

Derecho y economía en la sentencia mexicana de aviación

Rodny VALBUENA TOBA*
RVLJ, N° 12, 2019, pp. 269-292.

Sumario

Introducción **1. Sentencia Mexicana de Aviación** *1.1. Identificación* *1.2. Hechos* *1.3. Bases legales* *1.4. Argumentos de la Sala* **2. Análisis económico de la competencia** *2.1. Reglas creadas* *2.2. Eficiencia* *2.3. Equidad* *2.4. Consecuencias* **3. Análisis económico de los contratos** *3.1. Reglas creadas* *3.2. Eficiencia y equidad* *3.3. Consecuencias* **Conclusiones**

Introducción

La actividad humana es un atributo esencial en cualquier estudio que se haga de las normas. Ello desde una perspectiva científica de sus efectos, y también desde el punto de vista del legislador al decidir qué conductas y cómo deben ser reguladas. En un intento por proporcionarle al Derecho de un mecanismo teórico que ayude a cumplir este objetivo se han desarrollado numerosos estudios interdisciplinarios, entre los cuales destaca el análisis económico del Derecho. Es útil para las dos perspectivas enunciadas: tanto para estudiar los efectos de las normas, como para predecir las consecuencias al momento de crearlas. COOTER y ULEN sostienen que la ciencia económica le facilita al

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado; cursante de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado. **Universitat de Barcelona**, Especialización en Derecho Público y Maestría en Estudios Jurídicos Avanzados. El autor desea agradecer a la profesora Sheraldine PINTO, sin cuya introducción a la metodología del análisis económico del Derecho este trabajo no habría sido posible.

Derecho una teoría científica con la cual trabajar sobre la conducta humana¹. POSNER, por otro lado, mantiene que el análisis económico del Derecho es útil para lograr dos objetivos: simplificar y racionalizar el Derecho, y forzar al intérprete a defender sus valores².

Tomando como suyos los principios económicos de la eficiencia y de la racionalidad de los agentes, el análisis económico del Derecho basa su estudio en los incentivos creados por cada norma, y de qué manera estos incentivos resultan eficientes y equitativos para la sociedad. El análisis que propongo en este ensayo es precisamente encontrar la eficiencia y la equidad en la decisión tomada por la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia el pasado 11 de febrero de 2015, en el recurso de nulidad intentado por Mexicana de Aviación contra una resolución de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA).

Grosso modo, este fallo del Máximo Tribunal establece dos temas que planteo analizar desde el punto de vista jurídico y económico. Primeramente, la definición de un mercado en el cual compiten tanto las aerolíneas como las agencias de viaje. Luego, la fijación por parte de las aerolíneas de las comisiones a pagar a las agencias de viaje a razón de la venta de boletos de transporte aéreo.

El planteamiento en el primer caso va dirigido a cuestionar, desde el punto de vista de sus consecuencias, si es correcto ubicar en un mismo mercado a ambos agentes económicos en calidad de competidores. En el otro, el examen se va a enfocar en las ventajas o desventajas de la fijación unilateral de las comisiones, ora por parte de la aerolínea, ora por parte del Estado. Es así como se vislumbran dos análisis económicos de esta sentencia: uno para el Derecho de la competencia, y el otro para el Derecho de los contratos.

La dificultad actual en la industria aeronáutica no afecta únicamente a los proveedores de transporte aéreo y a las empresas turísticas, sino que se

¹ COOTER, Robert y ULEN, Thomas: *Law and Economics*. 5.^a, Pearson. Boston, 2007, p. 4.

² POSNER, Richard: «*Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law*». En: *Law and Economics Working Paper*. N.º 53. University of Chicago Law School. Chicago, 1998, p. 1.

extiende ostensiblemente al consumidor, tanto nacional como extranjero. Este se ve en la casi imposibilidad de viajar dentro o fuera del territorio nacional, perjudicando en gran medida la actividad turística venezolana. El análisis económico aquí propuesto pretende dar luz en ese sentido a las consecuencias que las decisiones judiciales y administrativas pueden tener sobre el resto de los agentes económicos que se desenvuelven alrededor del turismo, aumentando o disminuyendo el problema.

Además de la cuestión principal relacionada a la eficiencia y equidad de la decisión tomada por la Sala Político Administrativa *in commento*, se proponen dos preguntas: ¿compiten realmente las aerolíneas y las agencias de viaje?, y ¿conlleva ventajas el fijar desde el Estado las comisiones por la venta de boletos aéreos? La hipótesis de la que se parte y que se explorará en este ensayo responde negativamente a ambos planteamientos.

En virtud de que se tratarán dos aplicaciones diferenciadas del análisis económico del Derecho, se debe distinguir de la misma manera el examen que se haga de cada una de ellas; no obstante, en ambos apartados se tocará los temas de eficiencia, equidad e incentivos creados. En el apartado correspondiente al Derecho contractual, se agregarán además breves exámenes del teorema de COASE y se tratará de aplicar teoría de juegos al establecimiento de las comisiones. Todo ello después de hacer una relación sucinta de la sentencia objeto de este trabajo, para luego dar las conclusiones al respecto.

1. Sentencia Mexicana de Aviación

1.1. Identificación

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N.º 71, del 11 de febrero de 2015, apelación de recurso de nulidad de Mexicana de Aviación, S.A. de C.V. contra la Resolución N.º SPPLC/0020-2008 dictada el 3 de noviembre de 2008 por PROCOMPETENCIA.

1.2. Hechos

El conflicto se suscitó a raíz de la Resolución SPPLC/0020-2008 de PROCOMPETENCIA. En ella se condenó a varias aerolíneas al pago de cuantiosas

multas por la «práctica concertada para la disminución de los porcentajes en la comisión de las agencias de viajes por venta de boletos aéreos»³. Según el acto, esto dificultaba la permanencia de las agencias de viaje en el mercado y no se justificaba desde una perspectiva de eficiencia económica⁴.

La resolución surgió tras una denuncia de la Asociación Venezolana de Agencias de Viaje y Turismo (AVAVIT) en vista de que, a partir del año 2000, algunas aerolíneas decidieron reducir las comisiones que daban a las agencias de viaje por la venta de boletos aéreos, que era de un 10 %. Para el año 2006, la gran mayoría de las líneas aéreas involucradas en la denuncia contemplaban comisiones del 6 %. Mexicana de Aviación, de la cual trata específicamente la sentencia, otorgaba 8 % a partir de 2004.

