

CONFERENCIA MUNDIAL DE TRANSPORTE AÉREO: RETOS Y OPORTUNIDADES DE LA LIBERALIZACIÓN

(Montreal, 24 - 29 de marzo de 2003)

Cuestión 2 del

orden del día: Examen de aspectos clave de la reglamentación en la liberalización

2.3: Competencia equitativa y salvaguardias

SALVAGUARDIAS PARA ASEGURAR LA COMPETENCIA LEAL

(Nota presentada por la Secretaría)

RESUMEN

En esta nota se examina el asunto de cómo asegurar la competencia leal en el transporte aéreo internacional en un entorno económico de liberalización, se tratan algunas opciones de política y se propone un arreglo de reglamentación para enfrentar las prácticas competitivas desleales.

La medida propuesta a la Conferencia figura en el párrafo 7.1.

REFERENCIAS

Criterios y texto de orientación sobre la reglamentación económica del transporte aéreo internacional (Doc 9587)

1. INTRODUCCIÓN

1.1 La liberalización del transporte aéreo internacional entraña un cambio del enfoque de reglamentación, de una reglamentación detallada a una mayor confianza en las fuerzas del mercado. Aunque un entorno económico menos reglamentado proporciona más libertad comercial y flexibilidad a las líneas aéreas, también aumenta la posibilidad de prácticas competitivas desleales. En consecuencia, la forma de evitar y controlar los abusos en un entorno en liberalización ha sido un aspecto fundamental tanto para los reglamentadores gubernamentales como para la industria. La supervivencia de los transportistas aéreos y la garantía de servicio también se han transformado en aspectos de creciente preocupación, en particular para los países en desarrollo. Es necesario tratar estos aspectos para asegurar que la liberalización del transporte aéreo resulte en una justa competencia para todos los participantes, y que todos los Estados puedan participar en el transporte aéreo internacional en forma efectiva y sostenida.

1.2 Aunque las salvaguardias para la liberalización, en sentido amplio, también comprenden medidas normativas que tratan de la seguridad y la protección de la aviación, que siguen siendo fundamentales en todo arreglo de liberalización, la presente nota se concentra en el examen de medidas de salvaguardia que tratan de los aspectos económicos del transporte aéreo. En ella se enfocan aspectos relacionados con medidas contra las prácticas competitivas desleales y la aplicación de las leyes de competencia al transporte aéreo internacional. Los aspectos relativos al carácter sostenible y a la participación se cubren en la nota WP/12.

2. LABOR ANTERIOR DE LA OACI

2.1 En la Conferencia mundial de transporte aéreo (ATConf/4) de 1994 se apoyó en forma generalizada el concepto de que la liberalización debe ir acompañada de arreglos institucionales que aseguren una competencia justa y efectiva y la participación sostenida de todos los transportistas aéreos. La Conferencia, en relación con el examen de una propuesta de arreglo de reglamentación para el pleno acceso a los mercados, consideró un mecanismo de salvaguardia para la competencia sana y sostenida en forma de código de conducta y un mecanismo de solución de controversias y recomendó seguir elaborando y perfeccionando ambos conceptos.

2.2 En respuesta a la recomendación de la ATConf/4, el Grupo de expertos sobre reglamentación del transporte aéreo, en su novena reunión (ATRP/9) celebrada en 1997, elaboró un mecanismo de salvaguardia para la competencia justa que contiene una lista de prácticas de líneas aéreas que las autoridades de reglamentación pueden utilizar como señales de posible comportamiento competitivo desleal que merece un examen más detallado. Reconociendo la dificultad de contar con una lista completa y mundialmente aceptada que cubra todas las situaciones, el grupo de expertos tomó nota de que las descripciones sólo podían ser una guía o un punto de partida para los Estados que deseaban identificar prácticas injustas. El grupo de expertos también elaboró un mecanismo conexo de solución de controversias, que proporciona una alternativa o una etapa intermedia entre los tradicionales procesos de consulta y arbitraje para la solución de controversias. El Consejo posteriormente aprobó, entre otros, estos mecanismos recomendados por el grupo de expertos (Recomendaciones ATRP/9-1 y ATRP/9-2) como orientación para los Estados (véase el Doc 9587).

