechos políticos sobre **VIVA PERÚ**, no podría llegarse a una conclusión diferente a que **VIVA PERÚ** y **AVIANCA** también responderían a los mismos intereses económicos y por lo tanto ya estarían integradas.

10.3.4. LA INTEGRACIÓN SE MATERIALIZÓ SIN LA PREVIA AUTORIZACIÓN DE LA AUTORIDAD COMPETENTE.

10.3.4.1. LA INTEGRACIÓN ANALIZADA SOLO PODÍA LLEVARSE A CABO CON LA PREVIA AUTORIZACIÓN DE LA AEROCIVIL

De conformidad con la normativa aplicable, la integración que involucró a **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** solo podía llevarse a cabo con la previa autorización de la **AEROCIVIL**. A esta conclusión se arriba independientemente de que se considere que la normativa aplicable para determinar la existencia de ese requisito es, por un lado, el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 o, por el otro, el artículo 1866 del Código de Comercio en conjunto con el parágrafo del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009.

• El requisito de la autorización previa habría surgido con fundamento en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

De conformidad con la norma citada, las operaciones de integración están condicionadas a la obtención de una autorización previa por parte de la autoridad competente si cumplen el supuesto

[140] Expediente Digital. Cuaderno Reservado AVIANCA Digital, Consecutivo 6, Documento denominado 22271597--0000600003.PDF.
[141] Expediente Digital. Cuaderno Reservado AVIANCA Digital, Consecutivo 6, Documento denominado 22271597--0000600003.PDF.

subjetivo y el supuesto objetivo previstos en esa disposición y, además, las intervinientes tienen –individual o conjuntamente– más de un 20% de participación en el mercado relevante.

Como se pasa a indicar, ninguna duda queda en este caso que la integración que involucró a **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** reunió esas condiciones.

(i) Supuesto subjetivo

En este caso está claro que **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** se dedican a la misma actividad económica. Así se corrobora mediante el cuadro que se presenta a continuación:

Tabla No.9. Actividad económica que desarrollan las empresas intervinientes

Sociedad	Código CUII	Descripción	Actividad Principal
AEROVÍAS DELCONTINENTE AMERICANO - AVIANCA S.A.	5111 5112 5121 5122	Transporte aéreo de pasajeros. Este grupo comprende el transporte aéreo regular y no regular de pasajeros. Transporte aéreo internacional de pasajeros. Este grupo incluye el transporte aéreo regular y no regular de pasajeros a nivel internacional, es decir, con origen y destino en dos países diferentes. Transporte aéreo nacional de carga. Este grupo incluye el transporte aéreo de carga a nivel nacional, es decir, entre dos puntos situados en el territorio nacional. Transporte aéreo internacional de carga.	*La sociedad tiene por objeto: La explotación comercial de los servicios de a) transporte (i) aéreo en todas sus ramas, incluidos los servicios postales en todas sus modalidades, así como de todos los servicios relacionados con las aplicaciones comerciales, técnicas y científicas de la aviación civil, incluyendo servicios aeronáuticos y aeroportuarios; (ii) terrestre; en todas sus ramas; (iii) marítimo, en todas sus ramas; y (iv) multimodal; y b) servicios de ingeniería y mantenimiento; entrenamiento y servicios de apoyo que sean requeridos en todas las modalidades de transporte, todo de acuerdo con las leyes vigentes;*
VIVA AIR – FAST COLOMBIA S.A.S.	5111 5112	Transporte aéreo de pasajeros. Este grupo comprende el transporte aéreo regular y no regular de pasajeros. Transporte aéreo internacional de pasajeros. Este grupo incluye el transporte aéreo regular y no regular de pasajeros a nivel internacional, es decir, con origen y destino en dos países diferentes.	*La Sociedad podrá adelantar y tramitar Toda clase de actividades permitidas en las reglamentaciones Colombianas. Así mismo podrá explotar comercialmente de los servicios de (a) Transporte (1) aéreo en todas sus ramas, incluidos los servicios postales en todas sus modalidades, así como todos los servicios relacionados con las aplicaciones comerciales, técnicas y científicas de le aviación civil, incluyendo servicios aeronáuticos y aeroportuarios; (2) terrestre en todos sus ramas; (3) marítimo, en todas sus ramos y (4) multimodal; y (b) Servicios de ingeniería y mantenimiento, entrenamiento y servicios de apoyo que sean requeridos en todas las modalidades de transporte, todo de acuerdo con la legislación vigente.*