La resolución sostuvo que Mexicana de Aviación trabajaba en el mercado de «comercialización y distribución de boletos aéreos para vuelos directos en la ruta Caracas-Ciudad de México»⁵. Además de que ostentaba una posición de dominio con respecto a las agencias de viaje, toda vez que era la única aerolínea que ofrecía dicha ruta, y porque las alternativas prestadas por otras líneas aéreas eran más largas y más costosas. Por ser esta actividad la principal de las agencias, PROCOMPETENCIA determinó que existe dependencia económica de las agencias de viaje con respecto a las aerolíneas.

En tal sentido, PROCOMPETENCIA fijó que el objetivo de esta actitud era desplazar a las agencias de viaje fuera del mercado así definido, habiendo descartado la reducción de las comisiones para cubrir el aumento de los costos operativos por cuanto estos habían tendido a la baja.

³ Resolución SPPLC/0020-2008, citada *supra*, p. 71.

⁴ «La práctica concertada entre las líneas aéreas para fijar condiciones de comercialización, específicamente disminución de los porcentajes en la comisión de las agencias de viajes por venta de boletos aéreos, es una conducta que no genera eficiencia económica alguna, sino todo lo contrario, pues las agencias de viajes para compensar dicha reducción en la comisión, comenzaron a trasladar esos costos –en caso de las aerolíneas– o ingresos –en caso de las agencias de viajes– a las personas, por tal razón es considerada una práctica restrictiva de la libre competencia *per se*», *ibíd.*, p. 64.

⁵ *Ibíd.*, p. 39.

1.3. Bases legales

- a. Ley Orgánica de Turismo, artículo 84.
- b. Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia, artículos 6^o y 10.1⁷; aplicable *ratione temporis* ya que se encuentra derogada por el Decreto-Ley Antimonopolio del 2014, sin mayores modificaciones en el tema que nos compete como no sean de mera numeración.
- c. Convenio entre la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre Transporte Aéreo, de 1987.
- d. Reglamento sobre Agencias de Viaje y Turismo, artículos 1, 2 y 3.
- e. Resolución DTA-76-10 del Ministerio de Comunicaciones del 29 de julio de 1976.

1.4. Argumentos de la Sala

Se pasara por alto las consideraciones relacionadas a la competencia del Superintendente para dictar la Resolución recurrida y la consiguiente denuncia por desviación de poder por cuanto se refieren a temas administrativos que no vienen al caso de este ensayo. Concentrandonos en la denuncia de falso supuesto esgrimida por Mexicana de Aviación, la cual versaba en la determinación errónea de las prácticas exclusionarias.

Con base en la Ley Orgánica de Turismo⁸, la Sala determinó, en primer lugar, que tanto las agencias de viaje como las líneas aéreas son empresas turísticas.

⁶ «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».

⁷ «Se prohíben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para: 1. Fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio...».

⁸ «Artículo 84.- Son prestadores de servicios turísticos: 1. Las personas jurídicas, comunidades organizadas, consejos comunales y cualquier otra forma de participación popular que realicen actividades turísticas en el territorio nacional, tales como: alojamiento, agencias de turismo, recreación, transporte, servicios de alimentos y bebidas, información, promoción, publicidad y propaganda, administración de empresas turísticas y cualquier otro servicio destinado al turista. 2. Las personas naturales que realicen actividades turísticas en el territorio nacional, como conductores, guías, agentes de turismo y otros profesionales del turismo».

La diferencia es que aquellas están dedicadas a la intermediación, de acuerdo con la definición dada por el Reglamento aplicable⁹, y que estas comercializan los boletos directamente¹⁰. Además, de acuerdo al mismo Reglamento, estableció que la comercialización –reservación y venta– de boletos aéreos era una de las actividades esenciales de las agencias de viaje¹¹.

Reafirmó los argumentos de la Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo, cuya decisión estaba siendo apelada ante la Sala Político Administrativa en ese caso. Aquella sostuvo que el mercado fue definido correctamente por PROCOMPETENCIA, es decir, que Mexicana de Aviación competía con las agencias de viaje en la comercialización y distribución de boletos aéreos para vuelos directos en la ruta Caracas-Ciudad de México¹², y que además ostentaba una situación de dominio en dicho mercado. También afirmó que, a pesar de que el objetivo de las aerolíneas fuera reducir los costos de los vuelos al bajar las comisiones, se le causó un daño a las agencias de viaje que pudo llegar a desplazarlas fuera del mercado. Ante esto último, la Sala pasa a aclarar que las agencias habían sabido afrontar las nuevas condiciones del

⁹ Reglamento sobre Agencias de Viaje y Turismo, artículo 1: «Se consideran agencias de viajes y turismo, las personas jurídicas, que se dediquen a la organización, promoción, representación y comercialización del servicio turístico, bien sea en forma directa o como intermediarios entre los usuarios y los prestadores de servicios turísticos tanto nacionales como internacionales».

¹⁰ «Las agencias de viajes constituyen empresas turísticas dedicadas a la intermediación, organización y realización de proyectos, planes e itinerarios, así como a la venta de productos turísticos entre sus clientes y determinados proveedores de viajes como lo son, por ejemplo, las aerolíneas, los hoteles, las posadas, entre otros», TSJ/SPA, sent. N.º 71, del 11-02-15.

¹¹ Reglamento sobre Agencias de Viaje y Turismo, artículo 3: «Son actividades propias de las agencias de viajes y turismo las siguientes: (...) b. reservación y ventas de boletos aéreos nacionales e internacionales...».

¹² «De lo anterior y en general de las actas, se desprende que tanto la aerolínea Mexicana de Aviación, S.A. de C.V. como las agencias de viaje son prestadores de servicios turísticos, y si bien la principal actividad de la primera -recurrente en esta causa- está constituida por la prestación del servicio de transporte aéreo, ambas personas jurídicas ofrecen en venta boletos aéreos coincidiendo en el mercado de comercialización de boletos para vuelos en la ruta Caracas-Ciudad de México, por lo que en dicho mercado actúan como competidores», TSJ/SPA, sent. N.º 71, citada *supra*.

mercado; tal puede parecer muy inconveniente para su propio argumento, pero los magistrados enseguida cubren la contradicción afirmando que no es necesario que se verifiquen los efectos sino que la actividad potencialmente exclusionaria haya sido concertada.

Según la Sala, 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 consumidor¹³.

