



CONFIEP

"Año de la universalización de la salud"

CONFIEP PRE-154/2020

Lima, 16 de noviembre de 2020

Señor Congresista

Luis Carlos Simeón Hurtado

Presidente Comisión de Transportes y Comunicaciones

Presente. -

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted en nombre de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas – CONFIEP, a fin de expresarle un cordial saludo y a la vez remitirle nuestra opinión institucional respecto del Proyecto de Ley N° 6153 “Ley que crea la Línea Aérea Nacional del Perú” y el Predictamen recaído sobre el referido proyecto.

Agradeciéndole su gentil atención a la presente, hago propicia la ocasión para reiterarle los sentimientos de mi consideración y estima.

Atentamente,

María Isabel León de Céspedes
Presidenta



CONFIEP

OPINION INSTITUCIONAL

I.- Sobre el contenido del Proyecto de Ley presentado y el Predictamen aprobado:

El artículo 1 del proyecto señala que el objeto de la propuesta es la creación de la Línea Aérea Nacional, denominada LAPERU SAC, para llevar a cabo actividades comerciales de transporte aéreo sobre el territorio nacional, de acuerdo con la legislación establecida en el artículo 60° de la Constitución Política del Perú y la Ley 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú.

Asimismo, se establece que LAPERU SAC sería una empresa público-privada, en la que los gobiernos regionales tendrían el 35% de las acciones; mientras que el 65% será inversión privada, sea nacional o extranjera. Asimismo, sus trabajadores estarían bajo el régimen de la actividad privada, y sus ingresos, utilidades y recursos en general serían intangibles y utilizados exclusivamente para su objeto social; es decir, el transporte aéreo seguro, eficiente y económico.

Se señala como finalidades de esta ley, (artículo 4° del Proyecto), la facilitación de la integración interna del Perú así como la interconexión de los principales mercados económicos del mundo, la promoción de un servicio de transporte aéreo de bajo costo de pasajeros (*low cost*) y carga en rutas nacionales e internacionales; así como apoyar servicios aéreos de emergencia sanitaria, desastres naturales, conflicto exterior y otros como línea aérea designada y reserva aérea nacional.

En su artículo 6° establece que LAPERU ejercerá la preferencia de los derechos de tráfico del Perú a nivel internacional, pudiendo realizar convenios, sin que signifique un monopolio ni exclusividad, precisando en su artículo 7° que la empresa tendrá el mismo régimen tributario, de incentivos, garantías y demás condiciones.

LAPERU iniciará operaciones con un capital de 75 millones pagados por las 25 regiones del país a través del Ministerio de Economía y Finanzas, pudiendo hacer aumentos de capital a través de otras fuentes públicas y privadas. La empresa actuará con autonomía administrativa, técnica, económica y financiera; estando excluida del ámbito de la competencia del sistema nacional de inversión pública – INVIRTEPE, así como del OSCE y del FONAFE; haciéndose las modificaciones legales correspondientes a la Ley 27170, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado.

II.- Análisis del Proyecto de Ley y Predictamen:

La Constitución Política del Perú establece en su artículo 60°¹ que el desarrollo de la actividad empresarial del Estado se encuentra sujeto a 3 requisitos: (i) Habilitación

1 Constitución Política del Perú, Artículo 60°:

“Pluralismo Económico

Av. Víctor Andrés Belaunde 147
Real Tres Of. 401, Lima 27, Perú
T(511) 415 2555 F(511) 415 2566
www.confiep.org.pe





CONFIEP

expresa por ley que autorice la actividad empresarial, (ii) el carácter subsidiario de la actividad empresarial, el cual es un mecanismo para respetar el principio de libre iniciativa privada y (iii) que exista un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, que debe sustentar la autorización para que el Estado desarrolle la actividad empresarial, estos requisitos tienen como finalidad que el Estado derive recursos públicos en el desarrollo de actividades que no sean prioritarias.

