

BREVE ANÁLISIS JURÍDICO DEL TRANSPORTE AÉREO Y LA SANA COMPETENCIA EN VENEZUELA

Yelitza Henríquez Gómez* | pp. 39-53

RESUMEN: El propósito de este artículo es analizar la normativa jurídica aplicable en Venezuela en caso de prácticas anticompetitivas efectuadas por los operadores económicos en materia aeronáutica.

PALABRAS CLAVE: Derecho de competencia – Prácticas anticompetitivas – Transporte aéreo.

SUMARIO: Introducción. I. El transporte aéreo comercial como servicio público. II. Derecho de competencia. III. Casos jurisprudenciales. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La noción económica de competencia se relaciona con el liberalismo expuesto por Adam Smith, quien suponía la existencia de una “mano invisible” capaz de ordenar el curso de la actividad económica, en la cual existan las condiciones para que cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, tuviese la completa libertad de entrar o salir del mercado, y quienes estaban dentro de él, no tuviesen posibilidad, tanto individualmente como en concierto con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio¹.

El área de regulación de las prácticas anticompetitivas es una de las áreas de actividad en la política de competencia que ha cobrado mayor relevancia a nivel mundial. La razón es bastante sencilla: si lo que se pretende con esta política es fomentar la competencia a nivel empresarial, uno de los mecanismos más eficaces es evitar el surgimiento de estructuras de mercado que conduzcan a situaciones monopólicas u oligopólicas que restrinjan el grado de competencia².

Por su parte, nuestro sistema jurídico en materia de derecho de la competencia establece como principio constitucional la libertad económica propia de

* Abogada (UCV).

¹ Economipedia, “*Mano invisible*”, Javier Sánchez Galán, <https://economipedia.com/definiciones/la-mano-invisible.html>

² José Ignacio Hernández G., “La Ley Antimonopolio y la Constitución”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 7 (2016): 591, <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2016/12/pp.-577-610-HERNANDEZ-G.pdf>

una economía de mercado³. La normativa constitucional emplaza al Estado a intervenir en la economía, limitando el ejercicio de la libertad de empresa⁴.

En consecuencia, en aras de garantizar el bienestar general de los consumidores, el legislador venezolano ha establecido mecanismos jurídicos que permitan promover, proteger y regular el ejercicio de la sana competencia, con el fin de evitar comportamientos anticompetitivos y prácticas que produzcan o refuercen una posición de dominio que altere significativamente el correcto funcionamiento del mercado, por parte de alguno de los sujetos o agentes económicos que participan en el mismo.

Es así como en el campo aerocomercial se han creado políticas en defensa de la sana competencia entre las compañías aéreas⁵, partiendo de la interrelación que nace del derecho aeronáutico con otras ramas del derecho, como es el caso del derecho comercial⁶ y el derecho turístico, a propósito de la importancia del transporte aéreo en la actividad política de la aeronáutica civil a nivel nacional e internacional.

En este contexto, el presente artículo en principio pretende efectuar un estudio simplificado sobre las distintas modalidades y prácticas anticompetitivas⁷ que pueden generarse entre las aerolíneas que tenga acceso al mercado interno e internacional, a su vez, con otros operadores comerciales; como el control de estas prácticas por el ente regulador, en este caso, la Superintendencia Antimonopolio; así como la revisión de algunas decisiones en la esfera administrativa y judicial que denotan prácticas anticompetitivas contrarias a la sana competencia.

³ CRBV Artículo 112: *“Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes (...). El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”*.

⁴ José Ignacio Hernández G. sostiene que *“desde el artículo 113, la intervención del Estado pretende evitar toda conducta que afecta injustificadamente esa aptitud de competir, y en su caso, adoptar las medidas para restablecer las situaciones lesionadas por tales afectaciones injustificadas (...)”*. *Comentarios a la Ley Antimonopolio* (Caracas: CIDEP-FUNEDA, 2018).

⁵ Conferencia Mundial del Transporte Aéreo: Retos y Oportunidades de Liberación, Montreal 24-24 de marzo de 2003, www.icao.int

⁶ Mario O. Folchi define *“los derechos aerocomerciales como aquellos que los Estados se conceden en forma bilateral o multilateral para embarcar y desembarcar pasajeros, correo y carga en servicios regulares o no regulares de transporte aéreo y que son ejercidos por sus explotadores respectivos”*. *Tratado de derecho aeronáutico y política de la aeronáutica civil* (Buenos Aires: Astrea, 2015) 1: 579.

