

CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA: Antiguo Cuscatlán, a las nueve horas y cinco minutos del quince de agosto de dos mil dieciocho.

1. La licenciada Liduvina del Carmen Magarín de Esperanza, Viceministra para los Salvadoreños en el Exterior, del Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador (RREE), solicitó, el 11 de junio de 2018, opinión sobre un propuesta de Acuerdo de Cielos Abiertos entre el Gobierno de la República de El Salvador y el Gobierno de Jamaica, en adelante el Acuerdo.
2. En virtud del art. 14, literal l), de la Ley de Competencia, al Consejo Directivo (CD) de la Superintendencia de Competencia (SC) le corresponde emitir opinión sobre proyectos de leyes en los que pudiere limitarse, restringirse o impedirse significativamente la competencia. De tal forma, es procedente emitir opinión sobre el proyecto de Acuerdo.

I. Antecedentes

A. Solicitud

3. En la nota de la Viceministra Magarín de Esperanza se manifiesta que RREE recibió una "...propuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio de Jamaica, sobre un modelo de Acuerdo de Cielos Abiertos, para estudio y consideración de las autoridades salvadoreñas en la materia", apuntándose que el documento resulta la propuesta más liberalizada de dicho país.
4. Al respecto, en esta ocasión se solicita a esta Superintendencia opinión sobre la propuesta, especialmente en lo que corresponda con las áreas de actuación de esta institución, citando como ejemplo el art. 13 "competencia justa".

B. Contenido del Acuerdo

5. El proyecto contiene los elementos esenciales y característicos de los convenios de cielos abiertos, los cuales permiten un servicio sin restricciones por parte de aerolíneas en ambos lados, en ambas direcciones de los respectivos territorios y, además, en cuanto a la frecuencia

de los vuelos, el tipo de aviones utilizados y los precios ¹. En esencia, estos documentos son una fórmula para flexibilizar el modelo de regulación existente en la aviación comercial y permiten a cualquier compañía prestar servicios internacionales sin limitación alguna, salvo las puramente técnicas.

6. El Acuerdo busca establecer servicios aéreos entre y más allá de los territorios de ambos países. Para ello, según el art. 3, se conceden como derechos las dos primeras libertades del aire, conocidas como libertades técnicas ². Además, el mismo artículo establece que se otorgan los otros derechos contenidos en el Acuerdo. Al respecto, del Anexo 1 “Itinerario de Rutas” sección 3, se deduce que también se conceden de la tercera a la quinta libertad del aire, las libertades comerciales ³.
7. En el marco del Acuerdo, cada Estado tendrá el derecho de designar aerolíneas locales para operar los servicios aéreos, sin límites en la cantidad. Sin embargo, ambos Estados podrán modificar o retirar las designaciones o imponer condiciones a las aerolíneas designadas por el otro Estado, en caso no cumpla con las obligaciones legales y reglamentarias pertinentes.
8. Por otra parte, el Acuerdo busca establecer condiciones de mercado, que resulten equitativas entre las aerolíneas de uno y otro Estado. En ese sentido, cada aerolínea designada será libre de determinar las frecuencias, la capacidad y las tarifas que ofrecerá. Además, tendrá libertad comercial para establecer oficinas para la venta y promoción de los servicios aéreos internacionales, o para realizarla a través de un agente en la zona del otro Estado.
9. Asimismo, podrán ofrecer los servicios aéreos bajo acuerdos de colaboración y cooperación comerciales, con aerolíneas designadas por el otro Estado o procedentes de un tercer país. Estos deberán, sin embargo, contar con la autorización previa de la autoridad respectiva. En el caso de El Salvador, dicha autorización se realizará por la Autoridad de Aviación Civil (AAC) y la SC.

¹ Al respecto, consultar: Harper, George. R. “La Convención de Chicago de 1944 y la Política de Cielos Abiertos”, disponible en: https://alacostarica.org/wp-content/uploads/2018/01/Convencion_de_chicago_1.doc, [Fecha de consulta: 10 de julio de 2018].

² Según el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, usualmente conocido como Convenio de Chicago, existen cinco libertades del aire. Las dos primeras libertades son de carácter operativo o técnico, permitiendo sobrevolar el territorio de un tercer Estado o aterrizar en el mismo para fines técnicos.

