

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO DE LA EMPRESA



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**“UNA APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE SERVICIO
PÚBLICO ECONÓMICO Y SU RÉGIMEN DESDE EL
SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE AÉREO”**

Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho de la
Empresa con Mención en Regulación de Negocios

AUTOR

Erick Giancarlo Rivas Meza

ASESOR

Alejandro Moscol Salinas

JURADO

Hebert Tassano Velaochaga (Presidente)

Alberto Cairampoma Arroyo (Miembro)

Alejandro Moscol Salinas (Asesor)

Lima – Perú

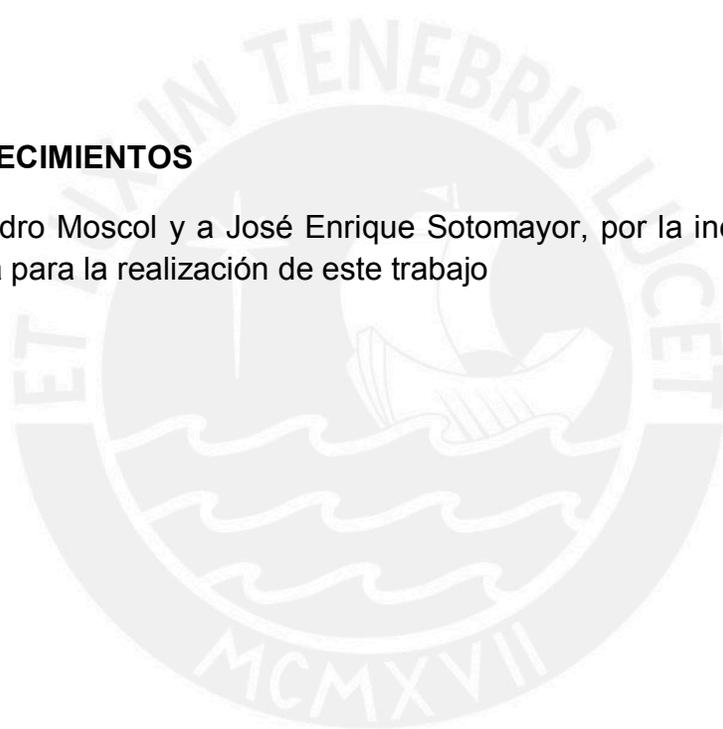
2016



Para mi madre

AGRADECIMIENTOS

A Alejandro Moscol y a José Enrique Sotomayor, por la inestimable ayuda brindada para la realización de este trabajo



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
I. CONTEXTO Y ANTECEDENTES DE LA DECLARACIÓN DEL SERVICIO DE TRANSPORTE AÉREO COMO SERVICIO PÚBLICO EN EL PERÚ	8
1. Controversia judicial entre accionistas de AVIANDINA S.A. y LAN PERÚ S.A.	8
2. Consecuencias de la eventual paralización de operaciones de LAN PERÚ S.A.	10
3. Medidas establecidas por el poder ejecutivo frente a la medida cautelar concedida a la empresa AVIANDINA S.A.	12
3.1. Sobre las medidas extraordinarias establecidas en la Constitución Política de 1993 ...	13
3.1.1. Presupuesto fáctico para la aplicación de las medidas extraordinarias	14
3.1.2. Medidas extraordinarias para que el servicio de transporte aéreo no deje de prestarse (absorción de la demanda eventualmente dejada de atender por LAN PERÚ S.A.)	16
3.2. Declaración del servicio de transporte aéreo público como servicio público	20
II. FORMAS DE ACTUACIÓN DEL ESTADO EN SERVICIOS DE CARÁCTER ECONÓMICO: SERVICIO PÚBLICO, SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL Y ACTIVIDAD DE FOMENTO	24
1. Noción de Servicio Público.	24
1.1. La Escuela de Burdeos (Noción Clásica)	26
1.1.1. Noción objetiva de Servicio Público	26
1.1.2. Noción subjetiva de Servicio Público	28
1.1.3. La noción de Servicio Público de Hauriou.	30
1.2. Crisis de la noción clásica de servicio público.	31
1.3. Noción de Servicio Público en España.	35
1.4. Noción de servicio público en el Perú.	40
2. Noción de Servicio Económico de Interés General.	46
3. Actividad de Fomento del Estado.	48
3.1. Modalidades de la Actividad de Fomento	49
3.2. Principios Institucionales de la Actividad de Fomento	51
3.3. Límites Institucionales de la Actividad de Fomento.	51
4. Intercambiabilidad de las técnicas de intervención administrativa	53
III. EL SERVICIO DE TRANSPORTE AÉREO COMO SERVICIO PÚBLICO	55
1. Antecedentes y Cuestiones Previas.	55
2. Liberalización del sector aeronáutico en el Perú.	62
3. Privatización de AEROPERÚ S.A.	64
4. Política liberalizadora establecida a través de la Ley N° 29169	65
5. Contrapartida de la política liberalizadora: intervención administrativa en el sector aéreo	68
6. Título habilitante para realizar la actividad de servicio de transporte aéreo	70
7. Medidas establecidas como consecuencia de la declaración del servicio de transporte aéreo como servicio público	74

8. Programa de subvenciones de vuelos a zonas aisladas de la selva en las que no existe oferta privada.....76

8.1. Finalidad del Programa de Promoción y Fomento.....78

8.2. Técnica establecida para incentivar la prestación del servicio en zonas aisladas: la subvención.....80

CONCLUSIONES..... 84

ANEXO86

BIBLIOGRAFÍA95



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como objeto determinar si el servicio público de transporte aéreo tiene un régimen que garantice de manera efectiva su prestación regular, continua y obligatoria; y si es un régimen exorbitante o especial de derecho privado.

Para tal fin, el trabajo se dividirá en tres capítulos. En el primero de ellos, detallaremos las circunstancias que pusieron en peligro la prestación continua de las operaciones de LAN PERÚ S.A., y a partir de tal hecho, evidenciar la importancia que tiene el servicio de transporte aéreo para nuestra economía, y en consecuencia, la necesidad de garantizar su prestación continua.

Del mismo modo, si bien la declaración del servicio de transporte aéreo fue inicialmente realizada a través de un decreto de urgencia, norma con vocación temporal, para paliar los efectos de una decisión igualmente pasajera, será necesario establecer si la declaración como servicio público realizada por la Ley N° 28525, Ley de Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo -luego de superada la coyuntura señalada-, era necesaria para establecer el régimen de promoción de vuelos a zonas aisladas de la selva. Para ello, en el segundo capítulo, reseñaremos algunas formas de actuación del Estado en los servicios de carácter económico, para ver hasta qué punto, dicha declaración era necesaria, o si se podía haber usado otros mecanismos.

Finalmente, en el tercer capítulo, analizaremos el régimen de incentivos para vuelos a zonas aisladas de la selva respecto de empresas aéreas privadas en un contexto de economía liberalizada, en el que podremos apreciar cuáles han sido los efectos de dicha *publicatio* en la titularidad de la actividad aeronáutica, y determinar qué tipo de régimen posee, uno exorbitante o especial, de derecho privado que garantice su prestación, en determinadas condiciones, en tanto actividad esencial y de interés para la sociedad.

Consideramos que el servicio de transporte aéreo, al ser una actividad que se realiza en libre competencia, y en la que además, la actividad empresarial del Estado se encuentra restringida en virtud del principio de subsidiaridad, no posee un régimen exorbitante de derecho público, tal como postula la noción clásica de servicio público, que ha tenido una

influencia considerable en nuestra legislación, hasta antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993.

Precisamente, nuestro interés en el presente caso, surge del hecho de haberse declarado como servicio público una actividad que se presta en libre competencia, en un país en el que existen otras actividades a las que no se puede acceder libremente en virtud de la libre iniciativa privada, debido a que son de titularidad estatal, es decir, a que pertenecen al dominio del Estado, y en los que se establecen regímenes de derecho público, exorbitantes.



I. CONTEXTO Y ANTECEDENTES DE LA DECLARACIÓN DEL SERVICIO DE TRANSPORTE AÉREO COMO SERVICIO PÚBLICO EN EL PERÚ

Resumen

El presente capítulo tiene como finalidad, demostrar como la declaración del servicio de transporte aéreo como servicio público, a través de una norma extraordinaria de carácter transitorio, tuvo como objetivo, evitar su virtual paralización, y con ello garantizar su continuidad, como respuesta a una decisión adoptada por el Cuarto Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

1. Controversia judicial entre accionistas de AVIANDINA S.A. y LAN PERÚ S.A.

En el año 2004, como consecuencia de una disputa legal entre accionistas de las empresas AVIANDINA S.A. y LAN PERÚ S.A., la primera de ellas solicitó una medida cautelar fuera de proceso ante el Cuarto Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (en adelante el CJCA), para luego, a través de un proceso de conocimiento, demandar la declaración de nulidad del certificado de acciones de uno de los accionistas de LAN PERÚ S.A. y la cancelación de las autorizaciones de vuelo nacional e internacional de dicha empresa¹.

Como resultado de ello, el 18 de junio de 2004, el CJCA resolvió otorgar la medida cautelar solicitada, suspendiendo el Permiso de Operación Comercial y el Certificado de Explotador de LAN PERÚ S.A.².

Si tenemos en cuenta que de acuerdo a la Ley N° 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú (en adelante, la LACP), el Certificado de Explotador para la Aviación Comercial es uno de los documentos públicos que acredita la capacidad legal, técnica y económico – financiera del explotador aéreo, y que constituye requisito indispensable para que una persona natural o jurídica que obtenga un Permiso de Operación pueda realizar actividades de aviación comercial o general³; y que ésta

¹ Cf. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Seguridad Jurídica, Servicio Público y Confiabilidad Judicial (a propósito del caso LAN PERÚ)* Themis, Época 2, N° 50., p 35.

² *Ibíd.*

³ LACP, numeral 90.2, artículo 90°.

última es la autorización administrativa que la Dirección General de Aeronáutica Civil (en adelante la DGAC) otorga a una persona natural o jurídica para realizar actividades de aviación comercial⁴, la ejecución de la señalada medida cautelar hubiera dejado a LAN PERÚ S.A. sin la posibilidad de prestar vuelos comerciales de transporte de pasajeros y mercancías, pues suspendía sus títulos habilitantes necesarios para realizar actividades aeronáuticas de aviación comercial a nivel nacional e internacional.

En cumplimiento de lo dispuesto por el CJCA, la DGAC a través de la Resolución Directoral N° 158-2004-MTC/12 de fecha 07 de octubre de 2004, publicada el 14 de octubre de 2004, dispuso la suspensión de los permisos de operación de aviación comercial regular nacional y de vuelos internacionales de LAN PERÚ S.A.⁵.

Los efectos producidos por el otorgamiento de una medida cautelar, como se podría apreciar de una mirada estrictamente jurídica, deberían afectar sólo a las partes involucradas en un proceso judicial. Sin embargo, en el presente caso subyacía determinado elemento que causó honda preocupación en el Poder Ejecutivo, que lo llevó a tomar medidas excepcionales.

Ante dicha situación, resulta válido preguntarse ¿Por qué si nos encontrábamos frente a una disputa entre accionistas de dos empresas privadas, el Estado podría haber adoptado medidas para paliar los efectos de la medida cautelar otorgada? ¿Por qué la eventual paralización de operaciones de la empresa LAN PERÚ S.A. podría haber sido tan importante como para que el Poder Ejecutivo adopte medidas extraordinarias? ¿No hemos visto acaso en algún momento que determinadas empresas deben interrumpir sus actividades en virtud de un mandato administrativo o judicial? Si la disputa hubiera enfrentado a otras dos empresas dedicadas a cualquier otra actividad económica, como por ejemplo el expendio de comida, o la venta de artículos de vestir, seguramente el Poder Ejecutivo no hubiera mostrado más preocupación que los trabajadores de la empresa afectada, y eventualmente sus proveedores y clientes. Los efectos de dicha paralización se

⁴ LACP, numeral 88.1, artículo 88°.

⁵ Otorgado mediante Resolución Directoral N° 089-2004-MTC/12 de fecha 11 de junio de 2004.

hubieran circunscrito al ámbito privado de la empresa afectada. Sin embargo, en el presente caso, los efectos rebasaron dicho ámbito; tanto así que el Poder Ejecutivo se vio obligado a adoptar medidas concretas para evitar la paralización de operaciones de LAN PERÚ S.A..

En ese sentido, dejando de lado la discusión de si la medida adoptada por el CJCA fue acorde o no con el ordenamiento jurídico, en los hechos subyacía un interés distinto al de las partes enfrentadas, que los trascendía, hasta el punto de legitimar la actuación del Estado. Dicho interés, es el interés público, concepto jurídico indeterminado cuyo alcance no se encuentra determinado con precisión y suficiencia en su enunciado, sino en las particularidades de cada caso concreto, dejando de lado la discrecionalidad estatal, y con ello, la eventual comisión de arbitrariedades⁶.

Así entonces, será necesario atender a las particularidades del servicio de transporte aéreo, para comprender cuál era el interés del Poder Ejecutivo para adoptar medidas extraordinarias en relación a ella; o más concretamente, cuál era el interés público en evitar la paralización de la empresa LAN PERÚ S.A..

2. Consecuencias de la eventual paralización de operaciones de LAN PERÚ S.A.

Respecto de la paralización de las operaciones comerciales dentro y fuera del país de LAN PERÚ S.A., debemos precisar que estábamos frente a la paralización de las actividades económicas de una empresa privada; hecho que como ya hemos advertido, es usual.

Sin embargo, lo que no es usual, es que el Poder Ejecutivo adopte medidas extraordinarias para evitar, por ejemplo, ante el cierre de una bodega -en virtud de la confirmación por parte del Poder Judicial de una resolución administrativa municipal que así lo haya dispuesto-, con el fin de asegurar que la actividad comercial, que podríamos denominar “compra y venta de abarrotes al por menor” en determinada localidad de nuestro país, deje de prestarse. Es necesario

⁶ Parágrafo 2 numeral 7 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 10 de octubre de 2006, recaída en el Expediente N° 2488-2004-AA/TC

entonces ver cuáles son las particularidades de la empresa LAN PERÚ S.A. en el servicio de transporte aéreo en el Perú, que justificaron las medidas adoptadas por el Estado.

LAN PERÚ S.A. es una empresa de la alianza internacional LATAM Airlines Group que inició sus operaciones de vuelos nacionales e internacionales en el Perú el año 1999⁷, y que contó con una alta participación en el mercado de transporte aéreo de pasajeros de transporte regular, no regular y especial, en el período que va desde el año 2002 al 2011. En efecto, en dicho lapso, LAN PERÚ S.A. transportó 21,562 pasajeros; mientras que el resto de empresas 14,080⁸.

De las cifras señaladas, se tiene que en el período 2002 - 2011, LAN PERÚ S.A., contaba con un aproximado del 60,4 % de participación en el mercado peruano de transporte aéreo regular, no regular y especial, lo cual nos muestra que la paralización de sus operaciones hubiera causado que por lo menos el 60% de usuarios de los vuelos nacionales e internacionales en el Perú se vieran perjudicados.

Como se puede apreciar, LAN PERU S.A. tenía, y tiene en la actualidad, una participación mayoritaria en el mercado peruano de transporte aéreo de pasajeros. Si a ello le sumamos que durante el mes de julio del año 2004, se esperaba un incremento considerable en la venta de pasajes aéreos como consecuencia de la inauguración de la “Copa América de Fútbol 2004” y el “Mundial de Fútbol Sub 17”, su eventual paralización hubiera puesto en peligro la afluencia de público para dichos eventos, que habían sido declarados de interés nacional de manera previa por el Poder Ejecutivo, debido precisamente a la gran afluencia de turistas que generaría⁹.

⁷ Cf. INDECOPI. *Mercado de transporte aéreo nacional de pasajeros*. Observatorio de Mercados, Año 6, N° 14, diciembre 2012., p. 4.

⁸ *Ibidem*.

⁹ A través del artículo 1° del Decreto Supremo N° 053-2003-PCM, publicado el 16 de mayo de 2003, es decir, mucho antes de la concesión de la medida cautelar señalada, el Poder Ejecutivo había declarado de interés nacional, la realización de ambos eventos deportivos; debido a que -según su tercer considerando-, incrementarían “el flujo del turismo receptivo e interno a nivel nacional, contribuyendo a la descentralización y a dinamizar la economía, a través de la generación de empleo producto de una mayor ocupabilidad hotelera, y el uso de servicios turísticos conexos”.

3. Medidas establecidas por el Poder Ejecutivo frente a la medida cautelar concedida a la empresa AVIANDINA S.A.

El interés del Estado por evitar las eventuales trabas al desarrollo normal del servicio de transporte aéreo, respecto de los señalados eventos deportivos, quedó plasmado a través de la emisión del Decreto de Urgencia N° 004-2004¹⁰, publicado el 4 de julio de 2004, cuyo artículo 1° declaró en emergencia por un plazo de noventa días, el “*servicio público de transporte aéreo en el territorio nacional, dada la urgencia de normar una situación extraordinaria e imprevisible cuyo riesgo inminente de que se extienda constituye un peligro para la economía nacional [las cursivas son nuestras]*”. Como consecuencia de ello, el Poder Ejecutivo estableció una serie de medidas a través del mismo y de los Decretos de Urgencia N° 005-2004 y 001-2005, con el fin de permitir que otras empresas aéreas puedan atender a los usuarios de la empresa LAN PERÚ S.A. ante su eventual paralización.

En este punto creemos necesario señalar, el hecho curioso, por decir lo menos, consistente en haber declarado en emergencia el “servicio público de transporte aéreo”, cuando éste no había sido reconocido de manera expresa como tal ni en la LACP, ni en ningún otro cuerpo normativo vigente hasta aquel momento. Siendo así las cosas, el antecedente más próximo a la declaración legal expresa del servicio de transporte aéreo como un servicio público propiamente dicho, es el artículo 1° del señalado decreto de urgencia¹¹, en el que si bien no se le declaró servicio público, ya se le consideraba como tal.

Posteriormente, habiéndose ya declarado en emergencia el servicio público de transporte aéreo, el Poder Ejecutivo, a través de Decreto de Urgencia N° 005-2004, publicado el 10 de julio de 2004, declaró al “servicio de transporte aéreo como un *servicio público, de interés nacional, orientado a satisfacer las necesidades de traslado de pasajeros, carga y correo de un punto de origen a un punto de destino [la cursiva es nuestra]*”. Dicha declaración, aunque posterior a la declaratoria de emergencia señalada, consideramos, constituyó el sustento jurídico necesario

¹⁰ Su séptimo considerando hace mención del impacto turístico que tendrían dichos eventos deportivos.

