Distr.
RESTRINGIDA

LC/R. 1754
15 de septiembre de 1997

ORIGINAL: ESPAÑOL

CEPAL
Comisión Económica para América Latina y el Caribe

QUINTA LIBERTAD Y CONO SUR: UNA NUEVA PERSPECTIVA

Este documento ha sido elaborado por la Unidad de Transporte de la División de Comercio Internacional, Transporte y Financiamiento de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Este documento no ha sido sometido a revisión editorial.

97-10-817

ÍNDICE

	<i>Página</i>
RESUMEN	v
INTRODUCCIÓN	1
Capítulo I	
LA QUINTA LIBERTAD Y LOS PROCESOS DE APERTURA	2
A. Concepto, ejercicio y objeto	2
B. Quinta libertad y nacionalidad del transporte	3
Capítulo II	
LA QUINTA LIBERTAD EN EL MARCO DEL ACUERDO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL TERRESTRE DE LOS PAÍSES DEL CONO SUR	5
A. Espíritu del Acuerdo: principios y objetivos	5
B. La quinta libertad y el espíritu del Acuerdo	5
C. La quinta libertad en la letra del Acuerdo	6
D. Otras consideraciones acerca de la quinta libertad en el marco del Acuerdo	12
Capítulo III	
PRÁCTICA DE LA QUINTA LIBERTAD EN EL CONO SUR: CONSECUENCIAS Y EFECTOS POTENCIALES	13
A. Efectos potenciales de una adopción plena, generalizada y simultánea	13
B. Efectos potenciales de una aplicación geográfica parcial	15
CONCLUSIONES PRELIMINARES	16
CONSIDERACIONES FINALES	17
Referencias bibliográficas	18

RESUMEN

La tesis central del documento es que el mercado de servicios de transporte internacional terrestre de la región se encuentra en condiciones de llevar a cabo una transformación productiva profunda sin alterar su ordenamiento institucional, y que los equilibrios basados en tráficos bilaterales no serían alterados, sino consolidados, con la introducción de la quinta libertad, superándose algunos desequilibrios derivados de la falta de carga de retorno.

Entregar a operadores de terceros países el derecho a operar tráficos tradicionalmente reservados a nacionales de los países de origen y destino de las operaciones, constituye el tema central de la discusión en torno a la quinta libertad. Este es el único aspecto que la diferencia de otras modalidades de operación y surge también como el motivo de mayor controversia ante su posible otorgamiento. Es decir que la protección a la industria nacional de servicios de transporte sería el argumento fundamental para cuestionar o al menos sopesar la introducción de la quinta libertad.

Los procesos de apertura, regionalización y globalización de las economías han dado nuevo auge al comercio y el transporte internacional y llevado a la adopción de mecanismos de defensa de la competencia que se contraponen con los antiguos sistemas de protección y consideran discriminatorias las medidas que no permitan el libre acceso a los mercados y la igualdad de condiciones o tratamiento equivalente a las empresas que en ellos participen. Las nuevas realidades económicas que presiden el mundo del comercio y el transporte internacional ponen en entredicho la consideración de pertenencia a una nacionalidad como factor limitante en el ejercicio de la prestación de servicios de transporte internacional.

Se puede afirmar que el espíritu del Acuerdo expresado en su preámbulo permite el desarrollo del ejercicio de la quinta libertad en el marco de entendimientos bilaterales múltiples. La intención del legislador en materia de quinta libertad, a favor o en contra, no ha quedado claramente establecida ni en el texto de la norma ni en los antecedentes conocidos de la preparación del Acuerdo y, por lo tanto, es legítima su consideración en el análisis de la norma, como se plantea en el presente documento, aunque pueda no serlo la interpretación en el sentido de que tanto el texto como el espíritu del Acuerdo permiten desarrollar tráficos de quinta libertad por que no los prohíben. Al respecto, es preciso recordar que le corresponde formalmente a la comisión establecida en el artículo 16 del Acuerdo la interpretación definitiva del texto en lo que concierne a este tema y pronunciarse acerca de la legitimidad de una u otra interpretación.

Las consecuencias de la adopción de esquemas de quinta libertad en el Cono Sur dependen en gran parte de su extensión geográfica y del grado de apertura en su concesión. La introducción de la quinta libertad abierta y generalizada puede tener efectos positivos para el transporte regional en su conjunto en al menos tres aspectos: 1) Mayor competitividad del transporte multimodal internacional 2) Mejor aprovechamiento de los equipos en los fletes de retorno; 3) Disminución del número total de viajes en la región: este es un efecto directamente derivado del anterior. La quinta libertad generalizada puede también tener efectos no deseados, ninguno de los cuales es directamente atribuible al ejercicio de la misma, pero que, por efecto de exacerbación, pueden influir a la hora de decidir su otorgamiento y entre los cuales cabe mencionar: 1) Profundización de las inequidades modales; 2) Profundización de las asimetrías actuales 3) Concentración geográfica de los tráficos.

En el caso de una aplicación geográfica parcial, los países que decidan adoptarla obtendrían ventajas tanto para sus prestatarios como para sus usuarios de servicios de transporte internacional terrestre sobre los de los países que decidieran no otorgar el derecho al ejercicio de la quinta libertad.

INTRODUCCIÓN

La intensa dinámica de los procesos de integración económica y de apertura comercial observados en la presente década en la región, parece indicar que, tarde o temprano, los mismos postulados de liberalización y competencia que han guiado estos procesos van a permear el transporte terrestre internacional. Es difícil concebir que un sector tan estrechamente ligado al intercambio internacional de la región pueda permanecer inmune a las numerosas iniciativas empresariales y acuerdos gubernamentales que se están dando en la región y que apuntan, por una parte, hacia una mayor competencia y mayor transparencia de los mercados para las empresas, y, por otra, a una mayor oferta de servicios y una reducción de costos para el usuario.

Ante las presiones crecientes hacia una apertura del transporte y ante la posibilidad de que se puedan llegar a considerar medidas no concertadas entre los socios del Cono Sur, se considera aquí el mecanismo de quinta libertad¹ como uno de los instrumentos de apertura que puede ser liberado por los gobiernos y aprovechado por las empresas en el marco del ordenamiento institucional existente. Para ello, se analiza el desarrollo de tráficos de quinta libertad en el Cono Sur desde una nueva perspectiva centrada en tres aspectos: la esencia y objeto de la quinta libertad, su posible desarrollo en el marco de la normativa vigente; y, sus efectos potenciales en el contexto actual del transporte internacional terrestre de la región.

Este análisis se inscribe en el debate, surgido en los últimos años en la región, en torno a la quinta libertad, y tiene en cuenta otros estudios recientes realizados en la región, entre los cuales cabe destacar por su precisión y rigurosidad, el realizado por Ricardo Gorosito Zuluaga². Sin embargo y a diferencia de los estudios anteriores, el presente análisis abarca los tráficos de carga y pasajeros y analiza el mecanismo de quinta libertad en los procesos actuales de apertura de las economías y en el ordenamiento institucional y operativo presente en la región.

La tesis central del documento es que el mercado de servicios de transporte internacional terrestre de la región se encuentra en condiciones de llevar a cabo una transformación productiva profunda sin alterar su ordenamiento institucional, y que los equilibrios basados en tráficos bilaterales no serían alterados, sino consolidados, con la introducción de la quinta libertad, superándose algunos desequilibrios derivados de la falta de carga de retorno.

