

XXXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial

**Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial ALADA
Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia**

**Liber Amicorum
Jurista Dr. Ernesto Vásquez Rocha**

“El derecho de la competencia en el mercado de transporte aéreo”

Por

Héctor Hernán Ríos Ospina *

(Bogotá, Septiembre 23 al 26 de 2008)

* Economista de la Universidad Javeriana de Bogotá, con estudios de Maestría en Relaciones Internacionales. Vinculado durante los últimos diez y ocho años a la aviación civil, desempeñando cargos directivos en el Gobierno donde fue Jefe de las Oficinas de Planeación y Transporte Aéreo de la Aeronáutica Civil de Colombia. Ocupó la Gerencia Financiera de AIRES, la Vicepresidencia de Operaciones de Aero República y desempeña la Vicepresidencia de Asuntos Gubernamentales de la misma aerolínea. Ha desarrollado actividades de consultoría nacional e internacional, realizando estudios sobre transporte aéreo para gremios del sector y para organismos internacionales como la Comunidad Andina y la Organización de Aviación Civil Internacional, OACI.

**XXXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial
Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial ALADA
Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia**

Liber Amicorum

Jurista Dr. Ernesto Vásquez Rocha

**El derecho de la competencia en el mercado de transporte aéreo
(Héctor Hernán Ríos Ospina)**

Me cuento entre quienes tuvimos la fortuna de compartir con el doctor Ernesto Vásquez Rocha, destacado jurista y experto del derecho aeronáutico, quien honró a todos los colombianos con su vasto conocimiento y su agudo sentido de apreciación del quehacer aeronáutico. Fueron incontables sus aportes al debate y a la academia sobre los interesantes temas de la política aérea comercial, pero quisiera destacar la importante labor que cumplió desde la Dirección Ejecutiva de AITAL, cargo que desempeñó durante más de una década, promoviendo a través del boletín trimestral un insustituible foro de análisis y acercamiento a los variados temas de actualidad del transporte aéreo. Si pudiéramos resumir en una sola frase el aporte del doctor Vásquez Rocha al transporte aéreo a través del boletín de AITAL, diríamos que desde sus páginas hizo brotar una voz común que le dio identidad a la opinión latinoamericana, bajo una visión autóctona de la realidad del transporte aéreo en nuestra región.

En este breve artículo nos referiremos a un tema que despertó siempre gran inquietud en el pensamiento del doctor Vásquez Rocha, como es la aplicación de las normas del derecho de la competencia al mercado del transporte aéreo. Para ello, se examinarán los trabajos más relevantes publicados en los Boletines de AITAL, a partir de la IV Conferencia Mundial de Transporte Aéreo convocada por la OACI (1994), y como los trabajos de AITAL coadyuvaron desarrollos en la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil, CLAC; las normas de la Comunidad Andina de Naciones CAN, y la situación actual del tema reflejada en la Resolución A36-15 de la 37 Asamblea de la OACI, de septiembre del 2007.

1. La IV Conferencia de Transporte Aéreo

Indudablemente, uno de los temas que más generó inquietud en el pensamiento aeropolítico del doctor Vásquez Rocha, sobre el cual intercambiamos ideas en diferentes oportunidades, hace relación a la aplicación de las normas del derecho de la competencia al caso particular del mercado de transporte aéreo, y la consideración de un asunto afín, como es el de las salvaguardias. En buena medida, esta inquietud surgió como resultado de la IV Conferencia Mundial de Transporte Aéreo que se reunió en Montreal a fines de 1994, sobre reglamentación del transporte aéreo internacional: presente y futuro.¹

En efecto, entre los temas examinados durante la Conferencia sobre el contenido de la futura reglamentación, estaban el acceso a los mercados, las salvaguardias y la ampliación del entorno reglamentario a las leyes sobre competencia (cuestiones 2,2, 2.4 y 2.6 del orden del día), temas ampliamente debatidos, y sobre los cuales se dejó planteada la necesidad de avanzar en desarrollos más elaborados, tarea que AITAL, bajo la dirección del doctor Vásquez Rocha, asumiría en los años siguientes.²

Valga recordar, por ser pertinente al tema que se desarrolla en este artículo, que la IV Conferencia de transporte aéreo se gestó como respuesta a un entorno de gran dinamismo y cambios en que empezó a desenvolverse el mercado de transporte aéreo internacional desde los años ochenta y primeros años de los noventa, caracterizado por tendencias generalizadas a la privatización de

¹ Al respecto, el doctor Vásquez Rocha consideraba que “Una de las medidas preferenciales que podrían tomarse debería ser precisamente la adopción de un mecanismo de salvaguardias para prevenir los excesos del liberalismo aeronáutico, es decir generalmente el exceso de capacidad, las tarifas demasiado bajas y las consideradas como predatorias.” (Boletín AITAL No 26, Carta del Director).