⁷ En el marco de la Ley Antimonopolio, en Gaceta Oficial N° 40.549 de 26-11-2014.

I. EL TRANSPORTE AÉREO COMERCIAL COMO SERVICIO PÚBLICO

El transporte aéreo es un elemento importante del comercio mundial. La doctrina mayoritaria lo ha definido como *“toda serie de actos destinados a trasladar en aeronaves y por vía aérea a personas o cosas, de un aeródromo a otro”* (Folchi 2015, 2:183).

En Venezuela el desarrollo legal del transporte aéreo comercial se encuentra establecido en el artículo 62 de la Ley de Aeronáutica Civil⁸, en los siguientes términos:

La prestación del transporte aéreo comercial tiene el carácter de servicio público y comprende los actos destinados a trasladar en aeronave por vía aérea a pasajeros, cargas o correo, de un punto de partida a otro destino, mediando una contraprestación y con fines de lucro.

El legislador nacional le otorgó al transporte aéreo comercial el carácter de servicio público, lo que constituye para el derecho venezolano:

Las actividades prestacionales que debe asumir el Estado, tendiente a satisfacer necesidades generales o colectivas en cumplimiento de una obligación constitucional o legal y en relación con las cuales, los particulares se encuentran limitados en cuanto a que no pueden desarrollarlas libremente, sea porque el Estado en algunos casos se la ha reservado, o sea porque el Estado las regula y ordena⁹

Con referencia a lo anterior, el artículo 113 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) en su último aparte, establece: *“Cuando se trate (...) de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público”*.

En ese mismo sentido, podemos hacer referencia a los siguientes artículos de la Ley de Aeronáutica Civil:

Artículo 67. Para la explotación del servicio público de transporte aéreo por empresas aéreas nacionales se requiere de la concesión o permiso de explotador otorgado por la Autoridad Aeronáutica.

El otorgamiento de concesiones o permisos para estos vuelos, requiere que el servicio satisfaga una necesidad o conveniencia pública, que la empresa

⁸ Gaceta Oficial N° 39.140 de 17-03-2009.

⁹ Allan R. Brewer-Carias, “Comentarios sobre la noción de servicios público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, *Revista de Derecho Público*, N° 6 (1981): 65-71.

aérea sea poseedora de un Certificado de Explotador del Servicio de Transporte Aéreo, de conformidad con el artículo anterior y la normativa técnica que la regula.

Artículo 69. Las empresas aéreas extranjeras podrán prestar servicios de transporte aéreo internacional desde y hacia el territorio nacional, basados en la reciprocidad real y efectiva, el interés nacional, los principios contenidos en el Convenio sobre Aviación Civil Internacional y otros convenios ratificados por la República, mediante permiso previo, otorgado por la Autoridad Aeronáutica, con sujeción a lo establecido en el ordenamiento jurídico.

Artículo 71. Los derechos aerocomerciales y rutas objeto de las concesiones o permisos para la explotación de servicios de transporte aéreo son propiedad del Estado. Los concesionarios o permisionarios, no podrán traspasar o ceder tales derechos sin la expresa autorización y bajo las condiciones que imponga la Autoridad Aeronáutica.

Significa entonces, que el Estado mediante concesión puede permitirles a los particulares la prestación de servicios en determinadas condiciones. En ese orden de ideas Brewer-Carías, en sus consideraciones sobre el tema menciona que el servicio público:

Se presenta siempre como una restricción a la libertad económica de los particulares. Por ello es que la creación de un servicio público, es decir, el establecimiento de la obligación prestacional a cargo del Estado, sólo puede tener su origen directamente en la Constitución o en la ley, pues sólo en esos textos, conforme al principio de la reserva legal previsto en la propia Constitución (art. 112), es que puede limitarse o restringirse la libertad económica¹⁰.

Por las consideraciones anteriores, corresponden enfatizar la relevancia del servicio de transporte aéreo, dado que su definición engloba elementos propios, como bien lo señala Folchi, entre ellos los siguientes: el traslado por vía aérea; el traslado de una aeronave; los lugares de partida y de destino del vuelo. Con ello, no pretendemos dejar de lado otros elementos que lo enmarcan dentro de la figura de transporte, como son: los sujetos contractuales, el objeto que implica el traslado de personas o cosas y el precio o ánimo de lucro. (Folchi 2015, 1:463). En ese sentido, se da paso a la conectividad y el acceso a mercado bien sea dentro del territorio de un país determinado o más allá de las fronteras del país de nacionalidad respectiva.