Esta tesis se desarrolla en tres etapas. Se considera primero el concepto de quinta libertad, su objeto y uso, y la relación que mantiene con el concepto de la nacionalidad. En un segundo capítulo, se analizan las disposiciones del Acuerdo Internacional de Transporte Terrestre del Cono Sur para determinar si permiten la introducción de la quinta libertad. Finalmente, se plantean dos casos hipotéticos de aplicación de la quinta libertad en la región para analizar sus posibles efectos y consecuencias.

¹ El uso en este documento de la expresión "quinta libertad", perteneciente a la nomenclatura aérea, no pretende acuñar el término para el transporte terrestre sino, y a falta de una formulación más apropiada, hacer referencia a un concepto comúnmente aceptado, en algunos casos también formulado como escala comercial.

² ALADI/SEC/Estudio 77, 22 de noviembre de 1993, Análisis sobre la Conversión de las Escalas Técnicas en Escalas Comerciales en el Transporte Internacional de Pasajeros por Autobús (Quinta Libertad) entre los Países del Cono Sur. Nota: las conclusiones del referido estudio, simétricamente opuestas a la tesis defendida en el presente documento en cuanto a la posibilidad de ejercer la quinta libertad en el marco del Acuerdo, no son óbice, sino, al contrario, un elemento adicional, para considerar el citado trabajo como una referencia obligada en el análisis del tema.

Capítulo I

LA QUINTA LIBERTAD Y LOS PROCESOS DE APERTURA

En la lógica inherente a los procesos de integración multilateral está la ampliación del espacio económico para lograr un mayor intercambio comercial y una mejor asignación de los recursos en las economías nacionales y regional. Este raciocinio es igualmente aplicable a los servicios de transporte, y la quinta libertad cuyo objeto no es otro que el de abrir las operaciones de tráfico bilateral a otras nacionalidades, participa de la misma lógica de ampliación de mercado.

A. Concepto, ejercicio y objeto

La llamada quinta libertad -así como su derivada, la sexta- hace referencia a la noción comúnmente usada en el transporte aéreo que establece el derecho, otorgado en el marco de un acuerdo bilateral y en condiciones de reciprocidad, a desarrollar tráficos con terceros países. Conceptualmente, la quinta libertad es definida³ como el derecho a embarcar pasajeros y carga en un país distinto del de la nacionalidad del transportista, con destino a otro país también distinto del de la nacionalidad del transportista. La sexta libertad es una variante que exige, para el cumplimiento de la quinta, una escala en territorio propio. Las demás libertades, conocidas como séptima y octava (el cabotaje), son así mismo variantes de la quinta.

En un ejemplo simple en el que los países A y B suscriben un acuerdo bilateral de transporte, la quinta libertad se formaliza cuando el país A otorga a las empresas del país B el derecho a realizar transporte desde el país A hacia un país C. Como esta concesión se realiza normalmente en condiciones de reciprocidad, el país B otorgaría en el mismo instrumento el derecho a las empresas del país A para operar entre el país B y el país C. Dicho de otra forma, la quinta libertad otorga a las empresas de los países A y B el derecho a transportar carga y pasajeros desde el territorio de la contraparte hacia y desde el país C.

La materialización del uso del derecho que concede la quinta libertad no se produce sin embargo con ese simple otorgamiento recíproco entre dos países en el marco de un entendimiento bilateral. En los hechos, la quinta libertad no podrá ejercerse sin el consentimiento formal de los terceros países afectados. Y así se da en la práctica en el transporte aéreo.

En el ejemplo anterior, mientras los países A y B respectivamente y cada uno por su cuenta no hayan alcanzado con el país C un entendimiento similar al que han logrado entre ellos, no se podrán materializar los tráficos realizados por empresas de nacionalidad distinta de la de los países entre los cuales se efectúa el transporte.

El objeto de la quinta libertad es, por lo tanto, abrir nuevos mercados a las empresas de transporte, ofreciéndoles espacios ampliados de ejercicio de la actividad, la oportunidad de mejorar el aprovechamiento de los equipos de transporte y aumentar su productividad mediante la obtención de carga o pasajeros en los viajes de retorno. Dicho de otra forma, la quinta y sexta libertad son instrumentos de una mayor eficiencia del transporte en el marco de una apertura de mercados como la que pretende la integración económica.

³ OACI WATC-2.5 21/2/92 World-wide air Transport Colloquium, Montreal, 6-10 April 1992.

B. Quinta libertad y nacionalidad del transporte

Entregar a operadores de terceros países el derecho a operar tráficos tradicionalmente reservados a nacionales de los países de origen y destino de las operaciones, constituye el tema central de la discusión en torno a la quinta libertad. Este es el único aspecto que la diferencia de otras modalidades de operación y surge también como el motivo de mayor controversia ante su posible otorgamiento. Es decir que la protección a la industria nacional de servicios de transporte sería el argumento fundamental para cuestionar o al menos sopesar la introducción de la quinta libertad. Vale la pena, en este sentido, detenerse en dos aspectos del concepto de nacionalidad: el empresarial por una parte y el de su aplicación a los servicios de transporte por otro.

En cuanto a la nacionalidad de la empresa, cabe señalar que las facilidades existentes hoy en día son grandes, tanto en la región como en el resto del mundo, para que, vía código de inversiones o asociación con nacionales, si así se requiere, se instalen en un país y adquieran calidad de nacionales, empresas cuya nacionalidad de origen extranjera es conocida, o empresas como las llamadas multinacionales, cuyas sedes principales, en numerosos casos, ni siquiera están radicadas en los países de cuya nacionalidad se presumen originarias. Estas facilidades de instalación, que permiten a empresas extranjeras actuar en territorio nacional en igualdad de condiciones con las empresas nacidas en el territorio nacional, constituyen de por sí un cuestionamiento de fondo al concepto tradicional de nacionalidad ligado a la pertenencia a una cultura o historia propia de una nación.

En cuanto al concepto de nacionalidad ligado al servicio de transporte, el que se refiere al elemento del patrimonio nacional generador de riqueza para el país, también caben consideraciones sobre la evolución reciente de las economías que cuestionan la validez de los esquemas de protección de la nacionalidad. Históricamente, el transporte internacional de bienes nacionales ha sido reservado a las empresas nacionales como resultado del natural (o cultural) entendimiento entre transportistas y comerciantes o pasajeros de un mismo país. A mediados de este siglo, en una evolución constatable en todos los países del mundo, los servicios de transporte internacional, y las empresas nacionales que los prestaban, han sido considerados como elementos del patrimonio nacional y han gozado de políticas de ayuda y medidas de protección a la industria nacional de servicios de transporte. Prueba de lo anterior aparece en los sistemas de reserva de carga en el transporte marítimo y en los repartos bilaterales en los transportes carretero y aéreo negociados en condiciones de reciprocidad y con efectos similar al de la reserva de carga. En el transporte ferroviario, el control de la infraestructura y del equipo rodante en manos de una misma empresa ha asegurado aún más el control y al tráfico internacional como derecho exclusivo de las empresas nacionales.