Acudiendo a una vetusta normativa del año 1976 de rango sublegal dictada por el Ministerio de Comunicaciones del momento, según la cual las comisiones a las agencias de viaje habían sido fijadas en un 10 %, la Sala consideró que dicha tarifa no podía ser modificada unilateralmente por las aerolíneas, y que ello no se justificaba por razones de eficiencia económica. Existía un debate acerca de la vigencia de esta norma dentro del cual PROCOMPETENCIA se había pronunciado años antes en su contra, mientras que el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil abogaba por su vigencia. La Sala se decantó por esta última opinión¹⁴.

¹³ «Estima la Sala –conforme fue apreciado por el *a quo*– que en el presente caso se verificó la comisión de la práctica contemplada en el artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia aplicable en razón del tiempo (...) toda vez que la sociedad mercantil Mexicana de Aviación, S.A. de C.V. pretendió obstaculizar la permanencia de las agencias de viaje en el mercado definido por la comercialización de boletos para vuelos aéreos en la ruta Caracas-Ciudad de México, por medio de una medida –reducción de las comisiones a pagar a tales agencias por ese concepto– que es capaz de generar un daño pecuniario a estas y, por vía de consecuencia, a los consumidores, quienes se verían afectados por el potencial aumento en el precio de otros servicios prestados por las agencias de viaje como agentes turísticos», ídem.

¹⁴ «Mediante Resolución N.º DTA-76-10 del 29 de julio de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 31 035 del 30 de julio de 1976, el entonces Ministro de Comunicaciones fijó en diez por ciento (10 %) el porcentaje a pagar a las agencias de viaje como comisión por concepto de venta de pasajes aéreos, prohibiendo a las empresas aéreas internacionales que operen en el país “pagar a las agencias de viajes, cualquier otra comisión o incentivo por la prestación de estos servicios” (...) En este orden de ideas, observa también la Sala que no está probado en autos que la cuestionada reducción de las comisiones hubiere tenido lugar por

Finalmente, en virtud del Convenio bilateral con México del año 1987 según el cual Mexicana de Aviación no tenía potestad alguna para modificar la ruta Caracas-Ciudad de México, la Sala ratificó lo que la Corte Segunda había establecido. Esto es, que la aerolínea tiene un monopolio por virtud de un convenio¹⁵, lo cual se añadía a la situación de poderío económico sobre las agencias de viaje¹⁶.

La decisión de la Sala fue, en gran medida, mantener intacto el fallo de la Corte Segunda salvo por lo que respecta a la reducción de la multa. Lo último porque la sentencia apelada ya había declarado nula una de las disposiciones de la Resolución, cuya nulidad se solicitaba sin que se hubiera reducido proporcionalmente la sanción, como correspondía. Vale la pena tomar en cuenta de qué trataba esta disposición anulada, por cuanto demuestra lo contradictoria que es la definición del «mercado» expuesta por PROCOMPETENCIA y ratificada por la Sala: si solo Mexicana de Aviación y las agencias de viaje podían comercializar boletos para la ruta Caracas-Ciudad de México, no era posible la existencia de un concierto de aerolíneas para controlar el mercado, ya que solo una trabajaba en él.

razones de eficiencia económica, esto es, no demostró la empresa actora que dicha medida se hubiere debido a la necesidad de disminuir los altos costos del sector de transporte aéreo; ni está acreditado que la citada Resolución DTA-76-10 haya perdido vigencia. Importa agregar que cursa a los folios 313 al 316 de la segunda pieza del expediente, copia simple del Oficio N.º PRE/CJU/GDA/284 de fecha 26 de enero de 2011, mediante el cual el presidente del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil informó al entonces superintendente para la Promoción y Protección de la Libre Competencia que “visto que hasta la presente fecha, la nulidad o derogatoria de la Resolución DTA-76-10 (...) no se ha producido, este Instituto considera y ratifica dicho acto normativo en plena vigencia”», ídem.

¹⁵ «La empresa Mexicana de Aviación, S.A. de C.V. es monopolista en el mercado relevante definido, y su posición de dominio está dada a raíz de un convenio», ídem.

¹⁶ «Asimismo, se advierte que entre las aerolíneas y las agencias de viaje existe una suerte de sujeción en tanto que aquellas pagan a estas una comisión por la venta de los referidos boletos, sin que dichas agencias intervengan en el establecimiento de su porcentaje; por lo tanto, cualquier modificación que aquellas pretendan efectuar unilateralmente incidiría en los ingresos de la agencia o agencias de que se trate, independientemente de que los ingresos por venta de boletos constituya o no la principal fuente de ingresos de las agencias *in commento* –aspecto no acreditado en el expediente–», ídem.

2. Análisis económico de la competencia

Encontramos el fundamento del Derecho de la competencia tanto en el Derecho Administrativo, por los controles estatales del mercado, como en el Derecho Civil y Mercantil, en virtud de regulaciones que se dan entre los propios competidores. Esta convivencia público-privada se debe a que el mercado tiene tanto de competencia como de relaciones contractuales, por lo que cualquier incidencia en alguna de estas esferas afecta a la otra.

Ya que se estará tratando con ambos tipos de normas, se tomará la acepción del Derecho de la competencia ofrecida por PESCI-FELTRI como un punto de partida teórico dentro del cual encuadrar el estudio. Según esta autora, el Derecho de la competencia es el sistema jurídico que tiene relación directa con la libertad de empresa¹⁷. Sin embargo, esta definición adolece de ser demasiado amplia. Una relación directa con el ejercicio de la libertad de empresa puede incluso ser una regulación de seguridad laboral, lo cual escapa a todas luces del ámbito del Derecho de la competencia. Es por ello que se debe adoptar una noción estricta sin pecar de insuficiente; así, se limita al sistema de normas enfocado en la restricción de fallas del mercado que dificulten el eficiente desenvolvimiento de los competidores.

No obstante, sigue siendo un concepto sumamente vasto. A efectos de este apartado, el estudio ha de ceñirse a un aspecto más restringido de esta rama

¹⁷ PESCI-FELTRI, Flavia: «La competencia desleal en el sistema venezolano de Derecho de la competencia». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 56. UCAB. Caracas, 2001, p. 204, «Al enunciar el contenido del Derecho de la competencia como aquel sistema de normas jurídicas –privadas y públicas– que tienen directa conexión con el ejercicio de la libertad de empresa; con el desarrollo, entre los operadores económicos, de la libre competencia; y que regulan, definen y controlan las actividades comerciales que se desenvuelven en un mercado determinado, persiguiendo el establecimiento de un orden económico general que coincida con los postulados del Estado social de Derecho, se está hablando del Derecho de la Competencia en sentido amplio. Bajo esta acepción, se encuentran las normas de Derecho Mercantil –cuáles son la Propiedad Industrial (marcas, patentes e invenciones) y la Competencia desleal–, y las normas de Derecho Administrativo, como son las leyes de protección y defensa de la libre competencia, que vendrían siendo las normas de Derecho de la competencia en sentido estricto».

jurídica, como lo es el Derecho antimonopolio. Es allí donde encontraremos normas de Derecho público debido a un mayor grado de intervención del Estado, y es en lo que se concentran las consideraciones hechas en la sentencia Mexicana de Aviación. El aspecto contractual y su influencia en el buen funcionamiento del mercado, así como su rol dentro del Derecho de la competencia, serán dejados para el siguiente apartado.