² Un primer trabajo al respecto fue presentado por AITAL en Agosto de 1995, ante un foro de expertos de la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil, CLAC, a través del documento “Las prácticas restrictivas de la competencia en el transporte aéreo dentro de un entorno liberal,” Vásquez Rocha, Ernesto.

aerolíneas y de la administración de aeropuertos, a la liberalización del mercado a través de la negociación de convenios aéreos comerciales cada vez más abiertos y a la globalización evidenciada en reglamentación y prácticas de alcance transnacional; tendencias coincidentes con el interés de la comunidad internacional de propiciar nuevos acuerdos multilaterales para regir el comercio mundial, promovidos durante la Ronda Uruguay del GATT, y con la formalización posterior del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, promulgado en el seno de la Organización Mundial de Comercio, OMC.³

Bajo este nuevo entorno de liberalización del mercado de transporte aéreo, que se empezó a propagar por las diferentes regiones del mundo, y que ya en los noventa mostraba claros signos de consolidación,⁴ cobraba importancia el tratamiento de los conceptos clásicos del derecho a la competencia, como son la competencia desleal y las prácticas restrictivas⁵, conceptos que no habían tenido mucha aplicación práctica en el mercado de transporte aéreo internacional, pues en éste la excesiva reglamentación económica se oponía a los postulados de la libre competencia, y en su lugar los Gobiernos adoptaban rigurosos controles de acceso al mercado a través de los convenios aéreos bilaterales que pre-determinaban la capacidad y propugnaban por mecanismos como la doble aprobación de tarifas, e inclusive permitían y auspiciaban los acuerdos de precios entre operadores.⁶

³ OACI, IV Conferencia Mundial de Transporte Aéreo, Informe Final.

⁴ La ley de desregulación del mercado de transporte aéreo de los EEUU de 1978, las normas de la Comunidad Económica Europea sobre liberalización por etapas del mercado de transporte aéreo comunitario, y las normas andinas sobre transporte aéreo expedidas en 1991 y 1992, constituyen ejemplos inequívocos de esta nueva realidad.

⁵ En el artículo de RODRIGO PALACIO CARDONA, “Aspectos generales del derecho de la competencia desleal”, se ilustran sus dos grandes campos de estudio: el derecho de la competencia desleal, que regula las relaciones de los agentes dentro del mercado, y las prácticas restrictivas de la libre competencia. Publicado en la obra Derecho de la competencia, Cámara de Comercio de Medellín, Colegio de Abogados de Medellín, 1ª edición, 2003.

⁶ En el caso colombiano, se encuentran ejemplos típicos de esta índole, como los Convenios aéreos firmados con España en 1951, Francia en 1953 y Alemania en 1975, en los que no solo se exigía la doble aprobación tarifaria, sino que se fijaba como condición el acuerdo previo de tarifas entre las aerolíneas.

En realidad, desde la expedición del propio Convenio de Chicago en 1944, y hasta finales de los años setenta, el mercado de transporte aéreo se desarrolló bajo una política de proteccionismo y regulación económica extrema del mercado, que hacía innecesaria la consideración y aplicación exhaustiva de normas sobre la competencia. Sin embargo, esta situación cambió al gestarse las nuevas políticas y acuerdos que promovían la apertura y liberalización del mercado, y fue en ese marco que la IV Conferencia de Transporte Aéreo abordó el estudio relativo a las normas sobre la competencia, reconociendo que en un entorno económico de menor reglamentación existe la necesidad de contar con medidas efectivas para asegurar la competencia leal entre todos los participantes, y que una mayor flexibilidad para los transportistas aéreos aumenta la posibilidad de prácticas que pueden constituir competencia desleal, y por lo tanto es necesario impedir y eliminar eficazmente esas prácticas⁷.

Uno de los documentos analizados en esta IV Conferencia fue precisamente un proyecto de acuerdo en materia de salvaguardias, que buscaba garantizar una competencia sana y estable, para lo cual proponía adoptar un código de conducta que introducía una serie de conceptos novedosos para el mercado de transporte aéreo, como el dumping de precios, la fijación de precios predatorios, los precios exageradamente altos, la discriminación en materia de precios, el dumping de capacidad, la capacidad predatoria, la capacidad insuficiente y la discriminación en materia de capacidad. En forma complementaria, se proponía adoptar un mecanismo de solución de controversias, que le permitiría a las Partes realizar consultas ante desacuerdos en la aplicación del código de conducta, bien para llegar a un acuerdo o para convocar un grupo de expertos en transporte aéreo que de manera imparcial resolvería la controversia.

⁷ OACI, IV Conferencia de Transporte Aéreo, Informe Final, Parte I Leyes sobre competencia.

Adicionalmente, la IV Conferencia trató el tema de las leyes sobre competencia y los conflictos que se podían suscitar por la aplicación de leyes anti-monopolio locales de un país al mercado de transporte aéreo internacional, pues tendrían un efecto extra-territorial, planteándose la necesidad de su armonización y la conveniencia de adoptar una cláusula modelo que podría insertarse en los acuerdos de transporte aéreo.

Entre las conclusiones de la IV Conferencia, se reconoció que una parte integral del proceso de liberalización del transporte aéreo sería la institución de mecanismos de salvaguardia adecuados, como el código de conducta estudiado durante la misma conferencia, y un mecanismo de solución de controversias; además de medidas preventivas que protegieran los intereses de todos los Estados al asegurar su participación efectiva y sostenida en el transporte aéreo internacional. Pero la Conferencia fue conciente de la necesidad de elaborar más y perfeccionar tanto el código de conducta como el mecanismo de solución de controversias.⁸

De esta manera se buscaba prevenir y corregir los abusos en materia de competencia, pues la IV Conferencia reconoció que la existencia de disparidad de tamaños y de poder de competencia entre transportistas aéreos designados por distintas Partes en un entorno de liberalización, podría afectar la participación efectiva de algunos Estados en el mercado de transporte aéreo internacional⁹, y que en realidad la competencia no resolvía los principales retos de la distorsión económica, las desigualdades socioeconómicas entre las naciones o la concentración de poder en unidades económicas, como el derivado de firmas multinacionales. Por esta razón, la IV Conferencia consideró que una mayor