VIVA PERÚ – VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C. SUCURSAL COLOMBIA	5111 5112	Transporte aéreo de pasajeros. Este grupo comprende el transporte aéreo regular y no regular de pasajeros. Transporte aéreo internacional de pasajeros. Este grupo incluye el transporte aéreo regular y no regular de pasajeros a nivel internacional, es decir, con origen y destino en dos países diferentes.	*La sucursal podrá desarrollar en la república de Colombia todas las actividades relacionadas con aviación civil,así como tendrá por objeto la explotación comercial del servicio público de transporte aéreo internacional de pasajeros s, y correo, abarcando rutas nacionales e internacionales, actuales o futuras, a cuyo derecho en la república de Colombia, ya sea directamente o a través de acuerdos de código compartido pudiendo ser establecida como una compañía on-Line off-Line. Así como cualquier otra actividad propia del servicio para la cual sea autorizada en el marco de la legislación Colombiana y las disposiciones aplicables a las sucursales de las sociedades con sede en el extranjero. Las actividades que constituirán el objeto social de la sucursal se encuentran comprendidas dentro del objeto que viva airlines perú S.A.C. Desarrolla.*

Fuente: Elaboración **SIC**[142]

(ii) Supuesto objetivo.

El artículo primero de la Resolución No. 83304 del 22 de diciembre de 2021 fijó "a partir del 1 de enero de 2022 y hasta el 31 de diciembre de 2022, en **UN MILLÓN QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SETESCIENTOS OCHENTA Y UNO COMA DIECIOCHO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO** (1.587.781,18 UVT), los ingresos operacionales y los activos totales que se tendrán en cuenta para efectos de lo previsto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009". Así, en concordancia con la Resolución 140 del 25 de noviembre de 2021 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (**DIAN**) se fijó en **TREINTA Y OCHO MIL CUATRO** pesos ($38.004) el valor de la UVT para el 2022. El valor del umbral objetivo para el año 2022 será de **SESENTA MIL TRECIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES TREINTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS** ($60.342.035.965). Los anteriores valores serán los aplicables a la presente integración, teniendo en cuenta que la integración se realizó el 29 de abril de 2022.

De acuerdo con la información presentada, **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** contaban con los siguiente activos totales e ingresos operacionales a 31 de diciembre de 2021:

Tabla No. 10. Cuentas financieras AVIANCA y VIVA AIR

COMPAÑÍAS	ACTIVOS TOTALES	INGRESOS OPERACIONALES
AVIANCA	11.043.680.693.000	4.388.774.448.000
VIVA AIR + VIVA AIRLINES PERÚ – SUCURSAL COLOMBIA	3.020.954.131.075	1.024.943.060.375
TOTAL	**14.055.766.573.000**	**5.410.757.711.000**

Fuente: Elaboración **SIC**

[142] Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas. Revisión 4 adoptada para Colombia. Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE. https://www.dane.gov.co/files/sen/nomenclatura/ciiu/CIIU_Rev_4_AC2021.pdf. Consultado el 9 de noviembre de 2022.

Así, con el valor conjunto de los activos totales, este Despacho encuentra que la operación realizada cumplía con el supuesto objetivo contemplado en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificando por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

(iii) Participación de mercado

Como quedó claro al describir el mercado relevante que podría haberse visto afectado con la presunta integración empresarial no informada entre **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**, la participación de mercado que conjuntamente tienen esas compañías supera el 20%.

En conclusión de todo lo expuesto en este aparte, con fundamento en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 la integración que involucró a **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** solo podía materializarse válidamente con la previa autorización de la autoridad competente.

• El requisito de la autorización previa habría surgido con fundamento en el artículo 1866 del Código de Comercio en conjunto con el parágrafo del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009.

De conformidad con las normas citadas, el criterio que se tiene en cuenta para que surja la obligación de contar con la previa autorización de la **AEROCIVIL** es eminentemente subjetivo. Por lo tanto, si la operación involucra a explotadores de aeronaves, surge la obligación analizada. En este caso ninguna duda queda acerca de que, con fundamento en las normas citadas, la integración que involucró a **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** solo podía materializarse válidamente con la previa autorización de la **AEROCIVIL**. Esto es evidente porque las tres personas jurídicas corresponden a explotadores de aeronaves en los términos del artículo 1866 del Código de Comercio.