¹¹ Ello, sin perjuicio de lo establecido en el inciso g) del artículo 83° del Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, al que le dedicaremos unas líneas más adelante.

para la aplicación de medidas destinadas a asegurar la continuidad del servicio de transporte aéreo, inherente a todo servicio público, incluso frente a la suspensión dispuesta por otro poder del Estado, como veremos más adelante.

Respecto de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo, podemos decir que, aunque en estricto, todas estuvieron destinadas a evitar la posible paralización del transporte aéreo en el Perú, para conseguir dicho fin se emplearon dos medios distintos: i) permitir y fomentar que las demás empresas aéreas puedan absorber la demanda dejada de atender por LAN PERÚ S.A.; y ii) evitar concretamente que LAN PERÚ S.A. deje de prestar servicios a nivel nacional debido a la suspensión de sus títulos habilitantes.

El primero de los medios señalados consistió en autorizar a las empresas a suscribir contratos de fletamento¹² y de arrendamiento, facultando además al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, el MEF) a garantizar las coberturas de seguro necesarias para realizar actividad comercial de transporte aéreo; mientras que el segundo consistió en facultar a la DGAC para otorgar permisos de vuelo para aquellas empresas cuyos permisos de operación se encuentren suspendidos en virtud de causales no contempladas en la LGAC, que en aquel momento, no era otra empresa más que LAN PERÚ S.A.

3.1. Sobre las medidas extraordinarias establecidas en la Constitución Política de 1993

Con el fin de evitar la paralización del transporte aéreo, el Poder Ejecutivo estableció medidas extraordinarias, utilizando decretos de urgencia, considerando como elemento fáctico habilitante para ello, el interés público respecto de la prestación continua del servicio de transporte aéreo en dichas circunstancias.

¹² El numeral 67.1 del artículo 67° de la LACP establece que “El contrato de fletamento de aeronaves es aquel mediante el cual el fletante, que conserva su carácter de explotador, se obliga a realizar con una o más aeronaves, una o más operaciones aeronáuticas expresamente determinadas o referidas a un período de tiempo, en beneficio del fletador, el cual se obliga a ejecutar una contraprestación”.

Dichas medidas fueron adoptadas en virtud de la facultad establecida por el numeral 19 del artículo 118° de la Constitución Política de 1993¹³.

Así entonces, veamos primero si ese presupuesto fáctico existía, y en segundo lugar, si las medidas adoptadas fueron adecuadas para lograr el fin perseguido.

3.1.1. Presupuesto fáctico para la aplicación de las medidas extraordinarias

Respecto del presupuesto fáctico para establecer medidas extraordinarias, este debe consistir en un estado de necesidad que requiera de medidas urgentes, incompatible con los plazos establecidos en los procesos legislativos ordinarios¹⁴ -que de ser observados escrupulosamente, podrían determinar la inevitabilidad y/o irreparabilidad eventual de los potenciales daños¹⁵-, con el fin de salvaguardar intereses generales, no particulares¹⁶.

No obstante, aun cuando nos encontremos frente a un concepto que deberá ser determinado en cada caso concreto, ello no implica dejar al libre albedrío de los operadores jurídicos su determinación.

Al respecto, consideramos pertinente citar lo señalado por el Tribunal Constitucional español en las sentencias recaídas en los Expedientes 6/1983 y 111/1983, sobre la extraordinaria y urgente necesidad:

no debe entenderse en el sentido extremo de una amenaza para la nación o el sistema constitucional, dado que para tales casos la Carta Magna ha previsto los mecanismos del régimen de excepción. En esa medida, debe pensarse más bien en situaciones en las que se configura una necesidad «relativa» respecto a las situaciones concretas en que se encuentran los objetivos de la actuación gubernamental los cuales [las

¹³ Dicho numeral dispone como facultad del Presidente de la República, dictar “medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso...”

¹⁴ Cf. OCHOA, César. *Los Decretos de Urgencia en la Constitución Peruana de 1993*. En: *Derecho y Sociedad*. Año 15, N° 23 (2004) p. 31.

¹⁵ Fundamento Jurídico 60 inciso b) de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC.

¹⁶ Ídem., Fundamento Jurídico 60 inciso d).

cursivas son nuestras], por razones difíciles de prever [sic] requieren en alguna ocasión una acción normativa inmediata, en un plazo más breve que el requerido para la producción parlamentaria de una ley pues, de lo contrario, se perdería eficacia en la regulación de tales situaciones¹⁷.

En el presente caso, a la posible paralización del servicio de transporte aéreo en el país como consecuencia de la suspensión de operaciones de LAN PERÚ S.A., debemos añadir que el Poder Ejecutivo había declarado de interés nacional, la realización de la “Copa América año 2004” y del “Mundial de Fútbol Sub – 17”, eventos que generarían un desplazamiento masivo de turistas nacionales e internacionales.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo señalado, el servicio de transporte aéreo tiene por sí mismo una gran importancia para el sistema económico en general. Así, el encontrarse en la red global de transporte aéreo genera para nuestro país, entre otros beneficios, la posibilidad de encontrar nuevos mercados para nuestros productos a través de la actividad exportadora, la reducción considerable de los costos de transportes cuando las distancias a recorrer son considerables, contribuye a la flexibilización de la oferta laboral, eleva nuestra productividad¹⁸, etc.

De ese modo, si la medida cautelar otorgada por el CJCA se hubiera ejecutado sin que el Poder Ejecutivo hubiera establecido medidas para que los usuarios de LAN PERU S.A. sean atendidos por otras empresas aéreas, y que ella eventualmente pueda seguir operando, se hubiera causado un grave perjuicio no sólo al sector turístico y deportivo, sino también a la economía del país en general.

En efecto, si bien la medida cautelar fue apelada por LAN PERÚ S.A., ésta fue dejada sin efecto recién cuatro meses después¹⁹. Del mismo modo, haber

¹⁷ HERRERA, Ricardo. *Las medidas extraordinarias y los decretos de urgencia en el modelo constitucional peruano*. Derecho PUCP, Pontificia Universidad Católica del Perú N° 50 (1996), Diciembre, p. 246.

¹⁸ Cf. OXFORD ECONOMICS. *Beneficios Económicos del Transporte Aéreo en Perú 2010*. 2011, p. 5.

¹⁹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo., loc. cit.

esperado una pronta respuesta por parte del Congreso de la República, hubiera sido utópico, debido a los procedimientos previos para la promulgación de una ley, y el intenso debate que puede suponer, precisamente por ser un poder en el que las decisiones se adoptan por consensos.

Consideramos que dichas circunstancias fueron el sustento material suficiente para que el Poder Ejecutivo haya establecido medidas extraordinarias haciendo uso de diversos decretos de urgencia para evitar la paralización del servicio de transporte aéreo.

3.1.2. Medidas extraordinarias para que el servicio de transporte aéreo no deje de prestarse (absorción de la demanda que eventualmente hubiera dejado de atender LAN PERÚ S.A.)

Como ya habíamos adelantado *ut supra*, el Poder Ejecutivo estableció una serie de medidas para que las empresas aéreas puedan cubrir la demanda dejada de atender por LAN PERÚ S.A., ante la eventual paralización de sus operaciones. Dichas medidas fueron adoptadas a través de los Decretos de Urgencia N° 004-2004 y 005-2004, en el contexto de declaratoria de emergencia dispuesto por el primero de ellos. Las medidas específicas adoptadas, entre otras, fueron:

- a) Autorizar a los explotadores aéreos nacionales a celebrar contratos de fletamento de aeronaves con empresas aéreas extranjeras, a fin de prestar servicios de transporte aéreo en el territorio nacional (D. U. N° 004-2004, artículo 2°).
- b) Autorizar al MEF a garantizar por un plazo no mayor de 30 días, las coberturas de seguros exigidas por la LGAC para las operaciones que realice la empresa AEROCONTINENTE S.A. en el ámbito nacional (D. U. N° 005-2004, artículo 2°)
- c) Exonerar al MEF del cumplimiento de las normas de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su reglamento, a

- efectos de contratar directamente o a través de corredores de seguros las coberturas señaladas (D.U. N° 005-2004, artículo 3°)
- d) Se exoneró a la empresa Transportes Aéreos Nacionales de Selva – TANS (en adelante TANS), del cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, a efectos de que pueda contratar directamente aeronaves en virtud del artículo 61° de la LACP y del Decreto de Urgencia N° 004-2004, así como la adquisición de partes, piezas y repuestos de aeronaves y la prestación de servicios vinculados a su actividad aeronáutica (D.U. N° 005-2004, artículo 5°).

Lógicamente, existiendo la posibilidad de que la principal empresa de transporte aéreo en el Perú, se vea impedida de realizar sus operaciones comerciales, y la certeza de que la demanda por servicios aéreos tanto nacional como internacional desbordarían la capacidad regular del resto de empresas aéreas nacionales, el Estado decretó medidas para que puedan incrementar su capacidad operativa.

De acuerdo al artículo 146° de la LACP, los explotadores del servicio de transporte aéreo se encuentran obligados a contratar un seguro por la eventual ocurrencia de los daños contemplados en su Título XII (causados a pasajeros, tripulación o carga).

En ese sentido, a efectos de que la autorización para realizar los contratos de fletamento con empresas extranjeras pueda efectivamente plasmarse en la realidad, el primer párrafo del artículo 2° del Decreto de Urgencia N° 005-2004, autorizó al MEF a garantizar las coberturas de seguros exigidas por la LACP y su Reglamento, respecto de las operaciones de la empresa AEROCONTINENTE S.A. a nivel nacional.

La garantía señalada en el acápite precedente, constituye a nuestro parecer, una medida única dada en este contexto, en la que el Poder Ejecutivo garantiza a una empresa concreta, aun cuando sobre su actividad hayan existido serios cuestionamientos, hasta hacerla salir del mercado de

transporte aéreo unos años después²⁰. Dicha medida nos demuestra que dada la magnitud del problema que podía generar la paralización de los vuelos de LAN PERÚ S.A., y con ello, el servicio de transporte aéreo el Estado tuvo que decretar este apoyo, aun cuando en otro contexto, creemos, hubiera tenido serios cuestionamientos políticos²¹.

Del mismo modo, a través del segundo párrafo del artículo 2° del Decreto de Urgencia N° 005-2004²², el Poder Ejecutivo dispuso que el MEF contratara las pólizas de seguro que sean necesarias para su cobertura; y si esto no fuera posible, que la garantía señalada no entraría en vigencia.

Asimismo, respecto de la empresa estatal TANS, el artículo 5° del Decreto de Urgencia N° 005-2004 estableció una exoneración respecto de la aplicación de las normas de contrataciones y adquisiciones, con el fin de que pueda contratar directamente o a través de corredores de seguros, las coberturas necesarias para realizar su actividad, así como para la contratación de aeronaves, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 61° de la LACP y el Decreto de Urgencia N° 004-2004, y para la adquisición de piezas, repuestos de aeronaves y la prestación de servicios aeronáuticos.

Así entonces, teniendo en cuenta que el artículo 61° de la LACP, define el contrato de arrendamiento de aeronaves²³, podemos apreciar que respecto de TANS, el Poder Ejecutivo además de autorizarle a realizar contratos de fletamento, le autorizó expresamente a suscribir contratos de arrendamiento

²⁰ INDECOPI, óp. cit., p. 2.

²¹ Pues sus accionistas se vieron envueltos en investigaciones y procesos judiciales relacionados a temas de narcotráfico y lavado de activos. Al respecto, el quinto considerando del Decreto de Urgencia N° 005-2005 señaló «Que la empresa Aerocontinente S.A., que cubre una parte importante de las rutas aéreas en el territorio nacional, ha sido incluida por la Administración Norteamericana en “*The Foreign Narcotics Kingpin Designation Act*” lo que viene impidiendo la renovación de los seguros contratados por dicha empresa afectándose la continuidad de la prestación del servicio de transporte aéreo en el país».

²² Añadido por el artículo 1° del Decreto de Urgencia N° 006-2005, publicado el 17 de julio de 2004.

²³ El numeral 61.1 del artículo 61° de la LACP lo define como “aquel mediante el cual el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario, el uso de una aeronave determinada por cierta renta convenida, para uno o más vuelos, una distancia a recorrer u otras modalidades, y para ser utilizada en una actividad específicamente aeronáutica”.

de aeronaves, a diferencia de las demás empresas aéreas a las que se le otorgó una autorización general sólo para suscribir contratos de fletamento.

Por otro lado, a través del Decreto de Urgencia N° 001-2005, publicado el 08 de enero de 2005, teniendo en cuenta que el plazo máximo de noventa días para el estado de emergencia estaba próximo a vencerse, y estando aún pendiente la aprobación del Proyecto de Ley de Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, se amplió el plazo de emergencia por noventa días más, para que las empresas aéreas puedan celebrar contratos de fletamento con empresas aéreas extranjeras; así como exonerar a TANS, de las normas de contrataciones para realizar los contratos señalados para garantizar el servicio público de transporte aéreo, ante la posibilidad de que algunas empresas privadas suspendan sus operaciones²⁴.

De lo anterior, podemos apreciar, en primer lugar, que encontrándose pendiente de ejecución la suspensión de los títulos habilitantes de LAN PERÚ S.A., y estando el Poder Ejecutivo obligado a respetar las decisiones del Poder Judicial, se autorizó a las empresas aéreas a suscribir contratos de fletamento y arrendamiento, garantizándoles la adquisición de las pólizas de seguro requeridas, a fin de incrementar el número de aeronaves para poder afrontar eventualmente una mayor demanda por sus servicios.

En abstracto, de manera formal al menos, las medidas extraordinarias establecidas, hubieran permitido afrontar adecuadamente la paralización de la LAN PERÚ S.A. Sin embargo, si tenemos en cuenta que ya estando vigentes dichas medidas, los operadores aéreos no se valieron de ellas para incrementar su flota aérea cuando la empresa AEROCONTINENTE S.A. paralizó sus operaciones (julio de 2004), los resultados hubieran sido probablemente caóticos y no necesariamente satisfactorios²⁵.

²⁴ El segundo considerando del Decreto de Urgencia señaló que “a fin de afrontar la difícil situación comercial por la que atraviesa la aviación civil, el Estado ha planteado medidas para garantizar la prestación del servicio de transporte aéreo a fin de evitar los daños y perjuicios que su suspensión pudiera generar a las actividades económicas y financieras en el país”.

²⁵ “Un día decisivo para el servicio público de transporte aéreo en el país”. *El Comercio*. Lima, 13 de octubre de 2004, p. A2.

3.2. Declaración del servicio de transporte aéreo como servicio público

Sin perjuicio de las medidas extraordinarias detalladas precedentemente, mediante el artículo 1° del Decreto de Urgencia N° 005-2004, el Poder Ejecutivo **declaró como servicio público al servicio de transporte aéreo**, y en consecuencia estableció que “las autorizaciones de dicho servicio público sólo pueden ser suspendidas, restringidas o revocadas por la autoridad aeronáutica civil en los casos establecidos en la Ley N° 27261, Ley de Aeronáutica Civil [sic] y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 050-2001-MTC, o cuando medien razones de seguridad o emergencia debidamente comprobados”.

Dicha medida resultó de vital importancia, pues establecía de manera expresa, la competencia exclusiva del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante el MTC), a través de la DGAC, para que, en aplicación de las causales expresamente establecidas o en casos de emergencia y/o seguridad, pueda suspender los títulos habilitantes otorgados para realizar actividades de transporte aéreo en el territorio nacional.

De ese modo, el Poder Ejecutivo, establecía *a contrario sensu*, la incompetencia del Poder Judicial para suspender los títulos habilitantes para prestar el servicio de transporte aéreo en el Perú, como había sucedido con la empresa LAN PERÚ S.A.

Como consecuencia de dicha declaración, mediante el Decreto de Urgencia N° 012-2004, publicado el 14 de octubre de 2004, se facultó al MTC a otorgar de manera excepcional nuevos permisos de vuelo a aquellas empresas aéreas cuyos permisos se encontraban suspendidos por causales distintas a las señaladas en la LACP y su reglamento. Ello teniendo en cuenta que el servicio de transporte aéreo, en tanto servicio público, se rige por los principios de continuidad, regularidad y obligatoriedad²⁶.

²⁶ El quinto considerando del Decreto de Urgencia N° 012-2004, estableció que “la prestación de los servicios públicos, como el servicio de transporte aéreo, por su naturaleza, es *continua, regular y obligatoria* [la cursiva es nuestra].”

Consideramos que la citada declaración, que fue la que efectivamente impidió la paralización del servicio de transporte aéreo, no tenía vocación transitoria, a diferencia de las medidas extraordinarias destinadas a posibilitar la absorción de la demanda dejada de atender por LAN PERÚ S.A..

En efecto, cuando ya se había evitado la paralización de operaciones de LAN PERÚ S.A., a través de la Ley N° 28525, Ley de Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo (en adelante la LPSTA), publicada el 25 de mayo de 2005, el Congreso de la República declaró el servicio de transporte aéreo como un servicio público de interés nacional, orientado a satisfacer las necesidades de transporte de pasajeros, carga y correo; por lo que, en consecuencia, el Estado garantizaría su prestación continua, permanente, regular y obligatoria.

Así entonces, dado que mediante Resolución Directoral N° 0158-2004-MTC/12 publicada el 14 de octubre de 2004, en cumplimiento de lo dispuesto por el CJA, la DGAC, suspendió los permisos de operación de aviación comercial regular de LAN PERÚ S.A., posteriormente en aplicación del Decreto de Urgencia N° 012-2004, se le otorgó un nuevo permiso de operación, por lo que sus operaciones estuvieron suspendidas tan sólo catorce horas, aproximadamente²⁷.

Con la emisión de dicha Ley, es necesario decirlo en este punto, se termina con la paradoja de haber declarado el transporte aéreo como un servicio público, a través de un decreto de urgencia, instrumento normativo de carácter transitorio, cuyas disposiciones no deben mantenerse vigentes más allá del tiempo absolutamente necesario para revertir las circunstancias que lo originaron²⁸. Siendo los efectos de un decreto de urgencia, de naturaleza transitoria, por su ligazón a un evento extraordinario (de naturaleza transitoria, también, valga la redundancia), con la desaparición de dicho evento, las medidas decretadas deben también terminar²⁹.