³ Por su parte, las siguientes tres libertades son de carácter comercial. La tercera y cuarta libertad permiten realizar vuelos directos entre dos países, transportando pasajeros entre ellos. La quinta libertad implica transportar pasajeros entre dos países, habiéndose originado o teniendo por destino el país de origen de la aeronave.

10. Por su parte, los Estados también asumirán algunas obligaciones para asegurar el trato equitativo entre las aerolíneas designadas y las locales. No podrán imponer a las aerolíneas designadas por el otro Estado, cargos al usuario más elevados que a las aerolíneas locales que operen servicios similares. Ninguno de los Estados permitirá que una aerolínea designada abuse del poder de mercado para debilitar seriamente a un competidor o excluirlo de una ruta. Finalmente, tampoco podrán impedir unilateralmente que una aerolínea del otro Estado establezca sus tarifas de servicios, a menos que las tarifas sean resultado de condiciones restrictivas a la competencia.

II. Análisis de competencia

A. Criterios de designación de aerolíneas

11. El proyecto desarrolla la política de cielos abiertos, permitiendo, entre otros, la posibilidad de efectuar designaciones ilimitadas de aerolíneas. Desde el punto de vista de competencia, esto promueve condiciones adecuadas para que los servicios de transporte aéreo internacional sean disciplinados por efecto de las presiones competitivas provenientes de las aerolíneas designadas. Así, se facilita el incremento de las presiones competitivas derivadas de posibles entrantes⁴.
12. Sin embargo, en el art. 4 del Acuerdo, se desarrollan las reglas para vetar o condicionar la operación de las aerolíneas designadas por los Estados Parte, para lo cual se podrá denegar, cancelar, suspender, modificar o limitar las autorizaciones de operación cuando, entre otras cosas, dichas aerolíneas no comprueben su sede principal ni el control reglamentario efectivo por el Estado que la designa.
13. Estos criterios de designación permiten, en el caso de Jamaica, que las aerolíneas designadas posean un control reglamentario efectivo por parte de cualquiera de los Estados Miembros de la Comunidad del Caribe (CARICOM), lo cual deriva en una asimetría entre los derechos y obligaciones de los Estados Parte. Si se ratifica el Acuerdo en estos términos, se afecta el principio de reciprocidad, permitiendo a miembros del CARICOM aprovecharse de los

⁴ La Política de Cielos Abiertos se encuentra inmersa dentro de los lineamientos para el desarrollo del turismo sostenible, como parte del "Plan Quinquenal de Desarrollo 2014-2019" del Gobierno de la República de El Salvador. Este puede ser consultado en: <http://www.presidencia.gob.sv/wp-content/uploads/2015/07/PQD-2014-2019.pdf>, [Fecha de consulta: 10 de julio de 2018].

derechos otorgados por el acuerdo sin ofrecer ninguna contrapartida. Esto limita la capacidad del Estado Salvadoreño de controlar estratégicamente su mercado aéreo.

14. Por ello, debe procurarse que exista una reciprocidad real para la designación de aerolíneas contenidas en el Acuerdo. En la medida que se equiparen las condiciones de designación de aerolíneas de los Estados Parte, estas podrán rivalizar equitativamente para prestar servicios internacionales de transporte aéreo.
15. Para alcanzar una situación de equilibrio de las prerrogativas pactadas, procurándose un trato recíproco, se recomienda limitar las designaciones de aerolíneas a realizarse por Jamaica, a aquéllas que resulten de un control efectivo y propiedad exclusivo de ese país. Una segunda opción sería que Jamaica garantice que los derechos y beneficios derivados del Acuerdo otorgados a las aerolíneas designadas por El Salvador serán aceptados en todos los Estados miembros del CARICOM, de forma que la apertura del mercado salvadoreño se retribuya por la contraparte de la misma forma.