Los procesos de apertura, regionalización y globalización de las economías han dado nuevo auge al comercio y el transporte internacional y llevado a la adopción de mecanismos de defensa de la competencia que se contraponen con los antiguos sistemas de protección y consideran discriminatorias las medidas que no permitan el libre acceso a los mercados y la igualdad de condiciones o tratamiento equivalente a las empresas que en ellos participan.

En ambos aspectos - identidad nacional de la empresa y recurso nacional merecedor de ayuda y protección - las nuevas realidades económicas que presiden el mundo del comercio y el transporte internacional ponen en entredicho la consideración de pertenencia a una nacionalidad como factor limitante en el ejercicio de la prestación de servicios de transporte internacional.

Por otra parte, los consorcios y otras formas de asociación empresarial y la apertura de los mercados a la competencia más allá de las fronteras, son mecanismos de internacionalización de las empresas que desvirtúan en cierta forma las políticas de protección o apoyo a sectores nacionales que, en los hechos, podrían estar favoreciendo a intereses distintos de los supuestos en principio.

Las libertades del aire

El llamado Convenio de la OACI de Chicago de 1944 establece el marco de los acuerdos aéreos bilaterales y multilaterales. En ese marco se definen las llamadas libertades del aire, que no constituyen derechos hasta que las autoridades correspondientes otorgan los permisos correspondientes, o derechos de tráfico, a las empresas aéreas para ejercer esas libertades.

Son cinco las libertades del aire en el Convenio de Chicago y se definen de la siguiente manera*:

Primera libertad: El derecho a sobrevolar el territorio de otro país sin aterrizar.

Segunda libertad: El derecho a aterrizar en territorio de otro país por motivos que no sean de tráfico (tales como reponer combustible o razones de mantenimiento).

Tercera libertad: El derecho a embarcar y desembarcar en un país, pasajeros, carga o envíos postales, tomados en el país de la nacionalidad del transportista.

Cuarta libertad: El derecho a embarcar y desembarcar en un país, pasajeros, carga o envíos postales, con destino al país de la nacionalidad del transportista.

Quinta libertad: El derecho a embarcar pasajeros, carga o envíos postales, en un país distinto del de la nacionalidad del transportista, con destino a otro país también distinto del de la nacionalidad del transportista.

En la práctica, se habla de otras tres libertades, todas derivadas del concepto de la quinta libertad y que no han sido formalmente definidas en el Convenio de Chicago:

Sexta Libertad: El derecho a ejercer un tráfico de quinta libertad, pasando por un aeropuerto en territorio propio.

Séptima libertad: El derecho a ejercer un tráfico de quinta libertad en el marco de servicios ocasionales.

Octava libertad: El derecho a embarcar y desembarcar pasajeros, carga o envíos postales, en un país distinto del de la nacionalidad del transportista (cabotaje).

* No es traducción oficial

Capítulo II

LA QUINTA LIBERTAD EN EL MARCO DEL ACUERDO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL TERRESTRE DEL CONO SUR

A. Espíritu del Acuerdo: principios y objetivos

Si el preámbulo del Acuerdo de Transporte Internacional Terrestre (en adelante el “Acuerdo”) puede ser considerado como la síntesis de las motivaciones que llevaron a su preparación y adopción, es decir una expresión del espíritu que lo preside, podemos observar que el Acuerdo encuentra su fundamento en tres principios esenciales que se resumen en: el carácter de servicio público del transporte internacional terrestre, la reciprocidad en la relación entre los estados contratantes del acuerdo, y, la eficiencia del transporte en su contribución a la integración de los países de la región, habida cuenta de las necesidades y características geográficas de cada uno.

Estos tres grandes principios - carácter de servicio público, reciprocidad y eficiencia - y el objetivo expresado de contribuir a una mayor integración, conforman en conjunto el espíritu de la norma que regula la operación de los servicios de transporte internacional terrestre en los países del Cono Sur, en un marco multilateral que, cumpliendo con el principio de reciprocidad, se materializa en acuerdos bilaterales suscritos entre pares de países.

Es necesario tener en cuenta este espíritu a la hora de interpretar la letra del acuerdo. De la misma manera, el examen del posible desarrollo de la quinta libertad en el marco del Acuerdo debe asegurar la preservación de este espíritu.

B. La quinta libertad y el espíritu del acuerdo

Por el objeto que persigue la quinta libertad en la obtención de un mejor aprovechamiento de los medios de transporte, el principio de eficiencia del transporte internacional terrestre y el de la reciprocidad que presiden al acuerdo serían, sin distorsión alguna, respetados con la aplicación de la quinta libertad, otorgada en el marco de acuerdos bilaterales entre países suscriptores del Acuerdo.

El objetivo del Acuerdo en el sentido de contribuir a una mayor integración de los países que lo suscriben, sería así mismo respetado con el otorgamiento y ejercicio de la quinta libertad ya que ésta constituye un mecanismo de apertura de mercados, lo que coincide con el objetivo de todo proceso de integración económica o comercial.

Finalmente, la aplicación de la quinta libertad no debería tener consecuencia alguna sobre el carácter de servicio público del transporte internacional terrestre, por cuanto los tráficos de quinta libertad no difieren de los tráficos recíprocos de tercera y cuarta libertad más que en la nacionalidad del operador que los efectúa. En el ejercicio de la tercera y cuarta libertad, el transporte es efectuado por empresas de nacionalidad de uno de dos países afectados, mientras que, en el de quinta, lo sería por una empresa de nacionalidad distinta. En la medida en que, por definición, el carácter de servicio público del transporte terrestre internacional no puede ser relacionado con una u otra nacionalidad del operador, no se puede deducir que la aplicación de la quinta libertad pueda tener efecto alguno sobre ese carácter.

En una primera lectura, y teniendo en cuenta las observaciones anteriores, se podría concluir que no solamente la quinta libertad no desvirtúa el espíritu del Acuerdo sino que tendería, en la práctica, a reforzarlo, ofreciendo en los hechos un nuevo instrumento en la obtención de los fines del Acuerdo. Todo ello se daría respetando el marco multilateral que ofrece el Acuerdo para formalizar acuerdos bilaterales bajo los principios de reciprocidad, eficiencia del transporte y carácter de servicio público en pos de una mayor integración.

Se puede de esta forma afirmar que el espíritu del Acuerdo expresado en su preámbulo permite el desarrollo del ejercicio de la quinta libertad en el marco de entendimientos bilaterales múltiples. Queda por analizar si el texto mismo no se opone a la realización de tráficos entre países signatarios efectuados por empresas de nacionalidad distinta a la de los países involucrados en el tráfico.

C. La quinta libertad en la letra del Acuerdo

Como consideración general, se puede iniciar este análisis textual afirmando que el Acuerdo apunta a establecer los mecanismos de la gestión pública del transporte internacional terrestre con el objeto de regular el transporte directo, los medios de transporte y sus operadores en los países del Cono Sur.

Por otra parte, y en este cometido, el Acuerdo establece como única prohibición la de realizar operaciones de transporte local, también llamado comúnmente transporte de cabotaje, o simplemente cabotaje. Es decir que la lectura del texto permite deducir que todo transporte que no sea cabotaje, y que pueda ser considerado como transporte directo, es susceptible de ser regulado por las disposiciones del acuerdo, sin contrariarlas.