Sobre la actuación subsidiaria del Estado en la economía, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente²:

“19. Este principio puede concebirse en dos sentidos: vertical y horizontal

La subsidiariedad vertical se refiere a la relación existente entre un ordenamiento mayor -que puede ser una organización nacional o central- y un ordenamiento menor -que pueden ser las organizaciones locales o regionales-, según la cual el primero de ellos sólo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor. Dicha orientación guarda estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico-social.

Por su parte, la subsidiariedad horizontal esta referida a la relación existente entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial.

A través de ambos sentidos, el principio de subsidiariedad se constituye en un elemento de vital importancia para el Estado democrático de derecho, ubicándose entre la esfera de la descentralización institucional y la autonomía de lo social, en cuanto principio que inspira un proceso de socialización de los poderes públicos. Consecuentemente, el principio de subsidiariedad surge en el constitucionalismo moderno como una técnica decididamente útil para lograr la pacificación social o la resolución de los conflictos mediante el respeto absoluto de los derechos y libertades individuales, y tiene como fin la reestructuración del equilibrio entre lo público y lo privado según una adecuada flexibilización que acentúa la concepción democrática del ordenamiento estatal”.

Tal como se observa, dentro del principio de subsidiariedad se conciben dos sentidos: (i) el vertical, donde la organización nacional o central que está por encima del ordenamiento de menor jerarquía, este último compuesto por organizaciones locales o regionales podrá intervenir en aquellos ámbitos que no son competencia del ordenamiento menor. Y (ii) la subsidiariedad horizontal donde en la relación de Estado y ciudadanía se encuentran en el mismo nivel, el primero respeta la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduciendo la intervención pública a lo esencial. Estas concepciones surgen para mantener un equilibrio entre lo público y lo privado y evitar

El estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

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

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

2 Fundamento Jurídico N° 19 del Expediente N° 0008-20003-AI/TC

Av. Víctor Andrés Belaunde 147
Real Tres Of. 401, Lima 27, Perú
T(511) 415 2555 F(511) 415 2566
www.confiep.org.pe



Red Pacto Mundial
Perú
SECRETARÍA TÉCNICA



CONFIEP

así la creación de mayores conflictos sociales al respetar los derechos y libertades individuales.

Asimismo, el rol de Estado debe estar enfocado en la promoción de la libre iniciativa privada y en caso de fallar esta podrá recién ir como reemplazo, tal y como también lo señala el Tribunal Constitucional³:

“23. (...).

En ese orden de ideas, 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”.

De lo expuesto por el Tribunal Constitucional, se entiende entonces que el Estado no puede intervenir en el ámbito que le pertenece estrictamente a la actividad privada, porque ello significaría crear condiciones que alterarían la paz social al ir en contra de las libertades de la persona; el rol del Estado por el contrario, debe estar enfocado en la promoción de estas actividades, y como excepción en los casos donde la actividad privada no esté presente, recién el estado en forma subsidiaria, puede hacerse presente.

Por lo tanto, será justificada la intervención del Estado para ejercer actividad empresarial en el supuesto que no exista una capacidad de iniciativa privada para atender una demanda, y que dicha actividad suponga un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, lo cual justificaría una ley para permitir al Estado su intervención. Por lo que, en los mercados donde ya esté presente el sector privado, no debería haber una participación estatal en donde compita con la empresa privada.

Cabe señalar también que, la legislación nacional, específicamente el artículo 3° del Decreto Supremo N° 034-2001-PCM⁴, en el cual se establece los procedimientos mediante los cuales el FONAFE delimita y autoriza el desarrollo de actividades empresariales con carácter subsidiario del Estado establece la prohibición de actividades empresariales por parte del Estado, sobre todo en donde la oferta de las empresas privadas se considera suficiente para satisfacer la demanda, señalando de forma expresa

3 Fundamento Jurídico N° 23 del Expediente N° 0008-20003-AI/TC

4 Decreto Supremo N° 034-2001-PCM

“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”.