⁸ Temas estudiados luego por el doctor Vásquez Rocha, como lo registran varios boletines de AITAL

⁹ En el documento de trabajo WP/80, 42 Estados africanos propusieron elaborar medidas preferentes para garantizar la participación de los Países en Desarrollo en el transporte aéreo internacional.

liberalización conllevaría una mayor aplicación de las leyes sobre competencia para asegurar que ésta sea leal.¹⁰

Respecto a la liberalización del mercado de transporte aéreo, conviene agregar como argumento a favor de contar con normas claras sobre la competencia aplicables al mismo cuando se des-regula, que por su naturaleza económica, este mercado tiende a ser de carácter monopólico, y en el mejor de los casos, oligopólico, situación que deriva de barreras naturales a la entrada, que impiden que el mercado se comporte en la realidad como de libre competencia. La principal de estas barreras se evidencia en los elevados niveles de capital necesario para lograr el tamaño y las economías de escala mínimas requeridas, para alcanzar menores costos unitarios y por lo tanto mayores niveles de competitividad y eficiencia.¹¹ Es cierto que al eliminar la regulación económica que afecta la libre entrada al mercado de transporte aéreo, se facilita el acceso de nuevos competidores, pero la experiencia ha mostrado, en mercados como el de los Estados Unidos, de mayor tamaño y por tanto donde las fuerzas del mercado pueden funcionar mejor, que han entrado muchas nuevas compañías al negocio de las aerolíneas, pero pocas de ellas han sobrevivido en el largo plazo.¹² Pese a ello, los economistas que abogan por la desregulación argumentan que las tendencias monopólicas del mercado aéreo pueden ser mejor contrarrestadas en el sistema liberalizado por la exposición a la competencia, y si ésta falla, deben aplicarse entonces las normas anti-monopolio.

2. Los trabajos de AITAL

Como se indicó, después de concluida la IV Conferencia se adelantaron algunos trabajos para profundizar en los mecanismos generales propuestos durante la

¹⁰ OACI, op. cit

¹¹ Incorporar aeronaves nuevas tipo jet a la flota de una aerolínea, para corta y media distancia, exige inversiones muy cuantiosas, fuera del alcance de muchos potenciales oferentes.

¹² WILLIAM E. O'CONNOR, An introduction to airline economics, sixth edition, p. 7

Conferencia. En la región latinoamericana, estos trabajos fueron impulsados particularmente por dos organismos: AITAL, bajo la dirección del doctor Vásquez Rocha, y la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil, CLAC, a través de las reuniones de expertos en asuntos económicos y jurídicos del transporte aéreo, foros especializados en los que representantes de las autoridades aeronáuticas de los Estados Latinoamericanos estudian y formulan recomendaciones sobre la reglamentación aeronáutica en la región.

2.1 Estudios Promovidos por el Doctor Vásquez Rocha

En el caso de AITAL, el primer trabajo fue presentado en Agosto de 1995 ante la reunión del Grupo de Expertos de la CLAC, bajo el título "Las prácticas restrictivas de la competencia en el transporte aéreo dentro de un entorno liberal" y su objetivo fue proponer normas para evitar los desbordamientos del liberalismo, principalmente el exceso de capacidad y las tarifas demasiado bajas y predatorias.¹³ El estudio menciona la existencia de leyes anti-monopolio o en términos más generales, las leyes sobre prácticas comerciales restrictivas, en las que se distingue y proscribe el abuso de la posición dominante, entendida como el intento de desplazar a los competidores, aún cuando estas leyes son de orden general y no contemplan especificidades propias del mercado de transporte aéreo. Respecto a las tarifas demasiado bajas cuya finalidad sea desplazar al competidor, por lo que se denominan predatorias, existe abundante pero imprecisa literatura jurídica. Una dificultad clara que reconoce este estudio en las normas generales sobre la competencia es la gran dificultad de obtener pruebas para demostrar, por ejemplo, la intención de afectar a un competidor, dificultad que a la postre se traduce en que las sanciones solo se pueden aplicar *ex-post-facto*, y por tanto no dan lugar a medidas preventivas, con lo cual tampoco sería posible garantizar a través de estas normas generales salvaguardias eficaces

¹³ Vásquez Rocha, Ernesto. Las prácticas restrictivas del transporte aéreo dentro de un entorno liberal, Boletín AITAL No. 26, Septiembre-Octubre de 1995.

para evitar que las aerolíneas sean víctimas de prácticas desleales de competencia. El estudio analiza los postulados sobre *dumping* y *salvaguardias* a la luz de los conceptos generales pre-existentes en los Acuerdos internacionales de comercio, concluyendo que es impropio aplicarlos a los servicios de transporte aéreo, pues fueron concebidos para el comercio de bienes. Luego examina en forma muy sucinta algunas legislaciones sobre las prácticas restrictivas de comercio, citando particularmente el caso de las normas de los EEUU y de la Comunidad Económica Europea, CEE. En este último caso identifica como interesante el mecanismo de la llamada “desaprobación unilateral”, consistente en la potestad de un Estado de objetar una tarifa cuando estime que es demasiado alta o demasiado baja (como una salvaguardia), pero sin exigir en el caso de la tarifa demasiado baja vinculación directa de la tarifa con una conducta monopólica o con el abuso de la posición dominante. Sin embargo, considera que este mecanismo sería de poca aplicación en América Latina, al no existir el sistema jerárquico formal de la CEE en esta región.

