

El Concepto de Línea de Bandera, los Servicios Aeroportuarios y el Rol Subsidiario del Estado

Miguel Mena Ramírez*

El Estado ha demostrado no ser bueno para los negocios, la ineficiencia de las actividades comerciales realizadas por el Estado Peruano, así como de otros Estados en todo el mundo, lo demuestran. Esto sucede porque el Estado tiene la finalidad de lograr el bien común para todos los habitantes, teniendo siempre a subsidiar todos los servicios que brinda, ya que se estima que así la mayor parte de personas tendrán acceso a aquellos. No obstante, la realización de este tipo de actividad no solo genera grandes pérdidas y deudas para el Estado, sino también la ineficiencia del servicio.

Así, el autor analiza las posibilidades de sobrevivencia que tendría la creación de una línea de bandera en los servicios aeroportuarios, dado el conocido plan de gobierno del ahora presidente Ollanta Humala. Tomando como punto de partida la situación actual de los servicios aeroportuarios a nivel global, el autor se sustenta en el rol subsidiario del Estado, consagrado en el artículo 60° de nuestra Constitución vigente, para desvirtuar la viabilidad de una futura línea de bandera en nuestro país.

I. Introducción

En el curso de los últimos años ha resurgido en Latinoamérica el concepto de la aerolínea estatal para explotar los derechos aerocomerciales que los respectivos gobiernos ceden a las empresas de transporte aéreo.

La corriente se ha desarrollado en los países cuya política es de corte socialista como Venezuela, Bolivia, Ecuador, Argentina y, es probable, que también se ejecute en el Perú con la reciente asunción del Presidente Ollanta Humala.

Consideramos que un proyecto de aerolínea estatal en el Perú tiene poco futuro y tiene visos de un nuevo fracaso como ha sucedido con anteriores ejemplos en nuestro país y viene sucediendo en la región.

Por ello, a continuación, desarrollamos nuestra opinión fundamentada para que se tenga presente en el devenir del futuro aerocomercial del Perú.

El Plan de Gobierno original del candidato de la agrupación Gana Perú, hoy presidente de la nación, ha señalado en lo que se refiere a los servicios de Aeropuertos y Transporte Aéreo lo siguiente:

Se revisarán y se renegociarán los contratos de concesión de la administración de los aeropuertos concesionados y se restituirá la operación y administración de los mismos con participación mayoritaria del Estado peruano

y la participación minoritaria del sector privado. Se reactivará la industria aeronáutica y se creará la línea aérea de bandera, que será una empresa constituida con inversión pública o público-privada, a fin de satisfacer prioritariamente las necesidades de los pueblos del interior del país, y a la vez, ser competitivos en el mercado nacional e internacional. Se revisarán las normas que otorgan licencias de operación a los diferentes operadores del espacio aéreo peruano.¹

En forma concordante con lo señalado en el plan de gobierno original, el presidente de la Confederación Nacional de Instituciones Empresarial Privadas-CONFIEP mostró su conformidad con la eventual creación de una aerolínea de bandera para generar mayor "competitividad" en el sector, luego de su reunión con el presidente electo, hace unos días.

Adicionalmente a ello, al momento de elaborar este ensayo se indicaba en los medios periodísticos que se refluotaría AEROPERÚ.²

De igual modo, en el mensaje a la Nación el 28 de julio del año en curso, el presidente ha ratificado la necesidad de la aerolínea de bandera para ser competitivos en el mercado nacional e internacional.

Más aún, el presidente, probablemente sin saberlo, ya cuenta con un plan para implementar la aerolínea de bandera que hoy genera discusión en el sector aerocomercial.

* Abogado, Miembro Plenario de ALADA, Profesor de Derecho del Transporte de la Universidad de Lima y de la Universidad San Ignacio de Loyola, Jefe del Área de Derecho Aeronáutico del Estudio Grau.

1 Págs. 85 y 86 del Plan de Gobierno, Página Web del Jurado Nacional de Elecciones.

2 CORREO, martes 28 de junio de 2011, pág. 7.

En efecto, se trata del proyecto de Ley 3519/2009-CR, presentado al Congreso por la congresista Susana Vilca Achata, miembro de la bancada nacionalista, hace casi dos años, para ser más exactos el día de la Aviación Civil-22 de setiembre de 2009, que establece la creación de la Línea de Bandera del Perú (ADPERU SAC).

Según esa propuesta, que no se llegó a discutir en el pleno, la nueva aerolínea se formaría con 60% de capital nacional y 40% de inversión privada, que podría ser extranjera siempre que provenga de un país "sin diferendos limítrofes con el Perú".

Adicionalmente a ello, existe un proyecto de ley adicional que se ha puesto a discusión en el seno de la Comisión de Transportes del Congreso de la República.

Como se puede apreciar, existen diversas y respetables opiniones sobre la conveniencia de crear una aerolínea de bandera con la finalidad de ser más competitivos en los mercados nacional e internacional.

Por ello considero que es necesario analizar si resulta conveniente la creación de una aerolínea de bandera y la intervención del Estado en la industria aerocomercial y en el sistema aeroportuario y si ello es concordante con el artículo 60 de la Constitución Política del Estado que establece el rol subsidiario del Estado en la economía.

II. Antecedentes - Los Derechos Aerocomerciales

1. El transporte aéreo tiene una innata aptitud internacional que se enfrenta con la soberanía y los derechos de los Estados sobre los cuales circula la aeronave.

Con relación al principio de soberanía, los Estados han elaborado normas que regulan la circulación aérea, desde hace más de seis décadas, y en la Conferencia de Chicago, celebrada en diciembre de 1944, es donde se adopta el principal tratado multilateral vigente que reglamenta las relaciones generadas por el transporte aéreo entre los Estados, integrantes de la Organización de Aviación Civil Internacional-OACI, que también se creó en aquella oportunidad por el tratado internacional más conocido como el Convenio de Chicago.

2. En términos generales, los principios de política aérea pueden ser agrupados en dos posiciones jurídicas-económicas: los denominados "Cielos Abiertos" y la "Libertad Regulada del Aire" o Predeterminación de la Capacidad, las mismas que en 1944 fueron las corrientes contrapuestas y antagónicas durante la discusión de los términos del Convenio de Chicago.

La política de Cielos Abiertos liderada por Estados Unidos y Holanda hasta nuestros días guarda estrecha relación con el liberalismo económico.³

La otra posición, orientada por la Gran Bretaña en la década de los 40, en razón de su poca capacidad para enfrentar los "Cielos Abiertos", dado que su aviación había sido diezmada por efectos de la Segunda Guerra Mundial, era de naturaleza intervencionista.⁴

De acuerdo a lo señalado por el jurista argentino Mario Folchi la expresión "Cielos Abiertos" alude a un concepto aeropolítico y como tal, puede aplicarse como criterio de regulación para los servicios aéreos internacionales. En la actualidad, se habla tanto de "política de cielos abiertos" como de "acuerdos de cielos abiertos".⁵

La política de "Cielos Abiertos" fue definida hace poco tiempo durante las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Especial celebradas en Antigua, Guatemala en mayo de 2001. En dicha oportunidad los participantes señalaron que la política en mención es un conjunto de acciones públicas y privadas, tendiente a la eliminación de los límites a la oferta de capacidad en el ámbito internacional, supeditando los aspectos regulatorios a la fuerza del mercado.⁶

3. En cuanto a los acuerdos de cielos abiertos, pueden ser definidos como aquellos que celebran dos o más Estados por los cuales la explotación de servicios aéreos se realiza entre ellos libremente por las líneas aéreas designadas por los respectivos gobiernos en cuanto a capacidad ofrecida, frecuencias y tipo de aeronaves.⁷

4. La otra política de libertad regulada está en manos del Estado intervencionista y limita la capacidad, frecuencia y tipo de aeronaves designadas para explotar el tráfico aéreo.

De esta forma, basándose en esta última corriente, el Estado busca proteger a su aerolínea nacional de una oferta sobredimensionada de las compañías de los países desarrollados, regulando la competencia mediante la predeterminación de la capacidad de las aeronaves y de línea aérea del país más desarrollado. Bajo esta política las operaciones de cada aerolínea se basan en el principio de reciprocidad, lo que significa que lo que busca es que dichas operaciones sean las mismas en lo que a volúmenes de tráfico transportado por una y otra aerolínea respecta, con prescindencia de las posibilidades de oferta de cada una de ellas.⁸

5. A partir de 1995, Estados Unidos relanzó su política sobre el transporte aéreo internacional, bajo la dirección de su Secretario de Transporte, el señor Federico Peña.

3 Deja las decisiones relativas a la capacidad y las frecuencias (de las aeronaves) en manos de las propias aerolíneas y postula principios de libre competencia y libre empresa, con miras a un servicio cuyo fin último es el público, el que, en definitiva, se beneficiará con una operación diversificada en sus características y sus tarifas, la que a su vez redundará (...) en la mayor eficiencia de las empresas de aviación. OSTOJA LA. Alfredo, El Perú y sus Relaciones de Tráfico Aéreo, en Relaciones Internacionales del Perú, CEPEI, Lima, 1986, pág. 168.

4 Concibe el tráfico aéreo de cada país como un recurso natural a ser explotado por las aerolíneas nacionales o bien por las de otros países, en la medida que confieran a su contraparte local prerrogativas similares a las que ellas obtenga. OSTOJA, Ob. Cit. Págs. 168-169.

5 FOLCHI Mario, La Convención de Chicago de 1944 y la Política de Cielos Abiertos, publicada en Avia Global, 17 de diciembre de 2003, www.aviaglobal.com, 13 de mayo de 2004, pág. 5.

6 FOLCHI M. Ob. Cit. Pág. 5.

7 Ibid.

8 El fin ulterior de esta política parecería ser pues la preservación de la aerolínea nacional, única manera de garantizar que los beneficios políticos y económicos de la aviación internacional sean debidamente percibidos por el país de bandera. Ibid. Pág. 169.

Dicha propuesta se basa en el hecho de que la nueva política brinda a los consumidores y las aerolíneas mejores opciones de servicio, con costos que reflejan operaciones económicamente eficientes y que trabajen mejor: i) para ampliar el mercado de la aviación internacional; ii) para aumentar las oportunidades de las aerolíneas con el fin de que puedan expandir sus operaciones; iii) para incrementar la productividad y las oportunidades de empleo de alta calidad dentro de la industria de la aviación; iv) consignar las necesidades de transporte aéreo y defensa nacional; y v) para promover exportaciones aeroespaciales y generar crecimiento económico general.⁹

Desde esa fecha Estados Unidos ha desarrollado una agresiva campaña para la suscripción de convenios bilaterales con diversos Estados con la finalidad de liberalizar el transporte aéreo. Si bien en 1992 ya había suscrito el primer convenio de cielos abiertos con el Reino de los Países Bajos, el año 1995 fue un año muy productivo para los negociadores de los Estados Unidos, que alcanzaron veinte nuevos acuerdos sobre aviación, es decir, más del doble del total alcanzado en entre 1990 y 1995.¹⁰

La fórmula propuesta por Estados Unidos a inicios de 1990, era muy sencilla: si un país convenía con su política de cielos abiertos, podía efectuar alianzas con las aerolíneas norteamericanas, y se aprobaban convenios de código compartido con una posible inmunidad antimonopolios. La fórmula resultó y los acuerdos de cielos abiertos se convirtieron en el principal objetivo de la política aérea de los Estados Unidos.

Así en 1995 suscribió acuerdos liberales o de cielos abiertos con los siguientes Estados: Canadá, Ucrania, Suiza, Suecia, Perú, Noruega, Luxemburgo, Islandia, Finlandia, Dinamarca, Bélgica, Austria, Reino Unido, Brasil, Hong Kong, Filipinas, Macao, India, República Checa y China.

En agosto de 2001, Estados Unidos había suscrito más de 50 acuerdos bilaterales de cielos abiertos y además un convenio de cielos abiertos con cuatro socios en APEC.

En marzo de 2006, se suscribió el histórico tratado de cielos abiertos entre Estados Unidos y la Unión Europea, liberalizando el tráfico aerocomercial en el Atlántico Norte, lo que ha generado notables beneficios para los usuarios y un importante desarrollo de tráfico para las aerolíneas de ambos bloques económicos y el crecimiento sostenido. Un área de tráfico que abarca el 70% del transporte aerocomercial mundial.

Sin embargo, dada la contraposición existente entre la política de Cielos Abiertos y la de Libertad Regulada, con intervención del Estado, como ente protector del interés nacional, existen gobiernos que se niegan a suscribir la política propuesta por Estados Unidos como Japón, Ecuador y Venezuela.

6. En teoría y como principio básico, la relación entre el transporte aéreo y el Derecho Aéreo permite la organización y explotación de las denominadas Libertades del Aire, las cuales constituyen los puntos centrales de discusión, negociación y suscripción de todos los tratados, convenios, acuerdos o actas de entendimiento que existen en el ámbito aéreo.

Dichas libertades son cinco y se clasifican en técnicas y comerciales, conforme se detalla a continuación:

- a) **Primera:**
Consiste en el derecho de sobrevolar el territorio del Estado que la otorga, es decir, el privilegio de volar sobre el territorio de cualquier otro Estado sin aterrizar. (Derecho de Sobrevuelo).
- b) **Segunda:**
Es el privilegio de aterrizar para fines no comerciales. Permite efectuar escalas técnicas en el territorio del Estado que la otorga a fin de reabastecer de combustible, alimentación, reparar la aeronave, etc. (Derecho de Escala Técnica).

Estas dos primeras libertades son las llamadas Libertades Técnicas por la doctrina especializada.