²⁷ “Aerolínea Lan Perú reanuda actividades luego de catorce horas de paralización”. *El Comercio*. Lima, 16 de octubre de 2004, p. B2.

²⁸ Fundamento Jurídico 60 inciso c) de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC.

²⁹ Si bien el Decreto de Urgencia N° 005-2004 dispuso, dada la coyuntura, que sólo la autoridad aeronáutica podría revocar, restringir o suspender las autorizaciones de vuelo, consideramos que el legislador debió mantener dicha disposición, a fin de evitar posteriormente, un problema como el suscitado. Ello, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 5° de la LPSTA, que añadió los numerales 67.3 y 67.4 al artículo 67° de la LACP, estableciendo como dos de los supuestos en los cuales se

Ahora bien, a través de la LPSTA, y la consecuente declaración del servicio de transporte aéreo como servicio público, se establecieron también medidas concretas³⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando no haya sido establecida de manera expresa por la LPSTA, el Poder Ejecutivo, luego de la declaración formal del servicio de transporte aéreo como servicio público, dispuso a través de la Ley N° 29159, y sus normas complementarias, un régimen de subvenciones para asegurar la prestación del servicio de transporte aéreo hacia aquellas zonas aisladas de la selva, en las que no exista oferta privada y que sean de difícil acceso por otra vía que no sea la aérea, que permite actualmente que los pobladores de determinadas zonas, se vean beneficiados con una frecuencia regular de vuelos que les permite su interacción social y económica con el resto del país.

Así entonces, a efectos de determinar si el servicio de transporte aéreo, posee un régimen adecuado para garantizar su prestación en concordancia con los principios que inspiran a los servicios públicos, así como su naturaleza, exorbitante o especial, de derecho privado, creemos necesario analizar dichas normas, puesto que consideramos de manera preliminar, que en dicho régimen se materializan de manera meridiana, la continuidad y obligatoriedad del servicio público (vuelos regulares con horarios e itinerarios establecidos previamente), y el acceso universal de la población (en zonas en las que no hay oferta privada y con precios de pasajes subvencionados); y así de ese modo, aproximarnos a una noción de servicio público económico en el contexto de una economía liberalizada.

autorizará la suscripción de contratos de fletamento entre operadores aéreos nacionales y empresas extranjeras, el peligro de paralización de operaciones regulares ocasionada por problemas técnicos de una aeronave (literal 67.3.3); y por “necesidad pública o interés nacional” (literal 67.4); puesto que son medidas similares a aquellas que en el caso citado, el Poder Ejecutivo adoptó para que los usuarios dejados de atender por LAN PERÚ S.A., sean atendidos eventualmente por el resto de empresas aéreas; pero que como ya hemos señalado, no necesariamente hubieran sido efectivas.

³⁰ Tales como disponer que aquellos permisos otorgados respecto de rutas sujetas a limitación, podrían ser renovadas hasta en tres oportunidades, sin necesidad de convocar a un concurso público (artículo 4°); que la actividad de aviación civil realizada a través de la modalidad de fletamento tiene carácter complementario (artículo 5°); y que corresponde al gobierno nacional, regional y local salvaguardar el carácter intangible, inalienable e imprescriptible de los aeropuertos (artículo 6°).

Para tal fin, será necesario reseñar de manera breve, algunas de las formas de actuación administrativa, tales como el servicio público y la actividad de fomento, así como la noción de servicios de interés económico general, formulado al interior de la comunidad económica europea.



II. FORMAS DE ACTUACIÓN DEL ESTADO Y SERVICIOS DE CARÁCTER ECONÓMICO: SERVICIO PÚBLICO, SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL Y ACTIVIDAD DE FOMENTO

Resumen

El presente capítulo tiene como objeto presentar algunas de las formas que tiene el Estado de intervenir en la economía de un país, el servicio público, y la actividad de fomento; así como la noción de servicios económicos de interés general formulada en la Comunidad Europea, para a partir de ellas, analizar la declaración del servicio público del transporte aéreo, respecto de su titularidad y su régimen.

Cabe precisar además que hemos considerado necesaria la mención de la noción clásica de servicio público -aun cuando determinado sector la considera como una fase del derecho administrativo superada-, pues su influencia se ha dejado sentir en el Perú, manteniéndose algunas de sus características, en determinados tipos de servicios públicos económicos, como los servicios de saneamiento y de telecomunicaciones, respecto de su titularidad, por ejemplo; aun cuando nos encontremos en un contexto económico distinto al que le dio origen.

1. Noción de Servicio Público

Como vimos, mediante el artículo 1° del Decreto de Urgencia N° 005-2005, el Poder Ejecutivo declaró como servicio público al servicio de transporte aéreo, y en consecuencia estableció que los títulos habilitantes (autorizaciones) para realizar dicha actividad, sólo podían suspenderse, restringirse o revocarse por la autoridad aeronáutica civil, es decir, la DGAC.

Si bien habíamos manifestado nuestra inquietud por los efectos de dicha declaración, debido al carácter temporal de las medidas extraordinarias establecidas a través de los decretos de urgencia; debemos precisar que la intención no sólo del Poder Ejecutivo, sino también del Congreso de la República en aquel momento, era declarar formalmente el servicio de transporte aéreo como un servicio público, a través de una ley expedida por la representación nacional, y de ese modo, no

circunscribirla simplemente a la solución del problema originado por la aplicación de la medida cautelar concedida por el CJCA. Afirmamos ello, de la lectura del tercer considerando del Decreto de Urgencia N° 001-2005, que fundamentó la ampliación del plazo de emergencia del servicio de transporte aéreo dispuesto en el artículo 1° del Decreto de Urgencia N° 011-2004³¹, entre otras razones, por su próximo vencimiento, sin que el Proyecto de Ley titulado “Ley de Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo”, haya sido aprobado hasta ese momento.

Siendo así las cosas, el 25 de mayo de 2005 se publicó la LPSTA, cuyo artículo 1° declaró al servicio de transporte “como un servicio público, de interés y necesidad nacional, orientado a satisfacer las necesidades de traslado de pasajeros, carga y correo de un punto de origen a un punto de destino”, por lo que el Estado garantiza su “prestación continua, regular, permanente y obligatoria”.

Si bien como consecuencia de dicha declaración, el Estado asumió la obligación de garantizar la prestación continua, regular permanente y obligatoria del servicio de transporte aéreo, no señalaba qué se debía entender por servicio público, para de ese modo comprender las razones por las que asumía la garantía de su prestación, así como las consecuencias que de ello se derivaban.

En relación a lo anterior debemos señalar que si bien nuestro ordenamiento jurídico regula a través de normas legales y reglamentarias una serie de actividades que son consideradas como servicios públicos (lo que podríamos llamar, el régimen jurídico al que se encuentran sujetas), no existe norma legal que defina al servicio público, y de ese modo aclare el panorama de los operadores jurídicos, al permitirles establecer los alcances de dicha categoría jurídica.

Por esa razón, resulta una tarea ineludible revisar los estudios doctrinales realizados al respecto, pues siguiendo a Lazarte (cuando comenta la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 034-2004-PI/TC), consideramos que “Hablar de servicio público en el Perú, es hablar de un concepto doctrinario”³²;

³¹ El Decreto de Urgencia N° 011-2004, declaró en emergencia por un plazo no mayor a noventa días, el servicio público de transporte aéreo a nivel nacional.

³² LAZARTE, Jorge. *El Servicio Público para el Tribunal Constitucional. A propósito del transporte público gratuito*. En: *Derecho y Sociedad*, Año XVII, N° 26, 2006, p. 24.

debiendo precisarse además que sobre dicha noción, no existe unanimidad entre los autores³³.

Asimismo, consideramos necesario evidenciar que a la falta de consenso entre los autores, se suma la evolución histórica que ha sufrido la noción de servicio público, debido a influencias sociales, políticas y económicas³⁴, lo que dificulta aún más la tarea de establecer una noción sólida aplicable a todo lugar y espacio. Sin embargo, dicho derrotero, si bien nos muestra la diversidad de nociones que se han formulado, nos demuestra también que en último término, la validez de cada uno de ellos dependerá de su conexión con el ordenamiento jurídico en el cual se formule, lo que permitirá establecer su tratamiento y régimen jurídico legal aplicable.

Es por ello, que consideramos que no resulta baladí señalar, aunque sea de manera breve, cuales son los rasgos del servicio público esbozados por la doctrina, centrándonos en la noción clásica nacida en Francia y su influencia en España, como punto de referencia para analizar la noción de servicio público en un contexto de economía social de mercado y libre iniciativa privada, que es la dirección que ha tomado nuestra actual constitución económica, contexto jurídico en el que se ha declarado como servicio público al servicio de transporte aéreo³⁵.

1.1. La Escuela de Burdeos (Noción Clásica)

1.1.1. Noción Objetiva de Servicio Público (Duguit)

Es León Duguit el forjador de la noción objetiva del servicio público, en su propósito de limitar el poder del Estado dentro de la noción de servicio público. La intención de Duguit fue hacer de la noción del servicio público, el criterio que defina la aplicación del derecho administrativo, lo que tendrá

³³ Cf. KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2009, p. 558.

³⁴ Cf. SENDÍN, Miguel. *Hacia un servicio público europeo: el nuevo derecho de los servicios públicos*. Granada: Comares, 2003, p. 5.

³⁵ Señalamos la noción tradicional de servicio público, dejando de lado muchas otras pues es esta la que ha tenido influencia «no sólo en el Derecho francés sino, en los Derechos latinos y, entre ellos, en el español y en muchos iberoamericanos», tal como lo señala Martínez López – Muñiz, *Servicio Público. Origen y Significación*, p. 3. En <www.iustel.com>

como consecuencia, la diferenciación entre un juez de carácter administrativo, y uno de carácter común³⁶.

Para entender la noción de servicio público formulada por Duguit, debemos señalar que ella se contrapone a la “teoría de la soberanía”, la cual consistía, siguiendo a Hauriou, en considerar que la actuación del Estado se clasificaba en: i) actos en ejercicio de poder soberano; y ii) actos en ejercicio de libertad de cualquier ciudadano, debiendo entender por los primeros aquellos que sólo el Estado puede realizar, tales como, defensa, policía etc.; mientras que por los segundos, aquellos que pueden ser prestados en concurrencia con cualquier privado, sin la aplicación de su *ius imperium*. Así entonces, será respecto de los actos de soberanía que se aplicará el derecho administrativo, mientras que en los actos de gestión, será de aplicación el derecho común³⁷.

Duguit consideraba que la “teoría de la soberanía”, en tanto originada en un contexto monárquico ya superado, era un concepto obsoleto, razón por la cual, debía der ser dejada de lado. Así entonces, propugnaba que las personas carecían de derechos, pero tenían como contrapartida obligaciones que le permitían hacer posible su interdependencia social. Para dicho fin, señalaba, debían someterse a una regla social, que no podía ser una regla moral, sino una regla de derecho. En concordancia con ello, consideraba que las personas eran iguales, por lo que no era aceptable un Estado con un poder distinto al de las personas, tal como lo sostenía la “teoría de la soberanía”³⁸.

No obstante su formulación, Duguit reconocía que un grupo de personas, aun cuando se encontraban sometidas a la misma regla de derecho, poseía más poder que otro. Por ello, dicho grupo, que no era otro que el formado por los gobernantes, tenía además de la sujeción a la misma regla de derecho, obligaciones más severas para hacer cumplir dicha regla³⁹. Tales

³⁶ Cf. ZEGARRA, Diego. *El servicio público: fundamentos*. Lima: Palestra, 2005, p. 41.

³⁷ Cf. LAZARTE, Jorge. *Libertad de empresa y servicio público*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2005, pp. 59 – 60.

³⁸ Ídem., p. 61 – 62.

³⁹ Ibídem.

“obligaciones consistían en la realización de actividades destinadas a satisfacer necesidades de interés social, y requerían estar sujetas a un régimen jurídico especial de Derecho Público”⁴⁰; obligaciones que no eran otra cosa sino los servicios públicos, los cuales fueron formulados por Duguit como “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”⁴¹.

Como vemos, para la Escuela de Burdeos, aquellos servicios que sólo a través de la participación del Estado podían ser asegurados, eran considerados servicios públicos. Sin embargo, dicho postulado no significaba que el Estado debía prestarlos directamente, puesto que podía delegar su prestación en privados a través de contratos de concesión, en un régimen que permitía al Estado regular y fiscalizar dichas actividades⁴². No obstante ello, esta era una noción de carácter objetivo, pues sólo consideraba como servicios públicos a “aquellas actividades indispensables para la satisfacción de intereses y necesidades sociales, que como tales requiriesen de la regulación, fiscalización y aseguramiento de los gobernantes”⁴³.

1.1.2. Noción subjetiva de Servicio Público (Jèze)

De manera contraria a la noción de servicio público postulada por Duguit, Jèze consideraba que las necesidades de interés general no sólo podían ser satisfechas a través de la aplicación de normas de derecho público (régimen exorbitante del servicio público), sino también a través de la aplicación exclusiva de normas de derecho privado (gestión administrativa), o a través de la actividad de los agentes privados (empresa reglamentada)⁴⁴. De ello se desprende que la determinación de una actividad como servicio público, no

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ *Ídem*, p. 63.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ SENDÍN, Miguel., *óp. cit.*, p. 40.

estará basada en criterios de naturaleza material, sino de la voluntad de los gobernantes. Así entonces, una actividad será considerada como servicio público, sólo si los gobernantes la han declarado como tal⁴⁵.

De ese modo entonces, a diferencia de la noción objetiva, que considera servicio público a una actividad por razones intrínsecas, como la necesidad ineludible de que la actividad sea asegurada por el Estado, para Jèze bastaba sólo la voluntad de los gobernantes, desligada de cualquier criterio que tenga su correlato en la naturaleza y/o características de la actividad misma.

Demás está decir que con dicha postura, de carácter enteramente subjetiva, podría tenerse una actividad que no posea la importancia necesaria como para ser asegurada por el Estado, lo cual generaría una protección, a través de la aplicación de un régimen exorbitante, diferenciado del tratamiento común de derecho privado al que se encuentran el resto de actividades. Dicha posibilidad, tendría como consecuencia, a nuestro parecer, un empleo innecesario e ineficiente de los escasos recursos estatales, que en todo caso deberían orientarse a otros rubros que sí lo requieran.

Del mismo modo, si bien la postura de Jèze no cuestiona la legitimidad de las decisiones políticas que otorgan el carácter de servicio público a determinadas actividades, hecho que nos parece correcto en principio, pues consideramos que el control político debe encontrarse vedado para los operadores jurídicos al no ser un asunto de su competencia, es también cierto que aquellas son tomadas en contextos jurídicos y económicos específicos, los cuales constituyen límites materiales a las decisiones políticas de los gobernantes. En ese sentido, creemos que la voluntad lisa y llana de los gobernantes, no debería bastar para considerar una actividad como servicio público, si es que esta decisión colisiona con derechos fundamentales y/o derechos económicos establecidos en la constitución

⁴⁵ *Ibíd.*

política y económica de cualquier Estado democrático de derecho en la actualidad.

1.1.3. Noción de Servicio Público de Hauriou

A diferencia de los autores de la Escuela de Burdeos, que le daban preponderancia a la noción de servicio público, en desmedro de la de poder público, Hauriou combina ambos conceptos, pero otorgándole a ésta última un rol preponderante⁴⁶. Así, respecto del enfoque de Hauriou, señala Sendín que:

en el fondo lo que determina el carácter de la gestión administrativa no es el fin (servicio público), sino los medios empleados, esto es el poder público, que “aparece desde el momento en que una industria privada es transformada en servicio público”. La prueba la encuentra el maestro francés en que en los actos de gestión la Administración no se encuentra en “la situación de igualdad propia de la vida privada, por el contrario, se manifiesta en ellos la desigualdad y la subordinación, que son característicos del poder público”⁴⁷.

En ese sentido, en su crítica hacia la Escuela de Burdeos, Hauriou postula que precisamente el poder público, ya desde la declaración como servicio público de una actividad, se encuentra presente, pues es precisamente en virtud de él que se realiza tal declaración. De ese modo, los objetivos que el Estado persiga a través de determinada actividad, no son los que determinarán su carácter público, sino el poder público. Zegarra, parafraseando a Hauriou, señala que “el poder público subsiste en incluso está por encima del servicio público, ya que este no puede definirse más que a través suyo”⁴⁸; así entonces, será “el poder el poder público, la exorbitancia del derecho común lo que fija la competencia administrativa”⁴⁹.

⁴⁶ SENDÍN, Miguel. óp. cit., p. 42 – 44.

⁴⁷ Ídem, p. 45.

⁴⁸ ZEGARRA, Diego., óp. cit., p. 50.

⁴⁹ SENDÍN, Miguel., óp. cit., p. 48.

Consideramos que la formulación de Hauriou, si bien determina que es mediante el uso del poder público que el Estado determina el servicio público, y de ese modo la aplicación de un régimen exorbitante; ello a nuestro parecer se complementa con la noción subjetiva postulada por Jèze, que señalaba que el servicio público dependerá de la voluntad de los gobernantes. En ese sentido, cuando el gobernante, considera que una actividad debe ser declarada servicio público, lo hará a través del poder público que detenta, para lo cual no importará el interés general o cuestiones intrínsecas de la actividad misma de que se trate.

1.2. Crisis de la noción clásica de servicio público

Las tres posiciones reseñadas, a pesar de poner énfasis en distintos aspectos para formular su aproximación a la noción de servicio público, comparten entre sí dos elementos que son los que caracterizarán a la noción clásica de servicio público: i) el régimen exorbitante de derecho público; y ii) el servicio público⁵⁰; noción que tuvo gran influencia en la doctrina francesa.