También, se excluirá deliberadamente cualquier consideración relacionada a prácticas desleales, actualmente incluida por la doctrina dentro del mismo contorno del Derecho de la competencia, por cuanto no le fue imputada dicha conducta a Mexicana de Aviación en el escenario bajo estudio. En todo caso, la finalidad de las normas antimonopolio y de las normas contra el comportamiento desleal es la misma: el mantenimiento del orden público económico¹⁸.

La Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia –hoy derogada y sustituida por la Ley Antimonopolio, mucho más específica en su ámbito– perseguía la eliminación de aquellas conductas que pudieran llegar a distorsionar el saludable funcionamiento del mercado¹⁹ y de la competencia

¹⁸ «En la actualidad esta separación entre las dos ramas del Derecho de la competencia ha venido diluyéndose desde el momento en que se ha hecho énfasis en el principio según el cual es la protección del orden público económico, de la competencia en sí misma, y, por ende del buen funcionamiento del mercado, lo que en última instancia persigue el Estado mediante la promulgación y aplicación del Derecho *antitrust* y del Derecho de competencia desleal, creándose así entre ambas ramas un criterio unificador que no es más que el concebir a las mismas como normas que persiguen la protección de la competencia económica», *ibíd.*, pp. 204 y 205.

¹⁹ «Con este objetivo fundamental el dispositivo legal bajo estudio, prohíbe y sanciona todas las prácticas y actuaciones de los operadores económicos cuyos efectos desemboquen o puedan desembocar en la distorsión, disminución, limitación y, en ciertas circunstancias, hasta la eliminación de la competencia efectiva; restricción de la competencia efectiva que tiene como efectos inmediatos, de un lado, la degeneración del proceso natural de las relaciones comerciales y, por tanto, la limitación de la libertad de empresa de aquellos competidores que se encuentran excluidos de la práctica restrictiva de la competencia; y, de otro, la disminución del derecho de los consumidores a tener una amplia variedad de ofertas en el mercado que le permitan escoger cuál de ellas es la que desea obtener», *ibíd.*, p. 200.

efectiva, entendida esta como una competencia no perfecta que, por esa misma razón, requiere de intervención estatal²⁰.

2.1. Reglas creadas

Al adentrarnos en el análisis específico de la sentencia, toca a continuación dilucidar qué derechos, o *entitlements*, fueron tomados en cuenta por la sentencia Mexicana de Aviación. Seguidamente, debemos determinar qué reglas de asignación de derechos fueron utilizadas para resolver la situación, bien sean de propiedad *property rules* o de responsabilidad *liability rules*.

Los *entitlements* fueron definidos por CALABRESI y MELAMED como el mecanismo a través del cual el Estado salda un conflicto entre dos o más intereses en donde debe decantarse únicamente por uno de ellos. Se trata del elemento diferenciador de un Estado de Derecho de un Estado de naturaleza²¹.

Para definir un *entitlement* se acude, o bien a una regla de asignación de derechos, o bien a una regla de responsabilidad, dependiendo de la naturaleza del caso del que se trate. Por ejemplo, en una situación de responsabilidad civil extracontractual, se acude a una *liability rule*, que podrá ser de responsabilidad objetiva, de irresponsabilidad, o de cualquier otro matiz que pueda dársele. Se considera que, para la materia antimonopolio, por cuanto en el caso de Mexicana de Aviación se discutió la producción de un daño a las agencias

²⁰ «La competencia efectiva o imperfecta se caracteriza por los siguientes rasgos o elementos: a. libertad de acceso al mercado y multiplicidad de empresarios; b. falta de homogeneidad de los productos y servicios y carácter sustituible de los mismos; c. presencia en el mercado de poderes económicos o de mercado que controlan o manipulan directa o indirectamente la oferta, la demanda, los precios; d. tendencia a la concentración de grandes empresas; e. intervención estatal en la economía», *ibíd.*, pp. 108 y 109.

²¹ CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas: «*Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*». En: *Harvard Law Review*. Vol. 85. Boston, 1972, p. 1090, «*The first issue which must be faced by any legal system is one we call the problem of "entitlement". Whenever a state is presented with the conflicting interests of two or more people, or two or more groups of people, it must decide which side to favor. Absent such a decision, access to goods, services, and life itself will be decided on the basis of "might makes right"*».

de viaje, es aplicable una regla de responsabilidad. Ya que no se está tratando –ni desde el punto de vista contractual ni desde el punto de vista de la competencia– un tema de propiedad, una regla de asignación de derechos entendida en sentido estricto, es decir, una *property rule*, no es aplicable según COOTER y ULEN²².

La regla adoptada en la sentencia N.º 71/2015 coloca a las agencias de viaje dentro de un mercado junto a un competidor de naturaleza distinta e incluso en una posición más ventajosa que ellas, como lo es una aerolínea. La primera regla creada es una de responsabilidad según la cual el cambio del monto de las comisiones solo puede hacerse si ello lograra la eficiencia económica²³.

		Agencia	
		Si	No
Aerolínea	Eficiencia	Agencia	Agencia
	No	Aerolínea	Aerolínea

Tabla 1. Regla de responsabilidad por modificación de comisiones

En la tabla 1 se observa la regla pormenorizada. Si la reducción de las comisiones produce eficiencia para la aerolínea, independientemente de si la produce o no para las agencias, el costo del daño –así llamado para facilitar la

²² COOTER y ULEN: ob. cit., p. 100, «*Damages are the usual remedy for broken promises and accidents, whereas injunction is the usual remedy for appropriating, trespassing, or interfering with another's property. In other words, damages are the usual remedy in the law of contracts and torts, whereas injunction is the usual remedy in the law of property. For these reasons, damages are often referred to in the legal literature as a "liability rule", while equitable relief is typically called a "property rule"*».

