

# Los textos del proyecto de la Línea Aérea de Bandera Nacional como fuente de confusión jurídica

## The texts of the national flag carrier bill as a source of legal confusion



**MARÍA EUGENIA YÁBAR GUEVARA**

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Chair del Latin American Forum de la International  
Aviation Women Association.

Recibido con fecha 17 de mayo de 2021 y aceptado por el Comité Editorial con fecha 3 de agosto de 2021.



### SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La Línea Aérea de Bandera Nacional.
- III. Aspectos constitucionales.
  1. Artículo 60: subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado.
  2. Artículo 61: libre competencia.
  3. Artículo 79: gasto público.
- IV. Aspectos de libre competencia.
- V. Aspectos comerciales.

**RESUMEN:**

El presente artículo busca realizar un análisis sobre la creación de una “Línea Aérea de Bandera Nacional”, a propósito de las reiteradas iniciativas de un congresista peruano para llevarla a cabo. Dicha posibilidad ha generado confusión jurídica debido a la inconsistencia que presentaron los textos de proyecto de ley en cuanto a su tratamiento. Se abordará este tema desde un punto de vista multidisciplinario, incluyendo su compatibilidad con la normativa constitucional peruana y los estándares nacionales e internacionales sobre actividades aeronáuticas.

**Palabras clave:** Derecho Aeronáutico, Libre Competencia, Actividad Empresarial Estatal, Gasto Público, Línea Aérea de Bandera Nacional, Derecho Constitucional Peruano.

**ABSTRACT:**

The present article seeks to analyse the possible creation of a State-owned flag carrier airline, following the repeated initiatives undertaken by a congressman in Peru. This possibility has generated legal confusion due to the inconsistencies present in the texts of the different bills submitted. The topic will be reviewed through a multidisciplinary approach, including its compatibility with Peruvian Constitutional Law normative, as well as national and international aviation standards.

**Keywords:** Aeronautic Law, Free Competition, State Business Activity, Public Expenditure, Flag Carrier, Peruvian Constitutional Law.

**I. INTRODUCCIÓN**

Durante este último año hemos observado el desmedido interés de un congresista de lograr la aprobación de la creación de una mal llamada Línea Aérea de Bandera Nacional.

En casi doce meses se han presentado cuatro textos del Proyecto de Ley 6153/2020-CR —en adelante, el “PL”—, PL que busca la creación de dicha línea aérea. Estos cuatro textos del PL tienen un común denominador: todos ellos contienen tratamientos confusos sobre varios temas jurídicos que analizaremos brevemente en este artículo; entre ellos, el concepto mismo de Línea Aérea de Bandera Nacional.

**II. LA LÍNEA AÉREA DE BANDERA NACIONAL**

El concepto de Línea Aérea de Bandera Nacional no está definido en la Ley de Aeronáutica Civil, Ley 27261 — LAC ni en su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 050-2001-MTC — RLAC, ni en sus modificatorias, así como en ninguna otra norma peruana. Ello aparentemente podría deberse a que este concepto no pertenece al ámbito de la aviación nacional, sino al internacional. Es así como recurriremos a los acuerdos internacionales de aviación civil que regulan las relaciones entre el Perú y los demás países para el

uso de los derechos de tráfico y derechos aerocomerciales.

Perú ha suscrito cerca de 60 acuerdos sobre aviación civil con 40 países y organismos internacionales. Analizando el contenido de ellos, encontramos cierta referencia a la línea aérea de los países contratantes cuando se establecen los requisitos que debe tener la línea aérea designada por uno de los países firmantes para explotar los derechos aerocomerciales otorgados a dicho país por el otro país contratante — rutas, frecuencias, entre otros—.

La línea aérea designada es aquella que un Estado contratante elige para que explote en su representación los derechos concedidos por el otro Estado contratante. A manera de ejemplo, el otorgamiento de derechos aerocomerciales entre Perú y países de la Comunidad Andina — CAN se rige principalmente por lo establecido en la Decisión 582, “Transporte Aéreo en la Comunidad Andina”. De acuerdo con esta Decisión, cada País Miembro puede designar una —o más— líneas aéreas para la prestación de servicios con los otros países de la CAN, y esta aerolínea debe necesariamente ser una legalmente constituida en el país que la designa.

En el caso de Perú y Colombia, ambos miembros de la CAN, Perú designó a Viva Airlines Perú S.A.C.

como su línea aérea para la explotación de derechos concedidos por Colombia a favor de Perú, otorgándosele derechos sobre cuatro rutas Perú-Colombia-Perú con 7 frecuencias semanales cada una. Esto se plasmó en una comunicación diplomática entre las autoridades competentes de Perú y Colombia. En el marco de la Decisión 582, la autoridad aeronáutica de Colombia reconoce esta designación y otorga el permiso de operación que le corresponde a la línea aérea — siempre y cuando cumpla con la regulación que Colombia establezca para dicho permiso—, y a su vez reconoce la plena validez en Colombia de los certificados de las aeronaves, licencias de

los pilotos, y otras autorizaciones de dicha línea aérea peruana otorgados por la autoridad aeronáutica peruana competente; es decir, la Dirección General de Aeronáutica Civil — DGAC del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.<sup>1</sup>

Revisemos con un poco de detenimiento algunos acuerdos internacionales suscritos por el Perú en materia aeronáutica para determinar si en ellos encontramos al concepto de línea aérea de bandera. Observemos a continuación el texto de la parte pertinente de algunos de ellos, entre ellos la Decisión 582 para continuar con nuestro análisis:

**Tabla 1:** Acuerdos internacionales relevantes suscritos por el Perú en materia aeronáutica

Acuerdo	Derechos Otorgados	Línea Aérea Designada
Decisión 582 – CAN	Libre ejercicio de derechos de 3°, 4° y 5° Libertad del Aire en vuelos regulares y no regulares separadamente o en combinación dentro de la CAN.	<p><i>“Artículo 12.- Se entiende por línea aérea susceptible de ser designada, aquella legalmente constituida en el País Miembro designante, que tenga allí su domicilio principal, y su sede real y efectiva.</i></p> <p><i>La Autoridad Nacional Competente del País Miembro a efecto de determinar que una línea aérea tiene su sede real y efectiva en el mismo, debe verificar que:</i></p> <p><i>a) Su administración y su base principal de operación esté localizada en su territorio;</i></p> <p><i>b) Las tripulaciones de las aeronaves cuenten con licencias otorgadas o convalidadas por el País Miembro designante; y,</i></p> <p><i>c) La línea aérea ejerza el control operacional y la dirección técnica de sus aeronaves, y no sea únicamente fletadora de éstas.”</i></p>

1. Artículo 8.2 de la LAC:

*“La Autoridad Aeronáutica Civil es ejercida por la Dirección General de Aeronáutica Civil como dependencia especializada del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, con autonomía técnica, administrativa y financiera necesaria para el cumplimiento de las funciones que le señalan la presente Ley y su reglamentación.”*

Acuerdo	Derechos Otorgados	Línea Aérea Designada
<p>Acuerdo de Servicios Aéreos entre el Perú y la República Federativa de Brasil, y su enmienda del 04 de julio de 1981</p>	<p>Sin restricción en Rutas Regionales — América del Sur—.</p> <p>Rutas largo recorrido — América del Sur y más allá—: 42 frecuencias semanales.</p>	<p><i>“Artículo IV</i></p> <p><i>Las Partes Contratantes se reservan el derecho de negar la licencia de funcionamiento a una línea aérea designada por la otra Parte Contratante o de revocar tal licencia cuando no juzguen suficientemente acreditado que el mínimo del 51% de la propiedad y control efectivo de la referida línea estén en manos nacionales de la otra Parte Contratante, o, en caso de incumplimiento por esa línea aérea de las leyes y reglamentos referidos en el artículo 13 de la Convención sobre Aviación Civil Internacional (...) o de las condiciones bajo las cuales se conceden los derechos de conformidad con este Acuerdo (...) o cuando las aeronaves en tráfico no sean tripuladas por nacionales de la otra Parte Contratante, excepto en casos de adiestramiento del personal navegante, por un máximo de tres meses.”</i></p>
<p>Acuerdo de Transporte Aéreo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de los Estados Unidos de América</p>	<p>Frecuencias y capacidad según consideraciones comerciales del mercado.</p>	<p><i>“Artículo 3</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>La otra Parte otorgará las autorizaciones (...), a condición que:</i></p> <p><i>A. La propiedad sustancial y el control efectivo de dicha aerolínea pertenezcan a la Parte que la designe o a los nacionales de dicha Parte o a ambos.”</i></p>

Como se puede apreciar de la lectura de los artículos pertinentes de los acuerdos mencionados, existen dos criterios objetivos que se utilizan para calificar a una línea aérea como una del país contratante: uno basado en el lugar de constitución de la línea aérea y otro basado en la tenencia accionaria, que en algunos casos debe además acreditar el control efectivo. La intención que hay detrás de ambos criterios es verificar que, a través de su aplicación, se otorgue a favor de empresas aéreas de un País Contratante los beneficios concedidos por el otro

Estado contratante. A manera de ejemplo, que los derechos otorgados por Colombia a Perú sean concedidos a líneas aéreas peruanas según lo define el tratado pertinente.

No obstante lo indicado en el párrafo anterior, podemos observar que los acuerdos mencionados tampoco hacen referencia al concepto de bandera nacional. Los acuerdos solo exigen ciertos requisitos para que una aerolínea pueda ser designada por un país, en algunos casos la tenencia accionaria es irrelevante. Por otro lado,

hoy en día la mayoría de ellos contempla la posibilidad de designar múltiples aerolíneas. Antiguamente, los tratados contemplaban la posibilidad de designar una sola aerolínea, pues en muchos casos existía una aerolínea estatal a la que se quería proteger de manera inequitativa frente a otras aerolíneas nacionales.<sup>2</sup>

Si revisamos nuevamente la LAC y RLAC, encontramos cierta referencia a “nacional” cuando estamos ante la matrícula de una aeronave. La matrícula de una aeronave es similar a la placa de un automóvil. En el caso de una aeronave de matrícula peruana, ésta necesariamente comenzará con las letras “OB”.<sup>3</sup> La matrícula OB solo puede ser otorgada como consecuencia de la inscripción de una aeronave en el Registro Público de Aeronaves en Perú. Sin embargo, aquí solo se hace referencia a matrícula, mas no a bandera.

A su vez, una aerolínea nacional<sup>4,5</sup> solo puede contar con una aeronave de bandera peruana en su flota si es que es propietaria de ésta, o si la ha tomado en arrendamiento y ha solicitado una matrícula provisional peruana. En la prác-

tica, el número de aeronaves con este tipo de matrícula es sumamente reducido, y la gran mayoría de aeronaves de aerolíneas nacionales cuentan con matrículas extranjeras pues están dadas en posesión como consecuencia de contratos de utilización de aeronaves —como lo son, por ejemplo, los contratos de arrendamiento financiero—.