Como conclusión, el trabajo citado de Vásquez Rocha señala que la teoría general sobre prácticas restrictivas de comercio tiene muchísimas dificultades, por ser muy difícil encontrar criterios claros y prácticos para definir el abuso de la posición dominante, la intención y los efectos anticompetitivos, por lo que las medidas preventivas rara vez se obtienen y por ende, es muy probable que la parte más débil tendrá que soportar un daño sin posibilidades de recuperación inmediata, lo cual resulta muy grave en el caso del transporte aéreo, dados sus marginales niveles de rentabilidad con los que operan las aerolíneas, especialmente en los países en desarrollo.

Por lo tanto, el estudio formula como una propuesta la adopción de un régimen especial que considere como factor de distorsión del mercado las tarifas excesivamente bajas, sin vincularlas a una intencionalidad anticompetitiva, bajo el supuesto que las tarifas excesivamente bajas ponen en situación de peligro a

la industria, amenazando su subsistencia y desarrollo futuro. El problema que subyace en la propuesta, reconocido por el estudio, es cómo determinar que una tarifa es demasiado baja, lo que lleva a la vez al análisis de los costos, entendiendo como criterio general que las tarifas no deberían ser inferiores a éstos. Pero el análisis de los costos abre otro debate, tanto respecto a saber cuáles son los costos eficientes, como a qué concepto de costos utilizar (costos medios, costos marginales, costos variables, costos totales, etc). Una alternativa planteada en el estudio, sería adoptar sistemas de bandas de tarifas, que permitan cierta movilidad (competencia) dentro de la banda, pero a la vez impidan el establecimiento de tarifas demasiado bajas.

Un problema que subyace en el análisis de los costos del transporte aéreo, además de la dificultad de acceder a datos públicos confiables, estriba en la dinámica evolución que ha tenido la llamada técnica del "*yield management*", conforme a la cual las aerolíneas, con el apoyo de sofisticados sistemas computarizados que miden la demanda histórica y futura de un vuelo, determinan múltiples escalas de precio para las sillas de un mismo vuelo, lo que lleva en la práctica a la posibilidad de ofrecer sillas muy baratas, como parte de una estrategia comercial que busca posicionar la aerolínea como de bajos precios en el mercado (a través de la publicidad). Bajo este método la aerolínea busca maximizar el ingreso total del vuelo, combinando diferentes niveles de tarifas, unas muy baratas y otras seguramente mucho más caras, haciéndose entonces imposible determinar una tarifa mínima como piso de una banda tarifaria. Esta realidad actual de la industria complica aún más la determinación y medición de las llamadas tarifas predatorias, y exige sin duda un análisis mucho más refinado, y en la práctica muy complejo, para detectar la línea divisoria entre una práctica de competencia desleal y una práctica comercial de competencia.

Otro aspecto tratado en el estudio se refiere al problema del exceso de capacidad como una posible práctica restrictiva de la competencia, concepto

planteado en el código de conducta examinado durante la IV Conferencia de Transporte Aéreo. Al respecto, Vásquez Rocha concluye que es extremadamente difícil encontrar un mecanismo que permita racionalizar la libertad de acceso al mercado, dentro del modelo de promoción de la competencia, para adecuar la capacidad a las necesidades del tráfico (o del mercado).

Los estudios promovidos por Vásquez Rocha en la región latinoamericana sobre este tema, hacían parte de un interés general que había empezado a percibirse, como se dijo antes, como consecuencia del proceso de liberalización del mercado de transporte aéreo que empezó a propagarse por el mundo después de 1978, y que centró buena parte de la atención de la IV Conferencia a finales de 1994; sin embargo, ya en los años previos a la misma el tema no solo se había analizado, sino que había sido regulado en legislaciones específicas, como es el caso de la Comunidad Económica Europea (CEE), o había dado lugar a conflictos reales, como sucedió entre EEUU y Chile en 1993, cuando las compañías chilenas denunciaron ante su autoridad de competencia, como una práctica de competencia desleal, un incremento simultáneo de capacidad sobre la ruta Miami – Santiago pretendido por dos aerolíneas norteamericanas, decidiendo dicha autoridad la congelación de las frecuencias en la ruta, lo que desencadenó un conflicto bilateral, que luego de una fase de amenaza de retaliaciones recíprocas, concluyó en un acuerdo entre los dos Gobiernos, que establecía controles transitorios a las frecuencias, pese a que estaban liberalizadas desde 1989.¹⁴

Este caso de la vida real, evidenció que más allá de preocupaciones conceptuales tenía plena validez el riesgo en cuanto que al liberalizar el transporte aéreo y reducir la intervención estatal para permitir el libre juego de las fuerzas de oferta y demanda, las aerolíneas dominantes pueden abusar de esta libertad para

¹⁴ En el artículo de Charles J Simpson, Jr., “Reflexiones a propósito de la controversia entre Chile y los Estados Unidos sobre los servicios aéreos” se encuentra ilustrado el caso. Boletín AITAL No. 17, Marzo-Abril de 1994.