2.3 En la esfera de las leyes de competencia, la OACI elaboró en 1989 varias directrices específicas para los Estados y una cláusula modelo para posible inclusión en los acuerdos bilaterales de transporte aéreo sobre cómo evitar o resolver conflictos entre Estados respecto de la aplicación de las leyes de competencia nacionales al transporte aéreo internacional (véase el Doc 9587). El carácter de esta orientación es fundamentalmente de procedimiento y trata con posibles y reales situaciones de conflicto respecto de las leyes de competencia que surgen en las relaciones del transporte aéreo. Subraya los aspectos de consulta, cooperación y coordinación en la aplicación de las leyes de competencia al transporte aéreo internacional. No obstante, no trata la naturaleza misma de las leyes de competencia con la forma en que deberían aplicarse al transporte aéreo internacional. La Conferencia de transporte aéreo de 1994 también examinó este aspecto y apoyó el uso de esta orientación para tratar controversias que puedan surgir al aplicar tales leyes.

3. NOVEDADES RECIENTES

3.1 Desde la ATConf/4, los Estados han continuado aplicando el principio general de “oportunidad justa y equitativa” para explotar o competir en sus acuerdos de servicios aéreos con respecto a la capacidad, establecimiento de precios y otras actividades comerciales de las líneas aéreas. Algunos acuerdos de liberalización o de “cielos abiertos” han incluido nuevas disposiciones o compromisos de competencia justa. Varios arreglos regionales de liberalización del transporte aéreo también han aplicado la orientación sobre salvaguardias elaboradas por la OACI al tratar posibles prácticas competitivas

desleales (p. ej., el Programa intrarregional de liberalización adoptado por los Estados miembros de la Comisión Árabe de Aviación Civil).

3.2 Con la creciente mundialización y la amplia adopción de la economía de mercado a lo largo del último decenio se ha registrado un marcado aumento en la adopción de leyes de competencia por los Estados, que pasaron gradualmente de las economías desarrolladas a otras partes del mundo. Actualmente, unos 90 países tienen algún tipo de leyes sobre competencia, aunque el número que realmente aplica tales leyes a la industria de las líneas aéreas permanece limitado. No obstante, el uso de leyes sobre competencia para tratar con el transporte aéreo ha ocurrido no solo con más frecuencia sino que ha abarcado también un creciente número de aspectos, que van desde la inmunidad antimonopolio, fusiones y alianzas, abuso de posición dominante, inundación de capacidad y precios predatorios, ventas y comercialización, hasta la imposición de derechos y tarifas aeroportuarias, la ayuda estatal y las garantías de préstamos.

3.3 Si bien los enfoques nacionales y regionales respecto de las leyes de competencia siguen siendo diferentes, varios Estados celebraron una serie de acuerdos bilaterales de cooperación en materia de aplicación de la legislación antimonopolio, en particular entre países desarrollados. Estos acuerdos demostraron ser útiles para tratar asuntos como lo del surgimiento de carteles y fusiones o alianzas. Al mismo tiempo, se reconoció que la cooperación en materia de aplicación de las leyes por sí sola no resolvería ciertas diferencias de fondo y de procedimiento entre los regímenes antimonopolio y que estas diferencias deberían tenerse en cuenta. Una tendencia emergente ha sido el examen simultáneo de las transacciones comerciales entre líneas aéreas por una serie de autoridades en materia de competencia de diversos países debido al alcance geográfico cada vez más amplio de los casos relativos a cuestiones de competencia.

3.4 Otra notable novedad reciente es que, a diferencia de la mayoría de las leyes de competencia que son para aplicación general con pocas o ninguna disposiciones sobre transporte aéreo, los Estados pertenecientes al Mercado Común de África Oriental y Meridional (COMESA) y a la Comunidad de Desarrollo de África Meridional (SADC) han elaborado un conjunto completo de leyes de competencia específicamente para el sector de transporte aéreo con el fin de aplicarlas en común a ambas subregiones. Dichas reglas forman parte de sus programas regionales de liberalización.

4. ANÁLISIS

4.1 Al considerar las formas de asegurar la justa competencia en el transporte aéreo internacional, los Estados enfrentan dos problemas básicos: a) la definición de competencia leal o desleal; y b) el medio más apropiado para alcanzar sus objetivos de política respecto de la competencia. Un aspecto conexo es la forma de tratar controversias que puedan surgir de medidas de reglamentación sobre asuntos de competencia.

