

LAS ESTRATEGIAS COMERCIALES DE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS*

Jorge L. Álvarez Méndez¹

Resumen: *El artículo comenta la necesidad de que las alianzas estratégicas para el transporte aéreo sean consonas con el Convenio sobre Aviación Civil Internacional que, si bien reconoce la posibilidad de que los servicios aéreos se presten de forma mancomunada, determina que tal acuerdo no puede vulnerar la letra del Convenio ni el rol protagónico que el mismo concede a los Estados para regular su espacio aéreo de forma soberana.*

Palabras clave: *Alianza estratégica – Competencia – Convenio de Chicago.*

SUMARIO. Introducción. **I.** Alianzas y estrategias. **II.** El balance que inquieta. **III.** Los objetivos de la OACI. **IV.** Las alianzas y el derecho. **V.** Inmunidad antitrust. **VI.** En síntesis. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Celebro, una vez más, la oportunidad que me depara la vida, al asistir a esta convocatoria con el propósito de dialogar, con apreciados colegas, sobre el interesante mundo del Derecho Aeronáutico, particularmente en esta circunstancia, en que lo hacemos en la histórica, amable y hermosa ciudad de Málaga, cuna de mi admirado maestro Enrique Mapelli López.

Mario Folchi, junto con los organizadores de estas XXXVIII Jornadas de la Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial, me han asignado un tema lleno de escollos y visiones contrapuestas, dependiendo desde la perspectiva con la cual se mire; es decir, a favor o en contra de las denominadas “Alianzas Estratégicas” que, a nuestro parecer, han tenido aspectos positivos para la economía del transporte aéreo, pero, al mismo tiempo, despiertan contradicciones en el ámbito jurídico, cuya solución no ofrece respuestas uniformes dentro del marco de la disciplina que nos ocupa.

Iniciar el tema asignado, cuyo título es particularmente sugerente: “Las Estrategias Comerciales de las Alianzas Estratégicas frente al Derecho Aeronáutico”, impone, por imperativo moral, recordar la inolvidable frase del

* Ponencia presentada en las XXXVIII Jornadas de la Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial en la ciudad de Málaga en España, en 2014.

¹ Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial (España) y de la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial (Argentina). Profesor del Diplomado en Derecho Aeronáutico CIDEP – Universidad Monteávila.

discurso pronunciado por el Brigadier Mayor D. Bartolomé de la Colina, el 31-10-1946, al referirse, en tan tempranos tiempos de la aviación civil, a la doctrina Argentina de Transporte Aéreo, producto del pensamiento fecundo de Don Enrique Ferreira:

Nuestra fórmula no es invocar la libertad sino la justicia en las relaciones internacionales, sabiendo que para que la libertad produzca la justicia es condición indispensable que sea regulada para suplir la desigualdad entre las partes. De ahí que nuestra posición concuerde con el lema inscripto en el frontispicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos y que preside las decisiones del alto tribunal. El no habla de "igual oportunidad", como a veces se entiende la igualdad, sino de "igual justicia bajo la ley"; y esa ley, garantía de la justicia, en el orden internacional son los tratados².

Porque la idea de justicia debe estar presente en todo quehacer humano; es un anhelo permanente de nuestra naturaleza, y por ello subjetiva, huidiza y difícil de aprehender; no encuentra concreción sino dentro del marco de la ley, en otras palabras actuar con justicia es cumplir la ley y, en el espectro internacional aeronáutico qué duda cabe sobre la vigencia del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, celebrado en Chicago, a finales de 1944. Por lo que desde nuestra perspectiva puede afirmarse que la justicia en el mundo aeronáutico se manifiesta por el cumplimiento de las normas del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, al que no pocos autores califican como espina dorsal de la aviación civil y sus anexos, marco normativo de la seguridad operacional. De manera que, el tema que se nos ha encomendado en el curso de las presentes Jornadas, queremos examinarlo desde el citado Convenio, para buscar en su texto respuestas a las diferentes interrogantes que su desarrollo nos proponga, porque en definitiva la única estrategia posible frente al Derecho Aeronáutico, consiste en propugnar su cumplimiento.

No obstante lo dicho, vale la pena recordar que en el mundo aeronáutico, la idea de la alianza ha estado presente desde el nacimiento del Convenio de Chicago o Convenio sobre Aviación Civil Internacional. En efecto, el artículo 77 de su capítulo XVI, denominado Organizaciones de Explotación Conjunta y Servicios Mancomunados, expresa:

Ninguna disposición del presente Convenio impide que dos o más Estados contratantes constituyan organizaciones de explotación conjunta del transporte aéreo ni organismos internacionales de explotación, ni que mancomunen sus servicios aéreos en cualquier ruta o región, pero tales organizaciones u organismos y tales servicios mancomunados estarán sujetos a todas las

² Vid en *El Dominio del Aire bajo el imperio del Derecho. Doctrina Ferreira*. Caracas 1998, Impresos Rubel, C.A., p. 19.

disposiciones del presente Convenio, incluso las relativas al registro de acuerdos en el Consejo. Este determinará la forma en que las disposiciones del presente Convenio sobre nacionalidad de aeronaves se aplicarán a las utilizadas por organismos internacionales de explotación.