CONFIEP

que tal condición se verifica, salvo demostración en contrario, en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí.

En este sentido, observamos que el proyecto de creación de una línea aérea nacional, no cumple con lo dispuesto en la Constitución, en razón a que, al existir una creciente oferta en los servicios en la actividad comercial de transporte aéreo de pasajeros por parte de la iniciativa privada, el Estado no tendría que actuar subsidiariamente en este sector. Asimismo, el artículo 5° de la Ley 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú, citada en el proyecto, dispone expresamente que la actividad aeronáutica civil en el Perú, está reservada al sector privado y Estado solo podrá hacerla de manera subsidiaria⁵; es decir, nuevamente, cuando no exista iniciativa privada capaz de atender la demanda, de lo cual no existe evidencia expuesta ni sustentos adecuados en el proyecto en su parte expositiva.

Adicionalmente, de la revisión del proyecto no se observa ningún estudio o evidencia que muestre una demanda insatisfecha o una carencia de iniciativas privadas que cubran la oferta del servicio de transporte aéreo en el país. Por tanto, y tal como hemos señalado en forma precedente, al no cumplirse este parámetro, el Estado no debería participar en forma subsidiaria, por lo que no se justifica la creación de una línea aérea o cualquier actividad empresarial estatal.

Por otro lado, de concretarse esta iniciativa empresarial señalada en el Proyecto de Ley, sin que sea necesario el rol de subsidiariedad de Estado, derivando recursos públicos que compitan con los privados, se generarían efectos negativos ya conocidos de experiencias de empresas estatales anteriores⁶; tales como desincentivo de la inversión privada, salidas de capitales y operadores aerocomerciales nacionales y extranjeros; lo cual finalmente trae como consecuencia una reducción de la oferta del mercado de aerolíneas y la consecuente alza en los precios de los pasajes y transporte de carga.

Asimismo, el Proyecto al parecer no considera factores del mercado aerocomercial actual, tales como la presencia de aerolíneas *low cost*, que actualmente y “en tiempo record”, han cubierto ya el 20% de los vuelos comerciales dentro del país, y podrían llegar al 30% en 2021 según la Asociación de Empresas de Transporte Aéreo

⁵ Ley 27261, Ley de Aeronáutica Civil. Artículo 5º.- De la reserva de la actividad Aeronáutica Civil a favor del sector privado 5.1 La actividad Aeronáutica Civil está reservada al sector privado. 5.2 El Estado sólo podrá realizar, subsidiariamente, actividades de Aviación Comercial por alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, previa autorización y en las condiciones establecidas mediante ley expresa.

⁶ Ejemplos de participación estatal fallida en el mercado de las aerolíneas, se demuestran en casos como TANS o AeroPerú.



CONFIEP

Internacional – AETA⁷. En caso de que el Estado invierta en una empresa en el mercado de vuelos low cost, se encontraría en desventaja frente a su competencia, la cual como hemos dicho se encuentra en un rápido crecimiento por su nivel de experiencia, por lo que, sin perjuicio que no habría necesidad, sería además un desperdicio de recursos competir contra estas empresas las cuales tienen mejores perspectivas que una empresa nacional sin experiencia.

Un hecho adicional es que previo a la llegada del COVID19, las líneas aéreas iniciaron operaciones a nuevos destinos dentro del país, lo cual se irá retomando conforme se vayan permitiendo los viajes al interior y fuera del país, según la política del Gobierno. Pero la dificultad de ingreso a nuevas ciudades no pasa por una carencia de oferta de líneas aéreas, sino de limitaciones de los aeropuertos al interior del país, los cuales no necesariamente cuentan con una pista, terminal o torre del control adecuadas para soportar un incremento del tráfico aéreo. En ese sentido, consideramos que en vez de derivar recursos en crear una empresa estatal que no cumple con los requisitos constitucionales de subsidiariedad, al haber oferta privada en el mercado; se deberían destinar esos fondos conjuntamente con los que pudieran disponer los gobiernos regionales, para incrementar o mejorar infraestructura, específicamente para este caso, de aeropuertos adecuados para recibir o aumentar la llegada de aerolíneas, y mejorar así la conectividad.