Dicha influencia se puede apreciar en algunas decisiones adoptadas por sus órganos jurisdiccionales en determinados casos, en los que se plasman los dos elementos característicos señalados, y en ellas se puede notar además, como señalamos *ut supra*, su uso como criterio para la aplicación del derecho administrativo o privado. Así, en el *Arrêt Blanco* (caso Blanco), el 8 de febrero de 1873 el Tribunal de Conflictos francés determinó que la competencia, en la demanda interpuesta por el padre de una niña que había sufrido daños por parte de una compañía estatal fabricante de tabacos de Burdeos (que había sido declarada como servicio público), correspondía a los tribunales administrativos⁵¹. Del mismo modo, podemos mencionar también lo resuelto por el Consejo de Estado francés el 6 de febrero de 1903 en el *Arrêt Terrier* (caso Terrier), que señaló, respecto de la demanda interpuesta por el señor Terrier por la deuda que el Gobierno de Saone et Loire había adquirido con él, originada por el servicio de fumigación de una plaga de víboras, que corresponde determinar cuándo se está

⁵⁰ Ídem, p. 49.

⁵¹ LAZARTE, Jorge., óp. cit., pp. 64 – 65.

frente a un servicio público, que se encuentra sujeta a la jurisdicción administrativa, o frente a una actividad privada, que se regulará por la normativa privada⁵².

Debemos tener en cuenta que la noción de servicio público nació en un contexto determinado que lo explica, a saber, “Durante el siglo XIX [cuando] el Estado liberal burgués logra dar plasmación a sus aspiraciones mediante una rígida separación entre Estado y Sociedad, que se refleja en el ámbito jurídico en la distinción, no menos rigurosa, entre Derecho Público y Derecho privado. La teoría del servicio público nace en este marco, y esto condiciona su configuración”⁵³. Así entonces, mientras se mantuvo vigente este contexto social, la noción clásica de servicio público pudo sostener su influencia. Sin embargo, “con el paso del tiempo se impone la idea de una Administración, que rompiendo los viejos moldes que circunscribían su acción, puede ampliar ésta a las actividades estrictamente privadas, y a través de técnicas y medios igualmente privados, provocando el desmoronamiento de esta doctrina”⁵⁴. Dicha situación generó la primera crisis de la noción de servicio público⁵⁵. Asimismo, debemos señalar también que la noción de servicio público descansaba sobre las premisas siguientes: i) que todo servicio público era gestionado necesariamente por una entidad pública; ii) y viceversa, que toda entidad estatal regentaba un servicio público. Así entonces, el hecho de que actores privados hayan comenzado a prestar con más frecuencia actividades consideradas servicios públicos, coadyuvó también a la crisis de la noción de servicio público⁵⁶.

En ese mismo sentido, podemos señalar que los elementos que originaron la crisis de la noción clásica de servicio público, en concordancia con lo señalado por De Corail, son los siguientes:

- i) En primer lugar, el incremento de la intervención administrativa en diversos ámbitos, especialmente el económico, lleva al Estado a desarrollar funciones que antes realizaban exclusivamente los particulares. Para ello utiliza organizaciones

⁵² Ídem, pp. 65 – 66.

⁵³ SENDÍN, Miguel., óp. cit. p. 49.

⁵⁴ Ídem., p. 53.

⁵⁵ Ibídem.

⁵⁶ Ídem., p. 54.

que se asimilan a las privadas, son los servicios públicos industriales y comerciales, que dejan en entredicho el elemento formal de la teoría tradicional. ii) En segundo lugar se produce una extensión de la noción de establecimiento público a organismos difícilmente calificables como organismos públicos (Cámaras de Comercio, Colegios profesionales, etc.). Lo que supone la quiebra del aspecto orgánico de la teoría tradicional, y el advenimiento de la noción de servicio público funcional. iii) Por último, las empresas nacionalizadas vienen a contradecir a la teoría tradicional en ambos aspectos, orgánico y formal⁵⁷. (numeración nuestra)

A nuestro parecer, el contexto social y económico y los elementos que originaron dicha crisis, no hacen sino mostrarnos lo relativo de las concepciones de servicio público a lo largo del tiempo, y de lo peligroso que puede resultar aplicar las mismas para actividades prestadas en contextos sociales y jurídicos distintos en tiempo y espacio.

Del mismo modo, creemos necesario señalar que así como la influencia de la noción clásica de servicio público tuvo su correlato en la jurisprudencia francesa, su crisis, como es natural, también la tuvo. Ello se evidencia de lo resuelto por el Tribunal de Conflictos en 1921 en el *Arrêt bac d' Eloka* (caso *bac d' Eloka*), respecto de la demanda interpuesta por la Compañía del Oeste Africano, una empresa privada, contra el Gobierno de Costa de Marfil. El hecho que provocó el litigio fue la pérdida de un vehículo de la Compañía del Oeste Africano, debido al hundimiento de una embarcación perteneciente a la empresa que el Gobierno de Costa de Marfil había formado junto a otras empresas privadas, bajo el régimen del derecho privado, para prestar el servicio de transporte a lo largo de la laguna Ebrié⁵⁸. La demanda fue presentada ante Juzgado Civil de Grand Bassam, que la elevó ante el Tribunal de Conflictos, el cual determinó que “Efectuando mediante remuneración el traslado de peatones y vehículos de una ribera de la laguna a otra, la Colonia Costa de Marfil explota un servicio en las mismas condiciones que un industrial corriente; por consiguiente [...] pertenece a la autoridad judicial conocer las consecuencias dañosas del accidente invocado”⁵⁹.

⁵⁷ Ídem, p. 55.

⁵⁸ LAZARTE, Jorge., óp. cit. pp. 67 – 68.

⁵⁹ Ídem., p. 68.

Como se puede apreciar, a través del fallo del *Arrêt bac d' Eloka*, el Tribunal de Competencias, aun cuando el servicio de transporte era prestado por el Estado, determinó que la competencia correspondía al juez ordinario, pues el servicio prestado, era igual al que prestaban las empresas privadas, con lo cual, en la práctica, se volvía a acoger la “tesis de la soberanía” de Hauriou, que como señalamos *ut supra*, postulaba la existencia de servicio público cuando a pesar de ser prestadas por una entidad estatal, las administraba sin hacer uso de su *ius imperium*⁶⁰, razonamiento que fue después confirmado en el *Arrêt Dame Melinette* y en el asunto *Verbanck*⁶¹.

En el mismo sentido, el Comisario del Gobierno de Matter, señalaba que dicho fallo distinguió entre dos tipos de servicios, aquellos que eran inherentes al Estado, y que debían ser conocidos por los jueces administrativos; y aquellos que debían ser asumidos por el Estado en defecto de los privados, en aras de la satisfacción de un interés público, y ser conocidos por los jueces ordinarios. De ese modo se consagraba la existencia de los servicios públicos industriales o comerciales, que podían ser regulados íntegramente por el derecho privado⁶².

Creemos necesario precisar en este punto que los servicios económicos son aquellos:

susceptibles de *disfrute económico*, en el sentido de que pueden ser *producidos y distribuidos en el mercado* de forma que se pueda obtener una utilidad y que, por tanto, pueden ser objeto de una empresa. Se puede también observar que se consideran ordinariamente servicios económicos los que *están dirigidos a satisfacer exigencias de los usuarios, bajo el perfil cualitativo, suficientemente homogéneas y que, por tanto, pueden estar constituidos por prestaciones sustancialmente estandarizadas y por tanto susceptibles de producción con técnicas industriales* [las cursivas son nuestras]. Este aspecto permite distinguir fácilmente los servicios económicos de buena parte de los llamados servicios sociales, es decir de aquellos que requieren preponderantemente de

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ SENDÍN, Miguel. óp. cit., p. 58 – 59.

⁶² *Ídem*, p. 58.

prestaciones adaptadas a específicas necesidades de las personas llamados «servicios a las personas»⁶³.

Así como podemos apreciar, los servicios económicos poseen como elementos definitorios, su potencial explotación económica en el mercado, y la posibilidad de ser prestados incluso a través de prestaciones estandarizadas. Dicha precisión resulta sumamente importante a efectos de realizar nuestra aproximación a la definición de servicio público económico en el Perú a partir de la declaración del servicio de transporte aéreo como tal, puesto que si dicha actividad puede ser realizada (libremente) en el mercado, y su explotación es susceptible de otorgar ganancias a sus operadores; éste, debe ser considerado como un servicio público de carácter económico, lo cual no sólo tiene una importancia terminológica, sino que además, determinará que el análisis de sus contornos, tenga como marco de análisis de manera ineludible, los principios que inspiran nuestra Constitución Económica, recogidos en la Constitución Política de 1993, que trataremos más adelante.

1.3. Noción de Servicio Público en España

En España, a diferencia de Francia -a pesar de la gran influencia doctrinaria de ésta última-, no se adoptó una noción amplia de servicio público, en el sentido de que a través de ella no se buscó justificar la totalidad de la actuación administrativa, sino que se la limitó a ser una de las formas de actuación de la administración⁶⁴, pudiéndose afirmar que “nunca ha llegado a ser considerada como la única clave de comprensión del sistema español”⁶⁵; único aspecto además en el que está de acuerdo la doctrina española⁶⁶.

Ello explica que la crisis de la noción de servicio público sufrida en Francia, no haya tenido la misma intensidad en España⁶⁷, pues en aquella, la crisis consistió en “el paso de una concepción de servicio público como elemento de base del

⁶³ SORACE, Doménico. *Estado y Servicios Públicos. La perspectiva europea*. Lima: Palestra, 2006, p. 19.

⁶⁴ SENDÍN, Miguel., óp. cit., p. 87 – 89.

⁶⁵ ZEGARRA, Diego., óp. cit., p. 128.

⁶⁶ Ídem., p. 133.

⁶⁷ Ídem., p. 138.

Derecho administrativo, a su consideración como una simple forma de actividad de la Administración”⁶⁸; mientras que en ésta, dicho paso no fue necesario.

Cabe señalar que en España, el estudio de la noción de servicio público, y su consecuente evolución, se vieron condicionados por dos hechos plenamente identificables. El primero de ellos, fue el enfoque del servicio público realizado por Jordana de Pozas, a través de la formulación de su clasificación tripartita de la actuación de la administración pública, limitándolo a ser una de las formas de actuación de la administración; y el segundo, la ya señalada falta de aceptación de la noción amplia de servicio público adoptada en Francia⁶⁹.

Dicho esto, debemos precisar que la crisis de la noción de servicio público en España, fue originada por la formulación de una nueva forma de actuación de la administración, adicional a la postulada por Jordana de Pozas⁷⁰, y a la “relativización de la importancia de dicha partición de la actividad administrativa, provocada por el denominado principio de intercambiabilidad de las técnicas administrativas”^{71 72}.

Respecto de la nueva forma de actuación administrativa, que a efectos de la presente investigación es lo que nos interesa, debemos señalar en primer lugar que Jordana de Pozas, clasificó la actividad de la administración pública en i) actividad de policía, consistente en la limitación de las actividades de los privados con el fin de mantener el orden público; ii) la actividad de fomento, consistente en el estímulo de las actividades de particulares que coadyuven de manera indirecta, al logro de fines de la Administración; y iii) la actividad de servicio público, consistente en la satisfacción de necesidades públicas mediante órganos administrativos creados para tal fin⁷³; con lo cual, reducía las actuaciones de la

⁶⁸ SENDÍN, Miguel., óp. cit., p. 98.

⁶⁹ SENDÍN, Miguel., óp. cit., p. 94 - 97

⁷⁰ Ídem., pp. 98 - 99.

⁷¹ Ídem., p. 99.

⁷² Respecto a la intercambiabilidad de las técnicas administrativas, esta se encuentra referida a que los fines del Estado, pueden ser cumplidos con las tres actividades de la clasificación postulada por Jordana de Pozas. Ídem., p. 105 – 106.

⁷³ Cf. JORDANA DE POZAS, Luis. *Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo*. Revista de Estudios Políticos, N° 48, 1949, pp. 41 – 46.

actividad administrativa a meras técnicas⁷⁴. Sin embargo, posteriormente, se añadió una nueva forma de actividad: la gestión económica, a través de la cual, no se realizaba la prestación de algún servicio, sino el ofrecimiento de bienes, actividad que no podía ser acogida por la noción de servicio público⁷⁵.

Sin embargo, si bien la existencia de una nueva actividad de la administración fue aceptada por la doctrina, encontrando incluso reflejo en la jurisprudencia, el tema de importancia que subyace en ella, es determinar si la gestión económica debe estar sometida a un régimen exorbitante o a uno privado⁷⁶, lo cual debe ser analizado en concordancia con lo establecido en la Constitución Española de 1978⁷⁷.

Al respecto debemos señalar en primer lugar que, la Constitución española adopta un “sistema de economía dual, en el que concurren y participan el sector público y el sector privado, siendo el texto del artículo 128 CE inequívoco en tal sentido”⁷⁸. En efecto, el artículo 128.2 de dicha constitución “reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. [estableciendo que] Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”⁷⁹, de lo cual se pueden extraer los elementos del servicio público: i) titularidad pública; ii) ley como instrumento normativo para la reserva; y iii) servicio esencial⁸⁰.

Del mismo modo, si bien algunos autores consideran que en virtud del citado artículo, la administración puede concurrir libremente, sin restricciones junto a la actividad privada, otros consideran que su participación sólo se justifica cuando está de por medio el interés general⁸¹, en virtud de lo señalado por el artículo 103.1 de la misma Constitución que dispone que “*La Administración Pública sirve con*

⁷⁴ SENDÍN, Miguel., óp. cit., pp. 95 – 96.

⁷⁵ Ídem., p. 100.

⁷⁶ Mientras Villar Palasí considera que la gestión económica debe desarrollarse bajo un régimen exorbitante, Ariño considera necesaria su prestación en régimen privado. Ídem, p. 104.

⁷⁷ Íbidem.

⁷⁸ ZEGARRA, Diego., óp cit., p. 153.

⁷⁹ Constitución española de 1978.

⁸⁰ ZEGARRA, Diego., óp. cit., p. 154.

⁸¹ SENDÍN, Miguel., óp. cit., 139.

objetividad los intereses generales [la cursiva es nuestra] y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho⁸².

Respecto a la existencia de un interés general que justifique la declaración de una actividad como servicio público, han surgido dos posiciones, una que cuestiona la posibilidad de que esta sea objeto de control por parte del Tribunal Constitucional, salvo circunstancias extremas que así lo ameriten, y otra que la acepta⁸³. Sin embargo, coincidiendo con SENDÍN, consideramos que:

el legislador cuenta con un margen de apreciación amplio, como no puede ser de otro modo, dado que se trata en gran medida de una decisión política. Ahora bien, esto no impide que de este requisito se deriven importantes garantías para los ciudadanos, porque permite llevar a cabo un control, perfectamente posible, de carácter teleológico. Esto es, permite controlar que esa publicación lo que pretende es, realmente, lograr el fin público invocado⁸⁴.

En ese sentido, la voluntad política del legislador, puede ser evaluada caso por caso para determinar, si en la declaración de determinadas actividades como servicio público subyace un interés general, y de ese modo evitar arbitrariedades y abusos publicando actividades que no se encuentran revestidas del mismo, o a través de las cuales se buscan obtener beneficios económicos (ingresos) por ejemplo, y verificar si se ha respetado el principio de proporcionalidad, o si se ha afectado irracionalmente la libertad de empresa⁸⁵.

Así entonces, quedando establecida la posibilidad de la concurrencia del Estado con los privados, con el límite del interés general señalado (de carácter material), en concordancia con lo establecido en el artículo 131.1 de la Constitución española, en segundo lugar, se debe establecer si para ello es necesario el establecimiento de un régimen exorbitante.

⁸² Ídem., p. 140.

⁸³ Ídem., pp. 159 - 160.

⁸⁴ Ídem., p. 160.

⁸⁵ Ibídem.

Para tal fin, es necesario establecer la diferencia entre el servicio público y función pública. Así entonces, según García Trevijano, citado por Sendín, mientras el servicio público supone una prestación, la función pública está relacionada con la misma esencia del Estado, la cual se desarrolla a través de su *ius imperium*⁸⁶, pues a pesar de ser “actividades que pueden ser explotadas por los particulares [...] dada su característica de quasi – esencialidad para el Estado, éste las ha naturalizado, las ha asumido con carácter monopolístico en cuanto a su titularidad”⁸⁷. De ello se deriva que sólo las actividades relacionadas con la función pública del Estado, tendrán que someterse inexorablemente a un régimen de derecho público exorbitante, a diferencia de los servicios públicos que podrían o no estar sujetas a dicho régimen diferenciado, cuando para su gestión ello sea necesario⁸⁸.

Así como podemos apreciar, en España, según opinión de Sendín, los servicios públicos no se regulan *per se*, mediante un régimen exorbitante, sino sólo cuando esto sea necesario para la adecuada prestación. Caso contrario ocurre con las actividades realizadas en uso de su función pública, actividades inherentes al Estado, en el que el régimen exorbitante sí es necesario. Ello implicaría aceptar la posibilidad de la existencia de un servicio público sujeto a un régimen de derecho privado, totalmente distinto a la noción clásica de servicio público, lo cual implica ya una evolución respecto de su tratamiento por los países cercanos al Derecho Continental europeo.

Ahora bien, respecto de la titularidad del servicio público en la legislación española, debemos señalar que de las dos posiciones que existen al respecto⁸⁹, señala Zegarra, siguiendo a De la Quadra, que de la interpretación sistémica del artículo 128.2 de la Constitución española, se deriva que la reserva no implica necesariamente la gestión directa por parte del Estado, y que no pueden ser objeto

⁸⁶ Ídem., p. 167.

⁸⁷ Íbidem.

⁸⁸ Ídem., pp. 168 – 169.

⁸⁹ La primera posición doctrinaria referida a la titularidad del servicio en el derecho español, señala que el estado es titular exclusivo de la actividad, sin que esta pueda ser cedida a los agentes privados (interpretación restrictiva); mientras que la segunda, señala que dicha exclusividad no es necesaria, puesto que la prestación efectiva del servicio puede ser otorgada a los privados a través de concesiones. ZEGARRA, Diego., óp. cit., pp. 154 – 155.

de reserva, servicios no esenciales⁹⁰. Al respecto, creemos necesario señalar que la noción de titularidad usada, se encuentra referida a la prestación efectiva del servicio. En ese sentido, cuando De la Quadra habla de reserva del servicio, si esta debe ser exclusiva o no del Estado, se entiende que a lo que se refiere es si la prestación es exclusiva del Estado o si puede ser delegada a los privados a través de contratos de concesión.

Si bien la noción de servicio surgida en España ha sufrido algunos cambios debido a la influencia del derecho comunitario, dicho matiz será reseñado en este capítulo, cuando hablemos de los servicios económicos de interés general.