²³ Vid. TSJ/SPA, sent. N.º 1363, del 24-09-09, caso Banco Venezolano de Crédito, «Con relación a la analizada prohibición, la doctrina ha señalado que la restricción generada por este tipo de práctica produce la reducción de la competencia efectiva en el mercado, así como un daño al consumidor, quien ve reducidas las opciones de mercado. De allí que, para que se configure dicha práctica, debe estar probada la "eficiencia" de la actuación para producir tal exclusión».

explicación— corre enteramente y debe ser soportado por ellas. Si, por el contrario, no produce eficiencia, la aerolínea no puede modificar las comisiones y correrá con las pérdidas y con la multa, como en el caso de Mexicana de Aviación.

Nótese cómo la aerolínea es la única que puede influir en el monto de las comisiones. Esto es importante en cuanto a la definición del mercado que dio PRO-COMPETENCIA, ya que el único operador económico que puede ofrecer boletos aéreos en una ruta específica es la aerolínea, no las agencias. El producto es el servicio de transporte y no el boleto físico que prueba el derecho a la utilización de ese transporte. Este argumento lleva a concluir que el conflicto subyacente entre las aerolíneas y AVAVIT no es un tema de competencia o monopolio, sino un asunto contractual.

2.2. Eficiencia

Según POSNER, la mezcla entre economía y normas jurídicas en el contexto de la competencia ha sido la aplicación más primitiva del análisis económico del Derecho, y puede remontarse a Adam SMITH²⁴, mucho antes del célebre artículo de Ronald COASE que dio origen a esta disciplina. En este campo, el influjo de la economía es tan avanzado que el mismo legislador hace un análisis de eficiencia en las reglas que adopta. Más aún, el juzgador, tanto judicial como administrativo, hace también un análisis de eficiencia en torno a la conducta de la empresa fiscalizada. Véase si existe eficiencia en la regla de responsabilidad descrita en la tabla 1. Tomese dos criterios para ello: el clásico óptimo de PARETO, y el de KALDOR-HICKS o PARETO-potencial.

Existe eficiencia de PARETO si es imposible modificar un estado de cosas Q a otro P mejorando la condición de uno de los agentes sin desmejorar la del otro²⁵.

²⁴ POSNER: ob. cit., p. 1, «*But until very recently, the relation received focused attention only in relation to a handful of legal fields, mainly antitrust and public utility regulation, that dealt explicitly with competition and monopoly, which as early as the 1930s were receiving the sustained and sophisticated attention of leading English and American economists. —Competition and monopoly had received the attention of economists since Adam SMITH; hence the qualification “sustained and sophisticated” —*».

²⁵ COOTER y ULEN: ob. cit., p. 17, «*A particular situation is said to be PARETO or allocatively efficient if it is impossible to change it so as to make at least one person better*

En un estado de cosas Q, la aerolínea le concede a las agencias comisiones del 10 % por cada boleto aéreo vendido. Pasemos a un estado de cosas P en el cual las comisiones son ahora del 8 %. La situación de la aerolínea mejoró, desmejorando la de las agencias. A todas luces, PROCOMPETENCIA parece tener razón en asumir que es una modificación ineficiente.

Utilicemos ahora un análisis de KALDOR-HICKS. En este caso, un estado Q es eficiente si, al pasar a P, los ganadores pueden compensar a los perdedores y aun así preferir el cambio. Es el conocido análisis costo-beneficio²⁶. Valiéndonos del mismo ejemplo, si se convierte Q en P, la diferencia entre el 10 y el 8 % pasa a ser adjudicada a Mexicana de Aviación: la aerolínea gana y la agencia pierde. Sin embargo, en teoría, la aerolínea tiene ahora los recursos para cubrir la pérdida de las agencias. Es así como, según el criterio PARETO-potencial, la reducción de las comisiones es, en efecto, eficiente.

Aun así, si afirmamos que el mantenimiento de las comisiones genera pérdidas para la aerolínea pero que su reducción genera pérdidas para la agencia, no se puede sostener al mismo tiempo que la situación P es ineficiente pero que Q no lo es. Ambas situaciones son ineficientes, por lo que queda determinar cuál lo es menos. La respuesta a ello, se reitera, es que el producto realmente ofrecido no es el boleto aéreo sino el servicio de transporte aéreo. Aquí es en donde se difiere radicalmente de la opinión de PROCOMPETENCIA y de la Sala. Mantener comisiones de 10 % genera pérdidas a la aerolínea; reducirlas a 8 % quizá mantenga a la aerolínea estable pero también lo hace con la agencia ya que esta continuará obteniendo ganancias a un servicio que no produce como lo es el transporte aéreo. En ninguno de estos casos la agencia pierde realmente, simplemente deja de obtener tantas ganancias como en una

off—in his own estimation— without making another person worse off—again, in his own estimation—».

²⁶ *Ibid.*, p. 47, «By contrast, a potential PARETO improvement allows changes in which there are both gainers and losers but requires that the gainers gain more than the losers lose. If this condition is satisfied, the gainers can, in principle, compensate the losers and still have a surplus left for themselves. For a potential PARETO improvement, compensation does not actually have to be made, but it must be possible in principle. In essence, this is the technique of cost-benefit analysis».

situación anterior, mientras que la aerolínea, en una situación Q, sí genera pérdidas. Es así como P es más eficiente que Q.

Esto demuestra que no puede existir un mercado de venta de boletos aéreos en el que compitan las agencias de viaje y una aerolínea: la premisa de PROCOMPETENCIA es errónea, y es por ello que Q aparenta ser PARETO-eficiente, mas no lo es. Las agencias compiten entre ellas en el mercado del servicio de intermediación en el transporte aéreo, mientras que las aerolíneas compiten entre sí en el mercado de servicio de transporte aéreo, sin importar que la ruta sea directa o indirecta: las aerolíneas y las agencias no compiten en esos mercados entre sí.

2.3. Equidad

El análisis económico del Derecho no se limita únicamente al estudio de la eficiencia, sino también al de la distribución de los beneficios y de los costos²⁷. Esta función la refiere Mitchell POLINSKY con la expresión «equidad»²⁸.

Entonces, ¿quién corre con los costos de la reducción de las comisiones en el caso Mexicana de Aviación? Según la sentencia, la respuesta es la agencia de viaje. Ello no es justo o equitativo por cuanto la reducción no responde a razones de eficiencia económica, por lo que se condena a la aerolínea a correr con los costos del mantenimiento de comisiones del 10 % más una multa. Pero recuerdese que la premisa de PROCOMPETENCIA no puede estar en lo cierto ya que aerolínea y agencia de viaje no son realmente competidoras. La reducción de las comisiones no genera pérdidas en las agencias, pero su mantenimiento en 10 % sí lo hace para la aerolínea, que es la razón por la que deciden reducirlas.