Al respecto, hay que recalcar que el concepto de transporte directo no viene definido en el texto y por lo tanto cabe su interpretación. Esta puede ser la siguiente: transporte directo es el que se produce en forma ininterrumpida de origen a destino entre dos países suscriptores del acuerdo. Esta interpretación, necesariamente arbitraria por falta de referencia textual, no parece sin embargo entrar en contradicción con la letra o el espíritu del Acuerdo. No se aplica esa misma interpretación al transporte con destino a un tercer país no contratante, en tránsito por un país contratante, el cual aparece en el texto con figura propia, distinta de la del transporte directo.

Cabe, por otra parte, señalar que los tráficos de quinta libertad, en el concepto definido en el capítulo anterior, se ajustan perfectamente a esta interpretación del transporte directo, ininterrumpido de origen a destino, el cual por razones obvias no cabe ser referido a la nacionalidad del operador que los realiza.

Seguidamente, se examina la letra del Acuerdo para detectar alguna disposición que constituya una limitante para el otorgamiento de la quinta libertad en el contexto del Acuerdo⁴. Es preciso al respecto recordar que este examen se realiza a sabiendas de que el ejercicio de la quinta libertad o los tráficos con orígenes y destinos entre países distintos a los de la nacionalidad del transportista no han quedado expresamente regulados en el texto del Acuerdo. Esta circunstancia se debe tener en cuenta a lo largo de los comentarios y justifica el recurso reiterado al *contrario sensu* y a la doble negación, es decir a la lectura que permite deducir lo que, por no estar prohibido, resulta admisible y no contradice el texto de la norma.

⁴ En letra cursiva se reproduce el texto del artículo comentado. Los artículos no comentados no se reproducen.

Capítulo I: Disposiciones generales

Artículo 1: *Los términos de este Convenio se aplicarán al transporte internacional terrestre entre las Partes, tanto en transporte directo de un país a otro como en tránsito a un tercer país.*

Este artículo establece el ámbito de aplicación del Acuerdo en cuanto al objeto, y limita su aplicación al transporte directo o en tránsito. Teniendo en cuenta las observaciones anteriores, no hay en este artículo limitación para el otorgamiento de la quinta libertad ejercida como transporte directo entre dos países, ya que este ámbito de aplicación no establece criterio restrictivo acerca de la nacionalidad del operador.

Artículo 2: *El transporte internacional de pasajeros o carga solamente podrá ser realizado por las empresas autorizadas, en los términos de este Convenio y sus Anexos.*

Artículo 3: *Las empresas serán consideradas bajo jurisdicción del país en que:*

- a) *Estén legalmente constituidas.*
- b) *Estén radicados y matriculados los vehículos que se utilicen en la prestación de servicios, y*
- c) *Tengan domicilio real de acuerdo a las disposiciones legales del respectivo país.*

El artículo 2 limita la actividad a las empresas autorizadas en los términos del Acuerdo y sus anexos. El artículo 3 establece las condiciones que debe cumplir la empresa para ser considerada bajo jurisdicción de un país suscriptor del Acuerdo. Estos dos artículos mantienen además con las disposiciones contenidas en los artículos 19 de definiciones, y 21 y 22, relativos al otorgamiento del permiso originario, una relación directa que conforma el ordenamiento central del Acuerdo acerca de la necesaria pertenencia a una determinada nacionalidad. Es por lo tanto decisiva la interpretación conjunta de estos artículos a los efectos de identificar un posible impedimento a la aplicación de la quinta libertad en el marco del acuerdo.

Las disposiciones del artículo 3 son de hecho condiciones precisadas en el artículo 22, el cual exige, como se analiza más adelante, acreditar, mediante una serie de pruebas documentales, el carácter nacional de la empresa que pretenda obtener el permiso originario, el que, a su vez constituye el instrumento de la autorización que menciona el artículo 2. Es decir, cumpliendo con las disposiciones del artículo 3, la empresa queda habilitada para cumplir con las del artículo 22 y, de esta manera, para solicitar el permiso correspondiente, el que, una vez obtenido, le deja a la empresa en situación de autorizada como lo exige el artículo 2 para desarrollar transporte internacional de pasajeros o de carga.

Este conjunto interrelacionado de disposiciones que limitan la concesión de los permisos a las empresas nacionales, o a las que demuestren su condición de tal ante los organismos correspondientes, no deja aparecer sin embargo impedimento alguno para la autorización de transportes directos (artículo 1) con orígenes y destinos situados en territorios distintos al del país que otorga el permiso. Es decir, el mecanismo establecido para autorizar la actividad a través del permiso originario, y que exige la pertenencia a la nacionalidad del país otorgante, no limita la empresa autorizada a actuar en territorio propio o en el de una contraparte única. Dicho de otra forma, una empresa autorizada por las autoridades de su país de origen para efectuar transporte internacional mediante un permiso originario y autorizada mediante permiso complementario emitido por una autoridad, necesariamente distinta de la de su nacionalidad, para efectuar tráficos, en la modalidad de transporte directo, con otro país distinto del de su nacionalidad no estaría infringiendo las disposiciones de los artículos 1, 2, 3 y 22 ni ninguna otra disposición del Acuerdo referida a estos artículos.

Artículo 4: Sin consecuencias a los efectos del análisis.

Artículo 5: *Cada Parte asegurará a las empresas autorizadas de las demás Partes, sobre la base de reciprocidad, un tratamiento equivalente al que da a sus propias empresas.*

No obstante, mediante acuerdos recíprocos, las Partes podrán eximir a las empresas de otros países de los impuestos y tasas que aplican a sus propias empresas.

Este artículo establece la reciprocidad efectiva y el tratamiento equivalente; ambos mecanismos son aplicables a la quinta libertad, sin que sea obstáculo a la misma el segundo párrafo del artículo relativo a aspectos tributarios.

Artículo 6: Sin consecuencias a los efectos del análisis.

Artículo 7: *Los vehículos de transporte por carretera habilitados por una de las Partes no podrán realizar transporte local en territorio de las otras.*

Esta disposición prohíbe el cabotaje pero no el transporte a un país distinto de la nacionalidad del transportista en una operación de transporte internacional.

Artículo 8: Sin consecuencias a los efectos del análisis.

Artículos 9, 10, 11, 12 y 13: Sin consecuencias a los efectos del análisis.

Artículo 14: *Las Partes podrán llegar a acuerdos bilaterales o multilaterales sobre los diferentes aspectos considerados en el Convenio y, en especial, en materia de reciprocidad en los permisos, regímenes tarifarios y otros aspectos técnico-operativos. Dichos acuerdos no podrán en ningún caso contrariar los logrados en el presente Convenio.*

Este artículo establece el marco para la realización de acuerdos bi o multilaterales que, sin contrariar las disposiciones del Acuerdo, permitan instrumentar diferentes aspectos, sin que la relación de temas mencionados en el texto permita deducir la prohibición de celebrar acuerdos tendentes al otorgamiento de la quinta libertad.

Artículo 15: *El presente Convenio no significa en ningún caso restricción a las facilidades que, sobre transporte y libre tránsito, se hubiesen concedido las Partes.*

Este artículo refuerza la idea del anterior y en forma positiva señala que el Acuerdo no apunta a restringir facilidades concedidas mutuamente entre las partes, siendo la ampliación de tráfico a terceros países claramente una de ellas.