¹⁰ Allan R. Brewer-Carías., “El régimen constitucional de los servicios públicos en Venezuela” (Ponencia presentada en el IV Congreso de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, Brasil 22,23, y 24 de mayo 2002), <http://allanbrewercarias.net/>

El concepto de acceso a los mercados, puede definirse desde un punto de vista del derecho comercial, como la capacidad que tienen los operadores económicos en su condición de proveedores de bienes y servicios para ingresar en el tráfico económico correspondiente de otro lugar o país¹¹.

De igual forma, conforman la normativa del acceso a mercado las barreras comerciales que los países puedan regular para un bien o servicio determinado.

En el ámbito del transporte aéreo, el acceso al mercado tiene sus orígenes en la Convención de Chicago 1944, denominada por destacados autores en la materia, como la verdadera “Carta Magna” de la Aviación Civil Internacional (Folchi 2015, 2:43). Al respecto, como bien lo enfatiza el Dr. Folchi: *“la firma del Convenio de Chicago y de los dos Acuerdos de la misma fecha, sobre el tránsito y el transporte, el mundo aerocomercial organizó las soluciones a la problemática del transporte aéreo internacional y del acceso a los mercados”*.

Es así como la soberanía de los Estados sobre su espacio aéreo en principio se regula por entendimientos bilaterales¹², lo que conlleva a las denominadas Libertades del Aire, las de simple tránsito, y, las libertades de carácter comercial.

Cabe agregar que el Manual sobre reglamentación del transporte aéreo internacional¹³ desarrolla en su capítulo 4.0 y siguiente, *los temas que constituyen el contenido de reglamentación económica del transporte aéreo internacional*, atendiendo a todo lo relacionado a un mercado de transporte aéreo, como el acceso a los referidos mercados por los transportista mediante el otorgamiento de licencias o permisos otorgados por los Estados partes.

El referido manual define el *derecho acceso básico a los mercados* como un:

...derecho o privilegio limitado o sujeto a condiciones (que suele recogerse en un acuerdo internacional) otorgado por un Estado a otro para uso de las líneas aéreas designadas de este último; puede consistir en los siguientes elementos convenidos: especificaciones geográficas sobre las rutas por las que puede explotarse el servicio aéreo; especificaciones concretas sobre la designación de transportistas aéreos y el modo en que éstos pueden utilizar sus aeronaves; y, por último, especificaciones concretas o geográficas sobre el

¹¹ Para otras aproximaciones sobre el tema, véase Derecho UNED (Mercado y Derecho Mercantil), <http://derecho.isipedia.com/tercero/derecho-mercantil-i/parte-1-primera-prueba-presencial/03-mercado-y-derecho-mercantil>

¹² Para otras aproximaciones sobre el tema, véase Mario O. Folchi, “El acceso a los mercados aéreos en el ámbito latinoamericano”, VLEX, <https://app.vlex.com/#vid/acceso-mercados-aereos-ambito-694148293>

¹³ OACI: Manual sobre reglamentación del transporte aéreo internacional, Doc 9626, https://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/Doc%209626_es.pdf

tipo de tráfico que puede transportarse. Estos derechos determinan globalmente el alcance del acceso a los mercados que se otorga. (Doc. 9626 4.1)

En consecuencia, los Estados para dar inicio una relación aerocomercial deben suscribir los llamados acuerdos bilaterales de transporte aéreo o de servicios aéreos, definido por la OACI como el “*documento básico que los Estados utilizan con mayor frecuencia para reglamentar conjuntamente sus relaciones en materia de servicios aéreos internacionales*”.

Resulta necesario mencionar, que en el transcurrir de las últimas décadas, el desarrollo de la aviación latinoamericana y mundial ha conllevado a la liberación de la industria, que implica la explotación libre de servicios de transporte aéreo internacional y como resultado, el ejercicio ilimitado de derechos aerocomerciales y de las respectivas rutas aéreas, capacidad ofrecida, clases de aeronaves, frecuencias y tarifas, lo que conlleva al proceso de desregulación y eliminación de barreras legales, impartidas por los gobiernos, un ejemplo de ello es la tendencia que ha venido asumiendo desde hace años la Unión Europea y Estados Unidos¹⁴.