- c) **Tercera:**
Consiste en el derecho que tiene la aerolínea de un país de desembarcar en un segundo país pasajeros, carga o correo, embarcados en el país de origen de la aerolínea. Por ejemplo, la autorización que tiene COPA de Panamá para transportar pasajeros entre Panamá y Lima.
- d) **Cuarta:**
Consiste en embarcar en el país concedente, pasajeros, carga o correo para transportarlo al territorio del Estado de la nacionalidad de la aerolínea. En otras palabras, es el privilegio de recoger pasajeros, carga o correo destinados al territorio del Estado de nacionalidad de la aerolínea. Por ejemplo, la autorización que tendría COPA de Panamá de recoger pasajeros de Lima y transportarlos a Panamá.
- e) **Quinta:**
Es el privilegio de tomar pasajeros, carga o correo destinados al territorio de cualquier otro Estado y el privilegio de desembarcar pasajeros, carga y correo procedente de cualquiera de dichos territorios. Faculta a embarcar en el país concedente, pasajeros, carga y correo para transportarlos a un país que no es el del Estado de nacionalidad de la aeronave. Por ejemplo, la autorización que tendría la línea aérea holandesa KLM para embarcar pasajeros, carga o correo en Lima, y poder transportarlos a Milán-Italia.

La Tercera, Cuarta y Quinta Libertades del Aire son las llamadas Libertades Comerciales, también denominadas

9 Texto Final de la Ponencia del señor Federico Peña, Secretario de Transporte de los Estados Unidos de Norteamérica, en Boletín Informativo de la Revista de AITAL, págs. 1-2, Bogotá, junio de 1995.

10 MC KENNA Edward, Aviation Daily, enero 4/96, publicado en el Boletín Informativo de AITAL N° 29, marzo-abril 1996, Pág. 18.

Derechos de Tráfico, puesto que se refieren al derecho de transportar tráfico aéreo de manera remunerada.

Los derechos de tráfico, si bien son la razón de ser de las aerolíneas, pertenecen primariamente al Estado, que concede o autoriza su explotación.¹¹ Los pactos que las aerolíneas pretenden efectuar sobre tales derechos son celebrados en realidad, con relación a un bien que les es ajeno.

“Una aerolínea de bandera no tiene necesariamente que ser una empresa totalmente pública, pudiendo tratarse de empresas mixtas donde el estado mantiene una participación elevada (...)”

De acuerdo a la definición elaborada por los tratadistas argentinos Mario Folchi y Eduardo Cosentino, los derechos aerocomerciales incluyen los servicios regulares así como los no regulares, o *charters*.

En efecto, ellos dicen que podrían definirse los derechos aerocomerciales señalando que son aquellos que los Estados se conceden en forma bilateral o multilateral para embarcar y desembarcar pasajeros, correo y carga en servicios regulares o no regulares de transporte aéreo y que son ejercidos por sus explotadores respectivos.¹²

7. El Derecho Aéreo denomina convenio bilateral a todos aquellos acuerdos o tratados celebrados, como su nombre lo dice, entre dos partes (Estados), a fin de intercambiar las Libertades del Aire y de crear un marco normativo para sus relaciones aerocomerciales.

Como se sabe y señalamos en líneas precedentes, el Convenio de Chicago fue materia de controversia entre dos posiciones antagónicas.

Estados Unidos y Holanda querían un régimen irrestricto de libertades, el primero por la experiencia captada durante la Segunda Guerra Mundial, el exceso de capacidad en su flota de aeronaves y su poderío económico. Holanda sustentaba esa posición porque era propietaria de una poderosa aerolínea y no tenía tráfico propio que le permitiera explotar y desarrollar.

Otros estados encabezados por Gran Bretaña, que poseían aerolíneas con poca capacidad, y que habían sufrido los embates de la guerra en sus propios territorios, se opusieron a la libertad irrestricta y sobre

todo, a la aplicación de la Quinta Libertad del Aire. Por esta razón preconizaron sus limitaciones en aras de protección de su aviación civil internacional frente a la poderosa competencia extranjera.

En Chicago se propuso un Acuerdo de Tránsito limitado a las dos primeras Libertades del Aire (de sobrevuelo y de escala técnica), y un Acuerdo de Transporte que comprendía la Tercera, Cuarta y Quinta Libertades con la finalidad de consagrar la libertad absoluta de transporte aéreo en el mundo.

Los Estados participantes aprobaron el Acuerdo de Tránsito y rechazaron el Acuerdo de Transporte, en razón de que consideraban que mediante este convenio se concedería una supremacía inconveniente a los Estados Unidos.

Atendiendo a que fracasó la negociación del Acuerdo de Transporte Aéreo con la finalidad determinada de liberalizar la Tercera, Cuarta y Quinta Libertades en un tratado multilateral, los Estados recurrieron a los tratados bilaterales para la organización y la explotación de los servicios aéreos.¹³

Para Videla Escalada, la solución para dicho enfrentamiento se buscó en la distinción entre los servicios de transporte aéreo regular y no regular, categorías para las cuales se establecieron regímenes diferentes.¹⁴

Como consecuencia del Convenio de Bermuda se generalizó la negociación y explotación de los derechos comerciales mediante acuerdos bilaterales, lo que ha tenido como consecuencia que el régimen vigente en el intercambio de derechos aerocomerciales se haya plasmado en más de tres mil instrumentos internacionales debidamente inscritos en la OACI, lo que si bien no ha permitido la uniformidad de cláusulas; demuestra que entre dichos convenios existe una considerable analogía.¹⁵

Esta situación ratifica la internacionalidad del tráfico y del Derecho Aéreo, facilitando la suscripción de este tipo de acuerdos, la búsqueda de uniformidad que ha planteado y ha desarrollado la OACI, mediante la Circular 63-AT/6 que constituye el manual de cláusulas administrativas de los acuerdos bilaterales de transporte aéreo de la OACI.

No obstante ello, queda claramente establecido que la negociación, celebración, suscripción y ejecución queda en manos de la voluntad de las partes y de los intereses aerocomerciales involucrados, como dicen Folchi y Cosentino.

11 NAVEAU Jacques, *International Air Transport in the Changing World*, Bruselas, 1989, Pág. 87, citado por PRESTO de González Alicia y otros en *El Código Compartido*, Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial-ALADA, Buenos Aires, noviembre de 1998, Pág. 29.

12 FOLCHI Mario y COSENTINO Eduardo, *Derecho Aeronáutico y Transporte Aéreo*, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1997, Pág. 218.

13 Sobre el bilateralismo la Dra. Elizabeth Winstanley nos dice: Es a partir de 1944 (...) que las relaciones aerocomerciales adoptan preferentemente esta forma bilateral, ante la imposibilidad de lograr acuerdos sobre un sistema internacional, multilateral de intercambio de derechos aerocomerciales. La consecuente firma del Acuerdo de Bermudas, entre Gran Bretaña y Estados Unidos (febrero de 1946), fue el primer intento por llenar este vacío. Firmado por quienes habían encabezado los intereses contrapuestos durante la Convención de Chicago, el Acuerdo de Bermudas devino en el prototipo de acuerdo bilateral en derecho aerocomercial, creando un sistema jurídico original. Su estructura se convirtió así en la estructura de todo convenio bilateral posterior". WINSTANLEY Patio Elizabeth, *Análisis del Estado Actual de las Relaciones Aerocomerciales entre los Países de la Subregión Andina*, JUNAC, Lima, agosto de 1989, Pág. 4.

14 VIDELA ESCALADA Federico, *Manual de Derecho Aeronáutico*, Buenos Aires, 1979, Pág. 41.

15 Cabe sin embargo, señalar que existen otros factores que contribuyen aún hoy a que los Estados conduzcan preferentemente sus relaciones comerciales de forma bilateral: las razones de interés comercial de las empresas aéreas, las exigencias en materia de seguridad, las relaciones generales existentes entre los Estados, manifestación de la "politicidad" del Derecho Aeronáutico", las discrepancias en cuanto a la manera de determinar la capacidad, en los servicios de transporte aéreo internacional. FOLCHI Mario y COSENTINO Eduardo, *Ob. Cit.* Pág. 220.

Se concluye que de la regla general resulta el bilateralismo en la explotación de los derechos aerocomerciales entre los Estados, siendo excepcionales los convenios multilaterales.

No obstante lo señalado, si bien existe una tendencia hacia la suscripción de convenios multilaterales, la regla general es la suscripción de convenios bilaterales. El ejemplo más didáctico resulta ser la suscripción de acuerdos liberales efectuada por Estados Unidos con más de 50 países hasta agosto de 2001.

III. Concepto de Línea de Bandera

1. Las aerolíneas conforman el aspecto subjetivo del transporte aéreo. Para el efecto, el bien de mayor importancia económica y el que define a la empresa de transporte aéreo es la aeronave. Así la posesión o disponibilidad de una aeronave, resulta obligatoria para que una empresa pueda ser considerada aeronáutica, y en consecuencia participar en el tráfico jurídico como tal.¹⁶

Adicionalmente a ello, las empresas de transporte aéreo requieren para su ejercicio además de las condiciones que establecen las normas mercantiles, de la autorización, concesión o titulación administrativa otorgadas por el Estado.

En este caso sólo nos remitimos al aspecto de la forma y condiciones en las que la administración otorga lo que se ha establecido como concesiones y autorizaciones (llamados también certificados de explotador, permisos de operación o de vuelo en nuestra legislación) que habilitan a la empresa para el ejercicio de su actividad de transporte aéreo, tanto nacional como internacional, teniendo en consideración su carácter de empresa nacional o extranjera.

2. Como señalan Tapia Salinas y Vázquez Parada el sistema concesional o de autorizaciones es de carácter universal, en razón de que el ejercicio de la actividad del transporte aéreo no es enteramente liberal porque requiere de la autorización estatal que garantiza por parte de la aerolínea el cumplimiento de una serie de requisitos de capacidad (técnica, económica, legal).

Esta regulación de la libertad no debe confundirse en absoluto con la existencia de un régimen liberal de carácter netamente político-aéreo, según las concepciones de cada Estado. En efecto, una autoridad aeronáutica puede ser muy severa en el otorgamiento de concesiones o permisos para operar en el ámbito aeronáutico y mantener, en cambio, un régimen liberal en el cual se permita la libre competencia y viceversa.

El procedimiento y la forma mediante el cual un Estado se reserva el derecho de otorgar concesiones varían según los países, las circunstancias y las clases de permiso de que se trate. Por ejemplo, será más exigente para una empresa obtener un permiso de operación de transporte aéreo internacional, en razón de que las exigencias de capacidad técnica, económica

y legal son mayores que para el otorgamiento de un permiso de operación de transporte aéreo nacional o un permiso de vuelo.

3. El procedimiento más desarrollado en la mayoría de Estados americanos, incluyendo a Estados Unidos de Norteamérica es el denominado de audiencia pública y tiene su fundamento precisamente en la publicidad, en la igualdad de oportunidades, en la posibilidad de oposición de otras empresas afectadas, en el respeto a situaciones o intereses adquiridos, en la relación derivada de los convenios bilaterales, etc.

Se basa en la relación entre las aerolíneas y la administración aeronáutica, que actúa como tribunal administrativo especializado. Generalmente, ante la autoridad aeronáutica se efectúa la audiencia de los solicitantes de una concesión para operar determinadas rutas de transporte aéreo con un procedimiento preestablecido, a fin de que los terceros afectados puedan formular oposición al otorgamiento de la concesión y emitir la resolución del permiso o autorización.

4. La aerolínea de bandera es la compañía designada por un estado para ejercer y explotar los derechos aerocomerciales que se han señalado en líneas precedentes. En otras palabras es una compañía que puede ejercer en representación del Estado que la ha designado la tercera, cuarta y quinta libertades del aire.

Se trata de lograr la preservación de la aerolínea nacional para garantizar que los beneficios políticos y económicos de la aviación internacional sean debidamente percibidos por el país de bandera.

Se trataba de una organización con fuerte intervención o propiedad estatal que representaba la bandera del país donde se había constituido y que básicamente dependía de la política aerocomercial del Estado que la autorizaba. Por ejemplo, Lufthansa, antes de su proceso de privatización o AEROPERÚ durante el gobierno militar.

5. Para un sector de la doctrina, con un principio en desuso, se considera línea de bandera a aquella que tiene participación accionarial del gobierno local; son las llamadas "abanderadas" o "líneas de bandera" que generalmente poseen el monopolio de los vuelos internacionales. Se trata de un concepto más político que comercial.

Algunos países, como Japón, tienen más de una "abanderada", en el caso de Japón All Nippon Airways (ANA) y Japan Airlines. De igual modo, en el Perú LAN Perú y TACA se podría decir que son las aerolíneas designadas, pues ejercen los derechos aerocomerciales del país sin participación del Estado en su dirección y accionariado. En otras palabras, son aerolíneas privadas que explotan los derechos que les otorga el Estado peruano.

Una aerolínea de bandera no tiene necesariamente que ser una empresa totalmente pública, pudiendo tratarse

16 PARADA Vázquez José Daniel, La Relación Aeronáutica, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales-CEDECS Editorial S.L. Barcelona, 1998. Pág. 50.

de empresas mixtas donde el estado mantiene una participación elevada, como fue el caso de Aerolíneas Argentinas, en la cual el Estado argentino poseía un participación de 10% del accionariado antes de su reestatización por el gobierno de Kirchner.

Algunos países, entre los que destaca Estados Unidos, nunca han tenido líneas de bandera. En efecto, lo que han desarrollado es el concepto de instrumento elegido o aerolínea designada y así operan varias empresas ejerciendo los derechos aerocomerciales que concede el Estado norteamericano. Ello tiene como consecuencia que operen hacia y desde Lima varias compañías como American Airlines, Delta, Continental, Spirit y próximamente United, en virtud del convenio aerocomercial entre Estados Unidos y Perú.