²⁷ POSNER: ob. cit., p. 2, «*It also tries to improve law by pointing out respects in which existing or proposed laws have unintended or undesirable consequences, whether on economic efficiency, or the distribution of income and wealth, or other values*».

²⁸ POLINSKY, Mitchell: *Introducción al análisis económico del Derecho*. Ariel. Barcelona, 1985, p. 19, «A efectos de este libro, el término eficiencia alude a la relación entre los beneficios totales de una situación y los costes totales de la misma; el término equidad alude a la distribución de la renta entre los individuos. En otras palabras, la eficiencia se relaciona con “el tamaño del pastel”, mientras que la equidad dependerá de cómo se reparta».

Si se da la vuelta a la regla de responsabilidad, sostener de forma artificial un nivel relativamente alto de comisiones genera un daño no eficiente a la aerolínea. De vuelta a la tabla 1, sería entonces la aerolínea quien corriese con esos costes, lo cual no es equitativo en tanto que es ella la única que produce el servicio: una externalidad de la cual las agencias se están beneficiando al llevar a cabo la intermediación. Además, la potencialidad de que la reducción pueda perjudicar la permanencia de las agencias en el mercado no justifica una sanción, haciendo desproporcionada la relación entre la posibilidad de que se produzca el daño, su gravedad y, sobre todo, el costo para eliminar el daño²⁹. En el supuesto negado de que la regla establecida por la Sala sea PARETO-eficiente, no puede ser equitativa ya que el costo social lo cubre totalmente quien no debería.

2.4. Consecuencias

Considerar que las aerolíneas y las agencias de viaje compiten en un mismo mercado es admitir una situación en la que nunca se podrá poner coto a la superioridad de uno de los agentes, ya que es la aerolínea la única que produce el servicio. Por ejemplo, si la aerolínea decidiese abandonar el mercado, estaría expulsando con ella a las agencias de viaje, es decir, a todas sus competidoras. El resultado es la eliminación del mercado, lo cual sería menos eficiente en términos sociales. Siguiendo la regla de responsabilidad analizada, el Estado se vería forzado a mantener a la aerolínea en el mercado para no perjudicar a las agencias, generando un aún mayor costo social al asumir las pérdidas de la aerolínea en el momento de subsidiarla o nacionalizarla³⁰.

²⁹ SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus: *Manual de análisis económico del Derecho Civil*. Tecnos. Madrid, 1991, p. 165, «Tiene que existir una relación proporcionada entre la posibilidad de que un peligro se haga realidad y la gravedad de las violaciones potenciales por un lado, y el gasto requerido para eliminar ese costo».

³⁰ COASE, Ronald: «*The Problem of Social Cost*». En: *Journal of Law and Economics*. Vol. 3. University of Chicago. Chicago, 1960, p. 9, «*It is clear that the government has powers which might enable it to get some things done at a lower cost than could a private organization –or at any rate one without special governmental powers–. But the governmental administrative machine is not itself costless. It can, in fact, on occasion be extremely costly*».

Es absurdo, pues, definir el mercado de esta manera. Un pasajero tiene la opción de acudir tanto a la agencia como a la aerolínea para obtener un boleto, es cierto, pero la opción se presenta de la misma manera cuando un consumidor decide acudir al supermercado en lugar del agricultor para adquirir alimentos. Ello no significa que el supermercado y el agricultor sean competidores, aunque sean parte de un mismo mercado.

El incentivo creado por la regla es mantener las comisiones estables en todo momento. Esto trae como consecuencia que la calidad del servicio de la aerolínea no tiene ninguna razón para aumentar, y las agencias tampoco tendrán que adaptarse a nuevas condiciones del mercado por cuanto este no cambiará. Limitando así el libre desenvolvimiento de la oferta y la demanda, esta regla logra un estancamiento del mercado compartido. Este fue el argumento acertadamente esgrimido por la actora en su recurso de apelación³¹.

3. Análisis económico de los contratos

Una vez argumentado que la premisa de PROCOMPETENCIA al definir a los competidores fue errónea, el análisis más apto para el conflicto entre AVAVIT y las aerolíneas corresponde al Derecho contractual. Ello se justifica en virtud de que la relación que media entre las agencias de viaje y las aerolíneas es eminentemente de esta naturaleza.

Es necesario entonces determinar de qué contrato se trata. Se condidera que existe un contrato atípico. Este mezcla características de un contrato de venta mercantil –las agencias compran boletos aéreos para revenderlos a sus clientes o incluirlos en paquetes–, y un contrato de servicios –la aerolínea paga una comisión a las agencias por cada boleto comprado, con el beneficio de un flujo frecuente de clientes para aquellas–.

³¹ «Tampoco se explica por qué se apreció como práctica anticompetitiva la aludida disminución, siendo por el contrario que “la diferencia en los montos de las comisiones que reciben las agencias de viajes de parte de las diferentes líneas aéreas, las hace más competitivas entre sí y además incentiva su eficiencia en el mercado relevante de venta y distribución de boletería”», TSJ/SPA, sent. N.º 71, citada *supra*.

Enfoquémonos en el hecho de que el contrato atípico al que se hace referencia tiene una profunda intervención del Estado. Es el caso que la Resolución DTA-76-10 del Ministerio de Comunicaciones de 1976 fijó las comisiones en 10 %, lo cual limita notablemente la capacidad que tienen las aerolíneas y las agencias para negociar distintas condiciones contractuales. Con una tasa prestablecida de comisiones, el contrato que antes era de venta y de servicios se convierte netamente en venta mercantil, ya que los otros elementos ajenos al consentimiento de la venta han sido tomados por el Estado.

Así definido, cada vez que una agencia compra un boleto a nombre de uno de sus clientes se está generando una relación contractual entre aquella y la línea aérea, y esta contratación en la cual la agencia es un intermediario genera costos de transacción³² entre los cuales existe uno que ha sido predispuesto jurídicamente, es decir, las comisiones. Como con cualquier contrato, violar lo allí estipulado, tanto entre la aerolínea y la agencia, como la imposición del Estado, acarrea sanciones en sede jurisdiccional.