10.3.4.2. LA INTEGRACIÓN ANALIZADA SE MATERIALIZÓ SIN LA PREVIA AUTORIZACIÓN DE LA AEROCIVIL

Una vez presentados los fundamentos por los cuales la Delegatura considera que la operación que involucró a **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** habría constituido una integración empresarial, es relevante reiterar que **LAS INVESTIGADAS** materializaron esa operación sin obtener la necesaria autorización previa por parte de la **AEROCIVIL**. En ese orden de ideas, la operación no pudo ser analizada para determinar si se autorizaba o se objetaba. Así lo corroboraron **AVIANCA** y **VIVA AIR** ante un requerimiento de información formulado por la Delegatura el 13 de julio de 2022. En respuesta a este requerimiento de información **AVIANCA**[143] y **VIVA AIR**[144] señalaron que, en su concepto, la operación llevada a cabo en abril de 2022 no tuvo efectos en el mercado colombiano y que por esa razón no habían solicitado ninguna autorización ante alguna autoridad colombiana.

En este sentido queda claro que **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** no informaron ni solicitaron previamente la autorización necesaria ante la autoridad competente para llevar a cabo la operación de abril de 2022, operación que conforme a los argumentos expuestos en esta Resolución habría constituido una integración empresarial entre **LAS INVESTIGADAS**. No fue sino hasta el 8 de agosto de 2022 que **LAS INVESTIGADAS** presentaron una solicitud de preevaluación ante la **AEROCIVIL** con el fin de que autorizara su integración empresarial[145]. Integración que, como se ha sustentado en el presente acto administrativo, se habría materializado al menos cuatro meses antes.

DÉCIMO PRIMERO: Que una vez realizada la descripción de los hechos y los argumentos presentados por esta Delegatura, corresponde realizar la valoración jurídica de los comportamientos descritos y determinar si las conductas desplegadas por **AVIANCA, VIVA AIR y VIVA PERÚ** constituyen un incumplimiento al deber de obtener autorización previa como condición para materializar una integración empresarial. De conformidad con lo que ha quedado expuesto en este acto administrativo, la Delegatura recaudó material probatorio suficiente para concluir en esta etapa que **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** habrían participado en una operación de integración empresarial sin la previa autorización de la **AEROCIVIL**. Así las cosas, es claro para esta Delegatura que **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ** habrían incurrido en el comportamiento sancionable previsto en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 67 de la Ley 2195 de 2022.

---

[143] Expediente Digital. Cuaderno Reservado AVIANCA Digital, Consecutivo 1, Documento denominado 22271597--0000100003.PDF
[144] Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital, Acumulado 22-271-511, Consecutivo 1, Documento denominado 22272511--0000100003.RESPUESTAAREQUERIMIENTODEINFORMACINFC.PDF
[145] Expediente Digital. Cuaderno Reservado AVIANCA Digital, Consecutivo 6, Documento denominado 22271597--0000600003.PDF y Expediente Digital. Cuaderno Reservado VIVA AIR Digital Consecutivo 7, Documento denominado 22271597--0000700003.PDF

DÉCIMO SEGUNDO: Que la Delegatura procede a imputar responsabilidad jurídica a las personas naturales que habrían participado en la conducta anticompetitiva imputada a los agentes de mercado. El numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, a su vez modificado por el artículo 68 de la Ley 2195 de 2022) establece la responsabilidad de las personas naturales por la comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia económica. El inciso primero de esta norma señala que las personas naturales son responsables por facilitar, colaborar, autorizar, promover, impulsar, ejecutar o tolerar la conducta restrictiva de la competencia imputada a los agentes de mercado. En esa medida, la responsabilidad de las personas naturales dependerá de su relación con los agentes de mercado investigados, la conducta anticompetitiva que le fue imputada a estos agentes y su grado de participación en la comisión de los hechos objeto de investigación.

Imputación a RICHARD GALINDO SÁNCHEZ (director jurídico de AVIANCA y jefe legal y "*general counsel*" de IV1L)

De conformidad con el material probatorio que ha sido presentado en este acto administrativo, **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** (director jurídico de **AVIANCA**, jefe legal y "*general counsel*" de **IV1L** y director de **REXTON**) habría participado activamente en la ejecución de la práctica anticompetitiva analizada en este caso.