6. Las aerolíneas tradicionales (en contraposición con las aerolíneas de bajo costo) se han caracterizado institucionalmente porque se crearon y surgieron por sus vinculaciones con los gobiernos, bajo el derogado criterio de las denominadas aerolíneas de bandera o instrumentos del Estado, denominados en algunos casos como el instrumento ejecutor de la política aérea (Estados Unidos, Argentina y Perú, por citar algunos ejemplos).

Además eran usufructuarias de los convenios internacionales mediante los cuales los Estados se otorgaban los derechos de tráfico (Tercera, Cuarta y Quinta Libertades del Aire).

En efecto, en Estados Unidos de América las aerolíneas inicialmente estuvieron vinculadas a las concesiones postales y posteriormente formaron parte de su política aerocomercial, pese a ser enteramente privadas y fueron consideradas instrumentos del Estado, inclusive luego del proceso de liberalización a partir de 1978.

En Europa y Latinoamérica, las aerolíneas surgieron como empresas privadas y a partir de la década de los treinta fueron estatizadas y formaron parte del aparato estatal.

Sin embargo, ese concepto ha desaparecido por efecto de las políticas que han permitido el desarrollo del transporte aéreo como el cambio de un sistema regulado a la liberalización por efecto de las políticas norteamericana de 1978 y la desregulación europea ejecutada entre 1987 y 1993.

7. Otro aspecto por el cual el concepto no es el más idóneo es la formación de alianzas estratégicas mundiales de transporte aéreo.

Existen varios factores que han generado la proliferación de alianzas de aerolíneas a nivel mundial. La relación que sigue no es exhaustiva, pero da una muy buena idea del porqué las compañías de transporte aéreo han decidido aliarse entre sí.¹⁷

Las alianzas entre aerolíneas optimizan el modelo de Hub o radial, ya que permite el enlace de los centros de distribución de sus socios, aumentando de esta forma el número de frecuencias y destinos para cada aerolínea.

Asimismo, otra característica de la evolución del transporte aéreo ha sido el establecimiento de fusiones, alianzas y acuerdos de cooperación entre empresas de transporte aéreo con objetivos estratégicos y la concentración que se ha generado en la industria.

El mundo ha cambiado: actualmente no existen "compañías de bandera" en el sentido de empresas oficiales (de propiedad del Estado) ni son el "*chosen instrument*" (el instrumento elegido) de sus respectivos gobiernos, e inclusive se discute la validez del antiguo concepto de "propiedad sustancial y control efectivo" de las aerolíneas. Dentro de la creciente globalización de esta industria lo importante son las aerolíneas. Por ello las alianzas se han desarrollado con la finalidad de lograr mejores conexiones, ingresos, aumento de destinos y facilidades para los usuarios.

En la región precisamente en sentido contrario de lo que está sucediendo en el mundo, las aerolíneas estatales de Argentina, Bolivia, Ecuador y Venezuela no participan en estos acuerdos o alianzas porque, por su baja *performance*, no califican para ser consideradas en estos sistemas de conexión interlineal y de comercialización que le dan muchas ventajas a los consumidores.

8.- De igual modo, el concepto de línea de bandera que implicaba la exclusividad en la explotación de los derechos aerocomerciales prácticamente ha desaparecido por los principios de multidesignación que existe en los convenios de transporte aéreo entre Estados. Así tenemos el convenio de servicios de transporte aéreo entre Estados Unidos y Perú, el convenio entre Chile y Perú, entre España y Perú y la Decisión 582 de la Comunidad Andina de Naciones, que se citan a modo de ejemplo.

A continuación, se detallan las normas más importantes relacionadas con la designación de aerolíneas de conformidad con lo establecido en la Decisión 582:

- El artículo 11 contiene el principio de multidesignación al disponer que los Países Miembros pueden designar a una o más líneas aéreas con permiso de operación vigente para la realización de servicios de transporte aéreo internacional regular de pasajeros, carga y correo, en cualquiera de las rutas dentro de la subregión, garantizando el libre acceso al mercado y sin ningún criterio de discriminación.¹⁸
- El artículo 12 establece que para efectos de la Decisión, se entiende por línea aérea (el segundo párrafo del artículo 1 de la Decisión 320 decía empresa nacional de transporte aéreo) susceptible a

17 DUERI Eduardo, Las Alianzas Estratégicas entre Líneas Aéreas, Origen, Elementos, Aspectos Contractuales, publicado en Boletín AITAL N° 62, setiembre-octubre de 2001. Pág. 5.
 18 Sobre el primer párrafo de esta norma Agustín Vaca dice lo siguiente: Con relación al texto de la Decisión 320 consideramos que básicamente trata sobre los aspectos formales de la múltiple designación y soslaya temas de gran trascendencia, tales como la posibilidad de que determinadas rutas puedan ofertarse y otras en cambio no ser debidamente atendidas. Recordamos al respecto que países con mayor desarrollo aerocomercial como los de la Comunidad Económica Europea, efectuaron una liberalización progresiva del transporte aéreo y en su primer "paquete de medidas" aceptaron el principio de múltiple "en régimen de país a país" pero sin que exista "la obligación de aceptar la designación múltiple en régimen de ciudad", pero sujeta a que se hubieran transportado, en las rutas que se desee operar, un determinado número de pasajeros en el año inmediato anterior (Art. 5 de la Decisión 87/602/CEE). VACA Ruiz Agustín, La múltiple designación en el transporte aéreo, publicado en AITAL Boletín Informativo N° 11, marzo-abril de 1993, pág. 22.

ser designada, aquella legalmente constituida en el País Miembro designante, que tenga allí su domicilio principal, y su sede real y efectiva.

- La norma original de la Decisión 320 también fue materia de críticas, en razón de que el texto aprobado por las autoridades aeronáuticas se basaba en el control de las aerolíneas por miembros nacionales de los países miembros de la subregión.¹⁹
- La norma sobre propiedad sustancial y control efectivo es un principio contenido en la mayoría de convenios, acuerdos y normas que se han suscrito en la actividad y tiene como finalidad limitar de alguna forma la influencia de terceros en el ámbito de acción del convenio o acuerdo celebrado, a efectos de proteger a las partes intervinientes.²⁰

IV. La Inversión Extranjera en el Transporte Aéreo

1. El principio propiedad sustancial y control efectivo por parte de nacionales es un concepto que ya no tiene cabida por la liberalización de la inversión extranjera en el transporte aéreo.

En el siglo XXI, cada vez tiene menos sentido hablar de compañías nacionales o aerolíneas de bandera. Ello en razón de que progresivamente van desapareciendo las restricciones de acceso al capital por grupo extranjeros en el transporte aéreo.

De igual modo, en la actualidad es más difícil para los gobiernos subvencionar a las aerolíneas con capital estatal.

2. De acuerdo a lo previsto en el artículo 79 de la Ley de Aeronáutica Civil, la propiedad de la persona jurídica dedicada a la explotación de servicios aéreos debe ser sustancialmente nacional y con una participación no menor del 51% en el capital social de la empresa a constituirse y estar bajo el control real y efectivo de socios o accionistas de nacionalidad peruana con domicilio permanente en el Perú.

De igual modo, por lo menos la mitad más uno de los miembros del directorio, gerentes y personas que tengan a su cargo el control y dirección de la empresa deberán ser de nacionalidad peruana o tener domicilio permanente en el Perú.

Sin embargo, el artículo 160 del Reglamento de la Ley señala que el porcentaje del capital social de propiedad de peruanos, a que se refiere el artículo 79 de la Ley, se mantendrá durante seis meses contados a partir

de la vigencia del permiso de operación, vencidos los cuales el porcentaje de capital social de propiedad de extranjeros podrá ser hasta de setenta por ciento (70%).

El origen de esta disposición data desde la promulgación del Decreto Legislativo 670 en setiembre de 1991 que permitía la inversión extranjera en aerolíneas nacionales hasta en 70% del capital social de la aerolínea nacional.

Ello permitió que se privatice AEROPERÚ. En otras palabras, el capital de la aerolínea nacional puede ser 70% extranjero luego de seis meses de producido el otorgamiento del permiso de operación como ha sucedido en los casos de LAN Perú y TACA Perú que por una ficción legal son consideradas empresas nacionales.

3. De modo similar al sistema peruano, la legislación colombiana permite la inversión extranjera mayoritaria en el sector, lo que ha permitido el desarrollo acelerado del tráfico y ha posicionado a AVIANCA en franca competencia internacional, así como la participación de COPA en AEROREPÚBLICA (hoy COPA Colombia). Inclusive hoy en día en Brasil existe un proyecto de ley para que la inversión extranjera pueda acceder en mejores condiciones en el sector.

Actualmente, el mercado aéreo de pasajeros en Colombia ha sufrido una profunda transformación, hasta el punto que la aviación civil de capital colombiano prácticamente ha desaparecido. Esta transformación tiene tres causas fundamentales: el incremento de la demanda de servicios aéreos tanto nacionales como internacionales; la aparición de las aerolíneas de bajo costo; y el proceso de adquisiciones y fusiones entre las aerolíneas nacionales e internacionales.²¹

Estos procesos de fusiones y adquisiciones que provienen en su totalidad de inversión extranjera han traído como consecuencia la desaparición del control efectivo de las empresas colombianas por parte del capital colombiano, y el principio contenido en el artículo 1864 del Código de Comercio, en virtud del cual los servicios aéreos colombianos internos e internacionales sólo pueden prestarse por personas naturales o jurídicas que tengan su domicilio real en Colombia, se ha cumplido con la creación de compañías nacionales pero de capital extranjero, como el caso de TACA-COLOMBIA, LAN-COLOMBIA, y recientemente COPA AIRLINES-COLOMBIA a la cual AVIANCA ha replicado con la creación de AVIANCA-BRASIL.²²

En la actualidad sólo existen cuatro aerolíneas con capital del Estado en la región: TAME de Ecuador, CONVIASA de

19 Cabe mencionar que el tema fue incluido en el proyecto de la Decisión a instancia de la Autoridad Aeronáutica de Colombia, ya que consideraba que al constituir el "interés comunitario" uno de los principios básicos de la integración del transporte aéreo en la Subregión Andina, se debía precisar que dicho principio "implica dejar claro que la propiedad y el control real y efectivo de las aerolíneas designadas esté en manos del País Miembro o de sus nacionales y agregaba que "la prohibición" de discutir o rechazar por parte de los Países Miembros, la designación de líneas aéreas, debería contemplar salvedades cuando el control y propiedad efectiva de las aerolíneas no esté en manos de los Países Miembros o de sus nacionales" (Comentarios y Observaciones al Proyecto de Reglamento sobre Múltiple Designación en la Subregión Andina, presentado por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil de Colombia en la III Reunión del Comité Andino de Autoridades Aeronáuticas. (Documento JUN/ RAA/ III/dt3 del 31 de enero de 1992). Citado por VACA A. Ob. cit. Pág. 22.

20 Así, Agustín Vaca R. nos expresa: Otro de los aspectos realmente importante y que no se cristalizó en su totalidad en la Decisión 320 fue el alcance de lo que debe entenderse por "empresa nacional de transporte aéreo", ya que el texto aprobado por el Comité Andino de Autoridades Aeronáuticas señalaba que era "aquella legalmente establecida en un País Miembro, cuya propiedad sustancial y control efectivo esté en manos de uno o más Estados de la Subregión y/o de sus nacionales", y agregaba: "entiéndase por propiedad sustancial, la tenencia mayoritaria de las acciones de la empresa; y, por control efectivo, aquel que se refleje en la dirección y gestión de la misma". VACA A. Ob. cit. Pág. 21.

21 SARMIENTO García Manuel, Los Servicios Aéreos Internos e Internacionales en Colombia, su Coordinación e Influencia en el Desarrollo Turístico y Aeroportuario, Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Transporte Aéreo, Aeropuertos y Turismo, organizado por la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y del Espacio-ALADA, Buenos Aires, noviembre de 2010, pág. 8.

22 SARMIENTO M. Ob. Cit. Pág. 19.

Venezuela, Boliviana de Aviación-BOA y Aerolíneas Argentinas-Austral (que representan el 80% del tráfico doméstico argentino y que a agosto de 2009 tenía pérdidas acumuladas cercanas a los US\$ 360 millones).

Están emergiendo grupos privados que cubren perfectamente el espacio que antes ocupaban las aerolíneas nacionales (por ejemplo, TAM y GOL que sustituyeron a Varig).²³

“En el siglo XXI cada vez tiene menos sentido hablar de compañías nacionales o aerolíneas de bandera. Ello en razón de que progresivamente van desapareciendo las restricciones de acceso al capital por grupo extranjeros en el transporte aéreo.”

Los convenios bilaterales mediante los cuales los Estados negocian sus derechos aerocomerciales (Tercera, Cuarta y Quinta Libertades del Aire) van cediendo paso a políticas más abiertas para el establecimiento de enlaces internacionales. De igual modo, se explotan en forma sistemática los convenios de cooperación interlineal como códigos compartidos y/o alianzas estratégicas.

V. La Situación del Transporte Aéreo en Latinoamérica

1. Se ha producido un proceso de consolidación de aerolíneas en Latinoamérica, mediante la adquisición de varias compañías, lo que ha permitido la concentración del capital y de las operaciones en la región.

En efecto, se observa claramente el proceso de consolidación del sector aerocomercial latinoamericano formado por seis grupos aéreos que concentran el 81% del negocio de las aerolíneas latinoamericanas.