Podemos observar que el concepto de matrícula tampoco está ligado a la tenencia accionaria de una aerolínea. Los dos conceptos no están unidos por sí mismos. Como se ha indicado, una aerolínea nacional puede tener en su flota aeronaves con matrícula extranjera. Igualmente, una aeronave de matrícula nacional puede ser parte de la flota de una aerolínea extranjera cuando esta última tenga un contrato de utilización de dicha aeronave. Ello puede suceder aun cuando una aerolínea tenga 100% de accionariado estatal. Lo que está definitivamente unido, por ahora, es que para prestar servicios aéreos nacionales es requisito que la aerolínea sea considerada como nacional según las normas peruanas.

2. Es interesante ver la película “El Aviador”, donde se observa la lucha por mantener los privilegios aerocomerciales internacionales de una línea aérea.
3. Reglamento de Aeronaves y Embarcaciones Pesqueras:  
*“Artículo 18- Identificación de marcas de nacionalidad  
Las marcas de nacionalidad que identifican a una aeronave civil nacional, son las letras “OB”, seguidas por la correspondiente numeración de matrícula que otorga el Registro Público. En el caso de la matrícula provisional se añadirá la letra “P” a continuación de la numeración y, en el caso de la matrícula de traslado de aeronaves se añadirá la letra “T”.”*
4. Artículo 79 de la LAC:  
*“Artículo 79º.- De la Aviación Comercial Nacional  
79.1 La Aviación Comercial Nacional está reservada a personas naturales y jurídicas peruanas.  
79.2 Se considera persona jurídica peruana a aquella que cumple con los siguientes requisitos dentro de su constitución societaria: a) Tener establecido su domicilio principal en el territorio de la República; b) Por lo menos la mitad más uno de los directores, gerentes y personas que tengan a su cargo el control y dirección de la sociedad deben ser de nacionalidad peruana o tener domicilio permanente en el Perú, y c) La propiedad de la persona jurídica deberá ser sustancialmente nacional. Por lo menos un 51% (cincuenta y uno por ciento) del capital social de la empresa debe ser de propiedad peruana y estar bajo el control real y efectivo de accionistas o socios de nacionalidad peruana con domicilio permanente en el Perú. La reglamentación deberá establecer el plazo de vigencia de esta limitación.”*
5. Artículo 160 del RLAC:  
*“El porcentaje de capital social de propiedad de peruanos a que se refiere el inciso c) del artículo 79.2 de la Ley y el inciso c) del artículo precedente, se mantendrá durante los seis (6) primeros meses contados a partir de la vigencia del primer permiso de operación obtenido por la persona jurídica peruana, vencidos los cuales el porcentaje de capital social de propiedad de extranjeros podrá ser hasta de setenta por ciento (70%).  
(...)”.*

Donde sí encontramos una referencia a bandera nacional es en la Ley 28583, Ley de Reactivación y Promoción de la Marina Mercante Nacional — LMMN y modificada a través de la Ley 29475, así como por su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 014-2011-MTC. En dichas normas se precisa que, para enarbolar bandera nacional, la empresa debe ser considerada como Empresa Naviera Nacional — ENN. Estas normas, en un inicio, establecían que solo las ENN podían prestar servicio de cabotaje<sup>6</sup>, que es similar a los vuelos domésticos que en materia aeronáutica están restringidos a aerolíneas nacionales. Hoy en día, la norma marítima ha sido liberalizada y solo ciertos servicios están restringidos a favor de empresas que califiquen como ENN.<sup>7</sup> Esta liberalización también está alcanzando a la industria aeronáutica en materia de vuelos nacionales. Un ejemplo muy cercano es Chile, donde una aerolínea extranjera, sin necesidad de constituir una sucursal, puede realizar servicio de transporte aéreo nacional.

Como podemos observar, el concepto de bandera nacional es uno concebido en el ámbito marítimo y no el aeronáutico.

### III. ASPECTOS CONSTITUCIONALES

Los cuatro textos del PL contienen diversas transgresiones a nuestra Constitución y nos tendremos brevemente en alguna de ellas.

#### 1. Artículo 60: subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado.

*“Artículo 60.-  
El Estado reconoce el pluralismo económico.  
La economía nacional se sustenta en la coe-*

*xistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.*

*Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.*

*La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.”*

El PL, al pretender la creación de una Línea Aérea de Bandera Nacional de Bajo Costo, que denomina “ALPERU”, se encuentra proponiendo la creación de una Asociación Público-Privada — APP, con 20% de su capital social siendo de propiedad del Estado y 80% del sector privado, que operaría bajo la estructura de una sociedad anónima. Posteriormente, en otra versión, establece que tendrá un capital 100% estatal. Todas las versiones del PL contemplan un porcentaje de participación estatal.

El Dictamen del PL asegura que ALPERU no sería una empresa estatal, sino una APP sin inversión económica o gasto público. Sin embargo, en una de las tantas contradicciones del texto del PL, se señala claramente que:

*“ALPERU es una empresa estatal regida bajo el marco legal del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado — FONAFE, la Ley General de Sociedades y su Estatuto Social.”<sup>8</sup>*

Como empresa con participación estatal en su accionariado, sea ésta de 100% o menos, ALPERU se encuentra sujeta a lo establecido en segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución Política de 1993, que recoge el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial

6. Artículo 7 de la LMMN.

*“Artículo 7 – Transporte de Cabotaje*

*“7.1 El transporte acuático comercial en tráfico nacional o cabotaje, queda reservado, exclusivamente, a naves mercantes de bandera peruana de propiedad del Naviero Nacional o Empresa Naviera Nacional (...).”*

7. Decreto Legislativo 1413, Decreto Legislativo para promover y facilitar el transporte marítimo en tráfico de cabotaje de pasajeros y de carga.