Artículos 16 y 17:

Sin consecuencias a los efectos del análisis.

Cabe sin embargo aquí mencionar que le corresponde en última instancia a la llamada "comisión del artículo 16" la interpretación del desarrollo de la quinta libertad en el marco del Acuerdo.

Artículo 18: *Cuando una de las Partes adopte medidas que afecten al transporte internacional terrestre, deberá ponerlas en conocimiento de los otros organismos Nacionales Competentes antes de su entrada en vigencia.*

Esta disposición referente a la obligada comunicación de las medidas adoptadas por los países no solamente no es obstáculo para un esquema de quinta libertad sino que refuerza la transparencia en las actuaciones que exige ésta.

Capítulo II: Transporte internacional por carretera

Artículo 19: *A los efectos del presente Capítulo, se entiende por:*

1. *Transporte terrestre con tráfico bilateral a través de frontera común: el tráfico realizado entre dos países signatarios limítrofes;*
2. *Transporte terrestre con tráfico bilateral, con tránsito por terceros países signatarios: el realizado entre dos países signatarios con tránsito por terceros países signatarios, sin efectuar en éstos tráfico local alguno, permitiéndose solamente las operaciones de transbordo en estaciones de transferencias, expresamente autorizadas por las Partes;*

Estas dos definiciones son aplicables a tráficos de quinta libertad previamente autorizados.

3. *Transporte Terrestre con tráfico en tránsito hacia terceros países no signatarios:*
4. *Empresa*
5. *Vehículo*
6. *Vinculación por carretera*
7. *Transporte de pasajeros*
8. *Transporte de carga*
9. *Transporte propio*
10. *Equipos*
11. *Vehículos y equipos de apoyo operacional*
12. *Autotransporte*

Sin consecuencias a los efectos del análisis.

13. *Permiso originario: autorización para realizar transporte internacional terrestre en los términos del presente Convenio, otorgada por el país con jurisdicción sobre la empresa.*

Se aplican en este caso los comentarios realizados para los artículos 2 y 3, pero también cabe mencionar que la definición no limita el origen y destino de los tráficos autorizados mediante el permiso originario.

14. *Permiso complementario: autorización concedida por el país de destino o de tránsito a aquella empresa que posee permiso originario.*

En este caso, la mención expresa al país de destino como emisor del permiso complementario parece establecer una relación biunívoca entre el país emisor del permiso originario, que sería él de origen del tráfico y el país emisor del permiso complementario, destino de ese tráfico. Sin embargo una segunda

lectura permite interpretar que, mediante el acuerdo bilateral previo, se pueda considerar que una empresa con permiso originario pueda iniciar un tráfico en un país no otorgante de permiso originario con destino a otro país otorgante de permiso complementario, ya que la definición de permiso complementario no precisa el origen del transporte. Es decir, el texto no establece que el país otorgante de permiso originario tenga que ser país de origen de la operación de transporte.

Artículo 20: *Para establecer servicios de transporte internacional por carretera y sus modalidades, deberá mediar un acuerdo previo entre las Partes. Estas otorgarán los permisos correspondientes con el objeto de hacer efectiva la reciprocidad, independientemente entre las empresas de pasajeros y las de carga.*

El principio de reciprocidad, los acuerdos previos y su materialización en permisos otorgados que este artículo dispone como necesarios para establecer servicios de transporte internacional, no sólo no limitan la facultad de los países para el otorgamiento mutuo de derechos de quinta libertad, sino que son los que, por necesidad, tendrían que suscribir estos países para la instrumentación de la misma.

Artículo 21: *Cada parte otorgará los permisos originarios y complementarios para la realización del transporte bilateral o en tránsito dentro de los límites de su territorio. La exigencias, términos de validez y condiciones de estos permisos serán los que se le indican a en las disposiciones del presente Convenio.*

Los tráficos de quinta libertad se ajustan a esta disposición.

Artículo 22: *(No se transcriben los párrafos 2, 4 y 5 que no afectan el análisis)*

1. *Las partes solo otorgarán permisos originarios a las empresas constituidas de acuerdo con su propia legislación y con domicilio real en su territorio.*
2. ...
3. *Más de la mitad del capital social y el efectivo control de la empresa, estarán en manos de ciudadanos naturales o naturalizados de la Parte que otorga el Permiso originario.*
4. ...
5. ...

En relación directa con lo mencionado anteriormente en este análisis para los artículos 2 y 3, se puede señalar que en los apartados 1 y 3 del artículo 22, el Acuerdo hace referencia a la nacionalidad de las empresas que pueden ser habilitadas para la realización del transporte internacional terrestre. El apartado 1 establece la necesidad para la empresa de estar constituida de acuerdo a la legislación propia del país de origen y la de contar con domicilio real en ese país. Por otra parte, el apartado 3 establece que los nacionales del país tengan la propiedad sustancial y el control efectivo de la empresa y fija la cuota de participación nacional en más de la mitad del capital social. Sin embargo, la nacionalidad de la empresa queda expresamente ligada al otorgamiento de los permisos originarios y no a los permisos complementarios, los que podrían ser emitidos para la realización de tráficos con terceros países en un esquema de quinta libertad. Por otra parte, habida cuenta de las definiciones de Permiso Originario y Permiso Complementario que aparecen en el artículo 19, apartados 13 y 14, se puede deducir que en el marco de un otorgamiento de derechos de quinta libertad, los permisos originarios, emitidos en los países de origen de cada empresa, contemplen el transporte directo de un país a otro siendo uno el de la contraparte y otro el "tercero". Consecuentemente, tanto el permiso originario como el complementario podrían contemplar tráficos con países distintos de los de la nacionalidad de la empresa habilitada.

Artículos 23, 24, 25 y 26: Complementan el 22 y no contradicen la interpretación anterior.

Artículos 27 y 28: Sin consecuencias a los efectos del análisis.

Artículo 29:

1. *El tráfico de pasajeros y cargas entre las Partes se distribuirá mediante acuerdos bilaterales de negociación directa entre los organismos Nacionales Competentes, sobre la base de la reciprocidad.*
2. *En casos de transporte en tránsito por terceros países, conforme a lo definido en los párrafos 2 y 3 del artículo 19, igualmente se celebrarán acuerdos entre los países interesados, asegurando una justa compensación por el uso de la infraestructura del país transitado, sin perjuicio de que bilateral o tripartitamente se acuerde que el país transitado pueda participar en ese tráfico.*

La referencia, en el párrafo 1, a la distribución de los tráficos de cargas y pasajeros entre las partes bajo el principio de reciprocidad en el marco de acuerdos bilaterales no limita el otorgamiento de la quinta libertad, como se ha mencionado ya anteriormente para el artículo 20. En su apartado 2, referido al tránsito y a la posibilidad de asegurar una justa compensación por el uso de la infraestructura del país transitado, se hace expresamente mención a la posibilidad de una participación del país transitado en el tráfico bilateral de los países cuyas empresas hacen uso de esa infraestructura. Es decir, el derecho a la quinta libertad queda expresamente plasmado en este artículo aunque aparece presentado bajo la forma de una compensación para el país transitado.

Artículos 30, 31, 32, 33, 34 y 35: Sin consecuencias a los efectos del análisis.