RICHARD GALINDO SÁNCHEZ (director jurídico de **AVIANCA**, jefe legal y "*general counsel*" de **IV1L** y director de **REXTON**) tiene vinculación con varias de las personas jurídicas que participaron en la integración que involucró a **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**. Él se vinculó como empleado de **AVIANCA** desde el 2 de febrero de 2017, empresa en la cual ha desempeñado varios cargos en el área jurídica[146]. Su cargo actual es el de director jurídico (chief legal officer) de **AVIANCA**. Dentro de sus funciones, **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** se encarga de los temas societarios, contractuales, litigiosos y comerciales de la compañía, entre otros. En particular, durante su declaración **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** señaló que se encarga de los temas de fusiones, adquisiciones y *compliance* de **AVIANCA**[147]. Es importante indicar que **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** tiene a su cargo un grupo jurídico. Dentro de este grupo se encuentran **JUANITA BETANCUR MESA** (gerente de asuntos corporativos de **AVIANCA**) y **NATALIA GUTIÉRREZ DE LARRAURI** (directora general de área jurídica de **AVIANCA**), quienes en sus declaraciones afirmaron que rinden cuentas a su jefe **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ**[148].

Aunado a lo anterior, **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** (director jurídico de **AVIANCA**, jefe legal y "*general counsel*" de **IV1L** y director de **REXTON**) también se desempeña como director de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**)[149] y como jefe legal y "*general counsel*" de **IV1L**[150] (controlante de **AVIANCA**). En esa medida, el investigado se encuentra vinculado con las dos partes intervinientes en la operación de integración analizada, pues tiene una posición que le habría permitido realizar actuaciones sobre **VIVA AIR** que habrían materializado en esa compañía los intereses del grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**. Esa doble posición de **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** podría generar vínculos entre las empresas encargadas de la administración y control de **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**.

Como se ha indicado a lo largo de este acto administrativo, existen elementos de prueba que acreditarían que **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** (director jurídico de **AVIANCA**, jefe legal y "*general counsel*" de **IV1L** y director de **REXTON**) habría participado activamente en la ejecución de la práctica anticompetitiva analizada en este caso.

En primer lugar, en su declaración del 11 de octubre de 2022 **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** (director jurídico de **AVIANCA**, jefe legal y "*general counsel*" de **IV1L** y director de **REXTON**) reconoció que fue el líder del área jurídica de **AVIANCA** en desarrollo de la negociación de la

---

[146] Director jurídico, director general jurídico, vicepresidente jurídico y *chief legal officer*.
[147] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No.1. Folio 262 DVD. Carpeta AVIANCA_SA. Carpeta DECLARACIONES. Carpeta 06-DEC_RICHARD-GALINDO. Carpeta GRABACION. Documento denominado 221011_1142.MP3 Min 12:20.
[148]Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No.1. Folio 262 DVD. Carpeta AVIANCA_SA. Carpeta DECLARACIONES. Carpeta 04-DEC_NATALIA-GUTIERREZ. Carpeta GRABACION. Documento denominado 221011_0951.MP3 Min 01:50.
[149] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No. 1. Folio 311. Carpeta Archivos. Documento denominado "Notificación - Decisiones Especiales [5221388]".
[150] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No. 1. Folio 311. Carpeta Archivos. Documento denominado P. "Botero – Notificación reorganización a FC [13169872]".

transacción objeto de esta investigación[151]. En esa medida, **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** tenía una posición como líder del equipo jurídico de **AVIANCA**, la cual le habría dado la posibilidad de tomar decisiones en relación con la negociación y los efectos de la operación de integración objeto de reproche.

En el mismo sentido, las evidencias que reposan en el expediente darían cuenta de que **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** (director jurídico de **AVIANCA**, jefe legal y "*general counsel*" de **IV1L** y director de **REXTON**) tuvo conocimiento y participación directa en la operación de integración analizada y su ejecución. En su declaración rendida el 11 de octubre de 2022, **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** explicó los antecedentes de la transacción internacional, los pasos de la negociación, las partes involucradas en la transacción, los tipos de contratos suscritos, la forma en que surgió la estrategia de separación de negocios y la suscripción de la transacción en abril 2022. En particular, señaló que tiene conocimiento de la operación de integración desde diciembre de 2021[152]. El declarante señaló que desde esa fecha empezó a trabajar directamente en el desarrollo de esta operación. Dentro las gestiones que realizó se encuentra la revisión de reportes, la contratación de bancas de inversión, la contratación de firmas de consultoría (*due diligence*) y la negociación de los contratos de compraventa de acciones, entre otras gestiones. Además, en su declaración aseguró conocer la estructura de los fideicomisos y la supuesta separación del negocio que iban a llevar a cabo en Colombia. Estas evidencias darían cuenta de que **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** tenía pleno conocimiento de la operación de integración y que, además, participó activa y directamente en las gestiones necesarias para llevarla a cabo.