COOTER y ULEN justifican la posibilidad de ejecución de un contrato en la teoría de juegos, específicamente en el juego de la agencia, que los lleva a concluir que el propósito del Derecho contractual es permitir la conversión de juegos con soluciones ineficientes a otros con soluciones eficientes³³. Por su parte, POLINSKY³⁴ encuadra la finalidad del Derecho contractual en la reducción de

³² COASE: ob. cit., p. 15, «*In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on*».

³³ COOTER y ULEN: ob. cit., p. 205. Sobre el juego de la agencia, consultar en la misma obra pp. 203 y ss.

³⁴ Ob. cit., p. 39, «El motivo de que sean deseables tales normas contractuales es, por supuesto, lo costosos que puede resultar negociar y redactar un contrato que prevea todas las contingencias posibles. Para las contingencias que se consideran improbables, o que no afecten demasiado a los costes y beneficios de las partes, no vale la pena tomarse el trabajo de especificar previamente lo que se ha de hacer si esa contingencia se produce. El Derecho contractual puede considerarse como una solución para cubrir estos “vacíos” del contrato».

los costos de transacción del llamado contrato perfecto³⁵. Además, al contrato debe dársele fuerza obligatoria si genera utilidad social, que se entiende como la sumatoria de las utilidades privadas, es decir, que ambas partes se benefician con el acuerdo³⁶.

3.1. Reglas creadas

Se considera, siguiendo el criterio de COOTER y ULEN³⁷, que, incluso para un caso de Derecho contractual, la regla aplicable al *entitlement* será de responsabilidad y no de propiedad. Cierta doctrina latinoamericana prefiere aplicar *property rights* a los contratos³⁸; sin embargo, esto no es adecuado por cuanto los conflictos presentados en el ámbito objeto de este estudio se desenvuelven alrededor del incumplimiento contractual, lo cual más propiamente causa un daño. Se entiende, pues, que los *property rights* mencionados son una forma *lato sensu* de concebir las reglas de asignación de derechos, entre ellas la *liability rule* que se utilizará a continuación.

Se aplicará analógicamente la solución dada por los teóricos del análisis económico del Derecho al problema clásico de la contaminación. Se prescindirá de la regla de propiedad, y se utilizará únicamente las reglas de responsabilidad que dé como resultado cada asignación de derecho. Es importante

³⁵ GARRIDO CORDOBERA, Lidia: «La negociación contractual y el análisis económico». En: *Análisis económico del Derecho*. Heliasta. Buenos Aires, 2006, p. 150, «Recordemos que las premisas del contrato perfecto son que los contratantes actúan racionalmente, que disponen de todas las informaciones contractualmente relevantes, que regulan todos los puntos igualmente relevantes, que el contrato se ha concluido de buena fe, suponiendo que el engaño, amenazas y la influencia de poder monopolista quedan excluidas». Sobre la función que cumple el Derecho contractual para construir el contrato perfecto, véase SCHÄFER y OTT: ob. cit., *passim*.

³⁶ GARRIDO CORDOBERA: ob. cit., p. 147, «Se sostiene entonces que se le acuerda fuerza obligatoria al acuerdo de voluntades si presenta utilidad social y justicia contractual».

³⁷ Ver nota 22.

³⁸ GARRIDO CORDOBERA: ob. cit., p. 148, «Decimos que el contrato es una creación artificial de los juristas para dar solución a la satisfacción en la adquisición de bienes y servicios y al considerar al derecho de los contratos como el instrumento para hacer efectivos y eficaces estos intercambios le es de aplicación los *property rights* como base a partir de la cual se maximice el valor de los bienes».

hacer notar la utilización de la llamada «cuarta regla» de CALABRESI y MELAMED en el caso en el que el derecho es asignado a favor de la aerolínea³⁹.

Asignación de derecho	Regla de responsabilidad
Agencia	La aerolínea debe continuar pagando el 10%, más una multa.
Aerolínea	La aerolínea puede reducir la comisión, a menos que la agencia le resarza las pérdidas ocasionadas por mantenerlas en 10%.

Tabla 2. Reglas de responsabilidad por reducción de las comisiones

Estas son las opciones que existen en la realidad al presentarse el conflicto relativo a si es económicamente eficiente o no para la sociedad que la aerolínea reduzca las comisiones. De antemano sabemos que la regla adoptada por la sentencia es la que le da el *entitlement* a la agencia, pero en seguida se explorara sus consecuencias, y se hara a la luz del teorema de COASE y de la teoría de juegos.

3.2. Eficiencia y equidad

Empece por aclarar que ambas reglas descritas en la tabla 2 son PARETO-eficientes: cualquier cambio que se haga colocará a una de las partes en una situación desfavorable. Es también eficiente a la luz de un análisis costo-beneficio. Pero más interesante es la aplicación del teorema de COASE. Su enunciación no se encuentra directamente en su artículo: «El problema del costo social», pero es de ahí de donde posteriores científicos han dilucidado su contenido.

En su primera variante, el teorema de COASE sostiene que, al haber costos de transacción cero, el resultado será siempre eficiente sin importar la regla

³⁹ CALABRESI y MELAMED: ob. cit., p. 1116, «Missing is a fourth rule representing an entitlement in Taney to pollute, but an entitlement which is protected by a liability rule. The fourth rule, really a kind of partial eminent domain coupled with a benefits tax, can be stated as follows: Marshall may stop Taney from polluting, but if he does he must compensate Taney».

de asignación de derecho que se haya utilizado⁴⁰. No obstante, ya que se ha determinado que uno de los costos de transacción en este caso son las comisiones, se debe acudir más bien a la segunda variante: con costos de transacción superiores a cero, la solución eficiente dependerá de la regla de asignación de derechos, o sea que será preferible aquella que reduzca al mínimo los efectos de los costos de transacción⁴¹.

En el caso en el que el *entitlement* sea a favor de la aerolínea, los costos de transacción serán menores y el efecto, consecuentemente, será menor. Ello ya que, independientemente del porcentaje de la comisión, la agencia obtendrá una ganancia en la compra de los boletos. No será eficiente, por el otro lado, que la agencia decida cubrir las pérdidas de la aerolínea, por lo que su elección racional será la de soportar la reducción de las comisiones. No es eficiente tampoco que la asignación de derecho corresponda a la agencia porque, en ese caso, los efectos de los costos de transacción serían mayores, y además serían cubiertos únicamente por la aerolínea, lo que además no sería equitativo. Es así como queda justificado que la libertad en la fijación de las comisiones es una solución más eficiente a la adoptada por la Resolución DTA-76-10, y seguida por PROCOMPETENCIA y la Sala Político Administrativa.