8. Artículo 5, Proyecto de Ley 6153/2020-CR.

del Estado, e indica que solo puede el Estado llevar a cabo esta actividad autorizado por ley expresa, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

De acuerdo a este principio, el Estado solo podrá *“desarrollar actividad empresarial en los sectores en los que no haya oferta privada o, aun existiendo dicha oferta, ella resulte insuficiente.”*<sup>9</sup>

Así, el Estado peruano actúa únicamente como garante del bien común, interviniendo solo cuando a quienes corresponde en primer lugar hacerlo no pueden hacerlo o no se encuentran aún en las condiciones de hacerlo.<sup>10</sup>

Esto ha sido reafirmado y desarrollado en múltiples oportunidades por el Tribunal Constitucional, que ha señalado que

*“las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada.”*<sup>11</sup>

El PL indica que la creación de ALPERU se basa en el apartado del artículo 60 citado, que indica que

*“(...) el Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y empresa. (...) La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.”*

Bajo este argumento, se afirma que existe igualdad entre la actividad empresarial pública y privada, y se ignora la finalidad del artículo

de establecer una actuación subsidiaria del Estado que debe estar debidamente justificada. Para el presente caso, no se ha cumplido con acreditar que existe una necesidad de contar con una aerolínea *low-cost* o no adicional en el mercado adicional a las ya existentes. Profundizaremos más en este aspecto en la sección IV de este artículo.

Más aún, la posibilidad de que el Estado realice actividad empresarial ha sido regulada con mayor detalle mediante el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, que establece procedimientos mediante los cuales el FONAFE delimita y autoriza el desarrollo de actividades empresariales que con carácter subsidiario realiza el Estado. En esta norma se establece lo siguiente:

*“Artículo 3. Queda prohibido el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado bajo cualquier forma empresarial en aquellos mercados en los que la oferta de las empresas privadas se considera suficiente para satisfacer la demanda existente, en todo el territorio nacional o en la parte en donde atienden. Se presume, salvo demostración en contrario, que tal condición se verifica en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí.”*

El artículo citado no resulta aplicable para empresas cuyos activos o acciones se encuentren dentro del proceso de promoción de la inversión privada a cargo de ProInversión, quien asumiría este rol tratándose de una futura APP una vez creada ALPERU. A pesar de esto es importante notarlo, pues ofrece un claro criterio para determinar qué constituye “alto interés público y conveniencia nacional”. Será plenamente aplicable si ALPERU es 100% estatal como lo ha establecido alguno de los textos del PL.

9. Jorge Danós Ordóñez, “El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana”, *THEMIS* 55 (2008): 255-264.

10. Carlos Hakansson Nieto, *Curso de Derecho Constitucional* (Lima: Editorial Palestra, 2012), 217.

11. Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC.



En el presente caso, no solo existen más de dos empresas privadas no vinculadas operando en el mercado<sup>12</sup>, sino que además existen dos antecedentes previos de líneas aéreas estatales peruanas creadas con resultados fallidos: Tans y Aeroperú. Por esto, resulta aún más importante contar con un real análisis de la necesidad de crear la empresa estatal propuesta que demuestre no solo que ha cumplido con hacer el análisis que exige la Constitución, sino también que se haya realizado un estudio de factibilidad que incluya al de mercado.

## 2. Artículo 61: libre competencia.

*“Artículo 61.-*

*El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...).”*

Si observamos al Estado desde una perspectiva netamente empresarial, podemos decir que es la empresa más grande del país. Por ello es muy importante restringir su ámbito de desarrollo a fin de prevenir que en uso de su *ius imperium* haga un uso abusivo de su posición de dominio por los privilegios que son inherentes a él.

El PL contempla en su artículo 6 que ALPERU tendrá preferencia en la asignación de derechos internacionales y en las rutas nacionales sin justificación alguna. Claramente observamos que el garante de la libre competencia está atentando de forma flagrante contra ella, como veremos en el análisis de sobre la Libre Competencia que realizamos en la parte pertinente de este artículo.

## 3. Artículo 79: gasto público.

*“Artículo 79.-*

*Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto.”*

Este es otro precepto constitucional vulnerado por este PL. Se ha señalado en el último dictamen que al tratarse ALPERU de una APP que se será constituida en su mayoría con capital privado, no representa un gasto público. Esto resulta directamente contradictorio con la propuesta de un aporte por parte del Estado de 20% del capital social de la empresa a constituirse y, por tanto, vulnera lo establecido en el artículo 79 de la Constitución.

Asimismo, en ese mismo sentido el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

*“(…) no puede desatenderse que el artículo 79° de la Constitución, establece que ‘el Congreso no tiene iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto’. Ello significa que el Parlamento, motu proprio, salvo en lo atinente a su propio presupuesto, no tiene competencia para, ex novo, crear fuentes que originen gasto para la hacienda pública. Ello es sistemáticamente coherente con el artículo 118°, inciso 17, de la Constitución que dispone que es competencia del Poder Ejecutivo, ‘administrar la hacienda pública.’”<sup>13</sup>*

Tratándose de una línea aérea constituida con un 20% de capital social por parte del Estado, con un directorio compuesto íntegramente por funcionarios estatales, con prerrogativas —tales como el apoyo en situaciones de emergen-

12. Actualmente operan en el Perú Viva Airlines Perú S.A.C., Sky Airline Perú S.A.C. y Latam Airlines Perú S.A., las mismas que prestan servicios nacionales o domésticos, así como más de 40 aerolíneas internacionales prestando servicios tanto de pasajeros, carga y correo como de carga exclusiva. “Directorio Aerolíneas Extranjeras”, *Ministerio de Transportes y Comunicaciones*, acceso el 7 de enero de 2022, [https://portal.mtc.gob.pe/transportes/aeronautica\\_civil/empresas\\_certificadas/documentos/Directorio%20internacional%20-%2009set2019.pdf](https://portal.mtc.gob.pe/transportes/aeronautica_civil/empresas_certificadas/documentos/Directorio%20internacional%20-%2009set2019.pdf).

13. Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de octubre de 2012, recaída en el Expediente N° 0007-2012-PI/TC.



cia— que exceden a las actividades regulares de las líneas aéreas nacionales, no resulta coherente afirmar que su creación “no representa un gasto público”.

Un aumento del gasto público, aún tratándose de un proyecto “mayoritariamente privado”, puede tener serias consecuencias, que afecten a múltiples sectores, alterándose la cadena de pagos y pudiendo dejar desatendidas a otras áreas, implicar el incumplimiento de objetivos ya trazados, y generar desorden en el presupuesto estatal.<sup>14</sup> Esto se agrava si se pretende que la misma tenga un capital 100% estatal.

Es importante hacer notar que el gasto público que comentamos en ese punto está referido a uno inicial: el aporte del capital social. Sin embargo, hoy en día hay evidencia del fuerte gasto público que han tenido que realizar países que cuentan con aerolíneas estatales tales como Argentina, que prevé que debe invertir para mantener a flote a Aerolíneas Argentinas USD 880 millones en el 2021. Asimismo, Italia ha prestado a Alitalia USD 900 millones y USD 400 millones para garantizar sus operaciones considerando que en 2019 había perdido unos 600 millones de euros.

En este último caso, me pregunto quién pagará ese préstamo.

#### IV. ASPECTOS DE LIBRE COMPETENCIA

Además del artículo 61 de la Constitución, el artículo 4 de la Ley de Aeronáutica Civil establece como un objetivo permanente del Estado el siguiente:

*“f) Asegurar el desarrollo de las operaciones aerocomerciales en un marco de leal competencia con estricta observancia de las normas técnicas vigentes”.*

Para un país en el que se consagra constitucio-

nalmente la economía social de mercado es indispensable la observancia de la Libre Competencia, más aún cuando el competidor será el Estado mismo.

Desde el punto de vista de la afectación a la competencia en el mercado peruano, el PL esboza claramente una intencionalidad de forzar una intervención en la actividad económica aeronáutica que, dentro del mercado peruano actual, se encuentra compuesta por competidores privados —inversión nacional en las líneas aéreas nacionales e inversión extranjera en líneas aéreas extranjeras— que ofertan los vuelos en diversas rutas, tanto fuera como dentro del Perú.

Los diversos textos del PL olvidan —o buscan perder de vista— el rol subsidiario del Estado que rige nuestro modelo económico y que sostiene que la participación estatal en las actividades económicas debe atender aquellos ámbitos que no se encuentran cubiertos por los privados —siempre que exista una necesidad que atender, claro está—. Sobre ello, no logramos entender el fundamento para quebrantar el rol subsidiario y permitir la creación de una aerolínea con capital estatal, si es que no se evidencia y se sustenta cuáles son esas rutas que la propia competencia no ha sabido cubrir y que requiere de un supuesto “super héroe” llamado Estado para prestar ese servicio.

Como lo hemos señalado al analizar los aspectos constitucionales, queda en evidencia la clara inconstitucionalidad de la propuesta, tomándose en cuenta que no existe una razón para invocar un rol subsidiario en la materia, lo que conllevará a alterar el proceso competitivo.

Esta intervención estatal —sin fundamentos— puede implicar un sobre costo muy alto, más aún en esta época en la cual estamos en medio de una crisis económica debido a la pandemia mundial de la COVID-19.

14. Sentencia del Tribunal Constitucional del 23 de septiembre de 2009, recaída en el Expediente N° 00032-2008-PI/TC.

En línea con lo mencionado, resulta interesante la reflexión que indica que es mejor ser:

*“(...) contrario a toda intervención del Estado en materia económica, señalando que cuando lo hace ‘roba’, por cuanto los ciudadanos terminan pagando los déficits de las empresas estatales ineficientes, porque estas inversiones no permiten que el Estado intervenga en programas vinculados con los más pobres dado que se quitan oportunidades al capital privado y por la corrupción que genera”.*<sup>15</sup>

Ante esta premisa, es relevante que se reflexione si —verdaderamente— la intervención estatal en el sector aeronáutico es necesaria y requerida por un sector de la población; es decir, si la presencia del Estado en la actividad empresarial con una aerolínea de bandera — así sea mediante una figura de APP— es tan requerida como para desatender aquellos servicios básicos que el Estado debe brindar a los más pobres. La respuesta a todas luces es que el Estado debería estar atendiendo problemas más urgentes que no se resuelven de la oferta y la demanda, no siendo el caso del mercado aeronáutico.

No obstante, vayamos a otro punto interesante de análisis.

¿Cómo va a convivir “ALPERU” con sus competidores? ¿Será en igualdad de condiciones?

Como podrá observarse de los textos del propio PL, se reconoce que existen competidores dentro del mercado aeronáutico peruano. Sin embargo, a criterio de la propuesta del PL, existen supuestas rutas que deben cubrirse, sin que se mencione cuáles son y/o se demuestre si existe demanda para ello. Entendamos algo: puede sonar muy loable querer cubrir ciertas rutas que actualmente la oferta no cubre, pero no las cubre por una razón bastante sencilla: si no existen personas que lo requieren, ¿para qué brindar el servicio? Si no existen aeropuer-

tos en dichas zonas, ¿dónde van a aterrizar las aeronaves?