En segundo lugar, existen pruebas que darían cuenta de que **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** (director jurídico de **AVIANCA**, jefe legal y "*general counsel*" de **IV1L** y director de **REXTON**) habría ejercido en representación de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) el derecho de veto que fue atribuido a esa compañía sobre las decisiones fundamentales para el desempeño competitivo de **VIVA AIR**. Como ya se indicó, el 3 de agosto de 2022, actuando como director y secretario de **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**), remitió a la fiduciaria una carta en la que habría ejercido el poder de veto analizado. En esa carta (i) informó que **VIVA LATINAMERICA** (actualmente **REXTON**) recibió notificaciones de incumplimiento de contratos de arrendamiento de distintos acreedores de **VIVA AIR**, (ii) resaltó que la decisión de iniciar un proceso de insolvencia de **VIVA AIR**, bien sea de reorganización o liquidación, constituye una Decisión Especial y, como tal, da lugar al derecho de veto; y (iii) exigió que se observen y cumplan las cláusulas del contrato de fiducia y, en ese sentido, se respeten los procedimientos consagrados.

En tercer lugar, la Delegatura presentó evidencias que acreditan que **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** (director jurídico de **AVIANCA**, jefe legal y "*general counsel*" de **IV1L** y director de **REXTON**) adoptó medidas para mantener la apariencia de separación entre la administración y operación de **VIVA AIR** y el grupo empresarial al que pertenece **AVIANCA**. La realización de este comportamiento se habría comprobado mediante su reacción a las instrucciones que **DECLAN RYAN** (miembro de la junta directiva de **IV1L**) impartió a funcionarios de **AVIANCA** y funcionarios de **VIVA**.

En cuarto lugar, es necesario resaltar la vinculación que tiene **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** (director jurídico de **AVIANCA**, jefe legal y "*general counsel*" de **IV1L** y director de **REXTON**) con varias de las personas jurídicas que estuvieron involucradas en la integración que interesa en esta actuación. Como ya está claro, debido a esa múltiple vinculación y su rol como director de los asuntos jurídicos el investigado habría participado en la materialización de la integración. Adicionalmente, la posición que habría tenido **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** en varias de las personas jurídicas habría generado vínculos entre las empresas encargadas de la administración y control de **AVIANCA**, **VIVA AIR** y **VIVA PERÚ**, lo que en la práctica habría terminado la competencia entre esas compañías.

Finalmente, el material probatorio recaudado acreditaría que **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** (director jurídico de **AVIANCA**, jefe legal y "*general counsel*" de **IV1L** y director de **REXTON**) decidió no someter a consideración de la autoridad competente la integración analizada con el propósito de obtener la correspondiente autorización previa.

---

[151] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No.1. Folio 262 DVD. Carpeta AVIANCA_SA. Carpeta DECLARACIONES. Carpeta 06-DEC_RICHARD-GALINDO. Carpeta GRABACION. Documento denominado 221011_1142.MP3 Minuto 32:45.

[152] Expediente Digital. Cuaderno Reservado General No.1. Folio 262 DVD. Carpeta AVIANCA_SA. Carpeta DECLARACIONES. Carpeta 06-DEC_RICHARD-GALINDO. Carpeta GRABACION. Documento denominado 221011_1142.MP3 Minuto 19:00.

En conclusión, el análisis realizado permitió observar la participación que habría tenido **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** en la realización de la conducta anticompetitiva imputada a los agentes de mercado. **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** desempeñó un rol central dentro de **AVIANCA** que le habría permitido conocer las particularidades de la operación de integración investigada, así como participar en la negociación y ejecución de la transacción en calidad de líder del área jurídica. Además, **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** tenía pleno conocimiento de la obligación de informar este tipo de operaciones a las autoridades competentes. En particular, su doble vinculación con las empresas intervinientes (**IV1L** y **REXTON**) le habría permitido conocer sobre las relaciones de control existentes entre las compañías e incluso lo facultó para ejercer el derecho de veto sobre las decisiones a tomar en **VIVA AIR**. Finalmente, pese a todo lo anterior, no hay evidencia de que **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** haya desplegado acciones para información la operación de integración a las autoridades. Por lo anterior, la Delegatura considera que existe mérito suficiente para iniciar una investigación administrativa en contra de **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ** en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, a su vez modificado por el artículo 68 de la Ley 2195 de 2022), en la medida en que habría facilitado, colaborado, autorizado, promovido, impulsado, ejecutado y tolerado la conducta restrictiva de la competencia imputada a los agentes de mercado investigados.

DÉCIMO TERCERO: De conformidad con el artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), a continuación se indicarán las sanciones que serían procedentes en caso de encontrarse que los investigados efectivamente incurrieron en conductas contrarias al régimen de protección de la competencia.