En líneas generales en nuestro país, el acceso al mercado en este sector por parte de las empresas de transporte aéreo se ha visto bastante limitado tomando en cuenta la existencia de barreras a la entrada para nuevas empresas dentro del sector aerocomercial, entre ellas: los altos costo de inversión, los requisitos de capital, el acceso a los canales de distribución, los permisos y/o autorizaciones entre otros requisitos¹⁵.

II. DERECHO DE COMPETENCIA

Los operadores económicos actúan dentro de un mercado determinado adoptando constantemente estrategias para maximizar sus ganancias, encontrándose en ese mercado otros sujetos o empresas que participan en el intercambio económico. No obstante, el Derecho de Competencia como rama del derecho que estudia las políticas y prácticas anticompetitivas tiene como objetivo primordial proteger el equilibrio eficiente entre la oferta y la demanda en beneficio de una economía de mercado¹⁶.

En ese sentido, existe una serie de prácticas que pueden afectar a la competencia, como las conductas exclusorias, que afectan a los competidores ac-

¹⁴ Daniel Acero et al., “El Mercado del Transporte aéreo en América Latina: Una revisión de la Literatura”, *Revista Espacios*, N° 3 (2018): 39:7, <https://www.revistaespacios.com>

¹⁵ Véase PROCOMPETENCIA, Resolución N° SPPLC/031-2000, 20 de julio, *American Airlines vs AVAVIT*.

¹⁶ Hernández, *Comentarios a la Ley Antimonopolio*, 26.

tuales o potenciales, dificultando su permanencia o ingreso a un mercado determinado; y las conductas explotativas que implica el ejercicio directo del poder de mercado que lidera la empresa dominante, generalmente elevando sus precios por encima del nivel de competencia¹⁷.

En aras de desarrollar las prácticas anticompetitivas, se hará en función de aquellas que son altamente susceptibles de generarse entre los agentes económicos en el sector aeronáutico.

En Venezuela, la Ley Antimonopolio establece en su artículo 4: “*Se prohíben las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la competencia económica*”, una prohibición general que ha sido calificada por parte de la doctrina nacional como un principio que complementa el objeto de la Ley¹⁸.

En cuanto a las prácticas monopólicas, el artículo 113 de la Constitución Nacional prohíbe expresamente los monopolios, al señalar:

No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los (...) particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad.

En principio, la lectura de este artículo nos llevaría a concluir que la existencia de un monopolio queda prohibida de manera absoluta. Sin embargo, como bien lo señala Hernández, esa interpretación debe desecharse, pues parte de una interpretación literal y aislada del artículo 113 del texto constitucional. En consecuencia, “*tal interpretación sería contraria con los principios económicos y constitucionales (...) sobre los cuales se funda el Derecho de la Competencia*”¹⁹.

Es preciso mencionar que el Estado haciendo uso de ese intervencionismo directo funge como transportista, en el año 2004, se crea una empresa del Estado, Consorcio Venezolano de Industrias Aeronáuticas y Servicios Aéreos, S.A. (CONVIASA)²⁰, teniendo como objeto “*la explotación del servicio público de transporte aéreo nacional e internacional comercial, regular y no regular, de pasajeros, correo, carga y operaciones comerciales turísticas*”.

Al respecto, la Ley Antimonopolio establece en el Artículo 3 como sujetos de aplicación “*las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado, nacionales o extranjeras, con o sin fines de lucro, que realicen actividades económicas en*

¹⁷ Id., 99-132.

¹⁸ Hernández, *Ley Antimonopolio y la Constitución*, 95.

¹⁹ Id., 169.

²⁰ Decreto N° 2.866 de 30-03-2004. Gaceta Oficial N° 37.910 de 31-03-2004.

el territorio nacional o agrupen a quienes realicen dichas actividades". Quedan excluidas de la aplicación de esta Ley las empresas Estatales de prestación de servicios públicos.

Se considera que la referida norma es inconstitucional en virtud de violar el principio de igualdad y el derecho a la libertad económica consagrados en los artículos 21 y 112 de la Constitución de las empresas privadas que también desarrollan actividades calificadas como de carácter estratégico por el legislador²¹. En efecto, si bien la ley Antimonopolio elimina el término de libre competencia, no es menos cierto que en las actividades calificadas de esa forma en las cuales concurren las empresas públicas y privadas, debe prevalecer en igual sentido, mientras se encuentren vigentes los artículos 112 y 113 de la Constitución, el principio de libre competencia. Es decir que en el marco de esas actividades las empresas públicas también deberían quedar igualmente sometidas a las prohibiciones que establece la ley respecto a la realización de actividades que afecten la libre competencia. En ese sentido se pronunció la Sala Político Administrativa con la Sentencia N° 2813 de fecha 27-11-2001 en el caso de Avenza de 1998.