4.2 Con respecto a a), la forma de definir o distinguir entre prácticas normales y anticompetitivas ha presentado uno de los mayores desafíos a los reglamentadores. Si bien tanto en el nivel nacional como en el internacional se han seguido realizando esfuerzos para la elaboración de directrices sobre competencia, se ha recurrido cada vez más a los análisis y la elaboración de normas mediante un enfoque caso por caso. No obstante, donde no existen leyes de competencia, o no se aplican al transporte aéreo, una lista indicativa de posibles prácticas competitivas desleales podría ayudar a los Estados a identificar comportamientos inaceptables en el mercado y a considerar medidas de reglamentación apropiadas. A este respecto, el mecanismo de salvaguardia elaborado por el ATRP/9 proporciona una buena base para integrar tales listas.

4.3 Con respecto a b), cabe reconocer que la situación varía según el Estado, como también lo hace el ámbito y el nivel de su liberalización en el transporte aéreo. Por consiguiente, distintos Estados pueden tener que aplicar distintos enfoques para tratar aspectos de competencia basándose en su propia

situación y sus relaciones aeronáuticas específicas con Estados asociados. En general, el grado de liberalización con el que están satisfechos ambos o todos los Estados partes en un acuerdo de servicios aéreos influye en el tipo de mecanismo de salvaguardia elegido por los Estados en sus relaciones. Por ejemplo, podrían darse tres situaciones básicas en el contexto bilateral.

- a) cuando dos Estados hayan convenido en un sistema competitivo abierto y ambos cuenten con leyes sobre competencia, es más probable que se basen en tales leyes como mecanismo de salvaguardia primario para asegurar la justa competencia, aunque todavía podría necesitarse un mecanismo de solución de controversias de algún tipo, o cooperación para el cumplimiento de las leyes de competencia.
- b) cuando dos Estados hayan convenido en avanzar hacia un régimen menos controlado, pero uno de ellos o ambos no cuenten con leyes de competencia, puede ser necesario introducir un conjunto mutuamente convenido de descripciones sobre lo que constituiría una práctica de competencia leal o desleal como medida de salvaguardia, así como con un mecanismo eficiente y eficaz para la solución de controversias que pudiera contribuir a solucionar disputas que entrañen quejas relacionadas con la competencia; y
- c) cuando dos Estados no cuenten con leyes sobre competencia y hayan optado por un enfoque gradual y por etapas para liberalizar su transporte aéreo, pueden continuar aplicando los conceptos tradicionales de oportunidad justa y equitativa para competir, conjuntamente con una reglamentación detallada sobre actividades comerciales de líneas aéreas, a efectos de asegurar una competencia leal hasta que pasen a la etapa siguiente de la liberalización.

4.4 A medida que la liberalización avanza y se impone en más Estados, los conceptos tradicionales para garantizar la competencia leal tienden gradualmente a dar paso a la aplicación del derecho de competencia, sobre todo en los casos en que los Estados han acordado un sistema de competencia abierto. En las economías liberalizadas, las fuerzas del mercado proporcionan el vínculo necesario entre los proveedores de servicios y sus clientes; en ellas, autoridades independientes en materia de reglamentación y competencia asumen la función crítica de controlar el funcionamiento de las fuerzas del mercado para asegurar la viabilidad del sistema a largo plazo. Dado que va en aumento el número de países que están adoptando leyes en materia de competencia, existe un potencial mucho mayor ahora para la aplicación de leyes generales sobre competencia al transporte aéreo. La experiencia indica que la aplicación de las leyes generales sobre competencia a las fusiones, prácticas restrictivas y abusos de posición dominante que afectan al transporte aéreo puede ser un mecanismo de salvaguardia muy efectivo.