1.4. Noción de Servicio Público en el Perú

Si bien como ya hemos mencionado *ut supra*, en la legislación peruana existen diversos cuerpos normativos que constituyen los regímenes legales de los servicios públicos de carácter económico, en ellos no existe una definición de los mismos, ni de los servicios públicos en general; mucho menos de sus elementos constitutivos, razón por la cual, la noción que de ella existe, es básicamente doctrinal.

Sin perjuicio de ello, la Constitución Política de 1993 establece una serie de disposiciones respecto de los servicios públicos, utilizando para ello dos acepciones distintas⁹¹. Así, la primera de ellas los identifica con la función pública del Estado^{92 93}; mientras que la segunda, como aquellas actividades esenciales de carácter económico que pueden ser prestadas por agentes privados. Ejemplo de estas últimas es lo dispuesto en los artículos 58°, 92° y 162°⁹⁴.

⁹⁰ ZEGARRA, Diego., *óp. cit.*, p. 164.

⁹¹ Debemos señalar que si bien distintos artículos de nuestra Constitución Política de 1993 utilizan dos acepciones distintas, existen otros en los que se usan ambas, tales como los artículos 192° y 195° numeral 5. Cf. DANÓS, Jorge. *El régimen de los servicios públicos en la constitución peruana*. En: *Thémis*, Época 2, N° 55 (2008), p. 256.

⁹² Un ejemplo de ello lo constituye el artículo 119°, que establece que “La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo”. *Ibíd.*

⁹³ Respecto del concepto de función pública, nos remitimos a lo señalado cuando reseñamos la noción española de servicio público.

⁹⁴ DANÓS, Jorge., *óp. cit.*, p. 256.

En tanto que el servicio de transporte aéreo constituye un servicio de carácter económico, por el cual se puede obtener un lucro, individualizando debidamente a los usuarios, es decir, una actividad económica, es necesario situar su análisis en lo dispuesto en la Constitución Económica⁹⁵ recogida en la Constitución Política de 1993.

El artículo 58° de la Constitución Política de 1993, establece que “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”. De lo establecido en dicho artículo se tiene lo siguiente:

- i) La libertad de los privados para realizar actividades económicas, como regla general,
- ii) La actuación preferente del Estado en la promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura, y
- iii) La participación del Estado en la actividad económica, pero de manera excepcional.

Podemos afirmar que la actuación de los agentes económicos privados constituye la regla general en nuestro régimen, puesto que el Tribunal Constitucional ha establecido que la libre iniciativa es entendida como la libertad que tienen los ciudadanos para realizar las actividades económicas de su preferencia con el fin de obtener ganancias, sin afectar intereses de carácter general⁹⁶.

Del mismo modo, del establecimiento de la actuación preferente del Estado en la promoción de la salud, la educación y los servicios públicos, se deriva en primer lugar, que estos últimos, de carácter económico, son distintos a los servicios de

⁹⁵ Según el Tribunal Constitucional, la constitución económica tiene como objetivo “configurar el ámbito jurídico en el cual se desarrollará [valga la redundancia] la actividad económica de nuestro país, y cuyo propósito es que la actuación del Estado y los ciudadanos sea coherente con la naturaleza y los fines del Estado social y democrático de derecho” (Parágrafo 3, Fundamento N° 8 de la Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC).

⁹⁶ Parágrafo 4.5, Fundamento 17 de la Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC.

salud y de educación, que son considerados como servicios públicos sociales⁹⁷, y que el Estado tiene como una de sus tareas primordiales, promover dichas prestaciones.

Respecto de la participación excepcional del Estado como agente económico, esto se desprende del artículo 58°, en concordancia con el segundo párrafo del artículo 60°, que recoge el principio de subsidiaridad de la actividad empresarial del Estado, por el cual “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”, de ese modo, el Estado sólo podrá “desarrollar actividad empresarial en los sectores en los que no haya oferta privada o, aun existiendo dicha oferta, ella resulte insuficiente”⁹⁸. Así entonces, una vez que dichos requisitos se hayan cumplido, el Estado podrá realizar actividad empresarial, en las mismas condiciones que los agentes económicos privados⁹⁹.

Como podemos ver entonces, podríamos interpretar que el constituyente ha establecido a través del artículo 58° de la Constitución de 1993, que los servicios públicos de carácter económico sean prestados libremente por los agentes económicos privados, salvo defecto de éstos, en cuyo caso, podrá el Estado prestarlos de manera directa a través de su actividad empresarial, en concordancia con el principio de subsidiariedad¹⁰⁰ señalado establecido en el artículo 60° del mismo cuerpo normativo^{101 102}.

⁹⁷ Cf. OCHOA, César. *El servicio público en la Constitución peruana de 1993*. En: Pensamiento Constitucional, N° 18, 2013, p. 114.

⁹⁸ DANÓS, Jorge., óp. cit., p. 258.

⁹⁹ Cf. KRESALJA, Baldo y César OCHOA, *El Régimen Económico de la Constitución de 1993*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2012, p. 102.

¹⁰⁰ Para un análisis del principio de subsidiariedad y su aplicación, véase el Capítulo II “Subsidiariedad Empresarial”, en: GUZMÁN, Christian. *Introducción al Derecho Público Económico*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2009, pp. 65 – 83.

¹⁰¹ DANÓS, Jorge., loc. cit.

¹⁰² En ese sentido, ante la pregunta que planteaba Jorge Lazarte, respecto de lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 41 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 034-2004-PI/TC de fecha 15 de marzo de 2006 (“lo fundamental en materia de servicios públicos no es necesariamente la titularidad estatal, sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas ...”), “qué impedimento habría para considerar servicios públicos a todas aquellas actividades que se prestan en el sector salud, vivienda, educación cultura, entre otros, que son sin lugar a dudas actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades

Si bien lo afirmado nos ha despejado el camino respecto de quien debe prestar un servicio público de carácter económico en el marco de nuestra constitución económica, ello como resulta obvio, nos dice muy poco respecto de qué actividades económicas, que pueden ser prestadas libremente por los agentes privados, son o deben ser consideradas servicios públicos. Al respecto, debemos señalar que el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 034-2004-PI/TC de fecha 15 de marzo de 2006, estableció como elementos característicos de un servicio público¹⁰³:

- a) Su *naturaleza esencial* para la comunidad.
- b) La *necesaria continuidad* de su prestación en el tiempo.
- c) Su naturaleza *regular*, es decir, que debe mantener un *standar mínimo de calidad*.
- d) La necesidad de que su *acceso se dé en condiciones de igualdad*. (énfasis agregado)

Al respecto, creemos sin lugar a dudas que una actividad, para ser considerada como servicio público, debe ser esencial para la sociedad¹⁰⁴, pues ello se deriva de manera implícita del ya comentado artículo 58° de la Constitución Política de 1993¹⁰⁵. Y en segundo lugar, aun cuando en la sentencia precitada, el Tribunal Constitucional haya señalado, para el caso específico del transporte urbano terrestre, la obligación del Estado de proteger a los usuarios a través de una reglamentación que garantice un servicio de calidad, seguro y oportuno para toda la población, debido a que éste reviste un especial interés público equiparándola así a un servicio público, sin que exista una ley que la haya declarado como tal¹⁰⁶, nosotros consideramos necesaria la existencia de una declaración previa para que

públicas pero que al mismo tiempo pueden ser prestadas en condiciones de competencia y con absoluta libertad en la fijación de precios”, podríamos responderle que dicho impedimento es el principio de subsidiariedad, que reduce a supuestos muy específicos, la participación empresarial del Estado en la vida económica de nuestro país.

¹⁰³ Fundamento N° 40

¹⁰⁴ A nuestro parecer, la primacía del carácter esencial de una actividad considerada servicio público, se evidencia teniendo en cuenta que dos de los otros tres elementos característicos señalados por el Tribunal Constitucional -la necesaria continuidad y naturaleza regular de la prestación-, se derivan de ella. DANÓS, Jorge., óp. cit., p. 262.

¹⁰⁵ DANÓS, Jorge., óp. cit., 258.

¹⁰⁶ Fundamentos 43 y 44 de la Sentencia de fecha 15 de febrero de 2005, recaída en el Expediente N° 034-2004-PI/TC.

exista un servicio público¹⁰⁷, que legitime la protección y garantía que el Estado preste a dichas actividades. Creemos que sin una declaración legal, cualquier actividad, que por esencialísima que sea para la sociedad, seguirá sometida a un régimen privado común, no a uno exorbitante o especial.

Ahora bien, con respecto a la titularidad del servicio público, señala Danós que será el Estado quien la asuma, pero no para reservarse su prestación efectiva de manera excluyente, sino sólo asumiendo la responsabilidad de su prestación¹⁰⁸, ya que en principio, como hemos visto *ut supra*, la libre iniciativa privada es la regla, mientras que la actividad empresarial del Estado sólo es posible en supuestos excepcionales. Así entonces, el Estado sólo garantizará su prestación a través de “marcos legales necesarios que aseguren las condiciones para su desarrollo, preferentemente a cargo de operadores privados”¹⁰⁹. De lo anterior se puede afirmar que aun cuando la titularidad del servicio pertenezca al Estado, serán los privados los encargados de prestarla de manera preferente. Ello a nuestro parecer, no es del todo exacto, pues si consideramos que la iniciativa privada es libre en materia económica, esta no podría ser tal -es decir, libre-, en relación a los servicios públicos económicos de titularidad estatal, cuya gestión a los privados, se otorga mediante la figura de la concesión, lo cual implica de por sí, una restricción a la libre iniciativa privada.

En efecto, a través de las concesiones, el Estado tiene la potestad de restringir el acceso de los privados a la prestación o gestión de los servicios públicos económicos cuya titularidad mantiene¹¹⁰, determinando de manera discrecional, el número de privados que podrán acceder a ella, lo que le otorga un carácter constitutivo de derechos respecto del privado¹¹¹, pues le permite realizar actividades sobre las que, sin que medie un contrato de concesión, no tiene derecho de ejercer, precisamente porque no es titular de ellas.

¹⁰⁷ DANÓS, Jorge., loc. cit.

¹⁰⁸ Ídem., p. 260.

¹⁰⁹ Ibídem.

¹¹⁰ Como los servicios públicos de saneamiento, telecomunicaciones y energía.

¹¹¹ LAZARTE, Jorge., óp. cit., p. 124.

Sin embargo, la concesión no es el único título habilitante que el Estado puede otorgar a los agentes privados para realizar actividades económicas, pues para aquellas sobre la que los agentes privados tienen derecho a ejercer de manera previa al otorgamiento del título habilitante correspondiente, el Estado utiliza las autorizaciones, actos de carácter declarativo, reglados, a través de los cuales la Administración se limita a verificar si el privado “cumple con la normativa vigente y [si] está apto para desarrollar dicha actividad”¹¹². Siendo así las cosas, y a efectos de ver claramente la diferencia entre ambas, podemos señalar que si frente a una actividad económica, a la cual los administrados tienen libre acceso, la Administración le niega la autorización a un privado, pese a haber cumplido con todos los requisitos establecidos, éste podrá exigir “su derecho” en la vía incidental y eventualmente obtener la autorización solicitada; mientras que en el caso en el que el privado desee acceder a la prestación de una actividad a la cual no tiene derecho, como el servicio público de saneamiento, de titularidad estatal, aun cuando cumpla con todos los requisitos mínimos para acceder a dicha actividad, no podrá accionar ante el órgano jurisdiccional (o mejor dicho, no encontrará amparo en el órgano jurisdiccional, aun cuando pueda accionar ante él), puesto que el Estado cuenta con un gran margen de discrecionalidad en virtud de su titularidad respecto del servicio.

Respecto de la titularidad estatal de los servicios públicos en la actualidad, señala el Tribunal Constitucional que:

Resulta relevante tomar en cuenta que hoy en día, *lo fundamental* en materia de servicios públicos, *no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio*, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas; y *en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado* [las cursivas son nuestras]¹¹³.

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ Fundamento 41 de la Sentencia de fecha 15 de febrero de 2005, recaída en el Expediente N° 034- 2004-PI/TC.

Como podemos apreciar, tanto la posición doctrinaria señalada, como el Tribunal Constitucional¹¹⁴, a nuestro entender, confunden la titularidad del servicio con la gestión del mismo, siendo categorías distintas. Dicha diferencia se hace patente, de los tres elementos que posee el servicio público, según Kresalja, a saber, i) la Administración Pública que es la titular del servicio, ii) la entidad que la gestiona, y iii) el usuario¹¹⁵.

Así entonces, si bien la Administración, en tanto titular del servicio, puede prestarlo directamente¹¹⁶, puede también delegar su gestión en agentes privados, pero manteniendo su titularidad¹¹⁷, así como la dirección de la misma, estableciendo un régimen de derecho público, que se traduce en un control intenso por parte del Estado para con el gestor, y en prerrogativas respecto de terceros ajenos al servicio¹¹⁸.

2. La noción de servicios de interés económico general

Uno de los objetivos más importantes de la integración de los países europeos, al interior de la Comunidad Europea, fue el establecimiento, dentro de su territorio, de una economía de libre mercado; objetivo para el cual inició un proceso de liberalización con el fin de eliminar las restricciones y/o barreras a la libre circulación de mercancías y a la libre competencia.

Como es natural, dichas medidas regularon aspectos referidos a la prestación de los servicios públicos de carácter económico, categoría jurídica forjada en aquellos países de tradición jurídica romana (como Francia), en el que, como ya hemos visto, debido a influencia de la noción clásica de servicio público, se mantuvieron bajo la titularidad estatal y eran prestados directamente por ellos, aun cuando su prestación

¹¹⁴ Respecto del Tribunal Constitucional, dicha confusión es advertida por Ochoa. OCHOA, César., óp. cit. p. 111.

¹¹⁵ Cf. KRESALJA, Baldo. *El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos*. En: *Thémis - Época 2*, no. 39., p. 48.

¹¹⁶ Como sucedió en nuestro país, antes del proceso de liberalización de nuestra economía ocurrido en la década de los noventa, cuando los servicios de telefonía local y a larga distancia eran gestionados por el Estado a través de la Compañía Peruana de Teléfonos – CPT y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú – Entel Perú.

¹¹⁷ KRESALJA, Baldo., p. 48.

¹¹⁸ Ídem., p. 42.

efectiva podía ser gestionada por agentes privados a través de un contrato de concesión, sujetos a un régimen exorbitante de derecho público.

Sin embargo, debido a que no todos sus países miembros son tributarios de la misma tradición jurídica, la Comunidad Europea formuló una noción neutra para conciliar las aproximaciones a los servicios de carácter económico existentes en ella¹¹⁹, cuyos principios rectores son, al igual que la noción de servicio público, el de continuidad, igualdad, universalidad entre otros, en tanto responden también a la satisfacción de necesidades esenciales¹²⁰; y en la que se puede ver claramente además, la influencia -a nuestro parecer decisiva-, de la noción de *public utilities* del derecho norteamericano, en lo referido a la aplicación en general de las reglas de libre competencia¹²¹.

Dicha noción es la de servicios de interés económico general, que de acuerdo a Sorace, son aquellos servicios cuya prestación en el mercado permite obtener una ganancia de carácter económico¹²². Si bien lo mencionado pareciera no diferir en nada de la noción de servicio público de carácter económico, ello no es así, en relación a su titularidad, régimen y gestión.

En efecto, respecto de la **gestión** de los servicios de interés económico general, ella puede ser realizada tanto por empresas públicas como privadas, pero en un **régimen de libre competencia**, puesto que si bien el Tratado de la Comunidad Europea no proscribía la presencia de empresas públicas en la actividad económica, sí dispone el respecto por la libre competencia y la prohibición de recibir ayudas por parte del Estado¹²³, no permitiendo además el monopolio respecto de éstas, aun cuando el servicio sea prestado directamente por una entidad estatal¹²⁴.

Sin embargo, el respeto por la libre competencia no es absoluto, pues si en determinados supuestos, esta colisiona o dificulta la realización de las actividades

¹¹⁹ Cf. ZEGARRA, Diego. *Del Servicio Público a los servicios de interés general: la evolución del service public en el sistema jurídico*. En: Círculo de Derecho Administrativo., Diciembre - 2012, p. 38.

¹²⁰ Ídem., p. 36.

¹²¹ SORACE, Doménico., óp. cit., p. 46.

¹²² ZEGARRA, Diego., óp. cit., p. 38.

¹²³ SORACE, Doménico., óp. cit., p. 41.

¹²⁴ Ídem., p. 47.

en las que subyace un interés público, ella podrá ser restringida¹²⁵. La materialización de dichas restricciones a la libre competencia, se realiza a través de las “obligaciones de servicio público”¹²⁶, en virtud de las cuales, el Estado despliega su labor garantista¹²⁷, en aras de la prestación efectiva de determinados servicios, y con determinada calidad.

Sin perjuicio de lo anterior, se hablará de “obligaciones de servicio universal”¹²⁸ o “servicio universal”, contenido en la noción de servicio interés económico general¹²⁹, cuando lo que se busca garantizar es la prestación efectiva de un servicio, a un precio asequible para todos los ciudadanos, sea cual fuere zona en la que se ubiquen, al margen de su capacidad adquisitiva, y con una determinada calidad. Así, cuando el libre mercado no pueda garantizar calidad o prestación del servicio mismo, por un tema de rentabilidad económica, el Estado obligará al privado a realizar dicha prestación, estableciendo como contrapartida una compensación económica¹³⁰.

3. Actividad de Fomento del Estado

Es en virtud de la ya señalada clasificación tripartita de las formas de actuación de la Administración formulada por Jordana de Pozas que (clasificación que a pesar de haber sido formulada ya hace más de medio siglo, ha sido la más difundida y la que de mayor aceptación ha gozado¹³¹), en contraposición a las actividades de policía y servicio público, hemos llegado a tener un perfil bastante claro de la actividad de fomento.

En efecto, dicho autor, contraponiéndola a dichas actividades, la caracterizó como aquella “encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos

¹²⁵ Ídem., p. 42.

¹²⁶ Ídem., 43.

¹²⁷ Cf. RODRÍGUEZ – ARANA, Jaime. *Servicio Público y Derecho Comunitario Europeo*. En: *Derecho & Sociedad*. Año XVII N° 26, 2006., p. 36.

¹²⁸ SORACE, Doménico., loc. cit.

¹²⁹ Ídem., p. 43.