Entonces, el hecho de que el Estado busque cubrir estas rutas sin que exista la demanda necesaria puede conllevar a una total ineficiencia y sobrecostos, siendo perjudicial su intervención y/o un simple fracaso. No obstante, no solamente implicará ineficiencias, sino que a su vez se convierte en un riesgo altísimo que finalmente van a pagar todos los peruanos y, sobre todo, desde un enfoque de libre competencia, las otras aerolíneas —los competidores—. Ello por cuanto no se va a convivir en igualdad de condiciones.

Entendamos la razón de esta última afirmación.

Nos llama mucho la atención lo indicado en el artículo 6 de uno de los textos del PL que expresamente reconoce un trato preferencial con relación a la asignación de rutas aéreas para ALPERU. En ese sentido, dicho artículo 6 establece que la mal denominada aerolínea de bandera “ALPERU” ejercerá preferencia de derechos de tráfico aéreo.

¿Qué significa ostentar preferencias de derechos de tráfico aéreo con relación a sus competidores? ¿Solamente obtendrá las rutas que supuestamente en la actualidad no están cubiertas? ¿Esto no termina siendo un trato preferente y, por tanto, diferenciado, con relación a los competidores?

Si bien se busca apaciguar dicha disposición indicando que ello no implica exclusividad o el establecimiento de un monopolio, claramente sí involucra un trato diferenciado con relación a las aerolíneas de capitales 100% privados, quienes no gozarán del derecho de acceder preferencialmente a las rutas.

Partiendo de este escenario, debemos entender qué nos dice el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada

15. Baldo Kresalja Rosselló, *¿Estado o mercado?: el principio de subsidiaridad en la Constitución peruana*. 1º ed. (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016).

da —en adelante, el DL 757—, uno de los pilares legales que garantizan la libre competencia y la libertad de empresa en igualdad de condiciones. Nótese que el Estado también debe ser respetuoso de las normas, no solo los ciudadanos; y, por tanto, debe observar el DL 757.

Así pues, en primer lugar, el artículo 7 del DL 757 establece que, cuando una misma actividad económica se realiza por el Estado y el sector privado, se aplican iguales condiciones. Por tanto, el mencionado artículo 6 del PL contraviene directa y expresamente lo señalado por el artículo 7 del DL 757. Se está otorgando una condición preferencial a ALPERU frente a sus competidores. En segundo lugar, el DL 757 establece que no se pueden dar tratamientos diferenciados o discriminatorios entre empresas nacionales y extranjeras; ninguna autoridad estatal puede aplicar tratamientos discriminatorios o diferenciados como lo tendría que hacer la DGAC al darle privilegios a ALPERU frente a las demás aerolíneas. Y, sobre ello, se ha señalado lo siguiente:

*“(…), el Decreto Legislativo 757 se promulgó con la finalidad de promover la inversión privada nacional eliminando las trabas y distorsiones legales y administrativas que entorpezcan el desarrollo integral de los distintos sectores económicos del país, propugnando de esta manera la inserción de las empresas nacionales al mercado internacional y el incentivo de un modelo económico que armonice la actividad productiva con el medioambiente.”<sup>16</sup>*

Y es que una de las razones por la cual el DL 757 establece estas premisas es muy simple: para

garantizar una verdadera y libre competencia es necesario que los agentes económicos participen en igualdad de condiciones para acceder y permanecer en el mercado, lográndose así que sea este último el que determine cuáles son las necesidades que deben ser cubiertas. Si una aerolínea con capital estatal, por el solo hecho de tenerlo, como ALPERU, ostenta el privilegio de obtener preferentemente la asignación de rutas, claramente el proceso competitivo se verá distorsionado y el efecto será posiblemente que no todos los competidores accedan a determinadas rutas y que se les termine excluyendo. Todo ello también en perjuicio de los pasajeros o de los usuarios del servicio de carga aérea, lo que haría que también el Estado deje de lado la protección a los consumidores que se le ha impuesto en el artículo 65 de la Constitución.<sup>17</sup>

En atención a lo indicado, es preciso mencionar lo siguiente con relación a las finalidades del DL 757 y su vínculo estrecho con el fomento de una libre competencia:

*“Asimismo, el Decreto Legislativo 757 estableció que la iniciativa privada deberá entenderse desde el punto de vista del nuevo modelo de “Economía Social de Mercado”, el cual se desarrolla sobre la base de la libre competencia y acceso a la actividad económica. Bajo este nuevo enfoque, los particulares son los llamados a actuar en determinadas actividades económicas desarrolladas anteriormente por el propio Estado, en virtud de los derechos de iniciativa privada y libertad de empresa, las cuales se ejercen en un contexto de libre competencia. (...)” —el subrayado es nuestro—.<sup>18</sup>*

16. Vicente Villalobos Villalobos, “El contrato-ley en el ordenamiento jurídico peruano”, *EnfoqueDerecho*, 19 de enero de 2021, <https://www.enfoquederecho.com/2021/01/19/el-contrato-ley-en-el-ordenamiento-juridico-peruano/>

17. “Artículo 65.- Protección al consumidor  
*El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.*”

18. Néstor Raúl Shimabukuro Tokashiki, “Privatización y extinción del régimen concesional en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura en el marco jurídico de Promoción de la Inversión privada”, *Revista de Derecho Administrativo* 16 (2016): 86.