En síntesis,²⁴ los grupos que confirman la consolidación y concentración de la industria en Latinoamérica son:

- a) Grupo LAN en Chile, Ecuador, Perú y Argentina.
- b) Grupo AVIANCA (SYNERGY)-TACA en Colombia y Centroamérica.
- c) Grupo TACA-VOLARIS en México.
- d) SYNERGY en Colombia, Brasil y Ecuador.
- e) COPA con AeroRepública en Panamá y Colombia.
- f) Aerolíneas independientes como AEROMEXICO y TAM que se mantienen por los importantes

mercados nacionales en los que operan (México y Brasil) y por su posicionamiento en relación con Estados Unidos y Europa.

2.- Adicionalmente a ello se puede considerar la creación de LATAM por la fusión anunciada de la compañía aérea chilena LAN con la brasileña TAM que dará lugar a la creación de una nueva compañía LATAM AIRLINES GROUP SA, que podría ser considerada como uno de los grandes mega transportadores globales, ya que tendría acceso al 6% del transporte aéreo mundial.

La nueva compañía ofrecería servicios a 115 destinos, con una flota de 230 aeronaves, y 200 nuevos pedidos para los próximos cinco años y una facturación anual de 8,500 millones de dólares.²⁵

VI. Dos Casos Emblemáticos de Aerolíneas Designadas

Los ejemplos que se detallan a continuación evidencian las dificultades para la constitución y desarrollo de las aerolíneas designadas por el Estado y la delicada situación que genera una empresa en manos del Estado. Adicionalmente a ello se tiene que considerar la compleja situación que tiene el negocio aerocomercial que tiene unos márgenes de utilidad ínfimos.

1. Aerolíneas Argentinas:

El transporte aéreo argentino fue materia de un proceso de liberalización, que permitió la transferencia de Aerolíneas Argentinas, luego de múltiples cuestionamientos.²⁶

En lo que se refiere al proceso de privatización general argentino, éste fue muy prolongado y se podría afirmar que se frustró por el cambio de modelo económico implantado por el gobierno de Néstor Kichner.

El artículo 3 de la Ley de Sociedades del Estado N° 20705 de 1974 prohibía que las sociedades del Estado puedan transformarse en sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, y no admitía la incorporación de capital privado bajo cualquier modalidad.

En marzo de 1980 entró en vigencia la Ley 22177 que dispuso las normas de procedimiento en materia de privatizaciones y transferencia de capital parcial o total de empresa de propiedad del Estado Argentino. Esta Ley facultaba al Poder Ejecutivo a ceder al sector privado cualquier tipo de empresa o sociedad del Estado. Para ello se debía convocar a licitación pública nacional o internacional.

Una Ley sectorial denominó a Aerolíneas Argentinas el instrumento ejecutor de la Política Aérea Argentina, lo que describe el rol que se le asignaba a dicha empresa.

23 ALG Advance Logistic Group, Iniciativa para el Desarrollo del Sector Aerocomercial Peruano en Rutas Domésticas, Exposición efectuada con ocasión del Día de la Aviación Civil, Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Pág. 5, Lima, setiembre de 2009.

24 Elaboración propia del autor.

25 ARMIENTO M. Ob. Cit. Pág. 15.

26 Aerolíneas Argentinas fue fundada el 14 de mayo de 1949 como empresa estatal por el Ministerio argentino de transportes, absorbiendo cuatro compañías diferentes: Flota Aérea Mercante Argentina (FAMA), Aviación de Litoral Fluvial Argentina (ALFA), Zonas Oeste y Norte de Aerolíneas Argentinas (ZONDA), y Aeropostal Argentina. Todas ellas cesaron sus actividades el 31 de Diciembre de 1949 fusionándose en la nueva compañía. GREEN W. y SWAMBOROUGH G. Aviones de Línea y Compañías Aéreas, Editorial San Martín, Madrid, 1984, pág. 202.

La Ley 23696, publicada el 23 de agosto de 1989, estableció las normas básicas del programa de privatización de empresas y entidades estatales que se reinició con el gobierno del Presidente Carlos Menem.

De acuerdo a lo establecido en la Ley en mención, las empresas de propiedad estatal u otras entidades estatales a ser privatizadas, debían ser formalmente declaradas “sujetas a privatización”, mediante Decreto Supremo. Esta declaración debía contar también con la aprobación del Congreso.

En virtud de los procedimientos de venta contemplados en la Ley, se convocó a licitación pública internacional para efectuar la transferencia de las acciones de Aerolíneas Argentinas.

La empresa había tenido, en promedio de los cinco últimos años entre 1985 y 1989 incluido, un subsidio neto otorgado por el gobierno, ascendente a US\$ 42'776,000 y un patrimonio negativo por la suma de US\$ 296'139,000.

Iberia, asociada con la aerolínea argentina Cielos del Sur, propietaria de Austral, la mayor línea de cabotaje de Argentina y los Bancos Credit Suisse de Suiza y el First Boston Bank de Estados Unidos, presentaron la única oferta cuando se abrió la licitación el 6 de julio de 1990.

El consorcio encabezado por Iberia ofreció adquirir el 85% del paquete accionario, mediante la oferta por 2,010 millones de dólares de la deuda externa argentina a su valor nominal, más 130 millones de dólares en efectivo y 130 millones en 10 cuotas semestrales.

El precio base de capitalización estipulado por Argentina para la venta de la aerolínea fue de 1,500 millones de dólares en títulos de la deuda externa, 118 millones de dólares al contado y 118 millones de dólares financiados. Dicho monto fue excesivo de acuerdo a lo señalado por diversos especialistas.²⁷

Luego de la operación, el Consorcio Iberia se comprometió a aumentar la flota a 34 aeronaves en el plazo de cinco años, incorporando quince aeronaves nuevas y dando de baja por antigüedad 10 aviones.

Sin embargo, hubo problemas en el cumplimiento de los compromisos asumidos por Iberia. En efecto, para el pago en efectivo se había acordado cuotas que se abonarían de la siguiente manera: US\$ 130 millones al momento del traspaso en noviembre de 1990, y el saldo en cuotas semestrales durante cinco años.

Lo primero se cumplió, pero antes de abonar la primera cuota, el pago se reemplazó por uno nuevo en títulos de la

deuda externa por un valor nominal de US\$ 143 millones, que no se habían abonado hasta setiembre de 1992.

Luego los US\$ 2,010 millones, fueron rebajados a US\$ 1,700 millones en razón de la expectativa del alza de los papeles de la deuda argentina. En este caso, el primer pago por US\$ 930 millones fue entregado dentro del plazo. Sin embargo, el saldo por US\$ 770 millones no se realizó.

Adicional a ello, el gobierno argentino presionado por un grupo de inversionistas nacionales se vio obligado a recomprar 28% de las acciones de la aerolínea, debido a la incapacidad de los inversionistas para inyectar capitales frescos a la empresa.

No obstante, los problemas señalados, Aerolíneas Argentinas inició operaciones en República Dominicana y Cuba. Además aumentó de 17 a 25 sus vuelos semanales a Europa.²⁸

Adicionalmente a lo señalado, por efectos de la liberalización del sector, mediante Decreto 2538 promulgado en diciembre de 1992 el gobierno argentino aprobó la operación de vuelos no regulares nacionales e internacionales. Hasta la promulgación de esa norma, los vuelos no regulares sólo podían ser operados si estaban destinados a atender una demanda no satisfecha por las aerolíneas nacionales y mientras no constituyan una serie de vuelos que configuren de por sí un servicio regular.

De esta forma se liberalizó el transporte aéreo no regular en la República Argentina.

En 1994, el 85% del capital accionario pasó a poder de Iberia, generando comentarios controvertidos como consecuencia de la cláusula sobre propiedad sustancial y control efectivo contenida en los acuerdos bilaterales en los cuales Argentina es parte, al igual que la mayoría de los acuerdos firmados por otros Estados.

Como fórmula transaccional, el Estado definió el concepto de propiedad sustancial y control efectivo mediante el Decreto 52/94 del Gobierno Argentino, señalando que las previsiones del Código Aeronáutico en materia de propiedad, quedaban cumplidas cuando la mayoría de votos computables sean nominales y pertenezcan a argentinos con domicilio en la República Argentina.

En el caso argentino, el único país que formuló observación fue Estados Unidos, mediante un enfoque en el que la legalidad del acuerdo bilateral era objeto de la negociación con la obtención de nuevas frecuencias para sus empresas designadas. El memorándum de consulta fue firmado en julio de 1994, con una solución transaccional que permitió a ambas partes incrementar su capacidad en forma gradual.²⁹

27 Volviendo a Aerolíneas Argentinas también ha sido notorio que su situación económico-financiera era extremadamente crítica al momento de su privatización. Sin embargo, es dable reconocer que el precio de venta -impuesto por el gobierno nacional- excedió notablemente la valuación efectuada por diversos medios financieros vinculados a la actividad. Este, en mi opinión, en cierto modo constituyó parte del origen del problema.

Así se llegó a una situación crítica, que determinó la inexcusable de capital, sin que pudiera obtenerse aportes de empresarios argentinos y, a la vez, renunciando el Estado a asumir la parte proporcional que le correspondía en función de su participación accionaria. CHALÉN José, Propiedad y Control de Aerolíneas Argentinas, publicado en AITAL Boletín Informativo N° 20, setiembre-octubre de 1994, pág. 22.

28 Asimismo, Iberia anuncia una inversión de 45 millones de dólares, y también se ha llegado a un acuerdo por medio del cual la deuda por concepto de pagarés de la deuda externa se reduce a 400 millones de dólares. CAMERON Douglas, Latin Sales Stand Still, publicado en la Revista Airline Business, setiembre de 1992, pág. 22.

29 Consiste (solución señalada en el nuevo acuerdo, la anotación es mía) en el aumento de capacidad para las empresas de ambas partes, pero dentro de una prudente gradualidad que preserva razonablemente el concepto de predeterminación y de mantenimiento de un adecuado equilibrio entre oferta y demanda. CHALÉN J. Ob. cit. Pág. 23.

Sin embargo, la situación económica de la aerolínea no fue buena después de la transferencia. En 1993 Aerolíneas perdió 220 millones de dólares y prácticamente desde esa fecha no obtuvo utilidades, entrando en un proceso de reestructuración patrimonial, dirigido por los acreedores.

Luego de estar al borde del cierre durante casi todo 2001, se combinó con los efectos adversos sobre la industria por los atentados del 11 de septiembre de 2001 y la crisis económica argentina. Por ello se vio forzada a clausurar sus servicios internacionales por unos pocos días a principios del año 2002. Sin embargo, recibió una inyección de capital de US\$ 50 millones del Grupo MARSANS de España y pudo retomar la prestación de los servicios casi inmediatamente.

En 2002 la empresa salió de la convocatoria de acreedores luego de que un juez de Buenos Aires aceptó la reestructuración de su deuda.

El 6 de diciembre de 2004, el Grupo MARSANS dio nacimiento a Aerolíneas del Sur como filial chilena de Aerolíneas Argentinas, creada con aeronaves y recursos propiedad de la empresa argentina. Luego en septiembre de 2007 el Grupo propietario de Aerolíneas Argentinas y Air Comet la bautizó como otra de sus marcas, renombrando a la filial chilena bajo el título Air Comet Chile como filial de Air Comet, perdiendo toda relación futura con Aerolíneas Argentinas. Esta filial chilena voló con bastante éxito y logró ganarse gran porcentaje del mercado aéreo nacional chileno, pero se cree que la mala administración del Grupo la llevó a la quiebra en octubre de 2008.

Hacia fines de 2007 y principios de 2008 tuvo que vivir otra gran crisis, en la que mostró una mala imagen de la empresa a nivel nacional e internacional, se vio un mal servicio, cancelaciones de vuelos, demoras en los vuelos, pasajeros varados en distintos aeropuertos, defectos que fueron publicados a través de varios medios de comunicación en el mundo. En 2008 el Estado argentino debido a la crisis que vivía Aerolíneas Argentinas y Austral Líneas Aéreas decidió expropiar todas las empresas del Grupo Aerolíneas Argentinas para garantizar el servicio y 9000 puestos de trabajo.

El 17 de julio de 2008 la presidenta Cristina Fernández anunció que el Estado había aprobado un proyecto de ley para reestatizar Aerolíneas Argentinas, Austral Líneas Aéreas y las demás empresas pertenecientes al Grupo Aerolíneas Argentinas. Según el gobierno argentino, la acción del gobierno permitiría garantizar el servicio y asegurar los 9000 puestos de trabajo en la empresa, mientras que según la oposición (que proponía declarar a la empresa en quiebra), el proyecto implicaría que el Estado asuma como propia la deuda generada por la gestión del Grupo MARSANS. En agosto, el proyecto de ley fue aprobado por la cámara de diputados, pasando así a su tratamiento por el Senado.

El día 17 de diciembre de 2008, la Cámara de Senadores, convirtió en Ley la expropiación de Aerolíneas

Argentinas, Austral Líneas Aéreas y las demás empresas pertenecientes al Grupo, declarándolas como de "utilidad pública". De esta forma las empresas volverían al Estado.

El 9 de enero de 2009, se comenzó a concretar la expropiación por parte del Estado al Grupo MARSANS. La presidenta Fernández habilitó mediante un decreto al Ministerio de Planificación como organismo expropiante para iniciar los trámites, y designó un comité para administrar la línea aérea de bandera.

En la actualidad la situación no ha mejorado sustancialmente y la aerolínea sigue arrastrando importantes montos de pérdidas, la prestación de un servicio no idóneo y la pérdida de competitividad en el mercado internacional.