Norma que bien puede considerarse el punto de partida y la base legal del largo proceso recorrido por las aerolíneas en el campo de la cooperación y el desarrollo conjunto desde 1947. Como decíamos en las jornadas de Cádiz³:

Atrás han quedado el convenio de pool, el consorcio, la compañía multinacional, el “joint venture” y tantos otros que han trazado el rumbo hasta llegar a la denominada alianza estratégica, cuyo propósito fundamental es ofertar racionalmente los servicios internacionales de transporte aéreo, controlando costes y servicios, para ofrecer mejores itinerarios y tarifas, reservas y control de Espacio; simplificación de la emisión de boletos aéreos y del pago de comisiones; uso del código compartido, racionalización de la publicidad, mejora en la comercialización y estímulo de la demanda. En otras palabras, la síntesis de lo que el maestro Videla Escalada denominó, en la década de los años sesenta del pasado siglo, la necesaria cooperación entre aerolíneas, técnica, comercial y para el intercambio de rutas.

Y sobre cuya base deben desarrollarse estrategias que armonicen las relaciones entre las alianzas estratégicas y el Derecho Aeronáutico; pero, sin olvidar que, al interpretar el Preámbulo del Convenio de Chicago, con los medios previstos por el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es decir, ateniéndonos al sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre si (interpretación objetiva), concatenada con su artículo 44 que impone a la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), la cooperación sin menoscabo de la competencia y de los derechos de los Estados. Punto sobre el cual volveremos más tarde.

I. ALIANZAS Y ESTRATEGIAS

Son muchos los factores que deben examinarse para comprender el origen práctico de las alianzas estratégicas, su impacto en el mercado mundial del transporte aéreo, su contribución al desarrollo del turismo, la alianza como expresión del liberalismo económico y todo ello con el empeño de crear estrategias capaces de derribar fronteras, abatir obstáculos y flexibilizar los mercados, dentro de cuyo esquema descansan los lineamientos generales que ellas han pretendido desarrollar para participar en mercados cada vez más competitivos y exigentes, porque si bien, “*la cooperación entre compañías aéreas*

³ XL Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial. Cádiz 2012

*viene de lejos*⁴, hoy, el concepto de alianza estratégica, obliga a entenderlas como el esfuerzo de un grupo de aerolíneas, que sumando bienes y aportando servicios juntan fuerza para alcanzar objetivos comunes en la comercialización del transporte aéreo internacional. En otras palabras, la alianza –filosóficamente– se concibe como medio para hacer realidad la amistad y el entendimiento entre las naciones y los pueblos del mundo, pues lo contrario –a juicio del Preámbulo del Convenio de Chicago–, podría llegar a constituir una amenaza a la seguridad general⁵, por lo que se debe evitar toda disensión entre las naciones y los pueblos y promover entre ellos la cooperación de que depende la paz del mundo⁶: y para que finalmente su esencia conlleve, sobre la base de los principios y arreglos desarrollados por el Convenio, a que *“la aviación civil internacional pueda desarrollarse de manera segura y ordenada y que los servicios internacionales de transporte aéreo se establezcan sobre una base de igualdad de oportunidades y de modo sano y económico”*⁷. Consecuente con tales ideas, correspondería a las alianzas trabajar inspiradas en los principios que del Preámbulo y texto del Convenio se desprenden. Sin embargo, más que inspiradas en principios de equidad y justicia las alianzas hoy, son un resultado, un producto directamente derivado del código compartido (*code sharing*), porque fue a través de la naturaleza de estos acuerdos, que se desarrolló el sistema de alianzas estratégicas y el núcleo comercial de la red que ofrecen a los usuarios.

La red, por su parte, como hemos sostenido en otro lugar, constituye el eje comercial de la alianza estratégica, el instrumento eficaz para incrementar e interconectar destinos, toda vez que está integrada por el conjunto de rutas de las que gozan sus integrantes por designación de sus Estados de bandera; de manera que, conexiones y destinos, determinarán la magnitud del mercado en el que habrán de participar, pues, cada una de las aerolíneas miembros aporta sus rutas, nacidas de los derechos de tráfico que les concede el Estado de bandera; en otras palabras, unión de los mercados y destinos que sirven, uso común de los servicios directos y colaterales que pueden ofertar. Se trabaja, entonces, sobre un horizonte más amplio, un mundo de mayores posibilidades, con mayor disponibilidad de flota que no solamente estimula el mercado, sino que además, impone estándares de calidad, uso compartido de aeronaves, economías de escala, mejores conexiones y, consecuentemente, permanente estímulo sobre la demanda para impulsar el crecimiento del mercado.