Por otra parte, la disposición de dicho artículo 6 del PL también impacta negativamente sobre aquellos inversionistas de aerolíneas que apostaron por el Perú en el marco de un trato igualitario dentro del mercado, lo que podría afectar su permanencia en nuestro mercado debido al cambio en las reglas de juego. Ello claramente va en contra de una de las razones fundamentales del DL 757 que utiliza como base sólida reglas para fomentar la inversión privada. Claro está que el artículo 6 del PL debilitará esta última finalidad. Sobre este punto, vale la pena tomar en cuenta la siguiente conclusión con relación a la finalidad del DL 757 y otras normas que promueven la inversión privada en el Perú:

*“A manera de conclusión preliminar, consideramos que el modelo económico instaurado y consagrado bajo la actual Constitución de 1993 (contra todo) ha tenido como principal correlato, consolidar, plasmar, y “formalizar” a nivel constitucional el paquete de Decretos Legislativos (Decreto Legislativo 662, Decreto Legislativo 674, Decreto Legislativo 757, y Decreto Legislativo 758) que permitió dar inicio a la reforma del Estado en materia económica a inicios de los años noventa, mediante la consagración del principio de subsidiariedad y los procesos de privatización, desregulación para estabilizar la economía del país.” —el subrayado es nuestro—.<sup>19</sup>*

Entonces, un privilegio para una aerolínea con capital estatal y no para los demás competidores afecta la competencia, dado que en la práctica ello conlleva a limitar el acceso a nuevas rutas para los competidores, por lo menos en igualdad de condiciones. Esta sería la razón lógica detrás de establecer este derecho; sino, no se entiende a partir de qué se determina este derecho. Si este es el sustento, claramente se vuelve sumamente peligroso en la práctica este artículo 6, además de ser ilegal e inconstitucional.

De lo contrario, ¿cuál sería la razón para darle prioridad a ALPERU frente a sus competidores en cuanto a la asignación de rutas?

Adicionalmente, el último párrafo del referido artículo nos embarca en una confusión y alerta mayor, toda vez que establece que dicho derecho preferencial se ejercerá sin que signifique un monopolio o exclusividad para ALPERU, en reciprocidad real y efectiva.

En atención a ello, nos preguntamos ¿qué significa en términos prácticos y para este caso que el propio PL mencione que no habrá un monopolio o que no se dará en exclusividad la asignación de rutas?

En la práctica, ¿cómo va a funcionar que ALPERU tenga un derecho preferencial frente los demás competidores?

Muy bien, supongamos que ALPERU tendrá derecho preferencial y que ello no significa que los competidores no vayan a poder seguir el trámite para obtener determinadas rutas. Es decir, ambos ALPERU y competidores convivirían en algunas rutas. Sin embargo, si se aplicase el derecho preferencial durante la tramitación de la obtención de rutas significa por lógica pura y dura que los competidores estarán supeditados a que ALPERU ejerza su derecho preferencial u obtenga la ruta, sino no tendría sentido. Y ello, en la práctica, va a significar retraso en acceder al mercado de esa ruta en específico y una afectación a la permanencia en el mercado de esa aerolínea que debe esperar que ALPERU obtenga los derechos de tráfico aéreo sobre una ruta determinada, retrasando las retribuciones que espera de su inversión. Esto claramente distorsiona el proceso competitivo y afecta las inversiones que las aerolíneas privadas pudiesen realizar en el mercado peruano. Y, claro está, contraviene abiertamente el principio de igualdad de condiciones establecido en el artículo 63 de la Constitución.<sup>20</sup>

19. *Ibíd.*

20. “Artículo 63.- Inversión nacional y extranjera  
La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. (...)”

Finalmente, otro punto comprometedor y peligroso de este artículo 6 del PL recae en lo general de la premisa. Se señala que ALPERU ejercerá la preferencia de los derechos de tráfico aéreo, sin mayor explicación del alcance de lo que en la práctica ello podría significar frente a sus competidores. Por otro lado, esperar que salga un reglamento para que desarrolle esa premisa es un riesgo enorme, conociendo cómo los reglamentos muchas veces exceden las disposiciones de las leyes que regulan.

Este riesgo puede terminar en un “cheque en blanco” con relación al derecho preferencial para la obtención de los derechos de tráfico aéreo. Ello por cuanto, si no se tiene una finalidad y parámetros claros con relación a establecer este derecho preferencial para ALPERU, entonces nos encontramos ante la posibilidad de que dicho derecho sea exigido por ALPERU de manera irrestricta o distorsionada, afectando aún más a los competidores. Por tanto, debemos tener presente cómo este artículo 6 del PL puede afectar seriamente a los competidores en el mercado aeronáutico peruano.

Finalmente, otro punto que debemos tomar en cuenta con relación a que ALPERU ostente un derecho preferente es la cuestión de por qué necesita esta empresa de dicho derecho. Si efectivamente resulta eficiente en el mercado contar con dicha empresa, ¿cuál es la razón por la cual se le tiene que proteger con este derecho frente a sus competidores? Esto hace pensar que ALPERU no tendrá la calidad o los estándares de servicio que se exigen a los competidores. Esto puede generar que la empresa sea ineficiente dado que no parte del proceso competitivo, sino que cuenta con un privilegio frente a sus competidores.

Si ello es así, ¿no nos encontramos ante un riesgo sumamente alto y perjudicial que finalmente recaerá en un sobre costo innecesario para

todos los peruanos? Definitivamente sí, y ya lo hemos experimentado con Tans y Aeroperú, así como con otras empresas estatales que no solo gozaban de privilegios injustificados, sino que eran altamente ineficientes.

Nunca me olvidaré de que para que nos pusieran el teléfono en casa cuando existía la Compañía Peruana de Teléfonos se tardaron 6 años. Durante ese periodo de espera, un día llegaron y dijeron que no podían instalarlo pues faltaba un metro de cable, por lo que tuvimos que esperar un año más. Esta ineficiencia solo nos mantenía incomunicados, la ineficiencia en una aerolínea puede afectar vidas. Por ello es que la aviación es una de las actividades más reguladas, pues no se puede jugar con la vida de las personas.