Por otro lado, contradictoriamente el Poder Judicial ha aceptado por medio de la Sala Constitucional y reiterado por la Sala Político-Administrativa, que las actividades que comprendan "*un monopolio constitucional*" permitido en procura de "*la tutela de un interés general, más superior que mantener un mercado libre*" no están sujetas a la Ley²².

Es así como en el artículo 5 de la referida ley²³, se hace mención de una serie de prohibiciones específicas, que han sido definidas por el autor Hernández, como "*aquellas que derivan de actos unilaterales*", es decir, "*actos de competencia que no son consecuencia del acuerdo o concurso de voluntades de los operadores económicos*"²⁴. Dando cabida a actos de exclusión y actos de explotación.

En tal sentido, la ley Antimonopolio al igual que otros ordenamientos jurídicos, específicamente en el caso peruano²⁵, identifica principalmente dos

²¹ José Ignacio Hernández G., sostiene al respecto "*Esas empresas estatales son en realidad empresas públicas, y su exclusión pretende sustentarse en el tipo de actividad que gestionan, lo cual supone un trato desigual respecto de las empresas privadas que pueden gestionar actividades de servicio público*". *Ley Antimonopolio y la Constitución*, 602.

²² Id., 603.

²³ Artículo 5. "*Se prohíben las actuaciones o conductas de quienes, no siendo titulares de un derecho protegido por la Ley, pretendan impedir u obstaculizar la entrada o la permanencia de empresas, productos o servicios en todo o parte del mercado*".

²⁴ Hernández, *Comentarios a la Ley Antimonopolio*, 98.

²⁵ Ivo Gagliuffi Piercechi, "La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla perse o la regla de la razón", *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, N° 13 (2018), 7:141, <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/100>

tipos de actos anticompetitivos en que pueden incurrir los agentes económicos: (i) el abuso de posición de dominio²⁶: “cuando determinada actividad económica es realizada por una sola persona o grupo de personas vinculadas entre sí; y cuando existiendo más de una persona para la realización de determinado tipo de actividad no haya entre ellas competencia efectiva” (art. 15); (ii) las prácticas colusorias²⁷, pudiendo ser éstas, a su vez, horizontales o verticales que comprende un grupo de normas cuya finalidad es sancionar los comportamientos de los empresarios u operadores económicos que impiden la existencia de competencia en el mercado (legislación antitrust). En el caso de los acuerdos horizontales son los que se dan con una compañía que es competencia, es decir, se dan en el mismo nivel dentro de la cadena de distribución, ejemplos de ello, fijación de precios, división de mercados, carteles; y (iii) el sistema regulador de la competencia desleal, que comprende un conjunto de reglas destinadas a sancionar aquellas prácticas que atentan contra la corrección en la realización de actividades competitivas en el mercado (legislación sobre competencia desleal).

Las *concentraciones económicas*, son consideradas como un ejemplo típico de abuso de posición de dominio, siempre que ellas “creen una posición de dominio que afecte el bienestar general de los consumidores y usuarios” (Hernández 2018, 138).

El artículo 2 de la Ley, define la concentración económica como:

...aquellas operaciones que confieran el control de la totalidad o parte de una actividad económica determinada, efectuada por medio de adquisición, fusión o cualquier otra operación que permita incidir en las decisiones de una sociedad, que incrementa su posición de dominio sobre el mercado.

En este sentido, la definición de concentración económica contenida en la Ley es amplia, y cubre toda una serie de modalidades de negocios, tal como se establece en la norma antes transcrita.

²⁶ CRBV artículo 113, último aparte: “También es contraria a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un particular, un conjunto de ellos o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada”.

²⁷ “...las prácticas colusorias se producen cuando dos o más agentes económicos se ponen de acuerdo expresa o tácitamente para desplegar una conducta que tenga como objeto o efecto distorsionar el mercado, restringiendo, impidiendo o falseando la libre competencia. (...) También estas prácticas colusorias pueden obstaculizar la permanencia de competidores partícipes o el ingreso de potenciales competidores entrantes en el mercado (...) discriminación. De este modo, los agentes económicos concertadores obtienen beneficios económicos o estratégicos por motivos ajenos a una mayor eficiencia económica”. Piercechi, *La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se o la regla de la razón*, 146.