eliminar a sus competidores actuales, o bien prevenir el ingreso de nuevos competidores al mercado, siendo las aerolíneas más pequeñas mucho más vulnerables, tanto frente a precios predatorios, como frente a excesos de capacidad, pues sus recursos financieros son más limitados, y por ende su real capacidad de lograr aumentos efectivos en su oferta es reducida. En el modelo clásico de negociación y regulación de los derechos de tráfico aéreo, este riesgo simplemente no existe por cuanto las autoridades pre-determinan la capacidad, claro está generalmente influenciadas por las propias aerolíneas de las Partes, por lo que no pueden darse excesos de oferta, al menos frente a la capacidad formalmente acordada. Sin embargo, este modelo de predeterminación de capacidad fue sobrepasado por el auge sostenido del mercado de transporte aéreo internacional, en el marco de tendencias y políticas generales de liberalización del comercio mundial, que influenciaron el transporte aéreo.

Respecto a las normas de la CEE, el artículo "Algunas consideraciones sobre la legislación de la Comunidad Económica Europea en materia de competencia desleal"¹⁵, trae una muy clara y completa ilustración de la evolución y situación normativa europea, confirmando que ya antes de la IV Conferencia de Transporte Aéreo, dentro del entorno de los paquetes de liberación gradual que se adoptaron en la CEE, el tema había sido tratado y regulado en forma detallada. Y es que desde la propia constitución del Tratado de Roma de 1957, que dio vida a la CEE, se habían consagrado las reglas básicas de competencia, a través de los artículos 85 (que prohíbe los acuerdos y prácticas concertadas que tengan por objeto impedir, restringir o falsear la competencia dentro de la Comunidad, aunque también establece un régimen de excepciones para acuerdos que puedan ser económicamente beneficiosos), el artículo 86 (que prohíbe el abuso de la posición dominante en la medida que afecte el comercio entre los Estados miembros), el artículo 87 (facultades al Consejo para

¹⁵ AITAL, Boletín No. 17, páginas 20-27.

reglamentar la materia), el artículo 88 (obliga a las autoridades nacionales aplicar las disposiciones del Tratado hasta que entren en vigor normas reglamentarias), el artículo 89 (da poder a la Comisión de investigar las infracciones a las reglas de competencia) y el artículo 90 (reglas sobre competencia aplicables a empresas públicas).

Por muchos años, estos principios generales del Tratado de Roma no tuvieron aplicación práctica en el mercado de transporte aéreo, y solo cuando se adoptó el primer paquete de liberación de este mercado, se expidieron Reglamentos específicos (3975/87 y 3976/87), en ejercicio de la facultad dada al Consejo mediante el artículo 87 del Tratado de Roma. Estos reglamentos facultaron a la Comisión para investigar y suspender acuerdos y conductas contrarios a los artículos 85 y 86 del Tratado y para conceder en forma expresa excepciones a la prohibición general de acuerdos entre transportistas aéreos. En materia de tarifas predatorias, la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia definió precios predatorios los que son inferiores a los costos que varían en función de la cantidad producida, es decir inferiores a los costos variables, concepto que en armonía con el artículo 86 del Tratado de Roma, está prohibido al igual que cualquier práctica destinada a lesionar la competencia, lo que puede ocurrir si quien tiene una posición dominante la explota en forma abusiva.

De manera complementaria, al expedirse el tercer paquete de medidas liberalizadoras del transporte aéreo en la CEE, se estableció la cláusula de la “desaprobación unilateral” de tarifas por parte de un Estado Miembro, que representa una garantía para evitar la aplicación de tarifas que puedan lesionar la competencia.¹⁶

¹⁶ Reglamento No. 2409/92, artículo 6. Para una mayor ilustración, puede consultarse el Boletín No. 36 de AITAL, el artículo “Las tarifas predatorias y la Unión Europea”.

Como conclusión del estudio de AITAL sobre las normas de competencia en la CEE, se estableció que ésta disponía de un marco y estructura legal y jurisprudencial mucho más clara y detallada, para su aplicación al mercado del transporte aéreo, lo que evidentemente era consecuente con el proceso gradual de liberalización del mercado aéreo en la CEE, que indujo el desarrollo de reglamentos comunitarios específicos para este mercado, ante los mayores riesgos de prácticas anticompetitivas en un entorno de liberalización y desregulación, tema que ha despertado diversas inquietudes de las autoridades.

Por ejemplo, la autoridad sueca de la competencia realizó en 1995 un análisis de los efectos que había tenido la desregulación, entre otros, del mercado de transporte aéreo en su país,¹⁷ dando cuenta que en los años posteriores a la liberalización de su transporte aéreo, se recibió un gran número de quejas sobre prácticas anti-competitivas. Uno de los casos que resulta interesante traer a colación, es la queja de una pequeña aerolínea que demandó a SAS, el más grande transportista sueco, por negarle un acuerdo interlinea, similar al que había firmado con otros operadores, lo que llevó a la autoridad de competencia sueca a objetar la conducta de SAS por considerarla como un abuso de su posición dominante, y como consecuencia el acuerdo interlinea finalmente tuvo que ser aceptado.¹⁸

2.2 Otros Estudios Promovidos al interior de la CLAC

Continuando con el análisis de los mecanismos propuestos durante la IV Conferencia de Transporte Aéreo, AITAL seguía promoviendo el debate entorno al tema, y es así como en su Boletín de finales de 1998, da cabida en sus páginas al artículo de Christlieb M, Javier, asesor jurídico del Grupo Cintra,

¹⁷ Swedish Competition Authority, Competition on deregulated markets (English summary), 1997

¹⁸ Ibid. p.26.

titulado "Disposiciones relativas a salvaguardias",¹⁹ documento presentado durante la Asamblea de la Asociación de Líneas Aéreas Internacionales de Colombia, ALAICO.