## V. ASPECTOS COMERCIALES

Uno de los aspectos que también llama la atención de los textos del PL es aquel que indica que los bienes de ALPERU son intangibles.<sup>21</sup>

Como hemos indicado en este artículo, las aerolíneas muchas veces se valen de contratos de utilización de aeronaves para prestar sus servicios. Asimismo, las aerolíneas tienen diferentes actores con los que se relacionan: los operadores de los servicios de ayuda a la aeronavegación como es Corpac, los operadores de aeropuertos, los que prestan los servicios de *groundhandling*, las agencias de viaje, los que prestan el servicio de mantenimiento. Muchos de estos servicios se prestan sin pago adelantado y establecen líneas de crédito. Para que haya estas líneas de crédito todos sabemos que primero se debe acreditar la capacidad de pago, así como demostrar que se tiene bienes sobre los cuales se puedan establecer garantías para el pago. Si los bienes de ALPERU no se pueden embargar, la verdad no sé cómo operará. ¿Pagando por adelantado las aeronaves que cuestan en promedio USD 100 millones? ¿Con

21. Cuarto párrafo del Artículo 3 de uno de los PL:

*“Artículo 3.- Régimen Legal de la Línea Aérea de Bandera del Perú (...)*

*Los ingresos, utilidades, donaciones y recursos de ALPERU S.A.C, de cualquier naturaleza, son intangibles (...).”*



garantía del Estado, es decir de todos los peruanos? ¿Cómo asegurarán el pago de sus acreencias los demás proveedores? No entendemos por qué todos los peruanos debemos asumir estos riesgos con nuestros impuestos.

Otro aspecto importante por considerar es la infraestructura aeroportuaria. En el PL se indica que ALPERU prestará servicios en las rutas desatendidas. No nos dice cuáles como para verificar si existen aeropuertos o, si existiendo éstos, están en la capacidad de atender a los aviones de ALPERU. En este último caso, por ejemplo, se debe verificar si las pistas pueden soportar el peso de las aeronaves de ALPERU. Durante el proceso de reinicio de las actividades de las aerolíneas nacionales se hicieron evidentes dificultades inimaginables: escasez de controladores aéreos, pretensión de operar en horario de oficina cuando esta es una actividad que es 24/7, aspectos climatológicos pues algunos tienen vientos que impiden operarlos, entre otros.

En cuanto a temas de ineficiencia estatal, un directivo de uno de los concesionarios de un grupo de aeropuertos comentó que para que les aprobaran la adquisición de un sistema de aire acondicionado les tomó cuatro años. Asimismo, el aeropuerto de Pisco, que es por excelencia un aeropuerto alternativo al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez — AIJCH, durante muchos años no tenía la capacidad de proveer de combustible a las aeronaves. Finalmente se logró, pero la demora en este proceso también se debió a la falta de celeridad de ciertas autoridades involucradas. No nos olvidemos de que el Estado demoró alrededor de 11 años en expropiar las tierras que eran necesarias para que Lima Airport Partners S.R.L. pudiera iniciar las obras de ampliación del AIJCH. A esto sí es a lo que el Estado debe dedicarse: a ser eficiente en la toma de decisiones para lograr que los concesionarios puedan dar los servicios que la industria y los peruanos requieren.

También se pretende justificar la creación de ALPERU indicando que no hay retorno para el Perú

por la explotación de nuestro espacio aéreo. Les invito a leer el reporte denominado “El Valor de la Aviación” elaborado por la Asociación Internacional de Transporte Aéreo — IATA para el 2019<sup>22</sup>; es decir, pre-pandemia. A continuación, un cuadro resumen en base a dicho reporte que desmiente por sí solo la afirmación contenida en los considerandos del pretendido PL:

**Tabla 2:** Industria aeronáutica en el Perú.

**PERÚ**

**Puestos de trabajo generados**

**Directos:** 33,000

**Indirectos:** 308,000

**PBI:** USD 1.4 mil millones, 2.6% del total

Como se ha detallado, el PL para la creación de ALPERU es una norma constitucionalmente incoherente, altamente contradictoria, y que no ha sido debidamente justificada, como se esperaría para su nivel de impacto e importancia. Más bien, sus proponentes pretenden abordar carencias identificadas dentro de la aviación civil peruana sin proporcionar ninguna evidencia de que la creación de una línea aérea de propiedad parcialmente estatal sea una solución viable para ellas. Tampoco se ha indicado qué zonas son las supuestamente desatendidas. Nótese que no todas las ciudades del mundo tienen servicios aéreos pues ello sería imposible económica y físicamente.

Lo que debemos buscar es la conectividad de todas nuestras ciudades a través de un servicio combinado entre el aéreo, el ferroviario, de ómnibus, fluvial entre otros. Nuestro país está ubicado en una zona privilegiada pues es un centro de conectividad aérea natural que debemos aprovechar atrayendo a nuevas aerolíneas internacionales, a más inversionistas que quieran apoyar el desarrollo de la industria aérea nacional. Ello solo se puede lograr con estabilidad jurídica y un respeto absoluto a los principios consagrados en la Constitución. Nos toca a todos los peruanos exigirlo, y en especial a nosotros los abogados.

22. “El valor de la aviación en Perú”, *Asociación Internacional de Transporte Aéreo*, consultado el 8 de enero de 2022, <https://clac-lacac.org/wp-content/uploads/2020/11/DO-ES-19espPER-2.pdf>