La responsabilidad de las personas investigadas en esta actuación administrativa se encuentra regulada en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, a su vez modificados por los artículos 67 y 68 de la Ley 2195 de 2022. El texto de las normas es el siguiente:

> *"(…) 15. (Numeral modificado por el artículo 67 de la Ley 2195 de 2022): La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias a su favor, a los agentes del mercado, sean personas naturales o jurídicas, por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las actuaciones administrativas, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de concentración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones, o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías.*
>
> ***Para la imposición de la sanción, la Superintendencia de Industria y Comercio aplicará el que fuere mayor de los siguientes criterios**:*
>
> *1.1. Los ingresos operacionales del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción. En este evento, **la sanción no podrá exceder el veinte por ciento (20%) de dichos ingresos**.*
>
> *1.2. El patrimonio del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción. En este evento, **la sanción no podrá exceder el veinte por ciento (20%) del valor de su patrimonio**.*
>
> *1.3. Un monto en salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo del infractor. En este evento, **la sanción no podrá exceder cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMV)**.*
>
> *1.4. El valor del contrato estatal en los casos de prácticas comerciales restrictivas que afecten o puedan afectar procesos de contratación pública. En este caso, la multa no podrá exceder el treinta por ciento (30%) del valor del contrato.*
>
> *2. Para efectos de graduar la multa se tendrán en cuenta los siguientes criterios, siempre y cuando sean aplicables al caso concreto:*
>
> *2.1. La idoneidad que tenga la conducta para afectar el mercado o la afectación al mismo.*
>
> *2.2. La naturaleza del bien o servicio involucrado.*
>
> *2.3. El grado de participación del implicado.*

2.4. El tiempo de duración de la conducta.

2.5. La cuota de participación que tenga el infractor en el mercado del infractor.

3. Serán agravantes para efectos de dosificar la sanción, los siguientes:

3.1. El haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta;

3.2. La continuación de la conducta infractora una vez iniciada la investigación;

3.3. La reincidencia o existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con el incumplimiento de compromisos adquiridos con la Autoridad de Competencia, o de las órdenes impartidas por esta.

3.4. La conducta procesal del infractor tendiente a obstruir o dilatar el trámite del proceso, incluyendo la presentación de solicitudes que sean evidentemente improcedentes.

PARÁGRAFO 1o. Cuando fuere posible cuantificar las utilidades percibidas por el infractor derivadas de la conducta, la Superintendencia de Industria y Comercio ***podrá imponer como sanción hasta el trescientos por ciento (300%) del valor de la utilidad****, siempre que dicho porcentaje fuere superior al mayor de los límites establecidos en los numerales 1.1., 1.2. y 1.3. de este artículo.*

PARÁGRAFO 2o. Por cada circunstancia agravante en la que incurra el infractor, procederá un aumento de hasta el diez por ciento (10%) sobre el importe de la multa a imponer, sin exceder en ningún caso los límites sancionatorios previstos en la ley.

PARÁGRAFO 3o. Será atenuante, para efectos de dosificar la sanción el aceptar los cargos formulados en aquellos casos en los cuales el investigado no ha sido reconocido como delator.

16. (Numeral modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009): La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer ***sanciones a su favor de hasta dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (2.000 SMLMV)****, contra el facilitador, sea persona natural o jurídica, que colabore, autorice, promueva, impulse, ejecute o tolere la violación de las normas sobre protección de la competencia por parte de un agente del mercado.*

1. Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

1.1. El grado de involucramiento del facilitador en la conducta del agente del mercado.

1.2. La reincidencia o existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de la autoridad de competencia;

1.3. El patrimonio del facilitador.

2. Serán agravantes para efectos de dosificar la sanción, los siguientes:

2.1. Continuar facilitando la conducta infractora una vez iniciada la investigación;

2.2. La reincidencia o existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia, o con el incumplimiento de compromisos adquiridos con la Autoridad de Competencia, o de las órdenes impartidas por esta.

2.3. La conducta procesal del facilitador tendiente a obstruir o dilatar el trámite del proceso, incluyendo la presentación de solicitudes que sean evidentemente improcedentes.

PARÁGRAFO 1o. Por cada circunstancia agravante en que incurra el facilitador, procederá un aumento de hasta el diez por ciento (10%) sobre el importe de la multa a imponer, sin sobrepasar en ningún caso los límites sancionatorios previstos en la ley.

PARÁGRAFO 2o. Los pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga conforme a este artículo no podrán ser pagados ni asegurados, o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por el agente del mercado al cual estaba vinculado el facilitador cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de esta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o

estén sujetas al mismo control de aquel. La violación de esta prohibición constituye por sí misma una práctica restrictiva de la competencia."