4.5 No obstante, debido a las diferentes etapas de liberalización entre los Estados, continúa siendo necesario, durante la transición, contar con algún tipo de salvaguardias específicas de la aviación para asegurar una competencia justa, porque: a) no todos los Estados que tienen relaciones aeronáuticas cuentan con leyes de competencia; b) esas leyes pueden no tener cobertura aeronáutica específica (en la mayoría de los casos); c) el régimen aplicado en el derecho nacional sobre competencia puede variar de Estado en Estado; y d) la mayoría de los servicios aéreos internacionales están regidos por acuerdos bilaterales que no tienen carácter de tratado internacional. Estas reglas son también necesarias para facilitar un cambio gradual, progresivo y ordenado hacia el acceso a los mercados, en particular en los casos en que uno o ambos Estados involucrados no cuentan con leyes sobre competencia o, cuando tales leyes genéricas son aplicables, para ayudar en su evolución.

4.6 La aplicación de leyes de competencia nacionales también puede dar origen a problemas debidos a los diferentes y a veces contradictorios regímenes aplicados por diferentes países, que pueden causar dificultades particulares a las líneas aéreas que explotan servicios aéreos internacionales

(por ejemplo, reglamentos sobre fusiones o alianzas, negación de embarques). Si bien se han realizado reiterados esfuerzos a nivel internacional con miras a armonizar los regímenes de competencia, han demostrado que es difícil obtener un consenso mundial debido a la diferencia entre sistemas jurídicos y a la disparidad en su alcance y contenido. Por consiguiente, es importante que los Estados, al tratar aspectos de competencia que involucren a transportistas aéreos extranjeros, presten la debida consideración a los intereses de otros Estados involucrados y eviten tomar medidas unilaterales.

4.7 La aplicación extraterritorial de las leyes de competencia nacionales también puede perjudicar ciertos arreglos cooperativos que muchos consideran esenciales para la eficiencia, regularidad y viabilidad del transporte aéreo internacional, dado que ciertas categorías de arreglos benefician tanto a los usuarios como a los transportistas aéreos. Cuando las leyes antimonopolio o sobre competencia se aplican a tales acuerdos, se ha proporcionado inmunidad y exenciones apropiadas para permitir que se mantenga la cooperación entre transportistas, comprendida la transferencia entre líneas aéreas, cuando ello redunde en beneficio de los usuarios y de los transportistas aéreos. La continuación de tales inmunidades y exenciones van en interés de un sistema mundial de transporte aéreo y promueve el objetivo de una participación efectiva y sostenida de todos los Estados.

4.8 Con efecto a las disputas que pueden surgir de la aplicación de las diversas medidas de salvaguardia, los Estados pueden confiar en el proceso de consulta disponible en el marco de los acuerdos de servicios aéreos pertinentes, así como en el mecanismo para solución de controversias recomendado en WP/15 en el marco de la cuestión 2.6 del orden del día. Para las controversias que surjan de la aplicación de las leyes de competencia nacionales, los Estados pueden utilizar las directrices y la cláusula modelo elaborada por la OACI que figuran en el Doc 9587.

5. CONCLUSIONES

5.1 Del análisis anterior, pueden extraerse las siguientes conclusiones.

- a) La liberalización debe estar acompañada de medidas de salvaguardia apropiadas para garantizar la competencia justa y leal y la participación efectiva y sostenida de todos los transportistas aéreos, cualquiera sea su volumen y fuerza competitiva. Tales medidas deberían ser parte integral del proceso de liberalización y una herramienta viviente que corresponda a las necesidades y niveles de liberalización. Tales medidas pueden incluir la introducción gradual de la liberalización, leyes generales sobre competencia o salvaguardias específicas de la aviación.
- b) Si bien las leyes de competencia generales pueden ser una herramienta efectiva en muchos casos, dada la diferencia entre regímenes de competencia, las distintas etapas de la liberalización entre los Estados y el singular marco normativo para el transporte aéreo internacional, en la mayoría de los casos es necesario contar con salvaguardias específicas de la aviación para evitar y eliminar la competencia desleal en el transporte aéreo internacional. Esto puede lograrse mediante el uso de un conjunto convenido de prácticas competitivas desleales que puede utilizarse, y si es necesario modificarse o ampliarse, por los Estados como indicación para iniciar las necesarias medidas de reglamentación.
- c) En los casos en que las leyes de competencia nacionales se apliquen al transporte aéreo internacional, debe procurarse evitar medidas unilaterales. Al tratar aspectos de competencia que involucren transportistas aéreos extranjeros, los Estados deberían prestar la debida consideración a los intereses de los otros Estados involucrados. En este contexto, la cooperación entre Estados, especialmente entre autoridades que

entienden en aspectos de competencia, y entre tales autoridades y las administraciones aeronáuticas ha resultado útil para facilitar la liberalización y evitar conflictos.