⁴ Morales, José R. en “Temas de Derecho Aeronáutico y Espacial IV”, Buenos Aires, 2000, Ediciones ALADA - UADE, pág. 27.

⁵ Vid. Primer Considerando del Preámbulo del Convenio sobre Aviación Civil Internacional.

⁶ Vid. ídem. Segundo Considerando

⁷ Vid. Preámbulo. “Por consiguiente”

Por ello, hoy podríamos decir, repitiendo lo dicho en Cádiz, que las alianzas estratégicas efectivamente han producido beneficios económicos para las empresas y quizá para los Estados; pero, por el contrario, son pocos los esfuerzos que ellas realizan en el campo social y su producto, más comercial que institucional, no se ajusta en rigor a los mandatos de Chicago.

Hoy las alianzas estratégicas se acogen a la inmunidad antitrust, justificando su existencia y desarrollo para las mejoras de los servicios y, particularmente satisfaciendo conexiones, doméstica e internacionales, a fin de generar un impulso beneficioso a la economía mundial; pero, tal estrategia limitan su participación a un ambiente de fuerte competencia en mercados robustos, con el propósito de realizar tráfico de extracción, mediante el ejercicio ilimitado de las llamadas libertades del aire; término para nosotros inadecuado porque tales libertades no son más que meras expectativas de derecho, que se concretan por acuerdos entre Estados desde que no es posible explotar comercialmente una ruta sin el permiso previo del o los Estados que se pretenden conectar a través de ella.

De allí, el entusiasmo que muestran para participar en rutas tradicionales, caracterizadas por fuertes demandas de servicios, lo que permite ofrecer un mundo de conexiones que estimula los mercados, pero no suelen participar con idéntico empuje y entusiasmo, cuando se trata del desarrollo de nuevos destinos turísticos que, sin lugar a dudas, resultan vitales para las naciones en procura del desarrollo. No tenemos pruebas contundentes de que las alianzas se propongan o soporten el esfuerzo realizado para el desarrollo de nuevos destinos turísticos, como antaño solían hacerlo las denominadas empresas bandera.

Por otra parte, si el término alianza, para el jurista español, José Ramón Morales, tiene una connotación de raigambre militar –como decíamos en Cádiz–, la tendencia a la sociabilidad natural del hombre, la necesidad de aunar esfuerzos para alcanzar objetivos comunes e indispensables al desarrollo de determinadas comunidades en las que se integra, lo tiñe de contenido sociológico, que explica la incansable búsqueda de defensa, seguridad y bienestar para los integrantes de un grupo humano determinado.

En el transporte aéreo, la crisis del combustible, los perversos efectos del terrorismo y la necesidad de atender demandas insatisfechas han dado lugar a una unión entre determinadas líneas aéreas, inspiradas en el deseo de competir de manera efectiva *“en un mundo cada vez más globalizado y competitivo”*, como lo afirma Eduardo Dueri, en trabajo presentado en las XXXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial,

celebradas en la Ciudad de Córdoba, Argentina, entre el 1° y el 4 noviembre del 2011⁸.

II. EL BALANCE QUE INQUIETA

Para el Dr. Dueri⁹, existen aspectos que impulsaron el nacimiento de las alianzas entre aerolíneas y que analiza desde la perspectiva del liberalismo económico y de la competencia que hoy caracteriza al transporte aéreo internacional, cuyo resultado, según cifras de IATA, constata la existencia de oligopolios en el sector; en otras palabras, la concentración de la oferta de transporte público de pasajeros por vía aérea, en un pequeño grupo de alianzas; porque es necesario señalar que no todo ha resultado como se esperaba dentro del esquema propuesto por el neoliberalismo económico que, al perseguir la obtención del máximo beneficio, ha utilizado medios contrarios al espíritu y propósito que se desprende del Convenio de Chicago.

Sostuvimos, igualmente en Cádiz, que al decir adiós al Estado de bienestar, al desconocer los logros alcanzados por las luchas sociales e intentar el traspaso de las potestades del poder político al poder económico, en un mundo cada vez más globalizado pero no universalizado, el liberalismo aeronáutico, estimulado por la ausencia de apoyo financiero a las llamadas empresas banderas, con propósito de alcanzar, entre otras cosas, la reducción del gasto fiscal y del tamaño del Estado en un esfuerzo dirigido a disminuir el monto de la inmensa deuda externa que agobia a muchos países del tercer mundo y quizás del mundo entero, ha sugerido la idea de abandonar los principios de Chicago y caminar de prisa hacia los cielos abiertos, contraviniendo, a nuestro entender, expresas normas del orden constitucional de muchos de los países miembros del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, bajo argumentos y estrategias de estímulo a la competencia, y atención eficiente de la demanda creciente, aplicando medios que haga efectiva la liberalización y atractivas para el público usuario las alianzas entre aerolíneas