3.3. Consecuencias

Ahora, juguemos. Se analizá la situación a la luz del juego del ultimátum. El planteamiento es el siguiente: uno de los jugadores tiene el poder de dividir cien unidades de valor como mejor le parezca entre él y el otro jugador; el segundo solo tiene el poder de aceptar o rechazar la oferta que haga el primero, pero, si la rechaza, ninguno de los jugadores obtiene el dinero. El incentivo del primer jugador es claro: hacer una oferta atractiva para el segundo jugador.

⁴⁰ POLINSKY: ob. cit., p. 24, «Si hubiera unos costes de transacción cero, se produciría el resultado eficiente con independencia de la norma atributiva de derechos elegida».

⁴¹ «Si hubiese costes de transacción positivos, la solución eficiente no podría producirse con independencia de la norma jurídica elegida. En estas circunstancias, la norma preferible es aquella que reduce al mínimo los efectos de los costes de transacción», ibíd., p. 25.

En lugar de unidades monetarias, usemos el 10 % en comisiones, toda vez que se asume –para el juego– que la aerolínea deja de obtener beneficios a partir de ese umbral. Si la aerolínea ofrece lo que la Resolución DTA-76-10 le ordena, lo cual sería aceptado por las agencias, el resultado es igual al que obtendría si el segundo jugador le rechazase la oferta ya que no vendería ese boleto. De suerte que no tiene ningún incentivo para acatar la norma o para contratar con la agencia. En cambio, en el caso de Mexicana de Aviación, con comisiones de 8 %, estaría quedándose con un 2 % de las comisiones que de acuerdo al *status quo* debió haber concedido.

	Status quo	Mexicana de Aviación	Mínimo aceptable
Acepta	0 ; 10	2 ; 8	5 ; 5
Rechaza	0 ; 0	0 ; 0	0 ; 0

Tabla 3. Ultimátum Aerolínea vs. Agencia de viaje

Más aún, y queda ilustrado también en la tabla 3, aun ofreciendo comisiones de 5 % la oferta sería aceptable por la agencia de viajes. No seguimos reduciendo las cantidades ya que la práctica empírica de este experimento económico da como equilibrio la situación 5 ; 5. Pero, en teoría, incluso una situación 9 ; 1 sería aceptable para ambos jugadores: de no tener nada, pasan a tener algo, independientemente de lo que obtenga el otro jugador.

La consecuencia de mantener una tasa fija de comisiones es que la aerolínea va a preferir no jugar cuando sostener esa tasa sea ineficiente para ella. En el caso Mexicana de Aviación, la aerolínea redujo la comisión al ver que un 10 % no era sostenible para sus operaciones. La solución existente en el marco jurídico vigente obliga a la aerolínea a retirarse eventualmente del mercado. En conclusión, las agencias que dependían de esos negocios reducirán sus ingresos o saldrán también del mercado. Esto trae consigo una de dos situaciones: un gran costo social, o la no negociación con las agencias. Así, las aerolíneas lograrían su propia subsistencia pero eliminarían

de plano a las agencias, sin que ello se le pueda reprochar como una conducta monopolista o desleal en la competencia.

Conclusiones

Al inicio se planteo dos preguntas correspondientes a los temas que se ha tratado en este ensayo: Derecho de la competencia y Derecho contractual. La hipótesis fue negativa a cada una de ellas, y el análisis económico del Derecho ha sugerido que esa respuesta es cercana a la realidad.

En primer lugar, la dificultad al definir una regla de responsabilidad dentro de un mercado en el que las aerolíneas y agencias de viaje son vistas como competidoras, arrojó resultados contradictorios en términos de eficiencia. Ello partiendo de que el producto ofrecido en el mercado es el servicio de transporte aéreo, que solo puede ser proveído por la aerolínea; mientras que la labor de la agencia de viaje termina siendo la intermediación entre aquella y los consumidores.

Sin duda ambas forman parte del mismo mercado: una en calidad de proveedora, y otra en calidad de intermediaria. Estos dos agentes, sumados al consumidor, no compiten entre ellos, sino que trabajan cooperativamente y con miras a un mutuo beneficio en la comercialización y distribución del servicio de transporte aéreo, cualquiera que sea la ruta y las condiciones de contratación.

Ello lleva a concluir que el conflicto entre AVAVIT y Mexicana de Aviación, junto a las otras aerolíneas, era de naturaleza contractual, consecuencia de una fijación estatal de unos costos de transacción: las comisiones. En este punto, la sentencia sostuvo que no existe un *entitlement* a favor de la aerolínea, por lo que una regla de responsabilidad no es posible como no sea fruto de una relación contractual que origine por sí misma una regla de asignación de derechos.

Es así como esta regla de asignación de derechos –según la cual las comisiones están fijas y no pueden variar en los vaivenes del mercado– generará una de dos consecuencias perjudiciales cuando una comisión de 10 % sea insostenible

para la aerolínea: evitar contrataciones con las agencias, o la salida del mercado. En ambos escenarios, las agencias pierden, mientras que la aerolínea solo pierde si elige cualquier opción fuera de esas dos. En todo caso, es conveniente tanto para ella como para las agencias permitir la libre fijación de las comisiones.

La sentencia Mexicana de Aviación partió, pues, de dos premisas equivocadas que ofrecen un resultado consecuente con ellas, pero que no ayuda a solventar la grave crisis aeronáutica y turística que vive Venezuela. Un análisis económico del Derecho de ambas premisas permite asegurar que la decisión debió ser a favor de la sostenibilidad del mercado que se propuso proteger en un principio.

* * *

Resumen: Valiéndose del análisis económico del Derecho, el presente trabajo se plantea examinar las consecuencias de la fijación estatal de comisiones por venta de boletos aéreos. El objeto de dicho examen es la sentencia N.º 71/2015 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en el caso de Mexicana de Aviación. La interacción entre Derecho y economía se manifiesta en dos campos: la competencia y el Derecho contractual. Ambos son estudiados con base en metodología de análisis económico del Derecho, con respecto a su eficiencia y equidad. El primero da como resultado la imposibilidad de que la aerolínea y la agencia de viajes actúen en calidad de competidores entre sí. El segundo arroja luz sobre la ineficiencia de la fijación estatal de las comisiones, así como sobre sus consecuencias nocivas. **Palabras clave:** Análisis económico, Derecho, aerolíneas, eficiencia. Recibido: 04-09-18. Aprobado: 02-12-18.