Capítulo III: Transporte internacional por ferrocarril

Esta parte del Acuerdo, a diferencia del capítulo II referente al transporte por carretera no dispone la habilitación de empresas para operar el transporte internacional por ferrocarril, probablemente por motivos históricos, ya que, en el momento de la redacción del Acuerdo, estas empresas eran todas estatales y, por lo tanto, contaban con el respaldo técnico y financiero de sus respectivos gobiernos. Este respaldo ofrecía garantías suficientes de calidad de servicio y condiciones de seguridad para el tráfico internacional para obviar el requisito de autorización para operar. En coherencia con esta lógica, el articulado de esta parte, particularmente detallado en cuanto a los procedimientos y documentación de las operaciones ferroviarias, no presenta limitaciones para el ejercicio de la quinta libertad en el tráfico ferroviario internacional de los países suscriptores el Acuerdo.

Apéndice I

En este acápite, dedicado al documento de idoneidad, aparece expresamente previsto que la empresa receptora del permiso originario estaría en condiciones de operar tráficos en sus modalidades bilaterales o multilaterales, siendo suficiente la primera para ejercer el derecho de quinta libertad.

Anexos

Los anexos 1, 2 y 3 no tienen consecuencias prácticas a efectos del presente análisis.

D. Otras consideraciones acerca de la quinta libertad en el marco del Acuerdo

El Acuerdo de 1989 se inscribe en la línea de los acuerdos de 1966 y 1977 y como una evolución hacia la apertura con respecto a los textos anteriores. El reconocimiento mutuo y recíproco de la validez de las autorizaciones otorgadas por cada autoridad nacional, la posibilidad de negociar bilateralmente los grados de apertura en los tráficos, la adopción de esquemas documentales uniformes para los títulos de transporte, el tránsito aduanero, las pólizas de seguro, libretas de tripulante, etc. fueron algunos de los importantes avances del convenio del 89 en relación a sus antecesores.

Los motivos por los cuales la quinta libertad no quedó expresamente mencionada en el texto son probablemente múltiples y diversos. Los necesarios cambios en el esquema de gestión regional del transporte terrestre que, de por sí, traía consigo la suscripción del acuerdo en 1989, hacen pensar que el análisis de un mecanismo aún más aperturista, como el de la quinta libertad, pudiera haber parecido excesivo e incesariamente arriesgado en circunstancias en que se trataba ante todo de llegar a una flexibilización de los mecanismos existentes. Algunas de las partes consultadas, que en su momento participaron en la preparación y negociación del acuerdo, afirman que no estuvo nunca presente la intención incorporar la quinta libertad en el texto y que no se debatió este mecanismo en reuniones oficiales, aunque sí fue objeto de consideración en grupos informales y restringidos. Otras opiniones señalan que la redacción del texto en la que no fue expresamente prohibida la quinta libertad, como sí lo fue el cabotaje, ha dejado la puerta abierta para futuras interpretaciones, y que la participación de países transitados en los tráficos de transporte en tránsito de otros pares de países establecida en el artículo 29, párrafo 2, indica que la modalidad sí estuvo presente en la mente del legislador.

En cualquiera de los casos, la intención del legislador en materia de quinta libertad, a favor o en contra, no ha quedado claramente establecida ni en el texto de la norma ni en los antecedentes conocidos de la preparación del Acuerdo y, por lo tanto, es legítima su consideración en el análisis de la norma, como se plantea en el presente documento, aunque pueda no serlo la interpretación en el sentido de que tanto el texto como el espíritu del Acuerdo permiten desarrollar tráficos de quinta libertad por que no los prohíben.

El presente análisis pretende plantear una nueva perspectiva frente al desarrollo del mecanismo de quinta libertad en el marco del ordenamiento jurídico administrativo vigente en el Cono Sur y no sugerir desviaciones indeseables al mismo. Al respecto, es preciso recordar que le corresponde formalmente a la comisión establecida en el artículo 16 del Acuerdo la interpretación definitiva del texto en lo que concierne a este tema y pronunciarse acerca de la legitimidad de una u otra interpretación.

Es necesario recordar así mismo que la consideración del desarrollo de la quinta libertad en el marco del Acuerdo debe tener en cuenta que su ejercicio podría ser restringido en su aplicación y que los mecanismos contemplados en el Acuerdo, permiten, en este sentido, la habilitación de ciertas empresas, la limitación de rutas y frecuencias, de cupos de carga y pasajeros, la aplicación exclusiva a tráficos de retorno o a tráficos de temporada, etc.

Finalmente, hay que señalar que el desarrollo de la quinta libertad en el Cono Sur debería ser objeto de una decisión conjunta de todos los países miembros del Acuerdo y no impulsada por iniciativas de algunos de esos países, por lo motivos que se analizan en el siguiente capítulo pero, también y sobre todo, por respeto al espíritu de consenso que siempre ha guiado la suscripción de los acuerdos en el Cono Sur.

Capítulo III

PRÁCTICA DE LA QUINTA LIBERTAD EN EL CONO SUR: CONSECUENCIAS Y EFECTOS POTENCIALES

A. Efectos de una adopción plena, generalizada y simultánea

Las consecuencias de la adopción de esquemas de quinta libertad en el Cono Sur dependen en gran parte de su extensión geográfica y del grado de apertura en su concesión. Las consideraciones que a continuación aparecen parten de una situación hipotética en que la quinta libertad fuera adoptada de manera abierta, generalizada y simultánea en toda la subregión. También en este supuesto, se consideran condiciones de mercado y de estructura empresarial similares a las que conoce hoy en día el transporte internacional terrestre en el Cono Sur es decir: una oferta mayoritaria de servicios primarios de acarreo prestados por empresas carreteras atomizadas y de que pequeñas y medianas dimensiones, con excepciones, minoritarias todavía pero cada vez más frecuentes, de empresas de grandes dimensiones que prestan servicios integrados; un sector ferroviario en expansión pero todavía incipiente en su carácter de potencial competidor del medio camionero y dedicado esencialmente al transporte de graneles y contenedores.

Por motivos de presentación, se distinguen aquí dos planos y se ordenan los efectos por categorías primarias de positivos y negativos o no deseados, aunque es menester indicar que estos efectos mantienen relaciones entre ellos en los distintos planos y no son necesariamente ni todos ni los únicos que se podrían dar con la introducción de la quinta libertad abierta y generalizada.