Si el liberalismo brinda el sustento ideológico para el desarrollo de las alianzas estratégicas entre aerolíneas, la política de cielos abiertos proporciona el marco ideal para el desarrollo de la actividad que les caracteriza. Al respecto, Dueri afirma que la necesidad de unirse para competir con las grandes aerolíneas y grupos transportadores, en busca de apoyo recíproco en un ambiente altamente competitivo, impulsa los acuerdos

⁸ Dueri, Eduardo. Las Alianzas Estratégicas entre Líneas Aéreas. Origen, Elementos, Aspectos Contractuales. En "Alada en Córdoba. XXXV Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial", Editorial Avocatus. UBP. Pág. 197

⁹ *Ibidem.* pág. 198

que, en sus propias palabras, serán de “*mayor o menor alcance, según los elementos que la constituyan*”, y acto seguido, enumera un conjunto de aspectos o estrategias dirigido al alcance de las metas perseguidas por tales acuerdos: códigos compartidos, coordinación de itinerarios, acuerdos de prorrateo y comisiones para la división del ingreso y las respectivas comisiones que correspondan a las compañías, uso compartido de salones VIP, sistemas de despacho de vuelo y atención de pasajeros, la creación de portales de internet con miras a la comercialización del producto que ofrecen, uso de una marca común que identifica a cada aerolínea como parte de un conjunto que oferta servicios de excelencia, compra de bienes y servicios dirigidos al mantenimiento, provisiones de a bordo y adquisición de flota para las aerolíneas que integran la alianza; cruce de capital entre sus miembros y la creación de equipos dirigidos a supervisar, controlar y ejecutar las actividades previstas por el acuerdo y a valorar sus resultados¹⁰. Finalmente, en su excelente trabajo el Dr. Eduardo Dueri nos brinda una muestra importante de las disposiciones típicas que configuran un contrato de alianza, que incluye desde la administración y liquidación de ingresos, pasando por los seguros, las políticas de mantenimiento y seguridad, la responsabilidad civil y las indemnizaciones por daño, hasta el Comité de Alianza que, a no dudarlo, tiene competencia, en algunos casos, para formar grupos de trabajo que, con independencia de la administración de cada empresa contratante, vele por el normal desarrollo de las actividades que se realizan de manera conjunta según el espíritu del acuerdo suscrito¹¹.

Ahora bien, lo anteriormente expuesto está sustentado en el análisis de los resultados económicos que el transporte aéreo internacional obtuvo durante el año 2013, en un intento por ilustrar lo que ocurre en el mercado. Según las cifras de IATA, las aerolíneas transportaron 3.129 millones de pasajeros a lo largo del mundo, en servicios regulares, lo que significa un incremento del 5.1% en relación con el año 2012, de los cuales STAR ALLIANCE transporta el 26.6%; ONE WORLD el 15.4%; y, SKYTEAM el 20.1% del mercado mundial. En otras palabras, las tres principales alianzas de aerolíneas transportan el 62.1 % del tráfico mundial¹², lo que obliga reconocer la existencia de concentración del tráfico aéreo en la explotación del mercado mundial de transporte de pasajeros.

Resultado que, quíerese o no, contraviene el marco general que propone en su Preámbulo el Convenio sobre Aviación Civil Internacional y además, parece mostrar la ruptura del precario equilibrio entre los intereses opuestos de los participantes en la explotación de servicios públicos de transporte aéreo

¹⁰ *Ibidem*. páginas 204 y 205

¹¹ *Ibidem*. pág. 211 y siguientes

¹² Información obtenida en: corpcomms@iata.org

que, todavía hoy, carecen de un sólido conjunto universal de principios de derecho para su concreción. Todo lo cual conduce al incumplimiento de los objetivos proclamados por el Preámbulo del Convenio de Chicago y los consagrados por el artículo 44 del Convenio de Chicago; a lo que debe agregarse que, la realidad de hoy, no ha sido capaz de impedir el despilfarro de recursos económicos que causa la competencia ruinosa que se ha pretendido evitar. Hecho constatable al observar la desaparición de importantes transportistas a los que se imputó en su momento el haber caído en la tentación de violar normas de seguridad operacional, para distraer los recursos económicos que les permitieran sostener la competencia excesiva. No puede negarse la íntima relación existente entre la competencia ruinosa y la seguridad de vuelo, aspectos contradictorios que no pocas veces afectan la tutela efectiva del bien jurídico protegido por el Convenio sobre Aviación Civil Internacional.