Aunado a lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio puede ordenar la cesación de la conducta sancionada, orden cuyo incumplimiento es a su vez sancionable con las mismas multas arriba descritas. En efecto, según el numeral 55 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, modificado por el artículo 1 del Decreto 92 de 2022, esta Entidad podrá "[i]mpartir instrucciones en materia de protección al consumidor, protección de la competencia, propiedad industrial, administración de datos personales y en las demás áreas propias de sus funciones, fijar criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación".

Finalmente, la Superintendencia de Industria y Comercio puede ordenar lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1340 de 2009, según el cual:

"ARTÍCULO 13. ORDEN DE REVERSIÓN DE UNA OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN EMPRESARIAL. *Sin perjuicio de la imposición de las sanciones procedentes por violación de las normas sobre protección de la competencia, la autoridad de protección de la competencia podrá, previa la correspondiente investigación, determinar la procedencia de ordenar la reversión de una operación de integración empresarial cuando esta no fue informada o se realizó antes de cumplido el término que tenía la Superintendencia de Industria y Comercio para pronunciarse, si se determina que la operación así realizada comportaba una indebida restricción a la libre competencia, o cuando la operación había sido objetada o cuando se incumplan las condiciones bajo las cuales se autorizó.*
En tal virtud, si de la investigación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio se desprende la procedencia de ordenar la reversión de la operación, se procederá a su correspondiente reversión.(…)"

DÉCIMO CUARTO: Que la Delegatura ha dispuesto medios electrónicos para facilitar la consulta de la información que reposa en el expediente de la presente actuación administrativa. Para efectos de obtener las autorizaciones correspondientes, los investigados, terceros interesados y demás personas que puedan acceder a la información podrán formular la solicitud de acceso al expediente mediante una comunicación remitida a los correos electrónicos contactenos@sic.gov.co y practicasrestrictiva@sic.gov.co indicando en el asunto el radicado No. 22-271597. En su solicitud deberán indicar el correo electrónico que utilizarán para acceder al expediente. Las personas que accedan a esa información deberán guardar la reserva correspondiente y utilizarla únicamente para el ejercicio de sus derechos en el marco de la actuación administrativa sancionatoria.

En mérito de lo anterior, esta Delegatura,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ABRIR INVESTIGACIÓN y **FORMULAR PLIEGO DE CARGOS** contra **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A.** (NIT. 890100577-6), **FAST COLOMBIA S.A.S.** (NIT. 900313349-3) y **VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C.** (RUC. No. 20601237211) para determinar si incurrieron en la conducta sancionable prevista en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 67 de la Ley 2195 de 2022, por haberse integrado sin la autorización previa de la autoridad competente en incumplimiento del deber legal establecido en los artículos 8, 9 y 25 de la Ley 1340 de 2009 y 1866 del Código de Comercio.

ARTÍCULO SEGUNDO: ABRIR INVESTIGACIÓN y **FORMULAR PLIEGO DE CARGOS** contra **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.054.752, para determinar si incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 y por el artículo 68 de la Ley 2195 de 2022, por haber facilitado, colaborado, autorizado, promovido, impulsado, ejecutado y tolerado la conducta imputada en el **ARTÍCULO PRIMERO** de esta resolución.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a las personas referidas en el **ARTÍCULO PRIMERO** y en el **ARTÍCULO SEGUNDO** de este acto administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009. Esto con el fin de que, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación del presente acto administrativo, lleven a cabo los actos procesales previstos en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012. Dentro de estos actos procesales se encuentra la solicitud o aporte de las pruebas que pretendan hacer valer y la formulación de descargos frente a la imputación.

PARÁGRAFO: En caso de no ser posible la notificación personal al cabo de los cinco (5) días de la remisión de la comunicación correspondiente, la notificación se llevará a cabo por medio de aviso que se remitirá a la dirección o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012.

ARTÍCULO CUARTO: ORDENAR la publicación de la presente resolución de apertura de investigación en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 y 19 de la Ley 1340 de 2009, modificados por los artículos 156 y 157 del Decreto 19 de 2012. Esto con el fin que dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la fecha de publicación intervengan los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en la investigación, aportando las consideraciones y pruebas que pretenda hacer valer.