La quinta libertad puede tener efectos positivos para el transporte regional en su conjunto en al menos tres aspectos:

- 1) *Mayor competitividad del transporte multimodal internacional:* la posibilidad de levantar cargas bajo el régimen de quinta libertad abre la puerta a una mayor oferta de servicios camioneros en los terminales ferroviarios. Por ejemplo, un tráfico carretero Chile-Brasil, hoy realizado por empresas chilenas y brasileras, podría transformarse en una operación carretera de Chile a un terminal ferroviario en Argentina cuyo espacio sería cruzado con este modo, el que conectaría en su otro extremo con un transporte carretero, fluvial o marítimo a su destino en Brasil. Todo ello es posible sin quinta libertad pero las condiciones y costos de operación mejoran con la introducción de ésta, ya que tanto en el tramo Chile-Argentina como en el tramo Argentina-Brasil podrían estar operando empresas de otras nacionalidades con una oferta mayor de servicios de mejor calidad que se materializa en mayores frecuencias, rutas más flexibles, menores costos par el usuario. La quinta libertad hace más competitivo el transporte intermodal con respecto al unimodal.
- 2) *Mejor aprovechamiento de los equipos en los fletes de retorno:* este es el efecto primario de la quinta libertad y su justificación también primera. La quinta libertad, que permita recoger o entregar carga o pasajeros en mercados distintos de los de origen y destino, representa una posible solución a uno de los factores de costo más importantes en el transporte internacional: el viaje en vacío.
- 3) *Disminución del número total de viajes en la región:* este es un efecto directamente derivado del anterior. La mayor proporción de movimientos con carga y la disminución de los viajes en vacío,

normalmente efectuados para reposicionar contenedores o retornar en busca de carga al país de origen, tiene implicaciones directas sobre el flujo total de vehículos en la región. A su vez esta disminución del tráfico total puede redundar en un menor desgaste de las infraestructuras, y en una menor contaminación acústica y atmosférica del ambiente, amén de una disminución correlativa del riesgo de accidentes y de los costos asociados a éstos.

La quinta libertad puede también tener efectos no deseados, ninguno de los cuales es directamente atribuible al ejercicio de la misma, pero que, por efecto de exacerbación, pueden influir a la hora de decidir su otorgamiento y entre los cuales cabe mencionar:

- 1) *Profundización de las inequidades modales:* así como en el transporte carretero es suficiente el acuerdo entre autoridades para que las empresa puedan desarrollar tráficos de quinta libertad, en el caso de las empresas ferroviarias, que controlan tanto la red como el material rodante, es necesario un acuerdo adicional interempresarial por el cual se ortogaría mutuamente el derecho a operar y ofrecer servicios propios en la red ferroviaria de la otra empresa. En las circunstancias actuales en que, en determinados tramos, las empresas ferroviarias compiten entre ellas es poco probable que lleguen a acuerdos por los cuales se entregarían voluntariamente unas a otras cuotas potenciales de mercado propio. La estructura actual de los sistemas de explotación de la red ferroviaria constituiría un obstáculo indirecto a los tráficos de quinta libertad ferroviarios y, por lo tanto, proporcionaría una ventaja adicional para sus competidores en la carretera.
- 2) *Profundización de las asimetrías actuales:* las condiciones del entorno en que se crea y desarrolla la empresa de transporte carretero, y en alguna medida también las ferroviarias, influyen directamente en la estructura de costos de operación y de inversión inicial de la empresas, y por lo tanto en su competitividad en el mercado del transporte internacional. Son particularmente importantes los llamados efectos de tipo de cambio, efecto de costo interno relacionado con el costo de la mano de obra, de repuestos y combustible, las estructuras tributarias que permitan la desgravación o la exención de impuestos aplicables a la compra de equipos o a los servicios cobrados, entre otros posibles. Con estas circunstancias, la mayor competencia inducida a través de la quinta libertad puede magnificar las asimetrías y contribuir a mayores desigualdades en las condiciones de acceso y participación en el mercado de cada empresa.
- 3) *Concentración geográfica de los tráficos:* es probable que tanto las infraestructuras disponibles y sus ventajas respectivas como la actual concentración regional de los centros de producción y consumo, contribuyan, en un entorno más competitivo, a una mayor atracción de tráficos y por lo tanto a una mayor concentración correspondiente de los mismos. Por otra parte, la situación geográfica de ciertos orígenes y destinos podrían, también en un ambiente más competitivo y considerando que las tarifas se construyen en base a la relación tonelada/kilometro o pasajero/kilometro, favorecer a las empresas que operen en las distancias más largas; y favorecer, de esta forma, a las nacionales de los países más extremos por situación geográfica de la región; es decir los situados en las “puntas” de recorridos posibles con respecto a las empresas que operen en países de “paso intermedio”. A su vez, estos últimos podrían aprovechar su situación para alcanzar economías de escala participando en esos tráficos intermedios o desarrollando centros de acopio y redistribución *-hubs*.

B. Efectos potenciales de una aplicación geográfica parcial

Para no recurrir a ejemplos referidos a países de la región, y tener que distinguir arbitrariamente entre partidarios y detractores de la aplicación de la quinta libertad, se utiliza aquí un ejemplo con cinco territorios identificados por las letras A, B, C, D y E. Los países A y B han decidido no otorgar derechos de quinta libertad mientras que los países C, D y E sí cuentan entre ellos con acuerdos bilaterales de quinta libertad. En este supuesto, los cinco países intercambian entre ellos tráficos internacionales de carga y pasajeros.

Se supone, como en el caso anterior de aplicación generalizada y simultánea, que el mercado del transporte carretero y ferroviario es similar al existente en la actualidad en el Cono Sur, pero a efectos de simplificación, se parte de la base que la oferta y demanda de servicios de transporte es de tamaño comparable en los cinco países. Cabe señalar, en cualquier caso que las diferencias de tamaño de los mercados de transporte no harían en principio más que confirmar con creces las observaciones del caso presentado y no invalidarían sus conclusiones. En este caso, son probables los efectos siguientes:

- 1) *Efecto competencia:* Las tarifas en ton/km o pax/km serían superiores para los tráficos de A hacia B y de B hacia A, así como los de B con C, D y E y de los de A con C, D y E. Esas mismas tarifas entre C, D y E serían inferiores por efecto de la mayor competencia en la oferta.
- 2) *Efecto subsidio cruzado;* en determinadas circunstancias⁵, las empresas de C-D-E que operen tráficos con A y B pueden subsidiar sus operaciones en el triángulo C-D-E con los márgenes más altos obtenidos en los tráficos con A y B, cuyas tarifas están fijadas por la competencia con las empresas de A y B.
- 3) *Efecto distorsión de la competencia:* las empresas de C, D y E pueden competir con las empresas de A y B en mejores condiciones que las de A y B que tendrían una estructura de costos menos favorable, como consecuencia de las limitaciones de los tráficos que les son asequibles.
- 4) *Efecto economía/deseconomía de escala:* las empresa de C, D y E consiguen mayores volúmenes globales de tráfico y obtienen economías de escala por uso de viaje de retorno mientras que las de A y B tienen niveles de rotación inferiores por la espera de carga o reducidas frecuencias en el caso de pasajeros, o se exponen a realizar viajes frecuentes en vacío (deseconomía de escala).
- 5) *Efecto desplazamiento de los tráficos:* las empresas de C, D y E tienden a programar sus operaciones con A y B a través de centros de acopio y distribución en sus respectivos territorios para aprovechar las operaciones entre C, D y E.
- 6) *Efecto de externalidades diferenciadas:* los países A y B reciben más tráficos de los necesarios, por los viajes en vacío, y sufren de un deterioro de sus infraestructuras, impactos ambientales y riesgos de accidente sin obtener el beneficio del transporte realizado de carga o pasajeros.
- 7) *Efecto costos y tarifas diferenciados:* en los países A y B, las empresas en sus costos de operación y los usuarios en las tarifas que pagan, se ven desfavorecidas con respecto a los de C, D y E.
- 8) *Efecto desviación de la inversión:* las empresas de A y B tienden a invertir para instalarse en C, D y E para poder competir en igualdad de condiciones con las empresas de C, D y E.