2. AEROPERU Empresa de Transporte Aéreo del Perú SA.:

En el caso de esta empresa, también formó parte del programa de privatización que inició en el Perú el gobierno de Alberto Fujimori.

En este caso, la privatización de esta aerolínea si bien ayudó al proceso integral de transferencia peruano no ha sido un ejemplo de privatización exitoso.

Aeroperú se fundó en 1973, sobre la base de la desaparecida Servicios Aéreos de Transportes Comerciales (SATCO). De 1973 a 1981 desarrolló sus actividades, teniendo como marco orientador el rol de una empresa estatal, el constituirse como instrumento promotor del desarrollo y de la integración socio-económica del país.

A partir de junio de 1981 con la expedición del Decreto Legislativo 74, se redefinió su rol empresarial, considerando prioritario el criterio de eficiencia en el desenvolvimiento de las actividades del transporte de pasajeros, carga y correo; así como del fomento del turismo nacional e internacional.

El gobierno peruano dio inicio al programa de privatización que fue denominado proceso de reestructuración y reordenamiento de la Actividad Empresarial del Estado (AEE), con la promulgación del Decreto Supremo 041-91-EF el 2 de marzo de 1991.

Posteriormente, mediante Ley 25327, publicada el 17 de junio de 1991 el Congreso de la República delegó facultades legislativas a fin de que regule las siguientes materias: i) pacificación nacional; ii) fomento del empleo; y, iii) crecimiento de la inversión privada.

En virtud de esta facultad, se expidió con fecha 17 de julio de 1991, el Decreto Legislativo 648 mediante el cual se permitía la transferencia de acciones emitidas por dicha empresa a la Corporación Nacional de Desarrollo (CONADE), dentro de los límites de la Ley de Aeronáutica Civil 24882.

Se debe tener presente que a la fecha de promulgación de este Decreto el límite establecido por el artículo 83 -en la Ley 24882- era 80% del capital, para que la empresa sea considerada empresa nacional, lo que hacía

poco atractiva la adquisición de un paquete accionario minoritario.

Posteriormente, se promulgó el Decreto Legislativo 670, publicado el 16 de setiembre de 1991, que constituye el fundamento de la privatización del transporte aéreo en el Perú, flexibilizando los trámites, procedimientos y requisitos a fin de facilitar el acceso de capitales y empresas a la presentación de servicios de transporte aéreo.

El D. Leg en mención modificó el artículo 83 de la Ley de Aeronáutica Civil, permitiendo la transferencia de hasta el 70% del capital de Aeroperú a inversionistas privados extranjeros.

Además, el artículo 8 incorporó a la Corporación de Aeropuertos y Aviación Comercial CORPAC en la relación de empresas referidas en el artículo 3 del Decreto Supremo 067-91-EF, que establece que las empresas conformantes de la AEE deben realizar sus actividades en competencia con las del sector privado. De igual modo, estableció que los servicios al transporte aéreo, incluyendo los de carga, descarga, almacenaje, servicios de rampa, manipuleo y apoyo en el mantenimiento de aeronaves puede ser prestado por personas naturales o jurídicas privadas, quedando excluidos únicamente los servicios de ayuda a la navegación, radiocomunicaciones aeronáuticas y de control de tránsito aéreo.

El proceso de privatización amplio y general se comenzó a conceptuar en el Perú el 26 de setiembre de 1991, fecha de la expedición del Decreto Legislativo 674, denominado Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado; que tenía como órgano técnico el Comité de Promoción de la Inversión Privada (COPRI), que debía conducir el proceso de privatización institucionalmente.

Conforme se mencionó, el D.L. 670 permitía la transferencia de las acciones del capital de Aeroperú al sector privado, pudiendo venderse hasta el 70% del capital de la aerolínea a inversionistas extranjeros, ampliando de esta forma los alcances del D.L. 648, que dispuso que las acciones representativas del capital social de Aeroperú a nombre de CONADE, eran libremente transferibles.

El D.L. 670 modificó el artículo 83 de la Ley 24882, y por esta razón se consideraban empresas de transporte aéreo nacionales las que se encuentren constituidas e inscritas en el Perú, con su domicilio principal en el territorio de la República y que por lo menos un 30% del capital pertenezca a accionistas o socios de nacionalidad peruana y que una tercera parte de su directorio sea de nacionalidad peruano o tenga su domicilio permanente en el territorio de la República.

En el mes de febrero de 1992 se incluyó a Aeroperú en el programa de privatización, iniciándose el proceso. Asimismo, el gobierno nombró el Comité de Privatización de la empresa (COPRI) y se efectuó su

valorización que, de acuerdo a versiones periódicas, ascendió a US\$ 30 millones.

La empresa fue declarada sucesivamente en emergencia mediante los Decretos Supremos N° 021-91-TC, 005-92-TC y 014-92-TC.

En virtud de este último Decreto Supremo, se autorizó al directorio de la empresa para que proceda a la transferencia de sus activos, excedentes, servibles e inservibles que tengan directa relación con la operación productiva, de acuerdo con los procedimientos internos de la empresa. De igual modo, se facultó al directorio a adoptar todas las medidas destinadas para lograr la reestructuración operativa, económica y financiera de la compañía.

Aeroperú arrojaba pérdidas operativas de 1.5 millones en dólares mensuales y su deuda acumulada se estima en 30 millones de dólares. Al mes de diciembre de 1991 contaba con 2,008 trabajadores, habiéndose reducido su personal mediante la compra de renuncias por incentivos.

Si bien su adquisición podía ser atractiva por sus rutas, lo cierto es que su privatización enfrentaba fuerte competencia en Latinoamérica, ya que existían once empresas aéreas en la región, en mejores condiciones que Aeroperú, que se ofertaban a inversionistas internacionales.

En julio de 1992, una parte de la flota se encontraba inoperativa y se había arrendado un DC-10 para que opere la ruta Lima-Miami.

Para poder efectuar la venta de Aeroperú, el gobierno peruano se vio obligado a publicar los Decretos Leyes N° 25953, 25955, 25959, y 26106 en el mes de diciembre de 1992.

Para efectos de hacer atractiva la venta de la aerolínea el artículo 1 del Decreto Ley 25955 estableció que Aeroperú continuaría siendo la línea aérea de bandera y línea aérea designada a todos los destinos que tiene autorizados por un período de ocho años contados a partir del 14 de diciembre de 1992.

Asimismo, durante dicho período, la aerolínea tenía la preferencia en la designación cuando el Perú obtenga nuevos derechos aerocomerciales, incrementando frecuencias en las que opera o inicie las operaciones de las ya concebidas.

El artículo 5 del D.L. en mención modificado por el artículo 1 del D.L. 26106 dispuso que en un plazo que no excedería del día 15 de febrero de 1993, Aeroperú procedería a suscribir un convenio de estabilidad con el Estado Peruano. Ese convenio fue suscrito por el Director General de Transporte Aéreo del Ministerio de Transporte, Comunicaciones, Vivienda y Construcción y un representante de la aerolínea.

El artículo 1 del D.L. 25959 precisó los derechos aerocomerciales que tenía autorizados Aeroperú,

indicándose en el Anexo de Rutas y Frecuencias las que tiene asignadas por mandato de la Ley.

El 16 de enero de 1993, el Consorcio integrado por Aerovías de México, Aeromexico, Serminco S.A., y la señora Dora Amelia Zapata López Aliaga de Papini, adquirieron el 70% de las acciones de Aeroperú por la suma de US\$ 54'000,000.

La transferencia permitía capitalizar a la empresa y explotar las rutas otorgadas a la aerolínea, incluyendo las que no había utilizado hasta la fecha de la compra.³⁰

Desde el punto de vista del servicio, éste mejoró notablemente y además le permitió a Aeroperú renovar su flota con equipos de última generación. Adicionalmente, a ello incrementó sus frecuencias y rutas nacionales e internacionales.

Sin embargo, en este caso el proceso tampoco fue exitoso. La dura competencia con las aerolíneas domésticas, así como un accidente fatal al noroeste de Lima que alejó a los pasajeros y la operación con aeronaves con costos elevados, tuvieron como consecuencia que la aerolínea entre a un proceso de liquidación en marzo de 1999.

En efecto, el 12 de marzo de ese año Aeroperú solicitó su declaratoria de insolvencia ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI,³¹ de acuerdo a lo señalado en el artículo 5 del Decreto Legislativo 845.³²

Previamente al inicio del proceso administrativo se realizaron dos juntas de accionistas a efectos de tomar la decisión de declarar a la empresa en estado de insolvencia.³³

La distribución del capital accionario al 12 de marzo de 1999 era la siguiente: Aeroméxico 35%, Delta Airlines 35%, Serminco 13.10%, OIOE (Oficina de Instituciones y Organismos del Estado, antes CONADE) 11.33%, Dora Papini 1.13% y trabajadores (687) 4.43%.

Los factores que afectaron la operación de Aeroperú fueron: i) el excesivo endeudamiento; ii) pérdida de liquidez; iii) el mercado recesivo y la guerra de tarifas domésticas e internacionales; iv) flota: Los planes de renovación de flota se vieron truncados, operando con aeronaves costosas; v) operación de rutas improductivas para atender demandas sociales; vi) altos costos operativos y de venta: Alto costo de mantenimiento y operación de las aeronaves Boeing 727 que no se pudieron reemplazar; y, vii) costos de publicidad y promoción altos.³⁴

Todo ello tuvo como consecuencia que acumulara una pérdida ascendente a la suma de US\$ 62'423,000 al 31 de diciembre de 1998, razón por la cual sus directivos se vieron obligados a solicitar su insolvencia y posterior liquidación.

VII. Viabilidad de una Empresa Estatal de Transporte Aéreo

1. En lo que se refiere al mercado peruano, se puede concluir a que pese a ser pequeño ha crecido notablemente.

Se debe tener presente que con la liberalización del servicio de transporte aéreo iniciada en 1991 entraron al mercado competidores que ampliaron el mercado aerocomercial peruano. Sin embargo, también dejaron de operar las siguientes empresas nacionales: Expreso Aéreo en febrero de 1997, AEROSANTA en marzo de 1997, Americana de Aviación en noviembre de 1997, FAUCETT en noviembre de 1997, Aeroperú en marzo de 1999 (había sido privatizada en 1993), Transportes Aéreos Andahuaylas en enero de 2000 y AEROCONTINENTE en diciembre de 2004.³⁵

En nuestro país han existido diversas iniciativas de aerolíneas nacionales estatales y privadas que han fracasado por la realidad del mercado: FAUCETT (creada en 1928); APSA (1956); AEROPERU (1973); AEROCONTINENTE (1992); TANS (1963); AEROCONDOR (1975); WAYRAPERU (2006). En efecto, el mercado aerocomercial es sumamente competitivo y la liquidación de las compañías que se mencionan en el párrafo anterior es una muestra de las aventuras que terminaron en un final totalmente infeliz para consumidores, trabajadores y el Estado Peruano.

En 1993 FAUCETT transportaba cerca del 50% de pasajeros del mercado interno, Americana de Aviación 30% y Aeroperú 20%.

AEROCONTINENTE, fundada en 1992, fue líder del mercado durante muchos años y fue creciendo sustancialmente desde 1998. En efecto, el tráfico aéreo de pasajeros por aerolíneas nacionales en 1995 arrojaba el siguiente porcentaje: FAUCETT 44%, Americana de Aviación 19%, Aeroperú 18% y AEROCONTINENTE 17%.³⁶ El tráfico aéreo de pasajeros por aerolíneas nacionales en el año 2000 había variado notablemente: AEROCONTINENTE 47%, TANS 21%, LAN Perú 13%, Aviandina 8%, TACA 6% y otras 5%.³⁷

Con la salida del mercado de AEROCONTINENTE en el 2004, LAN comenzó a crecer rápidamente y propició el desarrollo de la industria en el país, y el sector también se incrementó porque se vio beneficiado con el mayor poder adquisitivo de la población y la mejoría económica del país.

30 El comité para la privatización de la aerolínea bandera peruana estimó que pagando ese precio, el consorcio mexicano-peruano parece haber obtenido una buena forma de capitalizar las inexploradas rutas hacia muchos países latinoamericanos, Canadá y Europa, para los cuales Aeroperú tiene derechos exclusivos durante 8 años; siempre que las use, Aeromexico ha expresado su disposición a traer moderna tecnología y equipos para reemplazar la avejentada flota. COPRI Suplemento Especial, AEROPERÚ La aerolínea por fin está en manos privadas, publicado en América Economía, marzo de 1993, pág. 48.

31 Expediente N° 097-2004/CCO-ODI-ULI, Tomo I, Proceso de Insolvencia y Liquidación de AEROPERÚ.

32 Ley de Reestructuración Patrimonial, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21 de setiembre de 1996.

33 i) Junta General de Accionistas de 22 de diciembre de 1998: Se comunica a los accionistas la grave situación financiera de la empresa, pese a los aportes de capital de Aeroméxico y Delta.

ii) Junta General de Accionistas de 8 de febrero de 1999: Se acuerda la reestructuración y presentación ante el INDECOPI de la solicitud de insolvencia a pedido del deudor.

34 Informe presentado por Aeroperú, de conformidad con el artículo 5 del D. Leg. 845, Expediente N° 097-2004/CCO-ODI-ULI, Tomo I.

35 Análisis y elaboración propios del autor.

36 Elaboración propia del autor. Fuentes: CORPAC y DGAC.

37 Elaboración propia del autor. Fuentes: CORPAC y DGAC.

El 2007 LAN Perú lideraba el mercado doméstico con el 60% de participación. En cuanto a las rutas internacionales, LAN tenía una participación del 35%. Ello le ha permitido un posicionamiento en el mercado que la ha consolidado como la empresa hegemónica en el sector.