Por otra parte, el Proyecto establece que LAPERU SAC ejercerá la preferencia de los derechos de tráfico del Perú a nivel internacional, sin que ello quede muy claro, por lo que podrían generarse conductas anticompetitivas que perjudicarían a las empresas ya existentes en el mercado, y desalentaría a aquellas que estuvieran interesadas en venir a operar en nuestro país. Esto va en contra de lo establecido en el artículo 61° de nuestra Constitución, en donde se establece como un deber del Estado la facilitación y vigilancia de la libre competencia.

La creación de una línea aérea con participación estatal no ha sido analizada técnicamente en el presente Proyecto, no hay un análisis Costo-Beneficio, además que no se contemplan los posibles impactos en el mercado del transporte aéreo, en los consumidores, la libre competencia, ni en la economía en general. Así como si bien se menciona el monto del capital social inicial, no hay ningún alcance respecto a los costos totales del proyecto, los cuales serán financiados por los gobiernos regionales con fondos públicos.

En el caso del Predictamen, nos causa gran preocupación la disposición contenida en el artículo 24 del texto sustitutorio propuesto, el cual dispone lo siguiente:

⁷ Fuente: El Comercio. <https://elcomercio.pe/economia/dia-1/low-cost-peru-un-mercado-de-aerolineas-low-cost-viva-air-sky-noticia/>



CONFIEP

Artículo 24 : Hasta que Lima Airport Partners (LAP), Concesionario del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez cumpla con su obligación contractual de construir las áreas de estacionamiento de aeronaves, la segunda pista del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, la nueva torre de control y el nuevo terminal, obras que debieron estar terminadas antes del 2020, se autoriza a que el Estado a través de la Fuerza Aérea del Perú FAP y la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial CORPAC habiliten con tarifas aeroportuarias Low Cost, el aeródromo de Las Palmas en Surco y gestionen el mismo funcionamiento con tarifas aeroportuarias Low Cost el aeropuerto internacional de Pisco, en ambos casos, para ser utilizados como base y sub-base de operaciones de ALPERU.

Esta disposición vulnera directamente el artículo 62 de la Constitución, que dispone lo siguiente:

Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Como se aprecia, ningún contrato puede ser modificado por una Ley, mucho menos un Contrato-Ley. Sin embargo, el artículo 24 del Texto Sustitutorio contraviene las cláusulas del Contrato de Concesión suscrito entre el Estado Peruano y Lima Airport Partners, el cual, en su cláusula 2.5 establece claramente lo siguiente:

2.5. "Garantía del Estado. (...)

Asimismo el Concedente se obliga a no otorgar concesión, autorización o licencia alguna para operar, u operar por sí mismo cualquier nuevo aeropuerto nacional e internacional de uso público que brinde servicios a líneas aéreas comerciales, destinado en forma habitual a la llegada, salida y movimiento de aeronaves, pasajeros y carga en un radio de 150 Km. de la ubicación del Aeropuerto hasta los siete (7) años posteriores al inicio de la puesta en operación de la Mejora contemplada en la Cláusula 5.6.2.1. El Concedente no se encuentra impedido de otorgar concesión, autorización o licencia para operar, u operar por sí mismo cualquier aeropuerto destinado a la salida, llegada, y movimiento de aeronaves cuyo número de asientos sea menor o igual a nueve (9) y cuyo peso máximo de despegue sea menor o igual a cinco mil setecientos (5,700) kilogramos. En el supuesto de autorizar la salida, llegada y/o movimiento de cualquier otro tipo de aeronave de mayor peso o de mayor número de asientos deberá obtenerse, previamente, la aprobación del Concesionario.4"