⁵ En los mercados competitivos es frecuente que las empresas tiendan a adoptar estrategias de cuotas de participación en el mercado a expensas de las más tradicionales políticas de margen de beneficios. En los mercados internacionales de C, D y E se podría dar el caso que las empresas que operan a la vez en estos mercados y en el transporte internacional con A y B, estén dispuestas a bajar sus márgenes con tal de mantenerse en la contienda y a sabiendas de que disponen de ingresos más altos por insumo utilizado en el mercado con A y B. Esta estrategia empresarial tiene por efecto que los pasajeros y los usuarios de la carga de A y B acaban pagando o subsidiando una parte de las tarifas pagadas por los usuarios de C, D y E.

Conclusiones preliminares

A. La quinta libertad en el Cono Sur no atenta contra los intereses nacionales

La apertura comercial y los procesos de integración apuntan a favorecer el crecimiento de las economías y la ampliación de mercados y, por esta vía, a favorecer los servicios de transporte internacional que operan en estos mercados. La quinta libertad constituye un mecanismo de mayor eficiencia del transporte, y, por lo tanto, un beneficio para los usuarios y prestatarios nacionales de servicios de transporte internacional. Las facilidades actuales para la instalación de empresas extranjeras en territorio nacional, la competencia internacional y las nuevas formas de asociación empresarial cuestionan la lógica de las medidas de apoyo y protección a los sectores nacionales. La quinta libertad aplicada en condiciones de reciprocidad efectiva provee mayores oportunidades a los nacionales sin necesidad de protegerlos.

B. La quinta libertad se puede desarrollar y regular en el marco del ATIT

Tanto en su espíritu como en su letra la adopción de la quinta libertad es compatible con los términos del Acuerdo de Transporte Internacional Terrestre del Cono Sur y no entra en contradicción con las disposiciones del mismo. Siendo la quinta libertad un mecanismo de apertura de los tráficos bilaterales, no altera la lógica del Acuerdo que delimita un entorno multilateral para el intercambio bilateral. Los principios de reciprocidad y tratamiento equivalente son respetados y necesarios a la vez para la correcta aplicación de la quinta libertad.

En la medida en que aparezcan distorsiones propias del entorno en el que operan las empresas y que lleguen a exacerbarse por efecto de una mayor apertura de los tráficos a la competencia, se pueden adoptar medidas de limitación o restricción de la aplicación de la quinta libertad en espera o en sustitución de la aplicación de las medidas correctivas en otros sectores que afectan al desarrollo de la actividad de transporte.

C. Su adopción generalizada tendría efectos positivos y su adopción parcial efectos negativos

En un esquema de adopción generalizada y simultánea en toda la región del Cono Sur, el ejercicio de la quinta libertad debería tener efectos positivos y mejorar los equilibrios existentes antes de su aplicación. Los posibles efectos negativos provienen de factores externos a la normativa de gestión del transporte internacional.

En una aplicación parcial, los países que decidan no otorgar derechos de quinta libertad estarían claramente actuando en desmedro de sus usuarios y empresas nacionales y mejorando involuntariamente la situación de ventaja competitiva de las empresas de los países que sí la adoptaran, en beneficio de los usuarios de estos países.

Consideraciones Finales

El objeto del presente documento no radica en proponer un curso de acción frente a la posible adopción de la quinta libertad en el Cono Sur, sino contribuir al debate sobre la misma revelando que, de acuerdo a una determinada interpretación, este mecanismo, tan controvertido y discutido, estaría implícitamente presente en la normativa regional y que su introducción dependería ahora sólo de la decisión de las autoridades competentes en consulta con los sectores potencialmente afectados.

Parece lógico, sin embargo, que, ante esta constatación y teniendo en cuenta las conclusiones preliminares anteriores, el lector, ya sea decisor gubernamental, dirigente gremial o ejecutivo empresarial, se plantee algunas interrogantes y exija una orientación mayor en cuanto a ese curso de acción. No obstante, sería prematuro optar por uno u otro camino sin haber previamente completado una reflexión sobre los siguientes puntos:

Aplicación en el marco del Acuerdo: Si bien es cierto que la quinta libertad no contradice ni el espíritu ni la letra del Acuerdo de Transporte Internacional Terrestre del Cono Sur, ¿por qué no aparece el concepto explícitamente mencionado en el texto del acuerdo, aunque sea con una formulación distinta a la de quinta libertad? ¿No cabría, en este caso, y más allá de la letra y del espíritu del Acuerdo, referirse a la “intención del legislador”? ¿Estaba presente la quinta libertad en esa intención? y, si no lo estaba por razones históricas de falta de ambiente propicio, ¿cabe ahora incorporarla, aunque sea por la vía interpretativa, a un texto que, si bien no la prohíbe, no hubiera sido pensado para ella? ¿Es legítima esa vía que permite no abordar en profundidad la reforma o adaptación de la norma?

Normas y factores exógenos al sector: Como se considera en este documento, la quinta libertad puede acrecentar las asimetrías actuales, las que, en gran medida, se deben a hechos o circunstancias ajenos al desarrollo de la actividad de transporte, es decir ajenos a la capacidad empresarial propia de cada operador para desarrollar su negocio y competir en el mercado internacional. ¿Cabe en estas circunstancias, y simplemente por que la norma lo permite, introducir un mecanismo de transparencia y eficiencia empresarial en un mercado donde persisten los factores externos de distorsión de la competencia, que limitan las posibilidades de unos y no afectan a otros? o, inversamente, ¿No será, precisamente, ésta, la oportunidad para desvelar estas distorsiones y forzar su solución en las instancias correspondientes?, dicho de otra forma ¿No ha llegado el momento de abrir el mercado para revelar deficiencias propias y corregir las que se deben a circunstancias externas al sector y que podrían constituir pretextos para ocultar las ineficiencias propias?

Marco normativo y realidades de la integración: La revelación de una insospechada vía de salida a un debate no resuelto no debe hacer pensar que el debate y sus motivaciones desaparecen con la llegada de la solución repentinamente descubierta. El ATIT fue pensado en otros tiempos y circunstancias, y su formulación puede no coincidir con las necesidades actuales y futuras de la integración regional. La quinta libertad no es más que un mecanismo que permite superar las limitaciones de la bilateralidad. En un marco multilateral con apertura total de tráficos no es necesaria la quinta libertad. Los acuerdos de apertura de tráficos del NAFTA y la Unión Europea son ejemplos en lo que a transporte terrestre de carga se refiere. Antes que éstos, ya se había decidido, en la región, el levantamiento de las reservas de carga en los tráficos marítimos internacionales. Con estos antecedentes y con miras al futuro de la región ¿no cabría plantear la reforma profunda del marco institucional y normativo del transporte internacional terrestre en el Cono Sur para ajustarlo a las necesidades de los procesos de integración y globalización de las economías?

Referencias bibliográficas

- ALADI: Régimen de Quinta Libertad para el transporte de pasajeros por carretera.
- ALADI: Acuerdo de Transporte Internacional terrestre.
- ALADI: Análisis sobre la conversión de las escalas técnicas en escalas comerciales en el transporte internacional de pasajeros por autobús (quinta Libertad) entre los países del Cono Sur.
- OACI: Varios documentos de trabajo del World Wide Air Transport Colloquium, Montreal, 6-10 abril de 1992.
-