¹³⁰ RODRÍGUEZ – ARANA, Jaime., óp. cit., pp. 38 y 39.

¹³¹ Cf. DE LA RIVA, Ignacio. *Ayudas Públicas: Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*. Buenos Aires: Hamurabi, 2004., p. 103.

o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”¹³².

Se puede decir que el fomento constituye simultáneamente, una actividad estatal y un título de intervención en la economía, para los cuales no se emplean métodos coactivos, ni la prestación directa de servicios, lo que trae como consecuencia que el Estado no asumirá la gestión ni la titularidad de la actividad objeto de fomento. Como contrapartida de ello, se producirá la ampliación de la esfera de derechos de los particulares, con el fin de que realicen determinada actividad en la que subyace el interés general¹³³. Del mismo modo, también se la define como “la actividad administrativa consistente en la dispensación mediata o inmediata de bienes a determinados administrados de forma directa o indirecta, con carácter no devolutivo y en razón de ciertas actividades que les son propias a cuya realización dichos bienes quedan afectados”¹³⁴.

De lo anterior, podemos señalar como elementos característicos de la actividad de fomento, la dispensación de bienes (favorecimiento) a favor de administrados (agentes privados, distintos de la administración), para el ejercicio de actividades propias (esfera de derecho particular), y sin carácter devolutivo (a diferencia de las obligaciones recíprocas). Así entonces, como se puede apreciar, a través de aquella, el Estado no restringe derechos (como lo hace a través de su actividad de policía), ni apoya o incentiva actividades que le son inherentes (como su labor de asistencia social o de seguridad del Estado).

3.1. Modalidades de la Actividad de Fomento

En relación a las modalidades a través de las cuales se puede manifestar la actividad de fomento, tenemos en primer lugar, a las *medidas honoríficas*, con las que se busca reconocer la actuación destacada que han realizado determinadas personas respecto de su comunidad, a través del ideal de honor,

¹³² JORDANA DE POZAS, Luis., óp. cit., p. 46.

¹³³ ARIÑO, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. Tercera Edición. Granada: Comares, 2004, p. 345.

¹³⁴ DE LA RIVA, Ignacio., óp. cit., pp. 122 – 123.

como medida de incentivo para realizar dicha actividad¹³⁵, así como para que sirva de ejemplo a los demás¹³⁶. En segundo lugar, las *medidas jurídicas*, que son aquellos privilegios otorgados a los privados, consistentes en la exoneración del cumplimiento de normas de carácter general que establecen prohibiciones y/o restricciones; pero que en virtud de los principios de igualdad y de legalidad, se tornan en excepcionales¹³⁷. Y en tercer lugar, las *medidas de carácter económico*, que son “«aquellas que de modo directo determinan la percepción de una cantidad, la dispensa de un pago obligatorio» o un beneficio específico de carácter patrimonial: subvenciones, anticipos reintegrables, garantías de interés, exenciones fiscales, líneas especiales de acceso a crédito, sistema singular de avales, etc.”¹³⁸.

Respecto de las medidas de carácter económico, estas se subdividen en “medios fiscales (exenciones, desgravaciones, etc.) medios crediticios (por ejemplo líneas de créditos privilegiados, a bajo tipo de interés para las PYMES), y medios económicos en sentido estricto, es decir, la figura de la subvención como entrega de cantidades a fondo perdido a los beneficiarios de las medidas de fomento”¹³⁹; o en i) medidas económicas de significado positivo, que consisten en la percepción de una prestación (como la subvención); y de ii) significado negativo, consistentes en la exoneración de un pago o una carga¹⁴⁰.

Por otro lado, las medidas que implican un desembolso dinerario, pueden subdividirse también en *directas* e *indirectas*, entendiéndose por las primeras la entrega de dinero a los beneficiarios; mientras que por las segundas, aquellas “la asunción directa por los entes públicos la realización de determinadas inversiones dirigidas a mejorar la explotación de empresas privadas que, en otro caso, tendrían que ser aportadas directamente por éstas”¹⁴¹.

¹³⁵ DÍEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*. Tomo IV. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1969 p. 144.

¹³⁶ COSCULLUELA, Luis y Mariano, LÓPEZ. *Derecho Público Económico*. Madrid: Iustel, 2007, p. 241.

¹³⁷ ARIÑO, Gaspar., óp. cit., pp. 346 - 347.

¹³⁸ MARTÍN - RETORTILLO, Sebastián., *Derecho Administrativo Económico I*. Madrid: La Ley, 1991, p. 442.

¹³⁹ ARIÑO, Gaspar, óp. cit., p. 347.

¹⁴⁰ MARTÍN - RETORTILLO, Sebastián, loc. cit.

¹⁴¹ ARIÑO, Gaspar, loc. cit.

3.2. Principios institucionales de la Actividad de Fomento

Cabe advertir también que no obstante las modalidades descritas, estas responden a los mismos principios institucionales “comunes que en cierto modo, determinan su significado y operatividad”¹⁴². En primer lugar, al principio de intercambiabilidad de las técnicas de fomento, que postula que el estímulo de determinada actividad puede ser realizado a través de cualquiera de las técnicas enunciadas líneas arriba, determinando su intercambiabilidad entre ellas. Así, determinada actividad podría gozar de subvenciones, exenciones y determinados privilegios de manera simultánea y/o concurrente. La utilización conjunta dependerá del grado de protección que el Estado dispense a determinadas actividades¹⁴³.

En segundo lugar, el carácter finalista de la actividad de fomento, es decir, que la misma se realiza para alcanzar determinados fines de interés general para el Estado; lo que determina que la actividad de los privados queda condicionada al logro de determinadas metas, estando aquel obligado a realizar las actividades para las que fue otorgada¹⁴⁴.

Finalmente, en tercer lugar, tenemos que la actividad de fomento constituye un título habilitante de la administración, por el cual ordena y controla la actividad de los privados, en tanto que esta debe destinarse para el logro de la finalidad predeterminada.¹⁴⁵

3.3. Límites Institucionales de la Actividad de Fomento

La actividad de fomento, como toda actividad del Estado, se encuentra sujeta a una serie de límites que buscan garantizar su correcto ejercicio y la eliminación de arbitrariedades.

¹⁴² MARTÍN - RETORTILLO, Sebastián, loc. cit.

¹⁴³ MARTÍN - RETORTILLO, Sebastián., óp. cit. p. 442 - 443.

¹⁴⁴ Ídem., p. 443.

¹⁴⁵ Ibídem.

Así entonces, en tanto actividad del Estado se encuentra sometida al *principio de legalidad*, por el cual los márgenes de su actuación deben encontrarse previamente establecidos en la ley. Sin embargo, respecto de la actividad de fomento, se deben realizar algunas precisiones:

- La vinculación positiva de la Ley: que implica la sujeción de los privados competidores del beneficiado con la actividad estatal de fomento.
- La legalidad presupuestaria: la actividad de fomento, cuando consiste en un desembolso económico, requiere necesariamente de una provisión presupuestaria.
- La sujeción especial: del beneficiario, en tanto obligado a la realización de determinada actividad, con la consecuente potestad de control del Estado respecto de su cumplimiento.
- Acto reglado: a diferencia de la antigua consideración de acto discrecional de la que era objeto¹⁴⁶. (sobre este punto, Ramón Parada considera difícil calificar la actividad de fomento de reglada o discrecional, lo que dependerá – afirma – de las distintas regulaciones y procedimientos de estímulo estatal¹⁴⁷)

En segundo lugar, considerando que los estímulos otorgados por el Estado se dirigirán a determinados beneficiarios, sin abarcar a todos, esta se debe realizar respetando el *principio de igualdad*¹⁴⁸.

En tercer lugar, dado que nuestra Constitución establece una economía social de mercado, por el cual la economía se rige por la actuación libre de los privados, las acciones de fomento deberán realizarse sin distorsionar la *libre competencia de los privados*.¹⁴⁹

Finalmente, debemos señalar que respecto de las medidas económicas, en tanto implican un desembolso, son gastos públicos que deben registrarse por

¹⁴⁶ ARIÑO, Gaspar, óp. cit. pp. 349 – 350.

¹⁴⁷ PARADA, Ramón, óp. cit. p. 384.

¹⁴⁸ ARIÑO, Gaspar, loc. cit.

¹⁴⁹ Ídem., p. 351.

criterios de *eficiencia y economía*, evitando gastos superfluos y realizando el correspondiente análisis económico¹⁵⁰.

A manera de conclusión -y volviendo al autor con el que iniciamos este breve subcapítulo-, es necesario advertir como lo hizo Jordana de Pozas, que la actividad de fomento, es la forma de actuación que mejor se adecua a un Estado liberal¹⁵¹, en el que el respeto por las libertades constituyen un elemento esencial de política, tanto social como económica. Ello tiene mucha importancia para el servicio de transporte aéreo, puesto que se desarrolla al interior de una economía liberalizada, como veremos en el siguiente capítulo.

4. Intercambiabilidad de las técnicas de intervención administrativa

Cuando nos referíamos a la crisis de la noción de servicio público en España, señalábamos que una de sus causas fue la intercambiabilidad de las formas de intervención administrativa.

Por ella se entiende, básicamente, que los distintos fines del Estado pueden ser cumplidos a través de cualquiera de las técnicas administrativas independientemente de la zona de actuación administrativa en la que nacieron¹⁵². Así, a manera de ejemplo, podemos señalar que las técnicas de fomento, como la subvención, pueden ser aplicadas para el cumplimiento de otros fines, como el “manejo del servicio público, pues, las «instituciones o empresas subvencionadas se sitúan a través de la subvención en la órbita del servicio público [,] se administratizan en cierto modo»¹⁵³.

Al respecto, debemos hacer una precisión de la técnica de fomento, respecto del manejo de los servicios públicos. Si bien la posición doctrinaria citada, incide sobre una suerte de administrativización de una empresa que se encuentra subvencionada, ello no resultaría acorde con lo señalado con el artículo 58° de nuestra Constitución. En efecto, si consideramos que el citado artículo establece

¹⁵⁰ Ídem., p. 354.

¹⁵¹ JORDANA DE POZAS, Luis., óp. cit., p. 49.

¹⁵² SENDÍN, Miguel., óp. cit. p. 106.

¹⁵³ Ídem, p. 107.

que el Estado actúa principalmente en la promoción de, entre otros, los servicios públicos, podemos señalar que este se encontrará legitimado para hacer uso de la técnica de fomento, cuando se encuentre frente a un servicio público; el mismo que no puede ser considerado como tal a partir de la aplicación de una determinada técnica de fomento (como la subvención o la extensión de una línea de crédito, por ejemplo) sino a partir de su declaración expresa como tal, a partir de una ley.



III. EL SERVICIO DE TRANSPORTE AÉREO COMO SERVICIO PÚBLICO

Resumen

El presente capítulo tiene como objetivo analizar el servicio público de transporte aéreo, a la luz de las nociones de servicio público, servicio de interés general y actividad de fomento reseñadas en el capítulo precedente, centrándonos en las medidas establecidas por la LPSTA, y sus normas complementarias y/o conexas, que regulan la prestación de servicios de transporte aéreo a zonas aisladas de la selva donde no haya oferta privada.

1. Antecedentes y cuestiones previas

Como ya hemos señalado, mediante el Decreto de Urgencia N° 005-2004, publicado el 10 de julio de 2004, el Poder Ejecutivo declaró como servicio público al servicio de transporte aéreo. No obstante ello, a pesar de que en nuestra opinión dicha declaración tuvo como fin sustentar la aplicación de medidas extraordinarias, ante la especial coyuntura que amenazaba paralizar la casi totalidad del servicio de transporte aéreo en el Perú, y de ese modo evitar consecuencias funestas para nuestra economía, dicha declaración fue ratificada¹⁵⁴ posteriormente mediante el artículo 1° de la LPSTA, publicada el 25 de mayo de 2005, estableciendo además que “El Estado garantiza la prestación *continua, regular, permanente y obligatoria* [la cursiva es nuestra] del servicio de transporte aéreo y vela por su normal funcionamiento”; subsanando de ese modo la incongruencia de haber declarado una actividad como servicio público a través de una norma con vocación temporal.

Respecto de la declaración del servicio de transporte aéreo como servicio público dispuesta por la citada ley, debemos indicar que si bien mucho antes, el Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, publicado el 02 de julio de 1992,

¹⁵⁴ Usamos el verbo “ratificar” cuando nos referimos a la publicación de la LPSTA, puesto que el tercer considerando del Decreto de Urgencia N° 001-2005, estableció que debido al inminente vencimiento del plazo de emergencia establecido en el Decreto de Urgencia N° 011-2004, y estando aún pendiente la aprobación del Proyecto de Ley de Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, era necesario ampliar dicho plazo, lo que nos sugiere una coordinación o por lo menos una preocupación común en el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República.

calificó de manera implícita al servicio de transporte aéreo como un servicio público esencial, limitando, en aras de garantizar su prestación continua, el derecho de huelga de los trabajadores¹⁵⁵, esto no puede ser en absoluto equiparable a la declaración como servicio público de determinada actividad económica, necesaria en nuestro régimen económico -que protege la libre competencia, la libre iniciativa privada y restringe la actividad empresarial del Estado-, para justificar el establecimiento de un régimen especial que garantice su prestación, tal como ya lo hemos señalado.

No obstante ello, creemos necesario hacer hincapié en el adjetivo “esenciales” utilizado por el legislador, a nuestro parecer, condicionante para restringir el derecho de huelga de determinados servicios públicos; pues de ello se podría inferir entonces, la existencia de servicios públicos “no esenciales”, que en todo caso no se encontrarían sujetos a la limitación establecida.

Creemos que dicha posible diferencia entre servicios públicos esenciales y no esenciales, para nuestro legislador, se debió a que si bien el Decreto Ley N° 25593 fue emitido durante la transición hacia nuestra actual constitución económica¹⁵⁶, que restringe severamente la actividad empresarial del Estado, fue promulgado bajo la vigencia de la Constitución de 1979, que no sólo no restringía dicha actividad estatal, sino que además permitía que a través de ella se pueda buscar la consecución de fines distintos a la simple obtención de un lucro económico¹⁵⁷.

En ese contexto, consideramos que un Estado sin limitaciones a su actividad empresarial, podía no sólo adjudicarse la prestación de actividades esenciales y de

¹⁵⁵ El inciso g) del artículo 83° del Decreto Ley N° 25593, modificado por el artículo 3° de la Ley N° 27912, señala como servicio público esencial, entre otros, los de transporte; mientras que su artículo 82° establece que “Cuando la huelga afecte los servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables, los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan”.

¹⁵⁶ Prueba de dicha transición es la emisión del Decreto Legislativo N° 757, el 13 de noviembre de 1991, que reseñaremos brevemente más adelante.

¹⁵⁷ El artículo 113° de la Constitución Política de 1979, establecía que “El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y *alcanzar objetivos de desarrollo* [las cursivas son nuestras]”; mientras que el 115° establecía que “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio *para armonizarlo con el interés social* [la cursiva es nuestra]”.

interés general para la sociedad (como los servicios de saneamiento, por ejemplo, más aun tratándose de un monopolio natural), sino también de actividades sin demasiada importancia para la colectividad, que podían ser prestadas bajo un régimen privado, pero que al ser gestionadas por el Estado, se consideraban servicios públicos¹⁵⁸, pese a lo cual su continuidad no necesitaba ser garantizada estableciendo algún tipo de restricción al derecho de huelga de los trabajadores.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que lo señalado por el Decreto Ley N° 25593, constituye un antecedente legislativo muy importante de la LPSTA, respecto del reconocimiento de la esencialidad e interés general del servicio de transporte aéreo, presupuesto fáctico – material para su declaración como servicio público, tal como lo reconocen todas las nociones de servicio público reseñadas -y la de servicio económico de interés general originada en la legislación comunitaria europea-, al extremo de restringir el ejercicio de un derecho constitucional¹⁵⁹. En ese sentido, si bien como consecuencia de dicha esencialidad e interés general, el legislador estableció la citada restricción, que constituye un elemento de derecho público¹⁶⁰ que garantiza en un supuesto específico, la continuidad del servicio; consideramos que, aun cuando este sea el elemento más importante de un servicio público, “ya que sin continuidad no hay servicio público, ni institución alguna, ni un Estado”¹⁶¹, no se trata de un régimen legal que en abstracto, garantice la prestación del servicio de acuerdo a los principios que lo inspiran.

Del mismo modo, no podemos dejar de mencionar también que, ya con anterioridad a la publicación de la LPSTA, la LACP había establecido un régimen exorbitante

¹⁵⁸ Señala Kresalja, que “salvo la actividad dirigida a ordenar la sociedad hacia el bien común, que tiene un incuestionable carácter público, ninguna otra es en sí misma pública o privada; de lo que se deduce que «el sujeto titular de esta actividad ordenadora, es un sujeto público y todo lo que él asuma también como titular [la cursiva es nuestra], para realizar la finalidad de bien común que justifica su existencia, será entonces una actividad pública»”. Óp. cit., p. 45.

¹⁵⁹ El artículo 28° de la Constitución Política de 1993, reconoce, entre otros, el derecho de huelga de los trabajadores.

¹⁶⁰ Cuando Kresalja se refiere al régimen de derecho público, como una de las notas que tipifican al servicio público, señala “Lo que ocurre es que en múltiples facetas, que obviamente cambian de país en país y de época en época, el régimen jurídico fiscal, laboral, o el de protección de bienes, etc. tienen considerables elementos del Derecho Público, y así también –en ocasiones- las relaciones con los usuarios cuando se produce un conflicto.” KRESALJA, Baldo., óp. cit. p. 48.

¹⁶¹ ZEGARRA, Diego. *El servicio público: fundamentos*. Lima: Palestra, 2005, p. 59.

respecto de la infraestructura aeroportuaria¹⁶², prohibiendo concretamente que esta pueda ser objeto de libre comercio (inalienabilidad), que pueda ser adquirida vía prescripción adquisitiva (imprescriptibilidad) y que pueda ser embargada (inembargabilidad)¹⁶³ (a diferencia de cualquier bien de dominio privado, aun cuando el propietario sea el propio Estado¹⁶⁴, en concordancia con lo establecido en el artículo 73° Constitución Política de 1993¹⁶⁵); así como restricciones al dominio de sus zonas circundantes¹⁶⁶.