B. Autorización de acuerdos de cooperación y colaboración

16. Las aerolíneas designadas de cada Estado podrán desarrollar los servicios de transporte aéreo bajo acuerdos de cooperación y colaboración comerciales, con otras aerolíneas, según el art. 7 del Acuerdo. Estos acuerdos pueden incluir códigos compartidos, bloqueo de espacio, utilización de equipo, entre otros, y deben ser autorizados previamente por la autoridad aeronáutica.
17. En el caso de El Salvador, el Acuerdo explicita que la autorización previa se realizará por la AAC y la SC. Además, las solicitudes que realicen los operadores deberán ser decididas por las autoridades aeronáuticas en un plazo máximo de un mes, luego de haber cumplido con los requisitos exigibles en cada caso.
18. La autorización previa por parte de la AAC es pertinente ya que, por ser el regulador sectorial, conoce de forma inmediata los detalles de la industria y el mercado del transporte aéreo de pasajeros. En cambio, la SC actúa para la defensa y promoción de la competencia, por lo que debiera actuar como un apoyo al regulador sectorial, cuando éste así lo requiera, al considerar que un acuerdo comercial pudiera causar algún tipo de daño en las condiciones de competencia. Las condiciones de la dinámica de la colaboración entre la AAC y la SC se

definen de acuerdo a la legislación interna nacional. Bajo esta perspectiva, la participación de la SC, así como la de otras instituciones sectoriales, es de carácter circunstancial y debe proceder a solicitud de la AAC, por lo que se estima excesivo señalar explícitamente a esta Superintendencia en el texto del Acuerdo.

19. Si por el estado en que se encuentra el curso de las negociaciones, deba mantenerse la participación de la SC en el texto del Acuerdo, se recomienda precisar sus alcances, apuntando que la evaluación de los acuerdos comerciales deberá realizarlo la AAC, con el apoyo de la SC. A esta última debería concedérsele un plazo específico y amplio para desarrollar un análisis técnico adecuado, el cual no debería ser menor a 30 días hábiles.

C. Mecanismos para preservar la competencia

i. En la operación de las aerolíneas designadas

20. En el art. 13 del Acuerdo, se estipula que ninguno de los Estados permitirá a las aerolíneas designadas, “ni en conjunción con ninguna otra aerolínea o aerolíneas, ni separadamente, abusar de poder de mercado”. Esta disposición busca establecer un mecanismo jurídico para prevenir y eliminar las situaciones que se constituyan como obstáculos para la competencia en los servicios aéreos internacionales.
21. Si bien esta obligación a cargo de los Estados contratantes resulta positiva, a efecto de evitar una conducta contraria a los objetivos de la libre competencia, la figura de “abuso de poder de mercado” no es la única conducta que puede alterar las condiciones competitivas de un mercado. En este sentido, para asegurar la defensa de la competencia ante cualquier conducta por parte de las aerolíneas que pueda constituir una limitación o restricción indebida a la rivalidad empresarial, se recomienda sustituir la referencia de “abuso de posición de dominio” por la de “prácticas anticompetitivas”.

ii. En el establecimiento de tarifas

22. En el art. 15 del Acuerdo, se establece que las aerolíneas designadas por cada Estado tendrán la libertad de definir sus propias tarifas de los servicios aéreos internacionales, tomando en cuenta las consideraciones comerciales del mercado. Dichas tarifas deberán ser notificadas a



las autoridades aeronáuticas respectivas, las cuales no podrán adoptar medidas unilaterales que impidan la definición de tarifas por parte de las aerolíneas designadas.

23. Sin embargo, el mismo Acuerdo establece que los Estados Parte podrán intervenir para rechazar cualquier tarifa propuesta por las aerolíneas designadas, cuando consideren que se trate de:
 - a) Precios o prácticas excesivamente discriminatorias,
 - b) Precios excesivamente altos o restrictivos debido al abuso de una posición dominante,
 - c) Precios artificialmente bajos debido a una subvención o apoyo directo o indirecto del Gobierno,
 - d) Precios artificialmente bajos, donde exista evidencia de un acuerdo para eliminar la competencia.

24. En estos casos, será necesario que las autoridades aeronáuticas de ambos Estados estén de acuerdo en desautorizar la tarifa, de lo contrario se considerará como aprobada. Para ello, la autoridad concerniente enviará notificación de la insatisfacción a la autoridad aeronáutica del otro Estado y a la aerolínea designada, en un plazo máximo de 30 días después de la notificación de la tarifa.

25. Es necesario realizar algunas acotaciones respecto al caso de los precios altos debido a una posición dominante y los precios bajos producto de una colusión entre operadores, establecidos como criterios para que un Estado se oponga a la tarifa propuesta por una aerolínea designada.