III. LOS OBJETIVOS DE LA OACI

Lo cierto es que el servicio público de transporte aéreo, progresivamente, ha derivado hacia la globalización a través de la apertura de los mercados, hecho que más temprano que tarde, como muestran las cifras, conducirá a una actividad absolutamente oligopólica contrariando expresamente los objetivos que el Convenio de Chicago, impone a través de su artículo 44 a la Organización de Aviación Civil Internacional, particularmente en sus literales “e”, “f” y “g”, destinados a evitar la competencia ruinosa, a garantizar a cada Estado el derecho de participar equitativamente en el transporte aéreo internacional y a evitar la discriminación entre los Estados contratantes, respectivamente; principios dirigidos a impedir las consecuencias negativas que genera una competencia asimétrica para los pequeños Estados, que no poseen músculo financiero para ingresar en las grandes alianzas y luchan por alcanzar el desarrollo y vencer los obstáculos para la explotación de sus derechos de tráfico y consecuentemente, estimular el turismo, de vital importancia para sus economías.

La realidad desbordó las previsiones de Chicago, la nueva visión nacida del proceso de desregulación dio paso al proceso de liberación del mercado de transporte aéreo en los Estados Unidos de América y más tarde encuentra eco en la comunidad internacional bajo el esquema de “cielos abiertos”, perspectiva encaminada al libre ejercicio de las libertades del aire. Vivo ejemplo de ello, es el transporte aéreo en la Comunidad Europea, que permite a las aerolíneas de sus Estados miembros, y dentro de su marco geográfico, el libre uso de la libertad de oferta, aliñada con el ejercicio de terceras, cuartas, quintas, sextas, séptimas y octavas libertades del aire, que no ha producido

los niveles de crecimiento y desarrollo previsto para el servicio de transporte aéreo comunitario.

IV. LAS ALIANZAS Y EL DERECHO

Al referirnos al Preámbulo del Convenio de Chicago, recordamos que su texto concluye con la frase: *“que la aviación civil internacional se desarrolle de manera segura y ordenada y de que los servicios internacionales de transporte aéreo puedan establecerse sobre una base de igualdad de oportunidades y realizarse de modo sano y económico”*, predicado que impone responder la siguiente pregunta: ¿qué se entiende por igualdad de oportunidades?

A ella respondió con absoluta claridad el ilustre profesor Enrique Ferreira; quien al defender la doctrina Argentina de Derecho Internacional Aéreo, consideró que el principio fundamental no es *“la igual oportunidad”* sino más bien la *“igual justicia bajo la ley”*, para agregar seguidamente: *“y esa ley, garantía de la justicia, en el orden internacional son los tratados. Si la igualdad consistiera en la igual oportunidad, la justicia (Poder judicial) no tendría para qué existir, ya que el derecho radicaría en la oportunidad del más fuerte. En cambio, la Justicia existe para restablecer la igualdad frente a los abusos de la libertad”*¹³.

De cuyos párrafos parece evidenciarse, que si uno de los objetivos básicos del Preámbulo de la Convención de Chicago es procurar la disensión entre los Estados, a fin de lograr un desarrollo armónico del transporte aéreo por los aportes que tal actividad genera para la consolidación de la paz mundial, habrá que reconocer el valor de los principios consagrados por el artículo 44 del texto del Convenio, que persiguen el desarrollo de la aviación civil de manera sana y económica, a fin de garantizar progreso, orden, seguridad y eficiencia en la actividad que regulan bajo la vigilancia permanente del órgano internacional, en resguardo del bien jurídico que tutelan sus normas; por otra parte, la sana y económica administración que exige su Preámbulo debería conducir a evitar el despilfarro económico producido por una competencia ruinosa, como lo indica el particular “e” del citado artículo 44, lo que sugiere el respeto pleno de los derechos de cada Estado contratante y que cada uno de ellos tenga oportunidad equitativa de explotar empresas de transporte aéreo internacional como lo indica su particular “f”.

De esta manera, se logra evitar la discriminación entre Estados (particular “g”); se impulsa la promoción de la seguridad de vuelo en la navegación aérea internacional (particular “h”); y, la garantía del desarrollo de la aeronáutica civil internacional en todos sus aspectos (particular “i”).

¹³ Ferreira, Enrique. Ob. cit, pág. 19

Repetimos, el Preámbulo del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, es marco de necesaria referencia, pues determina el rumbo de la OACI, para la consolidación, equilibrio y desarrollo del transporte aéreo, fortaleciendo el comercio internacional y procurando brindar soportes técnicos y humanos a fin de que los pueblos más atrasados se integren al progreso y consoliden la paz universal, como lo prevé la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, al señalar: *“los Estados deben cooperar en las esferas de la ciencia y la tecnología, y promover el progreso de la cultura y la enseñanza en el mundo. Los Estados deben cooperar para promover el crecimiento económico, en todo el mundo, particularmente en los países en desarrollo”*.