No obstante lo señalado, la atribución de dichas características a los aeropuertos, si bien garantiza la disponibilidad de la infraestructura necesaria para el desarrollo del servicio de transporte aéreo en el Perú, a nuestro parecer, no implica en estricto, el reconocimiento del servicio de transporte aéreo como servicio público; el cual es definido por la LACP como “la serie de actos destinados a trasladar por vía aérea a personas o cosas, de un punto de partida a otro de destino a cambio de una contraprestación”¹⁶⁷.

Ahora bien, como sucede con el resto de servicios públicos reconocidos como tales en nuestra legislación, la LPSTA tampoco señala qué se debe entender por tal¹⁶⁸.

¹⁶² A diferencia de las Leyes N° 15720 y 24882, que regulaban antes de la entrada en vigencia de la LACP, la actividad aeronáutica civil del Perú, pues aun cuando normaban aspectos referidos a la gestión aeroportuaria, no le atribuían a los aeropuertos (aeródromos) dichas cualidades.

¹⁶³ JIMÉNEZ, Roberto. *Los bienes estatales en la jurisprudencia constitucional*. En: Comentarios a la Jurisprudencia de Derecho Administrativo del Tribunal Constitucional Peruano. Homenaje a Allan Brewer - Carías (2000-2010). Lima: Ius Et Veritas, 2012, p. 101-108.

¹⁶⁴ La Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 006-96-I/TC de fecha 30 de enero de 1997, señaló expresamente que “El artículo 73° de la Constitución Política del Estado establece, que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, *deduciéndose de ello, que no gozan de aquellas inmunidades los bienes que conforman el patrimonio privado del Estado [las cursivas son nuestras]*”.

¹⁶⁵ Dicho precepto constitucional establece que “Los bienes de dominio público son *inalienables e imprescriptibles [las cursivas son nuestras]*. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico”. Cabe precisar asimismo, que si bien el citado precepto constitucional no establece de manera expresa el carácter inembargable de los bienes de dominio público, ello se desprende de su inalienabilidad e imprescriptibilidad. JIMÉNEZ Roberto., *óp. cit.*, p.103.

¹⁶⁶ Que limitan básicamente la altura de las construcciones a fin de evitar se obstaculice el vuelo de las aeronaves (LACP, artículos 30° a 35°).

¹⁶⁷ LACP artículo 78°.

¹⁶⁸ Lo cual -ante la falta de una norma de carácter constitucional o ley que establezca de manera general los caracteres o elementos definitorios del servicio público-, nos parece correcto; pues lo contrario, podría conducir erróneamente a tomar como noción general de dicha categoría, aquella recogida en la normativa que regula determinada actividad económica, como la que regula -para no ir lejos- el servicio público de transporte aéreo; tan singular y particular, a nuestro entender, respecto

Lo que sí hace, es establecer la garantía que otorgará el Estado respecto de su prestación continua, regular, permanente y obligatoria; elementos que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 034-2004-PI/TC de fecha 15 de febrero de 2015, estableció como característicos del servicio público.

Si bien el Tribunal Constitucional reconoció como elementos del servicio público, su naturaleza esencial, su necesaria continuidad, su naturaleza regular y su acceso en condiciones de igualdad, podríamos afirmar que éstos se encuentran contenidos en los principios de continuidad, igualdad, y mutabilidad, postulados por la noción clásica, que “informan la organización y la gestión de todos los servicios públicos, los servicios administrativos (interesados en un régimen especial y sólo excepcionalmente disciplinado por el derecho común) y los servicios de carácter industrial y comercial (sometidos al derecho común y sólo excepcionalmente al derecho administrativo)”¹⁶⁹, y que han logrado extenderse más allá de su concepción original¹⁷⁰, aun cuando producto de su evolución se hayan ido incorporando otros, tales como el de “neutralidad, correcto funcionamiento de los servicios, transparencia y responsabilidad, simplicidad y accesibilidad, participación de los usuarios y, confianza y fiabilidad”¹⁷¹.

De lo anterior, podemos señalar que, aun cuando el Tribunal Constitucional considere los principios formulados por la noción clásica, como principios de la noción actual de servicio público en el Perú (o “elementos característicos,” como textualmente señala), esto no nos parece en absoluto un anacronismo, teniendo en cuenta que aun cuando nos encontremos frente a cualquiera de las nociones brevemente reseñadas *ut supra*, consideramos que la esencialidad del servicio y así como su contrapartida, el interés general de la sociedad en él, justifican y exigen, el establecimiento de los principios señalados, que guiarán su prestación, gestión, regulación y control, a pesar de encontrarnos en un estadio económico, social y jurídico distinto al que lo concibió¹⁷²(si acaso no contrario), respecto de la noción

de aquellos servicios tradicionalmente conocidos como los de saneamiento, telefonía y energía, como veremos más adelante.

¹⁶⁹ ZEGARRA, Diego., loc. cit.

¹⁷⁰ Ídem, p. 99.

¹⁷¹ Ídem., p. 100.

¹⁷² Esto, en respuesta a lo formulado por LAZARTE, respecto de que dichos elementos responden a una noción en crisis, que permitían la *publicatio* de determinadas actividades; frente a aquella que él

clásica de servicio público, o a un sistema jurídico distinto, en el caso de los servicios de interés general.

Como ya hemos señalado, el servicio de transporte aéreo es una actividad esencial para el desarrollo de nuestra economía y de toda sociedad actual; de ello se desprende el interés de la sociedad y de los actores políticos para garantizar que su prestación continua y en determinadas condiciones, sea efectiva. De dicha importancia, entendemos su declaración como servicio público, como medio instrumental para garantizar precisamente su prestación¹⁷³; primer paso para establecer el régimen exorbitante y/o especial que permita ejercer dicha garantía, que nosotros consideramos inherente a todo servicio público, o por lo menos la garantía de su prestación, de acuerdo a los principios reseñados.

No obstante ello, si bien la noción de servicio público en nuestro país, postula que es necesaria la declaración de una actividad a través de una ley emitida por el Congreso de la República, como servicio público (como también todas las nociones reseñadas en el presente trabajo, salvo los servicios de interés general), cabe precisar que el hecho de declarar una actividad como tal, y establecer cuáles serán los principios que regirán su organización y prestación, como ha sucedido con la LPSTA, no tendrá como efecto automático e inmediato que dicho servicio, sea prestado en las condiciones que, dada la esencialidad e interés general que sobre ella recaen, se requieren para satisfacer determinadas necesidades.

Ello a nuestro entender, puesto que si la garantía establecida requiere restringir determinados derechos económicos de las empresas concesionarias (en un régimen en el que la titularidad es mantenida por el Estado, y cuya concesión es delegada a los privados a través de un contrato de concesión), o de empresas que prestan servicios públicos en un régimen de derecho privado (cuyo título habilitante

propone, situada en una economía de libre mercado, que garantiza la libre iniciativa privada y limita la actividad empresarial del Estado a través del principio de subsidiariedad. LAZARTE, Jorge. *El Servicio Público para el Tribunal Constitucional. A propósito del transporte público gratuito*. En: *Derecho y Sociedad*, Año XVII, N° 26, 2006, p. 28.

¹⁷³ Debemos recordar la definición de servicio público formulada por Kresalja, el cual considera “como un *instrumento jurídico tendiente a garantizar que la actividad por él regulada* [la cursiva es nuestra] sirva para la plena satisfacción de las prestaciones exigidas por los administrados”. KRESALJA, Baldo., óp. cit., p. 45.

es una autorización), o establecer alguna suerte de trato diferenciado entre los agentes económicos, estas deberán ser concretas y específicas, para poder establecer si son acordes con los parámetros establecidos por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 034-2004-AI/TC¹⁷⁴.

Así entonces, debemos precisar además que, si bien desde el punto de vista de la noción subjetiva formulada por Jèze, la declaración realizada por el legislador peruano a través de la LPSTA bastaría para considerarla como tal, desde una posición positivista del derecho¹⁷⁵, consideramos necesario además, conceptualmente y de acuerdo a nuestra constitución económica (servicio público, como instrumento jurídico, según Garrido Falla), respecto de un servicio de carácter económico, el establecimiento de un régimen legal, sea éste exorbitante, tal como lo planteaba la noción clásica, o la noción española -cuando ello era indispensable para la prestación del servicio- (y tal como sucede incluso en nuestro sistema jurídico con los servicios públicos económicos que se prestan en monopolios naturales, como los de saneamiento y telecomunicaciones), o especial, de régimen privado, a través del cual, sin vulnerar derechos constitucionales de los agentes económicos de los privados, como el de libre iniciativa privada y el de libre competencia¹⁷⁶, asegure la prestación del servicio. Para tal efecto, pasemos a analizar en primer lugar, la titularidad del servicio de transporte aéreo en un contexto liberalizado, de economía social de mercado; y en segundo lugar cuáles son las medidas concretas establecidas por la LPSTA, su reglamento y normas derivadas y/o conexas, que regulan la prestación de servicios de transporte aéreo a zonas aisladas donde no

¹⁷⁴ En efecto, dicha sentencia estableció que a efectos de determinar si las restricciones establecidas suponen una afectación razonable y proporcional a determinados derechos constitucionales (que en dicho caso se trataba de la libertad de empresa), estas debían ser sometidas a un “test de proporcionalidad”, a la luz de cada uno de sus tres subprincipios, a saber: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad (Fundamentos 63 a 71).

¹⁷⁵ Según Marcial Rubio, para definir a una ciencia como el Derecho, Kelsen planteaba que “hay que separar todo lo que pertenece a otras ciencias, sean valores, conductas, etcétera, que resultan más propios de la moral, la religión, la sociología o la política. Así, lo propio del Derecho, la *teoría pura del derecho*, consistirá en su esencia normativa: *la norma jurídica válida y el sistema eficaz que regula efectivamente las conductas de los sujetos y la sociedad en su conjunto* [la cursiva es nuestra]. RUBIO, Marcial. *El Sistema Jurídico*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Décima edición, p. 319.

¹⁷⁶ El artículo 61° de la Constitución Política de 1993, establece que “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”.

haya oferta privada, a fin de determinar si existe un régimen especial y/o exorbitante que garantice la prestación del servicio de transporte aéreo en el Perú.

2. Liberalización del sector aeronáutico en el Perú

En el Perú, durante la década de los noventa¹⁷⁷, a través de la promulgación de la Constitución Política de 1993¹⁷⁸, se estableció como la principal reforma estructural, la adopción de una economía social de libre mercado¹⁷⁹, en la cual la asignación de los bienes y servicios es dejada a la libre concurrencia de los privados en las actividades económicas, correspondiendo al Estado, en virtud del principio de subsidiaridad, una acción preponderantemente como autoridad -estableciendo las reglas de juego y velando por el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos-, y no como agente económico; régimen para el cual el libre acceso al mercado es fundamental, puesto que sin aquel “no es posible hablar de libertad de competencia y, por tanto, tampoco de economía de mercado”¹⁸⁰.

Sin perjuicio de ello, podemos afirmar que la promulgación de la Constitución de 1993, si bien es el hito más importante en cuanto a la reforma económica en el Perú, no fue el inicio, ni mucho menos el fin de la aplicación de la política liberalizadora del Estado, sino parte de un proceso que se inició antes, tanto a nivel político¹⁸¹ como jurídico.

¹⁷⁷ En un contexto de liberalización económica mundial iniciado por el Reino Unido (bajo el gobierno del Partido Conservador, liderado por la Primera Ministra Margaret Thatcher), y los Estados Unidos de América (bajo el gobierno del Partido Republicano de Ronald Reagan) en la década de los ochenta.

¹⁷⁸ Medidas que tuvieron como objetivo principal terminar con la crisis económica causada por un Estado intervencionista, el mismo que según Franklin Pease, citado por Kresalja –refiriéndose al Estado Peruano-, consistía en un Estado “gestor directo, empresario y controlista, con peso definitivo en la economía y grupos sociales aparentemente dispuestos a defender el poder que les confería la gestión de ese poder económico”. KRESALJA, Baldo y César OCHOA., óp. cit., p. 47.

¹⁷⁹ Artículo 58° de la Constitución Política de 1993.

¹⁸⁰ LAZARTE., óp. cit., p. 25.

¹⁸¹ Las propuestas de gobierno de los dos movimientos políticos que compitieron en segunda vuelta (*ballotage*) en las elecciones presidenciales de 1990 –y que polarizaron la opinión pública-, se podrían sintetizar de la siguiente manera: la primera formulada por el Frente Democrático –FREDEMO, con el escritor Mario Vargas Llosa a la cabeza, que propugnaba la aplicación de una política liberal en materia económica; y la segunda, de Cambio 90, con el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, que simplemente, la negaba.

En el plano jurídico, sólo por poner un ejemplo, tal vez el más representativo por su generalidad¹⁸², podemos mencionar el Decreto Legislativo N° 757, publicado el 13 de noviembre de 1991, mediante el cual se derogaron todas las reservas de actividades económicas o de explotación de recursos naturales a favor del Estado¹⁸³; se determinó que cuando el Estado participe en la actividad económica empresarial, junto a empresas privadas, gozará de las mismas condiciones que aquellas¹⁸⁴; y se estableció la promoción de los servicios públicos básicos, a través de la promoción de la inversión privada¹⁸⁵.

Del mismo modo, se emitieron normas de distinta índole que dieron inicio a los procesos de liberalización de sectores específicos de nuestra economía. Desde luego, la actividad de aviación comercial no fue una excepción. Pero antes de proseguir debemos precisar que liberalizar implica eliminar restricciones posibilitando el ejercicio de la libre iniciativa¹⁸⁶ en determinados sectores de la economía. Así entonces, habiendo establecido en el capítulo precedente que según el Tribunal Constitucional la libre iniciativa es la libertad que tienen los ciudadanos para realizar las actividades económicas de su preferencia con el fin de obtener ganancias, sin afectar intereses de carácter general, liberalizar un sector implicará eliminar restricciones para que los agentes económicos privados puedan realizarla.

Ahora bien, respecto de la actividad de aviación comercial, si iniciamos nuestro análisis a partir de la restricción más severa que puede tener un agente económico privado, consistente en la existencia de una reserva exclusiva a favor del Estado, debemos precisar que esta no existió, pues si bien el Estado participaba como agente económico en dicha actividad, no excluyó la participación de empresas privadas. En efecto, junto a la Empresa de Transporte Aéreo del Perú – AEROPERÚ S.A., empresa estatal operaba, sólo para mencionar un caso, la empresa FAUCETT,

¹⁸² Pues no se encuentra referido a un sector específico.

¹⁸³ Artículo 6°.

¹⁸⁴ Artículo 7°.

¹⁸⁵ Artículo 11°.

¹⁸⁶ SOUVIRÓN, José María. *La Privatización del Sector Público Empresarial del Estado en España (1996 – 2002): Aspectos Jurídicos (Colaboración de Juan Miguel de la Cuétara Martínez)*. En: *Privatizaciones y Liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003)*. Granada: Comares, 2004., p. 2.

que hacia el año 1993, transportaba un aproximado de 50 % del mercado nacional interno¹⁸⁷.

Sin perjuicio de lo señalado en el acápite precedente, la actividad de aviación comercial en el Perú presentaba una serie de restricciones a la libre iniciativa privada, establecida en la derogada Ley N° 24882, Ley de Aeronáutica Civil, vigente durante toda la década de los noventa, hasta la entrada en vigencia de la LACP¹⁸⁸. Así podemos mencionar entre otras, la reserva absoluta a favor de los peruanos, de la prestación de los Servicios de Transporte Aéreo y los Servicios de Transporte Aéreo Especiales¹⁸⁹; así como la potestad del MTC para aprobar las tarifas y fletes¹⁹⁰.

Precisamente, a través del Decreto Legislativo N° 670, publicado el 16 de septiembre de 1991, norma que fundamenta el proceso privatizador del sector aéreo en el Perú¹⁹¹, se establecieron medidas para eliminar dichas restricciones. Así de manera concreta, a través de la citada norma, se eliminaron aquellos procedimientos, trámites y restricciones que a juicio del Poder Ejecutivo, limitaban la participación del capital privado nacional o extranjero en el sector aéreo comercial¹⁹²; así como la libre fijación de los servicios prestados al interior del Perú, y de manera excepcional, la fijación de topes máximos de tarifas y fletes, sólo cuando medie una grave crisis o calamidad pública¹⁹³.

3. Privatización de AEROPERÚ S.A.

¹⁸⁷ MENA, Miguel. *El concepto de línea de bandera, los servicios aeroportuarios y el rol subsidiario del Estado*. Advocatus. 24., p. 352

¹⁸⁸ Dichas restricciones, también se habían incluido en la Ley N° 15720, antigua Ley de Aeronáutica Civil del Perú, derogada por la Ley N° 24882, en sus artículo 4° y 54° (reserva absoluta a favor de los peruanos, la prestación del servicio de transporte aéreo realizado a nivel nacional y del servicio especial comercial), 62° (la potestad otorgada a la DGAC para autorizar el precio de los pasajes, fletes y servicios especiales, en aras de estimular de manera preferente la actividad de operadores nacionales, estableciendo medidas de protección y fomento para el incremento patrimonial respecto de ellos).

¹⁸⁹ Ley N° 24882, artículo 60°.

¹⁹⁰ Ley N° 24882, artículo 62°.

¹⁹¹ MENA, Miguel., óp. cit., p. 350.

¹⁹² Decreto Legislativo N° 670, artículo 1°.

¹⁹³ Decreto Legislativo N° 670, artículo 5°.

Como parte del proceso de liberalización de la economía peruana, el Estado también inició un proceso de privatizaciones de las empresas públicas, que incluyó entre muchas, a la Empresa de Transporte Aéreo del Perú – AEROPERÚ S.A.

AEROPERÚ S.A. fue una empresa estatal creada mediante Decreto Ley N° 20030 de fecha 23 de mayo de 1973, en base a lo que fue el Servicio Aéreo de Transportes Comerciales (SATCO)¹⁹⁴, y aun cuando mediante Decreto Legislativo N° 74 se priorizó como criterio para el desarrollo de sus actividades, la eficiencia¹⁹⁵, lo cierto es que sus actividades generaban pérdidas mensuales de aproximadamente un millón y medio de dólares¹⁹⁶.