26. Es facultad de la Superintendencia de Competencia, en el caso salvadoreño, iniciar y llevar a cabo el procedimiento administrativo sancionador en materia de acuerdos entre competidores y abusos de posición dominante, en referencia a los casos que delimitan los literales b) y d) del párrafo 3º, del art. 15 del Acuerdo. Dichos procedimientos conllevan análisis técnicos específicos de competencia, que suelen requerir un plazo prolongado de tiempo, para establecer la existencia o no de una práctica a ser sancionada según la Ley de Competencia.

27. Dicha investigación es de carácter retrospectivo, al basar el análisis en acciones implementadas en el mercado, así como su planeación en un determinado momento. Es decir, para llevar a cabo la investigación de prácticas anticompetitivas, ya sea se trate de abuso de

posición dominante o de un acuerdo entre competidores, se evalúa aquellas conductas que han sido efectuadas en el mercado, o cuyo despliegue ha sido planificado y/o iniciado (cuando así corresponda cuando se trate de acuerdos), producto de decisiones empresariales pasadas.

28. El rechazo, tal como lo plantea el art. 15, podrá basarse en la mera consideración de la autoridad aeronáutica de que las tarifas propuestas no son adecuadas al pertenecer a alguna de las categorías mencionadas. Consecuentemente, los Estados Parte recurrirán al diálogo diplomático para lograr un acuerdo sobre la autorización o no de dicha tarifa, el cual debería efectuarse sin necesidad de probar una conducta previa. Supeditar el diálogo diplomático a una decisión de procedimientos administrativos internos, puede restarle eficacia a este instrumento de las relaciones internacionales.
29. Por otra parte, en caso que existan indicios sobre la existencia de un abuso de posición dominante o un acuerdo anticompetitivo, dichas disposiciones no deberán ser un impedimento para la aplicación de la legislación nacional de competencia, de modo que la autoridad de competencia realice las diligencias e investigaciones pertinentes. Esto podría incluir la verificación de un acuerdo entre competidores para la determinación de ciertas tarifas, independientemente de si fueron autorizadas o no por la autoridad aeronáutica para ser aplicadas en el mercado. Dichas investigaciones podrían concluir en la sanción y orden de cese de la conducta, lo cual podría aplicar a alguna tarifa de los servicios aéreos internacionales. En ese sentido, lo anterior no deberá interpretarse como una medida de intervención unilateral para que una aerolínea designada inicie o mantenga una tarifa.
30. De tal forma, se recomienda que, en caso la autoridad aeronáutica considere que existen indicios de alguna de estas prácticas (abuso de posición de dominio o acuerdo anticompetitivo), notifique a la autoridad de competencia de modo que lleve a cabo el procedimiento correspondiente, de acuerdo a la legislación nacional de competencia.

POR TANTO, como resultado de las consideraciones anteriores y con base en los arts. 1, 4 y 14 letra L) de la Ley de Competencia, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia **OPINA**:

- A) En el art. 2 del Acuerdo, alcanzar una situación de equilibrio en la designación de aerolíneas por cuenta de los Estados Parte, procurándose un trato recíproco, se recomienda:



- i. Que Jamaica renuncie a la designación de aerolíneas de Estados miembros del CARICOM, limitando sus designaciones a aquéllas cuya radicación, certificados de operador, control efectivo y propiedad resulte exclusivo de dicho país, con lo cual se igualarían las prerrogativas que gozaría El Salvador; o,
- ii. Que Jamaica garantice que los derechos y beneficios derivados del Acuerdo otorgados a las aerolíneas designadas por El Salvador serán aceptados en todos los Estados miembros del CARICOM, de forma que la apertura del mercado salvadoreño se retribuya por la contraparte de la misma forma.

B) En el art. 7 del Acuerdo, se recomienda eliminar la autorización de la Superintendencia de Competencia de los acuerdos de cooperación y colaboración, estableciendo que se lleve a cabo únicamente por la Autoridad de Aviación Civil.

C) En el art. 15 del Acuerdo, se recomienda aclarar que la discusión diplomática en el caso de la desautorización de un arancel no estará sujeta a que las conductas de los literales b) y d) sean previamente probados por las autoridades de competencia respectivas.

D) En caso la Autoridad de Aviación Civil considere que existen indicios de un abuso de posición dominante o un acuerdo anticompetitivo, se recomienda que se notifique a la Superintendencia de Competencia, de modo que lleve a cabo el procedimiento correspondiente, de acuerdo a la Ley de Competencia, sin que esto se interprete como una acción unilateral.

E) Comuníquese.