Se observa claramente, que el legislador establece diversas formas jurídicas para lograr la concentración económica, entre agrupaciones de estructura contractual, tales como: contrato de distribución entre dos o más agentes económicos; y agrupaciones de estructura societaria, como por ejemplo la fusión, la adquisición por parte de una sociedad o de ciertas participaciones sociales de otros entes societarios.

En otro a parte, el artículo 10 de la Ley, prohíbe *“las concentraciones económicas que produzcan o refuercen una posición de dominio en todo o parte del mercado, o que pueden generar efectos contrarios a la competencia efectiva”*, añadiéndose asimismo como parte de esta prohibición las que causen efectos contrarios a *“la democratización en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios”*.

Al respecto resulta relevante la opinión de Morles²⁸, para él la norma transcrita contiene una prohibición genérica de las concentraciones económicas: se prohíben las concentraciones económicas cuando generen efectos restrictivos sobre la libre competencia (práctica colusoria) y se prohíben las concentraciones cuando se produzcan una situación de dominio (no un abuso de la situación de dominio), en este caso la prohibición va dirigida a prevenir la alteración de las condiciones del mercado, no a sancionar efectos perturbadores o consecuencias negativas.

Los agentes económicos, específicamente *“las empresas de transporte aéreo podrán establecer entre ellas alianzas estratégicas de cooperación comercial, fusiones o cualquier otra figura legal para la explotación del servicio, previa aprobación de la Autoridad Aeronáutica”*²⁹.

En cuanto a las alianzas estratégicas, entre las ventajas más relevantes que refleja el Dr. Folchi, pueden señalarse las siguientes: la ampliación de la red de rutas y oferta comerciales para cada una de las empresas que la integran, con un indudable beneficio para sus clientes; b) ampliación de ventas y de accesos a mercados, posibilitando un mejor desarrollo de los canales de distribución de los productos ofrecidos; y la transferencia de tecnología y mejores prácticas, favoreciendo las ventajas competitivas.

No obstante, se considera que este tipo de acuerdos pueden ser vistos como armas de doble filo, en ese sentido continua diciendo el referido autor, los siguientes inconvenientes o desventajas que pueden suscitarse bajo un enfoque aeropolítico: *“a) dificultades en materia de competencia, como consecuencia de objeciones de autoridades aeronáuticas; y b) eventuales efectos negativos para los*

²⁸ Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil* (Caracas: UCAB, 2006) 1: 487-488.

²⁹ Artículo 72 de la Ley de Aeronáutica Civil, en sintonía con la Convención de Chicago.

usuarios, si no existe un adecuado mecanismo de control para las indebidas prácticas de competencia; (...)”, entre otras (Folchi 2015, 595). En definitiva:

...siempre será necesario analizar si el acto de competencia prohibido puede incidir –real o potencialmente– en el mercado relevante³⁰, en tanto la Ley Antimonopolio solo se interesa de los actos de competencia que incidan en el mercado, de acuerdo con el poder de mercado del operador que realiza tal acto³¹.

III. CASOS JURISPRUDENCIALES

Se pone en consideración ciertos casos que tratan sobre prácticas anti-competitivas entre agentes económicos de la industria aeronáutica, partiendo de la revisión de decisiones judiciales. Cabe destacar que la Superintendencia Antimonopolio es la máxima instancia administrativa en materia de competencia en Venezuela. Las partes involucradas en los casos de competencia pueden recurrir a la vía judicial una vez finalizado el procedimiento administrativo.

La doctrina en materia de Derecho de la Competencia, establece como un requisito previo para la verificación en sede administrativa o judicial de prácticas exclusionarias como las sancionadas por la Ley, demostrar que la parte presuntamente causante de la práctica hizo uso del poder de mercado que posee como competidor en el mercado relevante en discusión, para lo cual *“se requiere que las sentencias antimonopólicas sean explícitas en su fundamentación económica, lo cual refiere necesariamente, entre otros, a la descripción del mercado relevante y a la existencia de poder de mercado”*³².