En efecto, en lo que se refiere al mercado doméstico se aprecia gran ritmo de crecimiento durante los últimos años (12% en promedio), especialmente en el año 2007. LAN Perú ha crecido a razón del 39% anual desde 2002. Hoy representa el 90% del mercado regular, y 71% del mercado total peruano.³⁸

Estos avances han ido de la mano de un mayor tráfico de pasajeros en los aeropuertos de AdP: entre el 2006, cuando se dio la buena pro, y el 2008, ha aumentado un 62%, al pasar de 1'240,000 a 2'010,000.³⁹

En lo que respecta al mercado internacional, el crecimiento medio es del orden del 15% durante los últimos años. Lan Chile mantiene una cantidad constante de tráfico, principalmente desde el Cono Sur hacia Estados Unidos. Lan Perú prácticamente ha decuplicado su tráfico en seis años. Hoy representa el 26% del mercado exterior peruano (36% si incluimos a Lan Chile).⁴⁰

2. Los que elaboraron el Plan de Gobierno no se han dado cuenta que los principales aeropuertos de Latinoamérica y del mundo están en manos privadas y operan con éxito para los gobiernos y los usuarios (pasajeros y aerolíneas). Tampoco se han dado cuenta que nuestro primer terminal ha sido premiado por dos años consecutivos como el mejor aeropuerto de la región y que los aeropuertos concesionados en el norte y sur del país operan con un nivel de calidad que permite ver con optimismo el crecimiento del sector aerocomercial en nuestro país y obtener ventajas para captar un mayor flujo de turistas nacionales y extranjeros.

3. En lo que respecta a la aerolínea de bandera el planteamiento parte de una premisa falsa al sostener sin fundamento que una aerolínea estatal hace más competitivo al país en el mercado nacional e internacional.

Como se indicó en líneas precedentes hay grupos privados consolidados de aerolíneas que se desempeñan con éxito en el mercado latinoamericano, y hoy en día sólo existen cuatro aerolíneas con capital del Estado en la región:

- a) TAME de Ecuador;
- b) CONVIASA de Venezuela, que tuvo dos accidentes fatales el año pasado y por ello fue suspendida su operación por el propio gobierno de Caracas y se mantiene en el mercado por el precio barato del combustible que le asigna el gobierno;

c) Boliviana de Aviación-BOA (opera sólo con tres aeronaves);

d) Aerolíneas Argentinas-Austral (que representan el 80% del tráfico doméstico argentino y que en agosto de 2009 tenía pérdidas acumuladas superior a los US\$ 360 millones). Como se indicó anteriormente, ha perdido competitividad en el mercado internacional. De igual modo, desde su expropiación ha recibido US\$ 1,500 millones de dólares del gobierno, desde su expropiación, no arroja utilidades y ello representa la capitalización que efectuaron LAN, TACA y COPA en el mismo período, con la pequeña diferencia que ellas tienen utilidades y la empresa argentina está en rojo.

4. Lo que no recuerda la propuesta del Plan de Gobierno es que no existen aerolíneas de propiedad del Estado que tengan éxito. Las principales compañías son privadas y luchan en un entorno muy competitivo. Más aún, en Latinoamérica, el servicio en manos del Estado ha fracasado: han quebrado Lloyd Aéreo Boliviano, Ecuatoriana de Aviación, y en el Perú TANS se encuentra en proceso de liquidación.

En el caso europeo, ALITALIA debió privatizarse porque de acuerdo a las normas de la Unión Europea el gobierno italiano no podía otorgarle subsidios. De igual modo, Air France y KLM dejaron de ser empresas estatales y como aerolíneas privadas han tenido un crecimiento notable, encontrándose entre las cuatro aerolíneas más importantes del mundo. Asimismo, Iberia dejó de ser empresa estatal y ello le permitió consolidarse en las rutas hacia Latinoamérica.

Lo que tampoco se considera es que se ha producido un proceso de consolidación de aerolíneas en Latinoamérica, mediante la adquisición de varias compañías, lo que ha permitido la concentración del capital y de las operaciones en la región formándose cinco grupos aéreos que concentran más del 81% del negocio de las aerolíneas latinoamericanas: LAN, Grupo Avianca-TACA, SYNERGY, COPA con AeroRepública en Panamá y Colombia y Aerolíneas como Aeroméxico y TAM que se mantienen por los importantes mercados nacionales en los que operan (México y Brasil) y por su posicionamiento en relación con Estados Unidos y Europa.

5. El concepto de la aerolínea de bandera es un planteamiento que parte de una premisa falsa al sostener sin mayor fundamento que una aerolínea estatal hace más competitivo al país en el mercado nacional e internacional. La aerolínea de bandera debe competir en el mercado internacional, explotando los derechos aerocomerciales que el Estado le otorga y una aerolínea estatal no puede luchar exitosamente en el durísimo ámbito del transporte aéreo internacional.

Lo menos competitivo en una economía de mercado es una empresa estatal en un sector como el aerocomercial en el cual la rentabilidad es mínima. ¿Se han preguntado

38 ALG Advance Logistic Group, Ob. cit. Pág. 13.

39 Sociedad de Comercio Exterior del Perú-COMEXPERU, Foro sobre Infraestructura, efectuado el 15 de octubre de 2009, publicado en el Informativo COMEX, pág. 5.

40 Ibid.

cuanto cuesta una aeronave de última generación?, cuya entrega demora mucho tiempo o se quiere competir con aeronaves antiguas, que consumen más combustible, contaminan más, y por ende, son menos competitivas. ¿Puede una empresa estatal contratar pilotos en condiciones como las que ofrece el sector privado, que a su vez lucha para que las tripulaciones no se vayan a trabajar al lejano y medio Oriente?

6. Se debe tener presente que una aeronave Boeing 737-800 cuesta entre 81 y 85 millones de dólares de Estados Unidos de América y un Airbus 319 tiene un precio similar y el costo de las aeronaves tiene un mejor precio en la medida que se compran en flota como han hecho COPA, TACA, LAN y TAM en el mercado latinoamericano en los últimos cinco años.

Desde que inició sus operaciones hace 12 años, LAN Perú ha invertido más de US\$ 3,000 en la permanente renovación de su flota. Con estas adquisiciones, la flota se incrementará a 25 Airbus 319 y nueve Boeing 767, convirtiéndose en una de las más modernas del mundo, con una edad promedio de tres años.⁴¹

Adicionalmente a lo señalado, los niveles de tráfico que maneja una aerolínea privada cimentada en el mercado (12 años de actividad), distan mucho de una empresa que está por constituirse y que no basta con el respaldo de un gobierno para que tenga éxito.

En efecto, los resultados hablan por sí solos: i) el número de pasajeros promedio por año creció de 120,000 a 550,000, pasando de 2.7 millones (2006) a 5.2 millones (2010). ii) el número de pasajeros peruanos se duplicó entre el 2007 y el 2010, pasando de 2.1 millones a 3.7 millones. iii) de esos 3.7 millones de pasajeros, el 72% (2.7 millones) se benefició con tarifas económicas (promedio US\$ 88).⁴²

7. De acuerdo a datos de IATA del 2002 al 2008 el número de pasajeros en nuestro país casi se duplicó, lo cual equivale al doble de la expansión del PBI durante ese período. Durante el período de crecimiento económico de 9% en el 2007-2008, el transporte aéreo pasó a ser uno de los sectores de mayor crecimiento en el Perú. En el primer trimestre de este año el crecimiento del tráfico nacional es superior al 20%.

El tráfico aéreo en vuelos regulares nacionales en Perú registró más de cinco millones de pasajeros en el curso del año pasado, lo que implica un crecimiento de más de 25% respecto a igual período de 2009, de acuerdo a la Dirección General de Aeronáutica Civil. El incremento en la cantidad de pasajeros transportados se explica por la mayor demanda que tuvieron más del 70% de las líneas aéreas que cubren las rutas nacionales (LAN STAR, TACA) y por el ingreso al mercado en julio de 2009 de un nuevo actor: Peruvian Airlines.

Cabe mencionar que actualmente en el país operan cinco aerolíneas en el mercado doméstico (LAN Perú, TACA Perú, STAR Perú, LC Busre y Peruvian Airlines. En todas las rutas que opera LAN Perú hay por lo menos dos operadores aéreos (LAN y por lo menos uno más) y varias de esas rutas hay tres y hasta cuatro,⁴³ (Cusco, Arequipa, Trujillo, Chiclayo, Piura, que se citan a título de ejemplo).

Ello demuestra que el sector de transporte aéreo nacional se encuentra en franca competencia y el gran beneficiado es el consumidor peruano y evidencia que cualquier proyecto de intervención con una aerolínea estatal distorsionaría ese mercado que además de crecer en forma ordenada y competitiva, ha beneficiado a muchos pasajeros en los últimos años.

“El concepto de la aerolínea de bandera es un planteamiento que parte de una premisa falsa al sostener sin mayor fundamento que una aerolínea estatal hace más competitivo al país en el mercado nacional e internacional.”

8. De acuerdo a los consultores más importantes y a la información recabada de la Dirección General de Aeronáutica Civil y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el mercado peruano tiene las siguientes características:

- a) Mercado liberalizado y de reducidas dimensiones (equivale a una compañía de unas 20 aeronaves a 319); muy difícil que puedan coexistir varios compañías aéreas privadas compitiendo ruta a ruta.⁴⁴

El mercado peruano es pequeño si comparamos con el tráfico de otros países de la región. En el año 2009 se transportaron 9'711,882 pasajeros nacionales e internacionales, donde el 52.1% corresponden a tráfico nacional. En el 2008 fueron transportados 9'709,025 pasajeros, por lo que el 2009 finalizó con un incremento positivo con 2,857 pasajeros más, cifra destacable considerando el contexto internacional de la industria.⁴⁵

Alrededor de 24.5 millones de pasajeros nacionales movilizadas (salidos más llegados) reportó la Dirección de Aeronáutica Civil en 2009, lo que significa un repunte de 12% frente al comportamiento de un año atrás.⁴⁶

- b) Se opera mayoritariamente con Boeing 737 y Airbus 319, lo que limita mucho las posibilidades de operar

41 LANPERÚ, 12 Años, Suplemento Especial de El Comercio, 4 de julio de 2011, pág. 10.

42 LANPERÚ, Ob. Cit. Pág. 11.

43 LANPERÚ, Ob. Cit. Pág. 11.

44 ALG Advance Logistic Group, Ob. cit. Pág. 15.

45 DELPIANO Ricardo J., Análisis mercado aéreo chileno diciembre 2009, 29 de enero de 2010, Fuente: Junta de Aeronáutica Civil de Chile, en www.jac-chile.cl.

46 AERO Latin News, Transporte Aéreo en Colombia, 30 de diciembre de 2009, Fuente: Dirección General de Aeronáutica Civil, en www.aerolatinnews.com.

con un buen nivel de frecuencias las rutas de media y baja densidad.

- c) Red totalmente focalizada en Lima (+91%). Sin embargo, el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez recibe tráfico inferior si lo comparamos con otros aeropuertos de la región.

En efecto, en relación con los aeropuertos de nuestros vecinos Colombia y Chile que tienen un mismo esquema de desarrollo económico, se puede apreciar que el mercado del AIJCH es pequeño si comparamos su tráfico con el de los aeropuertos de Bogotá que recibió 13'562,239 pasajeros y de Santiago de Chile que recibió 9'005,199 durante el año 2009.⁴⁷

- d) Conectividad entre el Norte y el Sur inexistente. Para conectar ciudades del norte con el sur se debe hacer conexión necesariamente en Lima.
- e) Un porcentaje alto rutas (40%) con un solo vuelo de contacto. Conforme se ha apreciado al analizar las regiones más importantes, hay ciudades que no reciben vuelos pese a contar con un aeródromo.
- f) Coste combustible en la banda alta de Latinoamérica y flotas (excepto LAN) poco eficientes (combustible).⁴⁸

8. Se prevé que el mercado aerocomercial de Perú crecerá más de 20% al cierre del 2011, impulsado por el desarrollo de una mayor y mejor infraestructura, en manos privadas y por la competencia entre las aerolíneas que participan en este negocio.

Sin embargo, se quiere dejar sin efecto el desarrollo de la infraestructura aeroportuaria que tanta comodidad y facilidad le está dando a los pasajeros nacionales y extranjeros y se pretende crear una aerolínea estatal que sabemos claramente que ha sido un factor negativo en el desarrollo de la actividad aerocomercial en nuestro país, que distorsiona la competencia y lo único que ha traído es pérdidas para todos los peruanos. Ello significaría afectar tanto el desarrollo de la propia industria como la expansión del sector turismo y las actividades relacionadas con él.

9.- El rol intrínseco del Estado en la economía es la salud, la educación y la seguridad, y la infraestructura, dice Elmer Cuba, economista socio de Macroconsult, y por ello concluye que la participación del Estado en una empresa puede ser riesgosa. Por su parte, si se trata de garantizar la oferta de vuelos a destinos no rentables, con fines sociales, Bullard considera que antes que crear una nueva aerolínea (pública o mixta) la solución pasaría por crear sistemas de subsidios a esas rutas, dejando que las operen los privados, con un sistema análogo al del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL) aplicado exitosamente en telefonía.⁴⁹

47 Airport Council International ACI-LAC, Informe sobre tráfico de los principales aeropuertos de Latinoamérica durante 2009, www.airports.org.

48 ALG Advance Logistic Group, Ob. cit. Pág. 15.

49 REAÑO M. Vanessa, Turbulencia antes del Despegue, en Semana Económica, 17 de julio de 2011, Pág. 8, Editorial Apoyo, Lima.