El artículo en realidad hace una crítica a las tendencias de liberación del mercado de transporte aéreo, a partir del principio de reconocimiento de la soberanía de los Estados que inspiró el Convenio de Chicago. Al efecto señala Christlieb: "Lo que en realidad se está reconociendo en esos documentos (en referencia al Convenio de Chicago), es el derecho soberano de cada país a negociar y a establecer, de acuerdo con sus necesidades y posibilidades, sus propias normas que rijan sus relaciones aéreas frente a otros países, el cual debe respetarse y hacerse valer frente a la comunidad internacional."

A partir de esta consideración, narra el cambio profundo en el marco de la regulación del transporte aéreo internacional, inducido por el proceso de desregulación en los EEUU, que inició su aplicación en el mercado doméstico, pero luego se extendió al plano internacional, proceso que se gestó en un entorno diferente al de muchos países, durante un período largo de tiempo en el cual aparecieron normas de carácter técnico, operativo, de protección al consumidor o regulatorias de monopolios, de seguridad, de vigilancia, y aún de política internacional para restringir la libre competencia, como es el caso de las normas de ruido, los slots, los impuestos federales de migración, aduanas, código de conducta de los sistemas de reservas (CRS), o disposiciones como la Ley Helms Burton. En síntesis, pone de presente las grandes diferencias entre el gran mercado de transporte aéreo de los EEUU y los pequeños países de la región latinoamericana, que por sus flotas pequeñas, todas importadas del gran país, enfrentan condiciones impuestas para competir, que no son necesariamente de libre competencia. A partir de estas diferencias, se cuestiona

¹⁹ Boletín Informativo AITAL, Año 8, Nos 44-45, de septiembre a diciembre de 1998.

sobre como garantizar la igualdad de oportunidades en la explotación del transporte aéreo internacional en un país en desarrollo, y la necesidad de regular la competencia entre desiguales.

Manifiesta Christlieb en este artículo que el derecho es producto de la evolución del hombre mismo para vivir en armonía social. Es lo que nos impide vivir en un ambiente en el que predominaría la ley del más fuerte. El ser humano ha podido vencer la teoría de la selección natural de las especies, que significa la muerte o aniquilación del débil por parte del desarrollado o grande, obedeciendo instintos de supervivencia o predominio. Algunos basan su éxito en hacer desaparecer o minimizar a lo que consideran competencia, en lugar de buscar una convivencia armoniosa de todos. Bajo estas ideas, es necesario que reconociendo las diferencias entre países, se establezcan normas justas que garanticen la igualdad de oportunidades, y ese debe ser el objetivo de las cláusulas de salvaguardia.

Examina en forma general dos iniciativas que en el seno de la CLAC se estaban discutiendo al respecto: Un mecanismo de solución de controversias entre países que se activa si un país considera que los derechos de sus aerolíneas están siendo violados por prácticas predatorias, como introducir una capacidad o frecuencias excesivas, u operar con factores de ocupación excesivamente bajos, conceptos ambiguos. Otros conceptos son causar graves perjuicios económicos a otros transportistas, o el intento de debilitar o sacar del mercado a un transportista, que tienen como problema esencial el hecho de que cuando se pruebe la práctica desleal, ya no existirá el competidor, el daño estará causado; y la otra iniciativa, la facultad de los Estados de tomar medidas preventivas restringiendo la oferta de proveedores extranjeros cuando pongan en riesgo el derecho a la participación en el mercado de operadores nacionales. Sugiere que los dos esquemas pueden coexistir, y que se requiere además tomar medidas contra tarifas predatorias demasiado bajas. Concluye explicando que México ha mantenido elementos de regulación del mercado de transporte aéreo, como la

doble aprobación de tarifas exigiendo que contemplen un margen de utilidad, el control de capacidad bajo el principio que la oferta de sillas debe ser acorde a la demanda del tráfico.

Puede decirse que bajo esta concepción, que predica y aboga por la validez de los principios clásicos de regulación del mercado de transporte aéreo, no sería en realidad necesario discutir sobre el mecanismo de salvaguardias propuesto por la IV Conferencia, pues el control de capacidad y la exigencia de la doble aprobación tarifaria serían instrumentos suficientes de regulación que evitarían los riesgos de prácticas restrictivas a la competencia, propios de un mercado liberalizado. En otras palabras, bajo la visión de Christlieb sería mejor no liberar el mercado de transporte aéreo y en su lugar mantener la regulación de oferta y precios tradicional, por cuánto ésta garantiza los principios del Convenio de Chicago, como la igualdad de oportunidades.