De seguida, revisaremos la decisión dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 11-04-2018, donde la empresa Avior Airlines, C.A., interpuso un recurso contencioso administrativo de nulidad en

³⁰ Dicho concepto ha sido definido por la Superintendencia como *“el menor grupo de productos y el área geográfica más reducida en la cual una empresa hipotética maximizadora de beneficios, no sujeta a regulación de precios, que sea la única oferente presente y futura del producto en dicha área, le sea rentable incrementar el precio de su producto de manera significativa y no transitoria”* (Resolución N° SPPLC/036-94 de 10-08-1994, Caso Pinco) y (Vid. “Lineamientos para la Evaluación de las operaciones de concentración económica” previstos en la Resolución SPPLC/039-99 emanada de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia).

³¹ Hernández, *Comentarios a la Ley Antimonopolio*, 94.

³² Para otras aproximaciones sobre el tema, véase SPA-TSJ, N° 314/2018, 15 de marzo, que hace referencia a las aerolíneas y las agencias de viajes como prestadores de servicios turísticos que ofrecen en venta boletos aéreos, situación que las hace competidoras, (caso: Alitalia v. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia) <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/208740-00314-15318-2018-2013-1033.HTML>

contra la Resolución SPPLC/0020-2008 dictada el 03-11- 2008, por la anterior Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, hoy Superintendencia Antimonopolio, que sancionó a la aerolínea condenándola a pagar y asimismo, le ordenó:

...cesar inmediatamente la aplicación de las prácticas restrictivas de la Libre competencia contenidas en el artículo 10 numeral 1° (prácticas concertadas), artículo 6° (prácticas exclusionarias) y artículo 13.1 (abuso de posición de dominio) de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia³³.

En este caso el órgano judicial concluyó que *“la determinación de la posición de dominio y el poder de una aerolínea en el mercado de comercialización y distribución de boletos aéreos requiere estudios técnicos”*, situación que omitió la Superintendencia. Por otro lado, se consideró como mercado relevante la *“Comercialización y Distribución de boletos aéreos para vuelos directos en la ruta Caracas–Aruba y Caracas –Curacao, en el ámbito nacional”*. De igual forma, la Corte constató que:

...la práctica de reducir las comisiones otorgadas a las agencias de viaje, por concepto de la venta que estas realizan de los boletos aéreos ofrecidos por las líneas aéreas, para los mercados relevantes definidos como objeto del presente recurso contencioso administrativo de nulidad, fue llevada a cabo por empresas competidoras.

En consecuencia, *“las prácticas concertadas de las aerolíneas para reducir las comisiones de las agencias de viaje son contrarias a la competencia”*.

En tal sentido, se anula parcialmente el acto administrativo impugnado sólo en el punto referido a la práctica anticompetitiva entre ellas prácticas exclusionarias y abuso de posición de dominio atribuida a la empresa de transporte aéreo Avior, anulando a su vez, el monto de la multa interpuesta por la Superintendencia y ordena que proceda a determinar el monto de la multa a imponer a la aerolínea, se confirma el resto de la resolución impugnada³⁴.

Conviene también señalar la decisión dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, de fecha 13-08-2012, donde la empresa Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A., interpuso un recurso contencioso administrativo de nulidad en contra de la aludida resolución³⁵, emanada de la anterior Procompetencia que sancionó a las aerolíneas condenándola a pagar y asimismo, le ordenó *“cesar inmediatamente la aplicación de las prácticas restrictivas*

³³ Ley derogada por la Ley Antimonopolio.

³⁴ Antonio S. Aranguren y Gabriel Sira, “Jurisprudencia aeronáutica”, CIDEP: *Anuario de Derecho Aeronáutico* (2018), <https://cidep.com.ve/c-anuarios/ada2018.html>

³⁵ SCSCA-TSJ, N° 1478/2012, agosto, <http://lara.tsj.gov.ve/DECISIONES/2012/AGOSTO/1478-13-AP42-N-2008-000525-2012-1854.HTML>

de la Libre competencia contenidas en el artículo 10 numeral 1º (prácticas concertadas) y artículo 6º (prácticas exclusionarias) de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia”.

Para entender este caso, es necesario señalar que para el año 2000, American Airlines³⁶ decidió reducir de 10% a 6% la cuota que pagaban a las agencias de viajes por concepto de venta de boletos. La aerolínea estadounidense fue la primera en activar la política de reducción de precios emprendida por el sector. Por su parte, IBERIA, a comienzos del 2006, reduce la comisión a 6%, otras aerolíneas llegaron a reducirlas a 1%.