50 SARMIENTO M. Ob. Cit. Pág. 34.

51 SARMIENTO M. Ob. Cit. Pág. 35.

52 Transporte, base para la inserción en el mercado, en Worldwide Airport Lawyers Association, publicado el 30 de enero de 2011, pág. 2, en www.worldairportlawyers.org.

VII. los Servicios Aeroportuarios

1. Hoy los aeropuertos son la principal puerta de entrada de turistas. Por ejemplo en España el 70% de turistas internacionales llega por avión y en Colombia, el tráfico extranjero pasó de 2.8 millones de pasajeros en 2007 a 3.1 millones en 2009.

Es indudable la estrecha relación que existe entre la prestación de los servicios aéreos comerciales y el turismo que estos generan, especialmente en el campo internacional.

El crecimiento de la industria del turismo en Colombia, como consecuencia de varios factores, especialmente el de la seguridad, ha beneficiado a varios sectores, pero especialmente a la de la hotelería y restaurantes, que tiene una relación directa con los usuarios de transporte aéreo.⁵⁰

El incremento del tráfico aéreo, tanto nacional como internacional, da lugar a la afluencia masiva tanto de turistas como de hombres de negocios, lo cual ha potencializando la industria hotelera, y las estadísticas así lo demuestran, en el caso de Bogotá existe actualmente una oferta de 5000 habitaciones de 4 y 5 estrellas, están construyendo 3000 más, que deben ser entregadas en el año 2012 y para el 2015 se requieren 16000, del tal manera que el potencial es inmenso y la industria hotelera debe adecuar su infraestructura para atender el crecimiento del número de pasajeros tanto nacionales como internacionales que se transportan por vía aérea.⁵¹

Con estas cifras, no hay duda que el transporte aéreo, poco a poco, se convierte en eje de producción, creación de empleo e inversión. Es el caso del aeropuerto de Dubai, donde pronto empezarán a utilizar sus seis pistas para aviones que transportarán al año 120 millones de pasajeros. China empieza a construir 40 nuevos aeropuertos. En Estados Unidos se prevé duplicar los pasajeros aéreos antes del 2025 y Colombia no se queda atrás en infraestructura. "Para este año, el Departamento Nacional de Planeación presentó su plan de inversiones destinadas a la infraestructura, que asciende a \$55 billones, cerca del 10 % PIB", comentó Ana Teresa Puente, profesora del Instituto de Estudios Económicos de la Universidad del Norte. Además, el aeropuerto de Bogotá contará con una inversión de US\$500 millones para aumentar de 80 a 114 counters (puntos de atención) y ampliar el área a 134 mil metros cuadrados, entre otras obras.⁵²

2. En el punto anterior, he recurrido a datos recientes sobre los servicios aeroportuarios internacionales para que se pueda tener una idea de la importancia que tienen los aeropuertos en el desarrollo nacional.

2.1. El creciente flujo turístico y comercial, desde y hacia nuestro país requiere del desarrollo de una infraestructura aeroportuaria adecuada para su eficiente atención.

En este sentido, la brecha de inversión en infraestructura aeroportuaria existente (calculada en US\$ 571 millones) se convierte en una interesante oportunidad para la inversión privada, a través de la cual el país logrará alcanzar posicionamiento como destino turístico y Hub regional.

2.2. Actualmente, el Perú cuenta con un total de 145 terminales aéreas, entre los que se incluye 11 aeropuertos internacionales, 20 aeropuertos nacionales, 104 aeródromos y 10 helipuertos. Una parte de la administración aeroportuaria se encuentra a cargo de la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial (CORPAC), que actualmente es responsable de cuatro aeropuertos internacionales, 8 aeropuertos nacionales y 23 aeródromos. Asimismo, 39 aeródromos y 3 helipuertos son administrados por otras entidades como Gobiernos Regionales, Municipios y comunidades campesinas y/o nativas, mientras que algunas empresas mineras, petroleras y agroindustriales y otras personas naturales o jurídicas tienen bajo su cargo 42 aeródromos y 7 helipuertos.

2.3. Por otro lado, han sido otorgadas tres concesiones aeroportuarias al sector privado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), vía PROINVERSIÓN: el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH) en el año 2001, el primer grupo de aeropuertos regionales, en el año 2005 y en el 2010 el segundo grupo de aeropuertos regionales.

- AIJCH: adjudicado por un período de 30 años al consorcio Lima Airport Partners (LAP), que invertirá US\$ 1,214 millones en expansión y mejoras de las instalaciones. El AIJCH es el primer aeropuerto internacional del país y en los años 2009 y 2010 fue elegido como el Mejor Aeropuerto de América del Sur por Skytrax Research y el Aeropuerto Líder en Sudamérica por "The World Travel Awards", en la evaluación correspondiente a 2009.
- Primer Grupo de Aeropuertos Regionales (ADP): constituido por 12 aeropuertos localizados en el norte del país, adjudicados por un periodo de 25 años al consorcio Swissport GBH-Aeropuertos, que realizará inversiones en obras, equipamiento y actividades de mantenimiento por un valor estimado de US\$ 120 millones.
- Segundo Grupo de Aeropuertos Regionales (APP): entregado en concesión al Consorcio Aeropuertos Andinos del Perú que realizará inversiones en obras y equipamiento en 6 aeropuertos (4 internacionales y 2 nacionales) ubicados en el sur del país por un monto estimado de US\$ 257 millones. El período de la concesión es de 25 años.

3. El movimiento de pasajeros y carga se ha incrementado sostenidamente en los últimos 10 años

debido al dinamismo del comercio exterior y a la creciente actividad turística.

El tráfico de pasajeros nacionales en el 2009 fue de 3.7 millones, de los cuales el 91% fue captado por la línea aérea LAN Perú seguido por STAR Perú (4%), TACA Perú (3%) y LC Busre (2%). Asimismo, el tráfico de pasajeros internacionales fue de 4.8 millones, captando la aerolínea LAN Perú cerca del 30% de la demanda.

En cuanto al tráfico de carga, los terminales aéreas en el año 2009 movilizaron 117 mil TM, cifra que alcanza a duplicar la registrada durante el año 2000. El tráfico de carga internacional durante el 2009 fue atendido principalmente por las aerolíneas LAN Perú (38%), LAN Airlines (13%) y KLM (10%).

El movimiento general de los aeropuertos y/o aeródromos comerciales registró en el año 2010 un total de 308,139 operaciones aéreas. 15'945,964 de pasajeros transportados y 291 TM de carga-correo, al nivel nacional e internacional.⁵³

4. La brecha total de infraestructura en los aeropuertos concesionados equivale a la diferencia entre los compromisos de inversión y los montos invertidos. Así, para el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH) se estima una inversión⁵⁴ de US\$ 295 millones hasta el 2017, este monto considera la inversión adicional requerida en función al aumento de la demanda. Mientras que para el primer paquete de aeropuertos concesionados a Aeropuertos del Perú (ADP) se calcula una brecha de US\$ 109.8 millones.⁵⁵

5. Los requerimientos de inversión para los aeropuertos administrados por CORPAC han considerado los montos de inversión estimados por PROINVERSIÓN para la concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú. Así, de este monto asciende aproximadamente a US\$ 157 millones. Por otro lado, en los casos de los aeropuertos del Cusco y Nazca, se han considerado las necesidades de inversión estimadas por Currie & Brown (2002) y Silva Ruete (2004), las cuales son US\$ 7.1 y US\$ 2.1 millones, respectivamente.⁵⁶

6. La brecha de infraestructura total en aeropuertos alcanza los US\$ 571 millones, lo cual representa 4.1% del total de la brecha de transporte. Asimismo, cabe señalar que los compromisos de inversión ascienden a US\$ 405 millones.⁵⁷

Con respecto a la evolución de las inversiones en este sector, el sector privado ha invertido US\$109.3 millones en el periodo comprendido entre el estudio "La infraestructura que necesita el Perú" -elaborado en el año 2005- y el 2008. En el caso del AIJCH, en el estudio anterior se identificó sobre la base del contrato de concesión que las inversiones necesarias para el periodo 2005-2008 eran US\$ 62.9 millones. Las inversiones en LAP para el mismo periodo, US\$ 104.1 millones, han superado las necesidades de inversión

53 Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial-CORPAC SA. Memoria Anual 2010, Tráfico Aero comercial, pág. 14.

54 Cabe resaltar que en el caso de AIJCH, no se puede hablar específicamente de "brecha de inversión", dado que el AIJCH cuenta con infraestructura cuya capacidad excede la demanda. A la fecha, el concesionario ha cumplido con todas las inversiones obligatorias, exigidas a diciembre de 2008. la construcción de la segunda pista es una mejora obligatoria, no relacionada a la demanda, que debe concluirse cinco años después de la entrega de los terrenos a ser expropiados por el Estado.

55 IPE Instituto Peruano de Economía, El Reto de la Infraestructura al 2018, "La Brecha de Inversión en Infraestructura en el Perú 2008", págs. 13-14, agosto 2009.

56 IPE, Ob. Cit. Pág. 22.

57 Ibid.

identificadas en el estudio del 2005. Para el caso del Primer Grupo de Aeropuertos Regionales, el estudio anterior identificó requerimientos de inversión por US\$ 88.7 millones par el periodo 2005-2009. Sin embargo, la inversión reconocida por OSITRAN entre el 2005 y 2008 representa únicamente 5.9% de dicho total, por lo que a la fecha se mantiene las necesidades de inversión en estos aeropuertos.⁵⁸

7. Adicionalmente a ello se debe considerar la inversión en el aeropuerto de Jauja que recientemente ha sido declarado como aeropuerto alterno al AIJCH.⁵⁹

Según OSITRAN, para el caso de del AIJCH y para el Primer Grupo de Aeropuertos Regionales, entre los años 2005 y 2008, el sector privado ha invertido US\$109.3 millones en los aeropuertos concesionados. En el estudio "La Infraestructura que necesita el Perú-Brecha de inversión en infraestructura de servicios públicos" realizado en el 2005, se identificaron las inversiones necesarias para el AIJCH correspondientes al periodo 2005-2008, que ascendieron a US\$ 62.9 millones sobre la base del contrato de concesión. Dado el avance de las inversiones en LAP para el mismo periodo, US\$ 104.1 millones, la brecha de inversión identificada el 2005 se habría cerrado. Sin embargo, las necesidades de inversión identificadas en el estudio del 2008 aumentan debido al establecimiento de metas más ambiciosas para todo el sector.⁶⁰

Asimismo, en el estudio del 2005, estimaron los requerimientos de inversión para los aeropuertos que conforman el Primer Grupo de Aeropuertos Regionales para el periodo 2005-2009, cifra que ascendió a US\$ 88.7 millones. Sin embargo, la inversión reconocida por OSITRAN entre el 2005 y 2008 representa únicamente 5.9% del total identificado.⁶¹

Adicionalmente a lo señalado, si se tiene en cuenta que la inversión comprometida en los aeropuertos contenidos en el segundo paquete asciende a US\$ 250 millones y la brecha señalada por el IPE asciende a US\$ 157 millones se evidencia que la inversión está asegurada y la brecha se habría cerrado.

8. Mediante Resolución Ministerial 766-2007-MTC/01 del 17 de diciembre de 2007 se aprobó el Plan Estratégico Institucional 2007-2011 del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

De acuerdo a lo señalado en dicho Plan Estratégico Institucional, el Sistema de Transporte Peruano⁶² si bien ha venido creciendo en algunos aspectos como la infraestructura, aún no puede ser considerado como un sistema integrado y eficiente en su operación que satisfaga los requerimientos de accesibilidad, capacidad, niveles adecuados de transitabilidad y de servicio, costos, confiabilidad y seguridad.

La realidad muestra un crecimiento desigual de los distintos modos de transporte, una infraestructura aún insuficiente, crecimiento de servicios de baja calidad y presencia de informalidad, poco desarrollo logístico, poca innovación tecnológica, debilidad institucional y deficiencias en la protección del medio ambiente y salud de las personas.

9. Desde el punto de vista de la industria aerocomercial "conectividad" significa enlazar entre sí ciudades o rutas, de forma que tal que entre ellas pueda fluir mejor el servicio de transporte aéreo de pasajeros, carga y correo con la finalidad de lograr mejoras en el tráfico mercantil (transporte de carga, importación, exportación, etc.), los servicios de turismo y demás servicios relacionados.⁶³

Para lograr una mejor conectividad aérea que nos permita el acceso de más peruanos al transporte aéreo y de esta forma lograr la competitividad que requiere el país se debe tener presente lo siguiente:

- a) Operación que normalmente desarrollan las grandes aerolíneas comerciales con el complemento de aerolíneas vinculadas. Dado el tamaño del mercado peruano, las líneas alimentadoras deben ser de bajo costo y operar desde y hacia las regiones.
- b) Alternativamente se puede aspirar a un mercado regulado en el que el Estado establece la red que hay que operar, como sucede con las regiones que se deben beneficiar con las disposiciones de la Ley N° 29159, Ley que Declara de Necesidad y Utilidad Pública la Prestación de Servicios de Transporte Aéreo a Zonas Aisladas donde no haya Oferta Privada.