El examen de la realidad pone de manifiesto la contradicción entre las conductas asumidas por las alianzas estratégicas y las normas examinadas del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, lo que conduce necesariamente a transitar uno de dos caminos: modificar dicho Convenio o sustentar la legalidad y legitimidad de la actividad que ellas realizan.

V. INMUNIDAD ANTITRUST

Durante las XL Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial (Cádiz, 2012), el catedrático español, Ignacio Quintana Carlo, desarrolló una magistral exposición sobre el tema de las alianzas estratégicas desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, en uno de cuyos párrafos expresó lo siguiente:

Curiosamente, cinco lustros después [lapso que cuenta desde la publicación de un trabajo de su autoría sobre la aplicación de las reglas de la competencia del Tratado de Roma a la fijación de tarifas en los transportes aéreos], el transporte aéreo que durante tanto tiempo se mantuvo al margen del Derecho Antitrust se ha convertido en uno de los sectores que más preocupa a las autoridades que velan por la competencia en el mercado. Y dentro de los transportes aéreos los temas más relevantes en el sector, desde la óptica de la competencia, son, sin duda, además de los acuerdos horizontales entre empresas, las ayudas de Estado y el control de las concentraciones¹⁴.

La relevancia de los temas son producto de la realidad que los circunda, porque –como lo afirma el citado profesor– el Derecho de la competencia, por ejemplo, en los Estados Unidos de América, ha venido concediendo la denominada *“antitrust immunity”* a las alianzas entre aerolíneas, bajo dos condiciones: *“a) que la alianza sea necesaria para satisfacer la carencia de transporte*

¹⁴ Quintana Carlo, Ignacio. Las Alianzas Estratégicas en el transporte Aéreo: Del Mercado protegido al Mercado Global (...) en XL Jornadas Iberoamericanas de derecho Aeronáutico y del espacio y de la Aviación Comercial. Madrid, 2012, fundación AENA, pág 79 y 80

o porque produzca importantes beneficios para consumidores o usuarios” y “b) que no exista otra alternativa menos competitiva que la del acuerdo entre los transportistas”¹⁵.

No es un secreto, que en su oportunidad, el Departamento de Transporte de los Estados Unidos de América sostuvo que las “alianzas estratégicas de amplia base constituían la fuerza principal que estaba detrás de las reducciones de precio en las tarifas trasatlánticas y en los incrementos de tráfico”¹⁶, y que además, “habían producido un incremento en la capacidad de los transportistas que en el año 2002 se cifró en un 10%”; por lo que el Dr. Quintana concluyó afirmando que entonces “se apreciaba una gran satisfacción de los consumidores que se beneficiaban de poder tener acceso a más destinos gracias a la utilización de los destinos ‘on line’ y en un mercado más competitivo y, por tanto, a precios más bajos”¹⁷.

De suerte tal, que de forma poco ortodoxa, se dio la bendición a las alianzas estratégicas mediante la aplicación de la inmunidad antitrust, sin consideración alguna a las obligaciones impuestas por el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, y sin solución para el incumplimiento de los principios jurídicos que éstas vulneran durante su operación, ni tampoco, para los problemas derivados de la exigencia de las cláusulas contenidas en los acuerdos aerocomerciales sobre propiedad sustancial y control efectivo de las aerolíneas designadas por los Estados para explotar las rutas que aquellos les consagraban, especialmente, en nuestro tiempo, que hoy admite el intercambio de acciones entre los integrantes de una alianza y no resultan extrañas las fusiones entre las aerolíneas que la integran.

Sin embargo, el Dr. Quintana en su interesante trabajo y desde la perspectiva de lo que él llama el árido suelo del Derecho antitrust, señala de forma objetiva los aspectos que dentro del esquema examinado, resultan contrarios al Derecho de competencia, por lo que me permito transcribirlo de seguidas:

- a) En primer lugar porque las alianzas están basadas en una estrecha cooperación entre líneas aéreas que se plasman en convenios (acuerdos horizontales) que, prima facie, se concretan en fijaciones de precio, códigos compartidos, distribución de capacidad de asientos, etc.
- b) Por otra parte, porque producen una reducción e incluso una eliminación total de la competencia en aquellas rutas donde competían con anterioridad al acuerdo los miembros de la alianza. Concretamente, en las rutas entre aeropuertos de

¹⁵ *Ibidem*, pág. 84

¹⁶ *Ibidem*, pág. 80

¹⁷ *Idem*.

conexión (hub to hub) las alianzas prácticamente controlan el cien por cien del mercado.

c) Además, porque muchas veces impiden a los competidores no miembros de la alianza el acceso al tráfico de conexión o enlace¹⁸.