Es así como, la Asociación Venezolana de Agencias de Viajes y Turismo, en lo adelante AVAVIT, conjuntamente con otras agencias de viajes, inicia el procedimiento administrativo ante la Superintendencia mediante denuncia contra varias aerolíneas, entre ellas IBERIA, alegando que estas estaban incurriendo en prácticas prohibidas tipificadas en los artículos 6, 10, numeral 1º y 13º de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, basándose sobre la vigencia de la Resolución DTA-76-10, dictada en fecha 29-07-1976 por el Ministerio de Comunicaciones, en ese entonces, fijó en 10% el monto de la comisión que corresponde a las agencias de viaje por la venta de boletos aéreos de líneas aéreas internacionales (desde o hacia Venezuela).

Como consecuencia de tal denuncia, Procompetencia, hoy Superintendencia Antimonopolio, dio inicio a la averiguación administrativa, dictando al efecto, el 11-08-2006, la Resolución signada con las siglas SPPLC/0035-2006, adelantó un pronunciamiento de fondo, al decidir en la apertura del procedimiento el argumento de derecho de los denunciantes sobre la vigencia de la Resolución DTA-76-10, al considerarla vigente, ordenar por vía cautelar a las aerolíneas aumentar el porcentaje del 6% al 10% previsto en la mencionada Resolución. Lo que fue considerado para las aerolíneas, específicamente, para IBERIA una afectación económica que violó flagrantemente el ejercicio de la libertad económica y a la libre competencia, previstos en los artículos 112 y 113 de la Constitución.

Continuando con la revisión del recurso de nulidad interpuesto por Iberia, el órgano judicial determinó con base en la Ley Orgánica de Turismo, en primer lugar, que tanto las agencias de viaje como las líneas aéreas son empresas turísticas. La agencias de viajes están dedicadas a la intermediación, de acuerdo con la definición dada por el Reglamento sobre Agencias de Viajes y Turismo, y estas comercializan los boletos directamente. Además, de acuerdo al mismo

³⁶ Véase PROCOMPETENCIA, Resolución N° SPPLC/031-2000, 20 de julio.

Reglamento, estableció que la comercialización –reservación y venta– de boletos aéreos era una de las actividades esenciales de las agencias de viaje.

El concierto de líneas aéreas pretendió obstaculizar la permanencia de las agencias de viaje en el mercado al reducir las comisiones. De esta manera, se forzó el aumento de los precios de los boletos para que estas pudieran cubrir las pérdidas, aumento que se trasladaba naturalmente al consumidor.

En definitiva, luego del análisis, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo declara sin lugar la nulidad de la resolución interpuesta por Iberia, y confirma el acto administrativo impugnado.

CONCLUSIONES

Como resultado de este estudio a modo de conclusión, la libre competencia comprende dos situaciones fundamentales: la primera consiste en que todas las personas tienen el derecho de competir, concurriendo en el mercado para ofertar sus productos o servicios, en base a la libertad de empresa consagrada constitucionalmente; la segunda consiste en que todos los agentes económicos que concurren en el mercado tienen el deber de competir, esto es, desarrollar sus actividades económicas de manera independiente y sin restringir, limitar o distorsionar el mercado, mediante actos o conductas anticompetitivas.

En lo que respecta al principio de libre competencia y al derecho de libertad económica en Venezuela, es la Superintendencia Antimonopolio, como órgano administrativo adscrito al Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, la encargada de sancionar, a través de su propio procedimiento legal, todas aquellas conductas que atenten con las figuras mencionadas y tuteladas por la normativa jurídica.

Del análisis económico hecho por la Superintendencia se determinó que los *mercados de comercialización de boletos aéreos* son altamente sensibles toda vez que su afectación implica un efecto directo en la comercialización de un servicio público (transporte aéreo), y por consiguiente, en la sociedad en general. Adicionalmente, se desarrollan cuasi monopolio legal derivado de la amplia regulación del sector por parte del Estado, como consecuencia de las barreras legales a las entradas en este mercado.

El rol de la OACI en el proceso de competencia en el mercado aéreo de transporte internacional es estratégico y vital para el comercio internacional para seguir construyendo y fortaleciendo las tendencias de apertura comercial y la globalización de la economía en este campo.

Los beneficios de la libre competencia para los consumidores en los mercados de aerolíneas, han sido fuertemente demostrados por los efectos de la

desregulación de este sector en otros países, particularmente en los Estados Unidos de Norte América y en la Unión Europea.