En contraste a la anterior posición, el artículo "La regulación en el futuro del transporte aéreo mundial", escrito en el Boletín No. 35 de AITAL (marzo abril de 1997), por el señor Gustavo Donisa, se hace referencia a la excesiva regulación e intervención que ha existido en el transporte aéreo desde el inicio de su reglamentación a mediados de los años cuarenta, reclamando por la necesidad de tener un entorno reglamentario más amplio y flexible. En uno de sus apartes, señala: " El patrón de relaciones internacionales basado en las negociaciones bilaterales, limita significativamente las posibilidades de expansión de los servicios, a la vez que fomenta las prácticas proteccionistas que conspiran contra la eficiencia general del modo." A partir de esta premisa, sugiere la liberalización de los aspectos económicos y comerciales del transporte aéreo y mantener regulaciones estrictas en los aspectos técnicos y operativos. También cuestiona las legislaciones nacionales que restringen la incorporación de capital extranjero a las líneas aéreas, porque las priva de una fuente esencial de financiamiento.

Es claro en esta postura liberal del mercado de transporte aéreo, que se mantiene una regulación en los aspectos técnicos de la aviación, centrando la necesidad de intervención del Estado solo en cuanto a la vigilancia de la operación aérea, dada la responsabilidad de preservar y garantizar la seguridad del sistema. Sin embargo, no se profundiza en la necesidad de adoptar normas que garanticen la competencia leal y eviten las prácticas restrictivas, tan necesarias precisamente en un ambiente de mercados desregulados.

Finalmente, en el seno de la CLAC el estudio y análisis del tema, en el cual contribuyeron los trabajos de AITAL, concluyó con la expedición de la Recomendación A13-3, que reproduce un proyecto de cláusula modelo para evitar prácticas de competencia desleal, recomendación aprobada por la XIII Asamblea de la Comisión, y que en su numeral 3 enuncia como prácticas de competencia desleal una serie de conceptos, evidentemente subjetivos, como introducir una capacidad o frecuencias excesivas, operar con factores de ocupación promedio excesivamente bajos, aplicar tarifas o fletes insuficientes para cubrir los costos del servicio, causar graves perjuicios económicos a otros transportistas, desarrollar prácticas que intenten debilitar o sacar del mercado a un transportista, o prácticas notablemente diferentes a la conducta previa del transportista. La recomendación incorpora un procedimiento de consultas entre las partes, y acudir al arbitraje si no hay acuerdo entre ellas.

3. Perspectivas del tema y situación actual

En realidad, los trabajos esbozados durante la IV Conferencia sobre la formulación de esquemas que garanticen la competencia leal en un mercado liberalizado de transporte aéreo, no han llegado a convertirse en instrumentos formales de carácter multilateral, y más bien fueron una base inicial de estudio, que se tomó como punto de partida por los diferentes países y regiones del mundo, y salvo las normas específicas contenidas en los Reglamentos sobre

transporte aéreo de la CEE, la mayoría de Estados mantuvieron su estructura legal general sobre leyes de la competencia.

Por lo tanto, nueve años después, al celebrarse la V Conferencia Mundial de Transporte Aéreo convocada por la OACI en marzo del 2003, denominada “Retos y oportunidades de la liberalización”, este asunto se consideró bajo los temas de acceso a los mercados, competencia equitativa y salvaguardias, evolucionando a la consideración de cláusulas modelo que se podrían incluir en los Acuerdos tipo de transporte aéreo, llamados MASA.²⁰

En efecto, al observar los textos MASA propuestos por la Conferencia, se aprecia que incorporan cinco artículos relativos al tema, así: El artículo 15 Competencia Leal, que parte en su enfoque tradicional del postulado básico del artículo 44 del Convenio de Chicago que en su literal f) señala que cada Estado contratante debe tener oportunidad equitativa de explotar empresas de transporte aéreo internacional, lo que se traduce al texto modelo del MASA como la oportunidad equitativa de explotar las rutas especificadas que tendrá cada aerolínea designada. A medida que se avanza a esquemas de mayor liberalización, el texto modelo incorpora conceptos del derecho de la competencia, como la obligación de tomar medidas para eliminar todas las formas de discriminación o prácticas de competencia desleal, o la garantía de un entorno de competencia leal, en el marco de las leyes sobre competencia de las Partes. Nótese que en este punto, el texto modelo de la OACI en realidad no resuelve el problema de contar con un marco legal específico para el transporte aéreo, sino que inclusive remite a las leyes generales de cada Parte, con lo cual se confirma la apreciación reiterada que tuvo el doctor Vásquez Rocha sobre la enorme dificultad práctica de lograr una protección efectiva para una aerolínea cuando fuese afectada por

²⁰ Para una mejor ilustración, puede consultarse el WP/17 de la V Conferencia de Transporte Aéreo, que contiene la nota presentada por la Secretaría sobre Modelos de Acuerdos de Servicios Aéreos para una liberalización bilateral, regional o multilateral, presentando en el Anexo los textos modelo.

el abuso de la posición dominante de un competidor en un ambiente liberalizado, pues los mecanismos tradicionales del derecho a la competencia podían resultar insuficientes para el caso del mercado de transporte aéreo.

Los artículos 16 (capacidad) y 17 (tarifas), que según el grado de liberalización que pacten las Partes, pueden contener esquemas de regulación total en el mercado (control de capacidad y de precios) o bien esquemas de libertad total de frecuencias y determinación de precios, a cargo solo de las líneas aéreas designadas, sin intervención gubernamental.

El artículo 18 se refiere a las salvaguardias, y trae en primer lugar una lista de las prácticas que pueden considerarse como desleales, citando entre ellas tarifas insuficientes para cubrir los costos, adición de frecuencias o capacidad excesivas, adoptar estas prácticas en forma duradera y no temporal, afectar con estas prácticas o perjudicar considerablemente a otra línea aérea, un comportamiento de abuso de posición dominante. Ante una práctica desleal, se solicitarán consultas que deben celebrarse dentro de los 15 días siguientes y si no hay acuerdo, se podrá invocar el mecanismo de solución de controversias.