ARTÍCULO QUINTO: ORDENAR a los investigados que, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la presente decisión, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012, publiquen el siguiente texto en un diario de amplia circulación nacional:

> "Se informa que la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución No. 87164 de 2022, abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. (NIT. 890100577-6), FAST COLOMBIA S.A.S (NIT. 900313349-3) y VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C. (RUC. No. 20601237211)** para determinar si incurrieron en la conducta sancionable prevista en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 67 de la Ley 2195 de 2022, por haberse integrado sin la autorización previa de la autoridad competente en incumplimiento del deber legal establecido en los artículos 8, 9 y 25 de la Ley 1340 de 2009 y 1866 del Código de Comercio.
>
> Por medio de esta resolución también se abrió investigación y se formuló pliego de cargos en contra de **RICHARD GALINDO SÁNCHEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.054.752, con el fin de determinar si infringió lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 y por el artículo 68 de la Ley 2195 de 2022, debido a que habría facilitado, colaborado, autorizado, promovido, impulsado, ejecutado o tolerado la conducta imputada a los agentes de mercado.
>
> En los términos previstos en el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 157 del Decreto 019 de 2012, los competidores, consumidores o, en general, aquél que acredite un interés directo e individual en la presente investigación, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, podrá intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer, al expediente radicado con el número 22-271597".

ARTÍCULO SEXTO: **COMUNICAR** el contenido de la presente resolución a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL** de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 1340 de 2009, enviándoles copia de la versión pública de este acto administrativo para que, si así lo considera, emita su concepto técnico en relación con el asunto puesto en su conocimiento dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación y sin perjuicio de la posibilidad de intervenir, de oficio o a solicitud de la Superintendencia de Industria y Comercio, en cualquier momento de la actuación.

ARTÍCULO SÉPTIMO: **COMUNICAR** el contenido de la presente resolución a **HERNÁN PANESSO MERCADO** y a **ULTRA AIR S.A.S.**, en su calidad de quejosos, enviándoles copia de la versión pública de este acto administrativo.

ARTÍCULO OCTAVO: Contra la decisión contenida en el presente acto administrativo no procede recurso alguno, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009 y el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 9 días del mes de diciembre de 2022.

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia,

JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA Firmado digitalmente por JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA Fecha: 2022.12.09 10:42:19 -05'00'

JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA

NOTIFICAR A:

AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA
NIT 890.100.577 – 6
Calle 77B No. 57-103. Piso 21. Edificio Green Towers. Barranquilla – Atlántico
AV. El Dorado Calle 26 #59 -15. Piso 6. Centro Administrativo Avianca. Bogotá
notificaciones@avianca.com
Representante Legal
RENATO COVELO FRUTOS
C.E. 648892

FAST COLOMBIA S.A.S.
NIT 900313349-3
notificaciones.vvc@vivaair.com
Vía el Porvenir 500 mt después del Tablazo Sec Llano Grande. Rionegro, Antioquia
Representante Legal
FELIX ANTELO
C.E. No. 821.635

VIVA AIRLINES PERÚ S.A.C.
Sociedad extranjera constituida bajo las leyes de la República del Perú e identificada con RUC No. 2060123721.
Sucursal en Colombia:
VIVA AIRLINES PERU S.A.C SUCURSAL COLOMBIA
NIT 901161905 – 9
notificaciones.vvc@vivaair.com
Vía el Porvenir 500 mt después del Tablazo Sec Llano Grande. Rionegro, Antioquia

RICHARD GALINDO SÁNCHEZ
C.C. 80.054.752 de Bogotá.
richard.galindo@avianca.com
Calle 77B No. 57-103. Piso 21. Edificio Green Towers. Barranquilla – Atlántico
AV. El Dorado Calle 26 #59 -15. Piso 6. Centro Administrativo Avianca. Bogotá

COMUNICAR A:

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL
Av. El Dorado 103-15. Edificio Central Aerocivil. Bogotá.
notificaciones_judiciales@aerocivil.gov.co, atencionalciudadano@aerocivil.gov.co, luis.huertas@aerocivil.gov.co, gladys.bustamante@aerocivil.gov.co y jazmin.palomino@aerocivil.gov.co.

HERNÁN PANESSO MERCADO
C. C. No. 80.875.593
T.P. No 187.994 del C.S. de la J.
Calle 95 No. 15-33, Oficina 204, de la ciudad de Bogotá
hernan@panessomercado.com

ULTRA AIR S.A.S.
NIT 901.428.193-1
Apoderado:
EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA
C.C. 79.316.786 de Bogotá
T.P. 61688 del C.S. de la J.
Calle 90 No. 19 -41. Oficina 301. Bogotá.
earchila@archilaabogados.com y aaponte@archilaabogados.com