De la transcripción que antecede, el citado Dr. Quintana concluye recordando que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, después de estudiar y evaluar los aspectos resaltantes de las alianzas estratégicas y sus efectos cuando están protegidas por la concesión de la *antitrust immunity*, considera que tales alianzas generan sobre el mercado más aspectos negativos que positivos y por tanto defiende su sometimiento al derecho de competencia¹⁹.

No obstante, insistimos en que las llamadas *antitrust immunity*, se han convertido en la práctica, en una especie de legalización de las actividades de las alianzas estratégicas entre aerolíneas que, *strictu sensus*, resultan contrarias al Convenio de Chicago y olvidan que éste, por su naturaleza de convenio internacional, como afirma Díez de Velasco, citando a Guggenheim:

... tiene un doble significado. De un lado tiene un sentido dinámico, en tanto que el mismo se refiere al procedimiento que conduce al acuerdo de voluntades. De otro tiene un sentido estático, en cuanto se refiere al resultado del acuerdo de voluntades; es decir, a la norma jurídica establecida en el tratado y obligatoria para los sujetos que la han creado²⁰.

De manera que, la Inmunidad Antitrust, no parece el instrumento idóneo para legalizar la violación de una norma positiva internacional, que obliga a los Estados que forma parte de ella y por supuesto, no podría justificar la modificación de los principios y normas consagrados en dicho acuerdo sin quedar incursos en un hecho ilícito internacional.

VI. EN SÍNTESIS

El Convenio sobre Aviación Civil Internacional entró en vigencia el 04-04-1947. Hoy, sin lugar a dudas, los tratados en el Derecho Internacional Contemporáneo tienen particular importancia por el aumento de sus funciones respecto del Derecho Internacional Clásico, como afirma Pastor Ridruejo²¹. Por manera, que inspirados en los principios que recoge su texto, el servicio público de transporte aéreo ha tenido un vertiginoso crecimiento

¹⁸ *Ibidem*. pág. 81

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid, 1985. Editorial Tecnos, pág. 103

²¹ Pastor Ridruejo, J. A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid, 2002, Editorial Tecnos, pág. 87

de forma cuantitativa y cualitativa. Las normas internacionales obligan y no falta quien afirme que el Convenio sobre Aviación Civil Internacional es la espina dorsal de la aviación civil. El tratado es al derecho internacional lo que la ley al derecho interno. Punto de vista desde el cual, no deberían existir estrategias o conductas contrarias a sus principios y, por supuesto, las alianzas estratégicas deberían operar de conformidad y en pleno respeto con los principios y normas contenidas en el Convenio sobre Aviación Civil Internacional.

Como antes hemos dicho, si por alianza debe entenderse el esfuerzo conjunto de empresas para la prestación de bienes y servicios que de común acuerdo unan esfuerzos y luchen por alcanzar objetivos predeterminados en la comercialización del transporte aéreo internacional, tal actividad no debería concretarse en estrategias contrarias al espíritu, propósito y razón del Convenio sobre Aviación Civil Internacional. Por el contrario, todo el esfuerzo para la concreción de sus objetivos debe ajustarse a los principios que enuncia su Preámbulo y consagra su artículo 44 al señalar los objetivos que justifican la existencia de la Organización de Aviación Civil Internacional.

Cabe, como arriba hemos dicho, la posibilidad de su reforma, para permitir y regular el desarrollo de las alianzas estratégicas, subsanando el incumplimiento de principios y normas positivas internacionales cuya violación conforma un hecho ilícito, vano intento por ajustar la realidad de una situación concreta a normas estáticas de derecho positivo internacional; no obstante, es menester recordar que los intentos realizados hasta el presente para reformar el Convenio sobre Aviación Civil Internacional han sido infructuosos, salvo por la incorporación de los tres artículos a los que se le agrega el adverbio “bis” y cuyo propósito es complementar y ampliar el contenido de normas concretas contenidas en su texto, por ejemplo el artículo 3 bis, previsto para la prohibición del uso de la fuerza sobre aeronaves civiles, extendiendo el contenido del artículo 3 del Convenio de Chicago; el 83 bis que permite la transmisión de ciertas competencias entre autoridades aeronáuticas para facilitar la vigilancia operacional en los contratos de uso de aeronaves civiles; y, el 93 bis relacionado con la membresía de los Estados miembros del Convenio sobre Aviación Civil Internacional.