Esta norma autorizó al MTC a implementar un Programa de Promoción y Fomento para promover la participación privada en la prestación de dichos servicios, a través de sistemas de subvenciones. El objetivo de las subvenciones es incidir en los precios de venta al público, beneficiando al usuario final con precios inferiores.
- c) En cualquier caso, deben dominar las estrategias de colaboración entre las aerolíneas para complementarse en forma coordinada en lugar de competir en un mercado que si bien ha crecido, es muy pequeño con relación a otros países de la región (Colombia y Chile que se han revisado por su similitud de políticas económicas con el Perú).
- d) En muchos países como Francia, España, Alemania, Chile, etc. con un excelente nivel de servicios de transporte aéreo interno existe un operador doméstico dominante que se basa fundamentalmente en economías de escala operacionales que se sustenta en la alimentación de los Hubs de dichas aerolíneas.

58 IPE, Ob. Cit. Págs. 22-23.

59 Mediante Decreto Supremo N° 020-MTC el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) declaró de necesidad pública e interés nacional la modernización, equipamiento e internacionalización del aeropuerto de Jauja (Junín) pues su ubicación estratégica lo convierte en el más idóneo para funcionar como alterno del aeropuerto internacional Jorge Chávez en la zona del centro del país.

60 Cabe señalar que las inversiones reconocidas por OSITRAN para el AIJCH ascienden a US\$ 78.2 para el periodo 2005-2008.

61 IPE, Ob. Cit. Págs. 76-77.

62 Información a detalle sobre diagnóstico en Plan Intermodal de Transporte (PIT), en www.mtc.gob.pe.

63 MENA Ramírez Miguel, Marco Legal y Regulatorio para la Promoción de Rutas Aéreas Regionales, Exposición efectuada para el Gobierno Regional de Cajamarca, setiembre de 2007, pág. 2.

10. Con los ejemplos señalados a continuación se puede apreciar lo difícil que es efectuar el trayecto de pasajeros vía interprovincial, lo que afecta a la población de las regiones porque sufren con un transporte carretero inseguro que podría ser sustituido con un transporte aéreo regional más rápido y, paralelamente, vender el producto turístico de nuestros destinos con mayor competitividad.

En efecto, de Lima a Huancayo el viaje demora 7 horas en ómnibus. La ruta Lima-Huancayo-Huancavelica tiene un recorrido de 457 km. y el viaje en ómnibus dura 11 horas. El trayecto Lima-Cerro de Pasco de 296 km. demora 9 horas en ómnibus interprovincial. El viaje Lima-Huánuco en una ruta de 400 km. demora 10 horas.

Todos los destinos citados en el párrafo anterior se efectúan por la Carretera Central. Sin embargo, los trayectos se reducen notablemente por vía aérea: Lima-Huancayo vía Jauja 1 hora; Lima-Huancavelica 50 minutos; Lima-Huánuco 35 minutos.

De igual modo, en el caso de Ayacucho el trayecto por la vía de Los Libertadores demora 9 horas y por vía aérea el viaje demora sólo una hora.

Las ciudades en mención además de tener un atractivo turístico importante tienen una vinculación con la capital muy importante, estableciéndose una relación de interdependencia en las conexiones de transporte.

VIII. El Rol Subsidiario del Estado

1. El artículo 60 de la Constitución señala expresamente:

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 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.

De igual modo, conforme a lo establecido por el artículo 5 de la Ley de Aeronáutica Civil, la actividad Aeronáutica Civil está reservada al sector privado.

El Estado sólo puede realizar, subsidiariamente, actividades de aviación comercial por alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, previa autorización y en las condiciones establecidas mediante ley expresa.

El desarrollo del sector depende de la inversión privada y del fomento que efectúe el Estado.

2. Como se puede apreciar, la propuesta de crear una aerolínea de bandera no estaría acorde a la situación actual del mercado aerocomercial que se rige por una economía de libre mercado y sustentado en los "objetivos permanentes del Estado en Aeronáutica Civil"

expresamente establecidos en el artículo 4 de la Ley Aeronáutica Civil que señala:

Artículo 4.- Son objetivos permanentes del Estado en materia de Aeronáutica Civil, los siguientes: f) asegurar el desarrollo de las operaciones aerocomerciales en un marco de leal competencia y con estricta observancia de las normas técnicas vigentes.

En efecto, el mercado aéreo comercial se encuentra cubierto casi en su totalidad por las aerolíneas existentes conforme se señaló en líneas precedentes, habiendo crecido en los últimos años en más de un 50% y proyectándose a seguir creciendo progresivamente, todo ello bajo una economía de libre mercado y libre competencia, lo cual beneficia directamente al consumidor nacional y al turista extranjero.

3. Adicionalmente a lo señalado la Ley 28525 de Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 028-2006-MTC disponen expresamente sobre rol subsidiario del Estado:

Artículo 1.- El Estado sólo participará en actividades de aviación comercial cuando no exista ningún operador del Estado que brinde servicios aéreos de transporte aéreo regular o no regular, transporte aéreo especial, o trabajo aéreo, en zona o punto a ser atendido.

4. Conforme lo establece el artículo 60 de la Constitución Política, la razón para intervenir en materia aeronáutica deben ser por razones estrictamente de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional, lo cual no se da en estos momentos en el mercado peruano, ya que actualmente las aerolíneas nacionales abarcan casi todos los destinos del Perú y las rutas que no son actualmente cubiertas, se debe a que los aeropuertos o aeródromos no tiene operatividad por falta de recursos y apoyo del gobierno.

Consecuentemente, el futuro gobierno tiene que actuar apoyando e incentivando para promocionar al empresariado aerocomercial nacional ya existente para que éstos puedan operar las rutas no abastecidas en la actualidad, subsidiando dichas rutas que no son muy comerciales pero que deben ser servidas, hasta que el flujo aerocomercial sea rentable.

Pero ello no se logra con la creación una línea aérea del Estado que sólo generaría una competencia desleal y un control de precios en sus tarifas, todo ello opuesto a la economía de libre mercado que es la base fundamental del empresariado a nivel mundial.

La intervención del Estado Peruano con una línea aérea bajo el supuesto sustento de rol subsidiario, afectaría a las demás líneas aéreas por incurrir en una posición probablemente dominante en el mercado y con una serie de beneficios que no se les otorga a las aerolíneas privadas.

5. De acuerdo con el IPE, en 1969, a inicios de la dictadura militar de Velasco, las pérdidas acumuladas de

las empresas públicas ascendían a solo US\$ 46 millones. Una década después, estas pérdidas eran de US\$ 2,481 millones (equivalentes al 10% del PBI); esto es, se multiplicaron por 54 en tan solo diez años. Esta catástrofe económica se generó por la pésima administración de las empresas públicas, las cuales, al no valorar el dinero porque no les cuesta como a las empresas privadas, cobraban precios artificialmente bajos que no cubrían sus costos reales. Inclusive, al no tener el incentivo de maximizar beneficios, en lugar de invertir en mejorar sus procesos para ofrecer un mejor servicio y ampliar su alcance a la población, eran fuentes de empleo innecesarias con claros intereses partidarios.⁶⁴

Según el Banco Mundial, entre 1980 y 1993, ENTEL Perú, la empresa estatal de telefonía, llegó a atender hasta 673,000 líneas telefónicas. Sin embargo, en el periodo 1994-2007, es decir, en el mismo lapso de tiempo, Telefónica del Perú alcanzó a atender a 2.67 millones de personas y registró un crecimiento acumulado de 246.1%. Lo mismo ocurrió con el sector energético que, gracias a su privatización, logró reducir las pérdidas de energía del 21.8% en 1993 al 11.8% en 1999 y duplicó su generación total. Hoy, los apagones recurrentes y la espera de casi 10 años para obtener una línea telefónica (¡a tan solo US\$ 5,000!) ya son cosa del pasado.⁶⁵

6. La prioridad del gobierno en funciones debe ser la educación, salud, seguridad ciudadana y los programas sociales que han propulsado en su campaña política, y en materia de aviación específicamente en incentivar el crecimiento y modernización del parque aéreo nacional conforme lo dice textualmente el inciso g) del artículo 4 de la Ley de Aeronáutica Civil en cuanto a los objetivos permanentes del estado peruano.

Por ello, sería totalmente contraproducente destinar recursos económicos donde el empresariado nacional cubre y sirve satisfactoriamente el mercado nacional y extranjero.

Al margen de los errores del pasado, se debe tener presente que el Estado sí puede intervenir en la economía cuando el sector privado no lo hace por fallas de mercado o rentabilidad insuficiente. Ese es justamente el rol subsidiario del Estado y ello no ocurre en el sector aerocomercial.

7. Lo que debe hacer el nuevo gobierno es otorgar incentivos para la creación de aerolíneas regionales privadas para vuelos cortos, que puedan utilizar la infraestructura que no ha sido materia de los contratos de concesión, como los aeropuertos de Huánuco, Jauja, Talara, Chachapoyas y algunos de la selva, que se citan como ejemplos.

Esta política tendría la finalidad promotora, para que estas empresas presten servicios en los pueblos que tienen poco tráfico y que deben trasladarse por horas en carretera y de esta forma lograr que los ciudadanos puedan viajar en mejores condiciones y acceder a un transporte aéreo más inclusivo.

8. Se debe tener presente la posibilidad de extender la participación del Estado hacia nuevas actividades económicas como es el transporte aerocomercial y los servicios aeroportuarios, es factible con la Constitución vigente, siempre que sea autorizado por ley expresa y sea de interés público. En otras palabras, no se requiere modificar la Constitución para abrir una caja de Pandora, como sucedió durante los años setenta y ochenta.

En el Perú en virtud del citado artículo 60 de la Constitución Política, tenemos actualmente 34 empresas estatales: dieciséis eléctricas, SERPOST, SEDAPAL, COFIDE, ENAPU, el Banco de la Nación, entre otras.

El argumento del equipo técnico del presidente y de algunos interesados en este proyecto, es que ya se habría aprendido de los errores del pasado. No obstante, actualmente existen casos donde vemos que el Estado, si bien posee la capacidad para realizar algunas tareas, es largamente menos eficiente que una empresa privada y así, continúa demostrando que aún no aprende (y lo mismo sucede en todo el mundo). Uno de los casos más emblemáticos es el de la Empresa Nacional de Puertos (ENAPU) y su penosa gestión a cargo del puerto del Callao, uno de los más lentos e ineficientes de la región.⁶⁶

9.- De otro lado, los incentivos que enfrentan las empresas estatales son totalmente diferentes a los que enfrentan las compañías privadas. Los controladores de las empresas estatales tienen gran parte del beneficio a través de ineficiencias que incrementan los costos reales (ENAPU, por ejemplo, los puertos a cargo de ella son un desastre económico. La deuda externa acumulada por cubrir las pérdidas generadas por esta aventura empresarial de Estado es enorme y la seguirán pagando las futuras generaciones), mientras que para los funcionarios de las empresas privadas, incurrir en menores costos significa obtener mayores utilidades.

Adicionalmente a ello, el mercado aerocomercial es muy competitivo y dinámico: las decisiones se toman con una anticipación importante y además se trata de lograr eficiencia en el mercado rápidamente. Los ejemplos de ineficiencia se ven en los casos de Aerolíneas Argentinas y CONVIASA, que se han señalado en líneas precedentes.

Por ejemplo, en las aerolíneas privadas se acuerdan efectuar ofertas bajando los precios de las tarifas, rebajar comisiones, se negocia el precio del combustible en volumen, etc. Ello no se puede hacer en una empresa estatal por los controles que tiene el sistema.

10. Asimismo, se debe tener presente que el artículo 60 de la Constitución Política ha servido para impedir intentos de reconvertir al Estado en empresario. Modificarlo o, peor aún, eliminar su texto, pondría en entredicho la defensa de la iniciativa privada que el presidente electo debe apoyar.

Sin embargo, no ayuda que la presidencia de CONFIEP, que representa a gran parte del sector privado, haya

64 Sociedad de Comercio Exterior del Perú-COMEXPERU, Semanario COMEX, 27 de junio de 2011, pág. 11.

65 Ibid.

66 Semanario COMEX, Ob. Cit. Pág. 11.

manifestado la conveniencia de la iniciativa de crear una aerolínea de bandera. De igual modo, tampoco ayuda que algunos interesados, con la finalidad de salir en los medios periodísticos, apoyen el proyecto sin ningún sustento técnico. Por ello es urgente un debate serio sobre este tema y que de tomar la decisión equivocada puede afectar a todos los peruanos.

No se debe confundir el rol subsidiario del Estado con la creación de empresas públicas, como las que ya existen. Hay tareas que requerirán toda la atención del próximo gobierno (educación, salud y seguridad, por ejemplo) como para pensar en revivir aventuras empresariales

que una y otra vez han probado ser nefastas para una economía como la nuestra.

Lo bueno que se ha hecho en nuestro país no debe malograrse por el interés político de intervenir en una actividad que afectaría la óptima utilización de los recursos del Estado en un mercado en el cual operan varias aerolíneas con éxito. Lo que debe hacer el Estado es regular y fomentar pero no invertir en un sector que no requiere un agente estatal. De esta forma evitará la posibilidad de perder millones de dólares en una aventura de baja rentabilidad, con el agravante que recordamos en líneas precedentes, que el Estado es un pésimo empresario 📧



cutting through complexity

KPMG Tax & Legal

Servicios

Asesoría y Procedimientos Tributarios

Servicios Legales

Cumplimiento y Diagnóstico
Tributario

Servicios Internacionales para
Ejecutivos

Precios de Transferencia

© 2011 Grellaud y Luque Abogados S. Civil de R. L., sociedad civil peruana de responsabilidad limitada y firma miembro de la red de firmas miembro independientes de KPMG afiliadas a KPMG International Cooperative ("KPMG International") una entidad suiza. Derechos reservados.

KPMG en Perú

Torre KPMG

Av. Javier Prado Oeste 203

Telf. 51 (1) 611 3000

Correo: tax&legalperu@kpmg.com