CONFIEP

De acuerdo con la cláusula transcrita el Estado Peruano no puede autorizar la operación de aeropuertos destinados a actividades aerocomerciales, que se realicen de manera habitual, para pasajeros o carga, en un radio de 150 km de la ubicación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. En tal sentido, el artículo 24 del texto sustitutivo del Predictamen contraviene la mencionada cláusula al autorizar la realización de actividades aerocomerciales en el aeródromo de Las Palmas en surco, al encontrarse dentro del radio de 150 Km establecido en el contrato, vulnerando claramente el mandato del artículo 62 de la Constitución.

Finalmente, es preciso mencionar que el Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal establece en su artículo 14.3 lo siguiente:

14.3.-La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60o de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial.

La mencionada disposición ha originado incluso la expedición de un Precedente de Observancia Obligatoria expedido por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI recaído en el Expediente N° 201-2008/CCD, el cual adjuntamos para que se tenga en cuenta en el análisis del Predictamen aprobado.

III.- CONCLUSIONES

Por las consideraciones expuestas, la CONFIEP emite su opinión contraria al Proyecto de Ley 2183, considerando que:

- La Constitución Política del Perú establece 3 restricciones para que el Estado no realice actividad empresarial y derive recursos en áreas donde no es necesaria su intervención. Estas son:
 - Habilitación expresa por ley.
 - Que realice la actividad en forma subsidiaria.
 - Tiene que existir un alto interés público o manifiesta conveniencia social.
- El Tribunal Constitucional ha señalado que la intervención del Estado en la actividad privada significa crear condiciones que alteran la paz social por ir en contra de las libertades de la persona.
- El Estado como excepción podrá realizar actividad económica en aquellos espacios en donde la actividad privada no esté presente. Hay una prohibición expresa para que el Estado desarrolle actividades empresariales en los mercados



CONFIEP

en donde la oferta de las empresas privadas es suficiente para satisfacer la demanda existente (Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, Art.3).

- El proyecto de ley bajo comentario atenta contra el artículo 60° de la Constitución Política del Perú, al no cumplir con el principio de subsidiariedad del Estado.
- No hay una data ni evidencia técnica que sustente la necesidad de una línea aérea estatal en el mercado; más aún en un mercado donde existe oferta privada.
- La evidencia de casos anteriores en los cuales el Estado ha querido participar en el mercado aeronáutico –o en cualquier sector- han sido fallidas, tales como el caso de TANS o Aeropuerú, los cuales terminaron generando deuda pública que terminaron pagando los contribuyentes y sus efectos en el mercado fueron el desincentivo de la inversión privada, detrimento del servicio y el alza de los precios.
- La falta de conectividad del país no pasa por falta oferta aerocomercial, sino de falta de infraestructura con aeropuertos adecuados para recibir o incrementar su tráfico aéreo.
- El rol del Estado no es competir con los privados, sino fomentar la libre competencia, según lo establece el artículo 61° de la Constitución, y crear así las condiciones para que se incremente la oferta de operadores aeronáuticos al país a fin de ampliar y mejorar la oferta en beneficio de los consumidores.
- El artículo 24 del Texto Sustitorio aprobado en el Predictamen vulnera el artículo 62 de la Constitución que establece que ningún contrato puede ser modificado por una Ley. Ello, en tanto el artículo 24 contraviene lo dispuesto en la cláusula 2.5 del Contrato suscrito entre el Estado Peruano y Lima Airport Partners que impide que el Estado pueda autorizar el funcionamiento de aeropuertos con fines aerocomerciales en el un radio de 150 Km de la ubicación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez y también al cambiar el destino de la retribución del concesionario al estado peruano.
- La actividad empresarial del Estado que vulnera el Principio del Rol Subsidiario es considerada un acto de competencia desleal, conforme a lo establecido en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.