Tampoco es probable argumentar la terminación del tratado, porque como es sabido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados la encierra en un “*numerus clausus*”, y menos aún parece lógico invocar la *desuetudo* como causa implícita para la terminación del tratado internacional, entre otros aspectos, porque tal propósito no parece presente en la conducta de los Estados miembros del Convenio de Chicago, y además, a nuestro entender, no parece aplicable al supuesto examinado, puesto que el derecho internacional la ha admitido como causa de terminación de un tratado mas no

de una de sus normas en particular. Pero si es posible que pueda argumentarse la aplicación retroactiva del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados en relación con el examen y aplicación de su texto al Convenio sobre Aviación Civil Internacional; sin embargo, no debe olvidarse el proceso de codificación y desarrollo del Derecho Internacional acordado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 174 de 1947, que entiende al primer vocablo como la más precisa sistematización y formulación de las normas del Derecho Internacional en aquellas materias que, al decir de Pastor Ridruejo, *“mostraban amplia práctica de los Estados, precedentes y doctrina; por el contrario, el desarrollo progresivo del derecho Internacional consiste en la elaboración de proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados por el derecho Internacional”*²²; de lo cual puede inferirse, que las normas de interpretación, aplicación, terminación, etcétera, contenidas en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, son de aplicación directa al Convenio sobre Aviación Civil Internacional, pues recogen en su texto la costumbres internacional, cuyo valor de fuente autónoma de Derecho Internacional, es innegable.

Por otra parte, y dentro del espíritu propuesto por la Convención de Chicago, el Convenio Relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales, mantiene plena vigencia desde el 30-01-1945, cuando alcanzó el número de ratificaciones para su entrada en vigor, que hoy alcanza el número de 130 Estados, y no tenemos conocimiento de su denuncia o terminación. Su vigencia en consecuencia, hace posible rehusar o revocar el certificado o permiso dado a una empresa de transporte aéreo de otro Estado, en cualquier caso en que no esté satisfecho que nacionales de ese Estado contratante poseen una parte substancial de dicha empresa y la dirijan de hecho²³. ¿Cómo entonces habrá de regularse el intercambio de acciones o la fusión de los miembros de una alianza estratégica? ¿Cómo mantener incólume los principios que ha logrado el orden internacional para garantizar la circulación y el comercio aéreo, y cómo garantizar los derechos consagrados a favor de los Estados menos favorecidos por el desarrollo, para impulsar sus economías, crecimiento económico y las oportunidades para todos los hombres y para todos los pueblos? Es mi modesta opinión, que la práctica de la justicia internacional, es la única vía posible para la consecución de una paz estable y verdadera, tal como la anhelaron los firmantes del Convenio de Chicago.

Finalmente, los comentarios que anteceden, permiten afirmar que el Derecho de competencia es un instrumento legal del derecho interno, para

²² *Ibidem*, pág. 139

²³ *vid*: Convenio Relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales. Sección 5 del artículo 1°

regular la competencia y evitar abusos en el marco de las relaciones comerciales generales, de lo que no escapan las alianzas estratégicas entre aerolíneas, con el propósito de impedir la distorsión de los mercados, garantizar el crecimiento ordenado del tráfico aéreo internacional, e impedir las posiciones dominantes, que resultan odiosas para quienes por más débiles las sufren en el desempeño de la actividad; sin embargo, no debe olvidarse que es difícil comprender al Derecho de la Competencia como medio adecuado para desconocer la obligaciones que impone las normas de un tratado internacional.

CONCLUSIONES

Al agradecer una vez más a la Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial y, particularmente a su presidente Mario Folchi, la oportunidad que se me ha dispensado, quisiera, como es costumbre en estos eventos, consignar unas conclusiones que pretenden el logro del justo equilibrio entre las estrategias comerciales y el derecho aeronáutico:

Primera: Las estrategias comerciales tienen por objeto inducir a los consumidores a la adquisición de determinados productos, introduciéndoles en el mercado mediante la publicidad de sus bondades. Pero toda estrategia debe mantenerse dentro del marco de ley.

Segundo: El Convenio sobre Aviación Civil Internacional goza de plena vigencia, ha sido y es un medio internacional para el desarrollo ordenado del transporte aéreo internacional de pasajeros, carga y correo. Lo concerniente a su modificación corresponde, exclusivamente, a la voluntad de los Estados partes, desde que los derechos que otorga en el marco de sus relaciones se basan en bienes de dominio público.

Tercero: El Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales faculta a los Estados partes a exigir que las aerolíneas designadas por otros Estados en el marco de los acuerdos aerocomerciales que suscriban, estén bajo la propiedad y dirección de los nacionales de ese país. Por otra parte, la observación de los hechos parece indicar que tal cláusula se aplica en situaciones de riesgo para determinados intereses económicos, por el contrario, cuando aerolíneas pequeñas obtiene oferta de capitales extranjeros para modernizarse y competir con mayor éxito en un determinado mercado, por lo general, se alega la cláusula de propiedad sustancial y control efectivo, que, todavía, se encuentra en los acuerdos bilaterales y multilaterales de transporte aéreo.

Cuarto. El Código Compartido es un instrumento de carácter jurídico que ha servido de sustento para el desarrollo de las alianzas estratégicas, pero,

carece de un código de ética dictado por la OACI, que garantice y proteja el derecho de los usuarios a decidir con quién volar.