- d) La armonización de regímenes de competencia diferentes continúa presentando un importante desafío. En los casos en que surjan controversias del uso o aplicación de salvaguardias específicas de la aviación o de la aplicación de leyes de competencia, los Estados deberían procurar la solución de sus controversias mediante los mecanismos de consulta y solución de controversias disponibles en el marco de los acuerdos de servicios aéreos pertinentes y, en el caso de estos últimos, aplicando la orientación de la OACI sobre leyes de competencia que figura en el Doc 9587.
- e) La aplicación extraterritorial de las leyes nacionales sobre competencia perjudica los arreglos cooperativos que muchos consideran esenciales para la eficiencia, regularidad y viabilidad del transporte aéreo internacional, dado que ciertas categorías de arreglos benefician tanto a los usuarios como a los transportistas aéreos. En consecuencia, cuando las leyes antimonopolio o sobre competencia se aplican a dichos acuerdos, debería poder contarse con la inmunidad y con las exenciones debidas a fin de permitir que se mantenga la cooperación entre transportistas, incluyendo la transferencia entre líneas aéreas, cuando ello redunde en beneficio de los usuarios y de los transportistas aéreos.

6. ARREGLO DE REGLAMENTACIÓN RECOMENDADO

6.1 Cuando los Estados consideren necesario en sus relaciones de transporte aéreo contar con medidas específicas de la aviación para asegurar la justa competencia entre líneas aéreas, pueden considerar la posibilidad de incluir, en sus acuerdos de servicios aéreos, además de los principios (p. ej., “oportunidad justa y equitativa para competir”) y compromisos generales sobre competencia, el proyecto de cláusula modelo que se presenta a continuación, como medio adicional para identificar, evitar y eliminar abusos anticompetitivos, esta cláusula modelo se ha elaborado sobre la base del mecanismo de salvaguardia recomendado por ATRP/9 (Recomendación ATRP/9-1). Las prácticas competitivas desleales indicativas mencionadas en la cláusula pueden modificarse o ampliarse por los Estados si es necesario. Esta cláusula también se ha incluido en el modelo de acuerdo de servicios aéreos de la OACI (véase la nota WP/17).

Salvaguardias contra prácticas competitivas desleales

1. *Las Partes convienen en que las siguientes acciones de las líneas aéreas pueden considerarse como posibles prácticas competitivas desleales que tal vez deban examinarse más detenidamente:*

- a) *tarifas y fletes en rutas que sean insuficientes, en total, para cubrir el costo de proporcionar los servicios correspondientes;*
- b) *adición de capacidad o frecuencias excesivas de servicio;*
- c) *las prácticas en cuestión son sostenidas en lugar de temporales;*
- d) *las prácticas en cuestión afectan seriamente en forma negativa a otra línea aérea desde el punto de vista económico o la perjudican considerablemente;*
- e) *las prácticas en cuestión reflejan un intento aparente o tienen el efecto probable de debilitar, excluir o sacar del mercado a otra línea aérea; y*

f) *el comportamiento indica un abuso de la posición dominante en una ruta.*

2. *Si las autoridades aeronáuticas de una Parte consideran que una operación prevista o llevada a cabo por la línea aérea designada de la otra Parte pueden constituir un comportamiento competitivo desleal, de conformidad con los indicadores enumerados en el párrafo 1, solicitar que se celebren consultas de conformidad con el Artículo [_ sobre Consultas] con miras a resolver el problema. En dicha solicitud deben indicarse los correspondientes motivos y las consultas deberán iniciarse a los 15 días de la solicitud.*

3. *Si las Partes no logran resolver el problema mediante consultas cada Parte puede invocar el mecanismo de solución de controversias en el marco del Artículo [_] para resolver la controversia.*

7. **MEDIDA PROPUESTA A LA CONFERENCIA**

7.1 Se invita a la Conferencia a:

- a) examinar y adoptar las conclusiones que figuran en el párrafo 5.1; y
- b) examinar y apoyar el arreglo de reglamentación propuesto en el párrafo 6.1.

— FIN —