Finalmente, el artículo 19 relativo a las leyes sobre competencia, dispone el intercambio de información entre las Partes sobre sus leyes y organismos competentes en materia de competencia, y se comprometen a dar toda la información necesaria sobre las prácticas anticompetitivas, las investigaciones que se adelanten contra las aerolíneas de la otra Parte, así como a procurar la mayor transparencia posible ante una posible investigación. En realidad, este artículo, al igual que el artículo 18, refleja la imposibilidad hasta ahora de lograr un procedimiento internacional uniforme sobre el tratamiento y aplicación de las normas sobre la competencia al caso del transporte aéreo.

En síntesis, la situación actual muestra en el ámbito latinoamericano que no existen más que criterios y directrices de orientación, consignados en las Resoluciones de la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil, CLAC, que desde el año 1998 elaboró, como resultado del trabajo conjunto con AITAL, la Recomendación 13-3, en la que se listan, de manera enunciativa y genérica las prácticas restrictivas que configuran situaciones de competencia desleal, pero desafortunadamente, como lo preveía el doctor Vásquez Rocha, sin consolidar un marco sólido y claro que permita combatir eventuales conductas anti-competitivas. Algunos elementos de esta recomendación se recogen también en los modelos de cláusulas del MASA, con variantes según el grado de liberalización que se adopte.

En el marco de la Comunidad Andina de Naciones, CAN, que actualmente obliga a cuatro Estados Miembros, se expidió en marzo del 2005 la Decisión 608 (Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina), que actualizó las anteriores disposiciones sobre competencia en la CAN, como una normativa general, aplicable a cualquiera de los sectores económicos, incluido el de transporte aéreo. Respecto al mercado aéreo, valga recordar que durante la discusión de la Decisión 582, que actualizó el régimen andino de transporte aéreo, ratificando las normas de liberalización del mercado aéreo andino que habían sido expedidas de los inicios de los años noventa, se trató de desarrollar un marco normativo específico sobre la aplicación de normas del derecho de la competencia al mercado de transporte aéreo, especialmente considerando el esquema de cielos abiertos adoptado para las rutas y vuelos al interior de la CAN. Sin embargo, luego de largas discusiones, los especialistas que se ocuparon del análisis del tema decidieron excluirlo del texto de la norma, y más bien considerar este asunto en el marco de la norma general sobre derecho de la competencia, que finalmente quedó contenida en la Decisión 608. De esta manera, y a diferencia del esquema logrado por la CEE dentro de su proceso de integración del transporte aéreo, los

países andinos descartaron la opción de establecer un régimen especial del derecho a la competencia, aplicable al mercado subregional.

Por último, a nivel de la comunidad aeronáutica internacional, la Resolución A36-15 de la OACI, adoptada por la Asamblea en septiembre del 2007, que contiene las políticas vigentes en materia de transporte aéreo de la organización, dispone en su Apéndice A la reglamentación económica del transporte aéreo internacional. Llama la atención que se eliminó de la Sección I, Acuerdos y arreglos, en el párrafo 1 del Resuelve, el concepto de salvaguardias que se incluía como requisito del proceso de liberalización del transporte aéreo, con lo cual la Asamblea de la OACI reafirma su interés simplemente de seguir facilitando la liberalización, como propósito esencial. Tal vez la supresión del concepto de salvaguardias acotando la liberalización pueda obedecer al reconocimiento de la inutilidad práctica que tuvo durante el tiempo que hizo parte de las Resoluciones de la OACI. Realmente, no se identifican en esta Resolución vigente de la OACI textos relativos a la necesidad de contar con normas sobre el derecho a la competencia en un ambiente de mayor liberación del transporte aéreo, las que al momento solo hacen parte de los textos modelo sugeridos en el MASA, con lo cual, puede decirse que prácticamente ha ido desapareciendo este asunto, otrora de gran actualidad y debate en la agenda internacional del transporte aéreo.

Es probable que tan interesante tema haya sido anestesiado por las crisis globales que ha enfrentado el mercado del transporte aéreo en el primer decenio del nuevo siglo, la primera acentuada a finales del 2001 con los atentados del 11 de septiembre, y la última, en ciernes actualmente por el exagerado incremento del precio del petróleo, que ya bordea los US\$ 150. Como hipótesis general puede considerarse que en ciclos de debilitamiento financiero de la industria del transporte aéreo, la contracción o menor ritmo de crecimiento del mercado no hace propicio el entorno para la proliferación de conductas anti-competitivas, si

bien ello no puede entenderse como su desaparición de la escena económica del transporte aéreo.

En el largo plazo, la tendencia hacia acentuar la liberalización de todos los mercados en el mundo global, seguramente conducirá a reabrir el debate de este tema, y tal vez la evolución hacia nuevas formas de comercialización y distribución, cada vez con más soportes en la automatización de procesos y en la proliferación del manejo electrónico y personalizado de datos, propio del ciberespacio que ya nos invade, aportarán nuevas herramientas para estructurar un marco legal más elaborado que permita disponer en la realidad, de una verdadera y eficaz aplicación de normas del derecho de la competencia al caso particular del mercado de transporte aéreo.