Cabe precisar que aparte de la poco eficiente gestión estatal de AEROPERÚ S.A., generadora de grandes pérdidas económicas para el erario nacional, contaba además con determinados privilegios por el solo hecho de ser una empresa estatal. Como uno de ellos, y tal vez el principal, el hecho de haber sido durante su existencia, la línea aérea de bandera del Perú, lo que le daba la prerrogativa de poder prestar servicio en rutas internacionales en representación del Estado peruano, respecto de la tercera, cuarta y quinta libertades de vuelo, consistentes en desembarcar pasajeros en otro país provenientes del propio; embarcar pasajeros en el territorio de otro país y transportarlos al propio; y recibir carga, pasajeros o correo de otro Estado y desembarcarlos en el país concedente y recibir carga, pasajeros o correos del país concedente y transportarlos a cualquier otro Estado¹⁹⁷.

4. Política liberalizadora establecida a través de la Ley N° 29169

¹⁹⁴ Decreto Ley N° 20030, artículo 1°.

¹⁹⁵ MENA, Miguel., óp. cit., p. 349.

¹⁹⁶ Ídem. p. 350.

¹⁹⁷ A través del Convenio de Chicago de 1944, tratado de carácter multilateral que estableció las reglas de aviación entre los países, éstos se obligaron a respetar sólo la primera y segunda libertades de vuelo (llamadas también “libertades técnicas”), consistentes en sobrevolar y aterrizar para fines no comerciales en un país, aeronaves de otro país. Es por esa razón que para poder ejercer la tercera, cuarta y quinta libertades (llamadas también “libertades comerciales”), al no encontrarse dentro de los acuerdos establecidos en el Convenio de Chicago, se requiere de acuerdos bilaterales entre los países, es decir, de tratados específicos que así lo determinen. Ídem, pp. 338 – 340.

Si bien a través de las modificaciones realizadas a la Ley N° 24882 por el Decreto Ley N° 670, se dio inicio al proceso de liberalización del sector comercial aeronáutico en el Perú, el 10 de mayo de 2000, aquella fue derogada por la LACP, estableciendo a nuestro entender, no sólo de manera integral, en un mismo cuerpo normativo, la regulación del sector aeronáutico civil, sino además aquellos elementos sustanciales que definen una actividad liberalizada, en concordancia ya con el régimen de economía social de mercado instaurado a través de la Constitución Política de 1993.

Así podemos ver, que los numerales 84.1 y 84.2 de su artículo 84° establecieron la libertad de los empresarios aéreos para fijar sus tarifas y fletes de acuerdo con las condiciones del mercado, y sólo excepcionalmente, por cuestiones de necesidad pública o interés nacional, el Estado se reserva la facultad de establecer tarifas mínimas o máximas, de acuerdo al informe técnico elaborado por la DGAC¹⁹⁸.

Del mismo modo, el inciso c) numeral 79.2 de su artículo 79°, estableció que la persona jurídica dedicada a la aviación comercial, tiene que ser “sustancialmente nacional”, determinándose para tal fin que al menos el 51% “del capital social de la empresa debe ser de propiedad peruana y estar bajo el control real y efectivo de accionistas o socios de nacionalidad peruana con domicilio permanente en el Perú...”. Sin embargo esta limitación no es absoluta, pues el artículo 160° de su Reglamento¹⁹⁹ dispone que el porcentaje de composición accionarial establecido por la LACP se mantendrá sólo durante los seis primeros meses luego de otorgada la

¹⁹⁸ Si bien el Decreto Legislativo N° 670, respecto de la excepción a la libertad de precios, dispuso que su reglamento establecería los requisitos para efectivizar dicha facultad, creemos que la regulación de LGAC es más completa, pues establece de manera expresa que para aplicar dicha restricción, será necesario la emisión de un informe técnico. Ello nos sugiere que eventualmente, una medida de tal naturaleza podría ser impugnada por los operadores aéreos si consideran que no existe presupuesto fáctico habilitante para ello, a falta o deficiencia de un informe técnico que así lo acredite, y de ese modo, evitar una restricción injustificada de sus derechos. Si bien no se trata de un servicio público, podemos encontrar un símil en el caso de la demanda de acción popular interpuesta por los armadores pesqueros representados por la Sociedad Nacional de Pesquería, *mutatis mutandis*, contra el Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE, que estableció una nueva zona de pesca para las embarcaciones industriales, debido a que consideraban que dicha decisión no contaba con sustento técnico, tal como lo disponía el artículo 9° del Decreto Ley N° 25977, Ley General de Pesca, que establece que el ordenamiento pesquero se da “sobre la base de *evidencias científicas disponibles y de factores socioeconómicos* [la cursiva es nuestra]”.

¹⁹⁹ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 050-2001-MTC, modificado por el Artículo Primero del Decreto Supremo N°038-2007-MTC

primera autorización, y luego, el porcentaje de extranjeros podrá incrementarse hasta un 70% del total del accionariado. Respecto del señalado dispositivo, se debe precisar que este hizo factible la privatización de la empresa AEROPERÚ S.A., y fue de aplicación también respecto de las empresas LAN PERÚ y TACA, empresas consideradas peruanas debido a esta ficción legal²⁰⁰.

Por último, debemos mencionar que a través de los numerales 5.1 y 5.2 del artículo 5° de la LACP, se reservó expresamente la actividad de aeronáutica civil a favor de los privados, y que -en concordancia con el principio de subsidiariedad que limita la actividad empresarial del Estado, establecido en el artículo 60° de la Constitución Política de 1993, señalado en el segundo capítulo del presente trabajo- sólo subsidiariamente, el Estado podrá prestar servicios de aviación comercial, en las condiciones que determine la ley.

Pero no sólo eso, sino que de manera concreta, respecto de la empresa TANS, empresa estatal peruana²⁰¹, la LACP estableció en su Quinta Disposición Transitoria y Final, que ella prestará el servicio de transporte aéreo de manera subsidiaria, en las mismas condiciones que lo hacen las empresas de aviación privadas, es decir, bajo el ámbito de las normas aplicables a las empresas aéreas privadas, y que sus aeronaves y tripulación se encuentran sujetas a la supervisión de la autoridad aeronáutica civil²⁰².

Así, como podemos apreciar, a diferencia de la legislación anterior, la LACP ha establecido de manera expresa que la actividad aeronáutica civil se encuentra reservada a la empresa privada, descartándose de ese modo, la titularidad del Estado respecto de la actividad aeronáutica civil. En ese sentido, no siendo una actividad de titularidad estatal, se entiende que el título habilitante para ejercer dicha actividad, es una autorización, en la que se constata el cumplimiento de determinados requisitos para el ejercicio de un derecho preexistente del administrado, tal como señalamos *ut supra*.

²⁰⁰ MENA, Miguel., óp. cit. pp. 344 – 345.

²⁰¹ Actualmente en proceso de liquidación. MENA, Miguel., óp. cit. p. 354.

²⁰² Ello, en tanto empresa estatal, para evitar alguna forma de trato privilegiado en sus operaciones.

Del análisis realizado, podemos ver que el servicio de transporte aéreo, o actividad aeronáutica civil, es una actividad que antes de su declaración formal como servicio público, era una actividad liberalizada, tal como se desprende de la comparación con la legislación anterior, plasmada en la Ley N° 24882, y acorde con la libertad de iniciativa privada, principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado y libre competencia recogidos en nuestra constitución económica vigente, traducido en las disposiciones que disponen: i) la libertad en la fijación de los precios de los servicios aéreos (salvo las excepciones establecidas); ii) la disminución de la restricción respecto de la inversión extranjera; iii) la eliminación de la reserva a favor de los nacionales del servicio de transporte aéreo realizado a nivel nacional y del servicio especial comercial²⁰³; iv) establecimiento expreso del principio de subsidiariedad empresarial en materia aeronáutica; v) el establecimiento expreso de que la empresa estatal TANS se encuentra sujeta a las mismas condiciones que los privados; y, vi) la reserva expresa a favor de los privados del servicio de transporte aéreo.

Sin perjuicio del proceso de liberalización de la actividad aeronáutica, ello no significó que esta quedó completamente al libre albedrío de los empresarios privados, sino que se implementó como contrapartida una actividad regulatoria para garantizar tanto los derechos de los usuarios como el respeto de los principios económicos establecidos, como veremos a continuación.

5. Contrapartida de la liberalización: intervención administrativa en el sector aéreo

La liberalización de una actividad económica como el sector aéreo, no implica de ningún modo, que el Estado deje de intervenir en ella, y que en consecuencia, el tiempo y la forma de prestarla, queden al libre albedrío de los agentes económicos privados, puesto que las particularidades de ella lo impiden. Así entonces, por un lado, la necesidad de que el servicio sea prestado de forma segura y con la disponibilidad de vuelos suficientes; y por el otro, su contenido económico, sustentarán la intervención estatal en ella²⁰⁴.

²⁰³ Recogida en la Ley N° 15720, antigua Ley de Aeronáutica Civil del Perú, en su artículo 54°.

²⁰⁴ Cf. RODRÍGUEZ – CAMPOS, Sonia. *La Liberalización del Transporte Aéreo. Alcance y Régimen Jurídico*. Madrid: Marcial Pons. 2005., p. 73.

Respecto de la intervención del Estado en la economía, podemos afirmar que esta es una realidad que se ha dado a lo largo del tiempo, por lo que a nuestro parecer la discusión que nos permitirá acercarnos a su estudio, no debe ser si esta debe darse o no, sino cual debe ser su grado de intensidad. ¿Y cómo averiguamos el grado de intensidad que debe tener la intervención administrativa? Pues teniendo en consideración el régimen económico establecido, el cual será determinado a través del análisis conjunto de los derechos de los agentes económicos, los principios de la actividad económica y los títulos que habilitan la intervención estatal²⁰⁵.

En concordancia con lo señalado, si bien en el caso concreto del Perú, el fuerte rol interventor del Estado hasta la década de los ochenta, fue uno de los causantes de la crisis económica, y fundamentó la instalación de una economía social de mercado en la década posterior con el objetivo de lograr una asignación eficiente de los recursos económicos²⁰⁶, adquiriendo en ese sentido, un valor preponderante, la libre iniciativa privada, la libre competencia y el pluralismo económico; ello no significa que su potestad de intervención en la economía haya desaparecido.

Por el contrario, a pesar de que derechos como el de libertad de empresa y la libre iniciativa privada han adquirido mucha importancia actualmente en el Perú, ello no quiere decir que se puede ejercer de manera ilimitada, pues de una simple observación vemos que ella se plasma a través de innumerables formas de actuación del Estado, tales como el otorgamiento de títulos habilitantes (autorizaciones, concesiones, licencias etc.), y el ejercicio de su potestad sancionadora, para lo cuales cuenta con cobertura legal²⁰⁷, entre otras.

Cabe señalar en primer lugar respecto de las restricciones que la libertad de empresa puede sufrir, concretamente cuando esta se realiza a través de la aviación comercial, que el artículo 54° de la Constitución Política de 1993, establece que el territorio peruano se encuentra conformado, por el espacio aéreo que cubre el suelo

²⁰⁵ Ídem., p. 75.

²⁰⁶ KRESALJA, Baldo y César OCHOA., óp. cit., pp. 47 – 49.

²⁰⁷ Ídem., p. 125.

y el dominio marítimo, respecto del cual el “Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado”.

Así el Estado, en virtud de la soberanía respecto de su dominio aéreo, decidirá cuáles son las obligaciones a las que se encuentran sujetas los operadores, de acuerdo a consideraciones técnico – económicas, que permitan no sólo la prestación de un servicio con estándares de calidad aceptados, sino también en salvaguarda de los derechos a la integridad física²⁰⁸; al libre tránsito dentro del país y a salir de él²⁰⁹; a la salud, moral y seguridad públicas²¹⁰; y a gozar de un medio ambiente equilibrado²¹¹. Estos derechos son los que fundamentan la intervención estatal, en el objeto mismo de la actividad aérea, es decir, teniendo en cuenta las características técnicas con que se realiza²¹².

Por otro lado la intervención estatal que recae, ya no en las condiciones técnicas en las que se presta el servicio mismo, sino en la persona que la realiza, importa una intervención que tiene en cuenta la dimensión económica del servicio, la cual se puede manifestar, entre otros, a través de la defensa de la competencia²¹³, recogida en el artículo 61° de la Constitución Política de 1993.

Así como podemos apreciar, el Estado mantiene su potestad interventora en el servicio de transporte aéreo a través de la limitación de libertad de empresa en salvaguarda de determinados derechos. Ahora bien, a efectos de apreciar cómo se ha materializado dicha intervención antes de la declaración de la actividad aeronáutica comercial como servicio público, veamos cuál es el título habilitante mediante el cual dicha potestad se manifiesta.

6. Título habilitante necesario para realizar la actividad de servicio de transporte aéreo

²⁰⁸ Constitución Política de 1993, numeral 1 artículo 2°.

²⁰⁹ Constitución Política de 1993, numeral 11, artículo 2°.

²¹⁰ Constitución Política de 1993, artículo 59°.

²¹¹ Constitución Política de 1993, numeral 22, artículo 2°.

²¹² RODRIGUEZ - CAMPOS, Sonia., óp. cit., p. 82.

²¹³ Ídem., p. 83 – 84.

Como ya hemos señalado cuando nos referíamos a la noción de servicio público, cuando este es de titularidad estatal, es decir, cuando en principio la prestación se encuentra reservada al Estado, el título habilitante a través del cual un agente económico privado puede obtener el *derecho* a gestionarlo, es la concesión administrativa; mientras que cuando estábamos frente a una actividad de titularidad privada, en el que el derecho a gestionarlo por parte del privado, *preexiste al otorgamiento del título habilitante*, y que para ello será necesario que previamente se cumplan con ciertas restricciones (como manifestación del poder de policía), este corresponderá a una autorización administrativa, correspondiente a la definición clásica de autorización²¹⁴.

Así entonces, en abstracto, teniendo en cuenta que el servicio de transporte aéreo en el Perú, de acuerdo a lo establecido en la LACP, es una actividad que ha sido reservada de manera expresa a los agentes económicos privados, y teniendo en cuenta además que en la misma LACP se ha establecido de manera expresa el principio de subsidiaridad en el sector aeronáutico, el título habilitante necesario para realizar dicha actividad, debe corresponder a una autorización.

En ese sentido, la LACP establece como título habilitante para realizar actividades de aviación comercial, en los numerales 88.1 y 88.2 de su artículo 88°, los Permisos de Operación o de Vuelo (éste último para realizar servicio de carácter especial o esporádico), y como requisito para obtenerlo, entre otros, el Certificado de Explotador²¹⁵, por lo que podemos afirmar que el legislador, acorde con la naturaleza privada de la actividad aerocomercial, utiliza de manera correcta, como título habilitante, la autorización, aun cuando las denomine permisos o certificados²¹⁶.

²¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás – Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II. Lima: Palestra, 2011., pp. 1034 – 1035.

²¹⁵ Recordemos si no que la medida cautelar concedida por el CJCA, suspendió ambos títulos habilitantes, situación que generó la declaración del servicio de transporte aéreo, para de ese modo evitar su paralización.

²¹⁶ Existen figuras jurídicas que aun cuando poseen denominaciones distintas, tales como “autorizaciones, permisos, licencias, visados...” y otros, comparten el hecho de ser una actividad privada “consentida por la administración previa valoración de la misma a la luz del interés público que la norma aplicable en cada caso, pretende tutelar”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás – Ramón FERNÁNDEZ, óp. cit., p. 1032.

Sin embargo, debemos mencionar que la definición clásica de autorización, señalada *ut supra*, ha quedado rebasada por la realidad, pues ha dejado de lado el contexto en el que se gestó (la búsqueda del orden público, en sus tres elementos: seguridad, salubridad y tranquilidad públicas), para desenvolverse en el campo de las actividades económicas; concretamente, en la actividad regulatoria del mercado, para orientar la actividad con los fines establecidos en las normas correspondientes²¹⁷.

Ello se puede apreciar de la constatación en la realidad de autorizaciones, a través de las cuales no sólo se autoriza, valga la redundancia, al agente privado a realizar determinada actividad, sino que además, se le obliga a cumplir con una serie de derechos y obligaciones, que su eventual incumplimiento, desembocaría en la revocación de dicho título otorgado; títulos habilitantes que han sido llamados por la doctrina *autorizaciones operativas*²¹⁸. Así, como ejemplo de ello respecto de la regulación del servicio de transporte aéreo en el Perú, podríamos señalar al ya mencionado Certificado de Explotador.

En efecto, a través del Certificado de Explotador, la Administración acredita la capacidad legal, técnica y económico - financiera de un empresario aéreo. Sabemos que la actividad de transporte aéreo requiere una enorme capacidad financiera para poder costear entre muchas otras cosas, la adquisición de aeronaves y el coste de los seguros frente a las eventuales indemnizaciones que podría enfrentar producto del desarrollo de la actividad.

Así, respecto de los seguros, debemos precisar que el artículo 20° de la LACP establece que ninguna aeronave podrá realizar actividades, si es que no cuenta con los seguros vigentes, y que el artículo 146° de la misma norma dispone como obligación del explotador aéreo, contar con un seguro por la posible ocurrencia de los daños previstos en su Título XII, referidos a muerte, lesiones físicas o daño moral de los pasajeros ocurridos en las aeronaves o durante su embarque o desembarque (artículos 114°, 115° y 116°); daños causados al equipaje o carga (artículos 117°,

²¹⁷ Ídem., p. 1035 – 1036.

²¹⁸ RODRÍGUEZ – CAMPOS, Sonia., óp. cit. 129.

118°, 119° y 120°); y por la inexecución total o parcial de los contratos de transporte de pasajeros (artículos 125° y 126°), entre otros.

Asimismo, aunque sea una verdad de Perogrullo, es necesario recalcar que las actividades aéreas, requieren de una gran capacidad técnica por parte de los operadores, no sólo por el manejo y mantenimiento de las aeronaves, sino también por la coordinación de los aeropuertos tanto para el despegue y aterrizaje de las aeronaves, entre otras cosas. Ello implica contar con aeronaves adecuadas y personal técnico que garanticen un servicio seguro, que minimice al máximo los riesgos inherentes a dicha actividad. Ello justifica que el otorgamiento de un Certificado de Explotador, no agote la intervención administrativa, sino que esta se prolongue durante el tiempo de vigencia del mismo, constituyéndose “no solamente en una técnica de control, sino también [en] un instrumento de dirección del sector en cuestión”²¹⁹.

Lo señalado se verifica de las potestades que posee la Administración para poder supervisar todas las actividades aéreas realizadas por los operadores aéreos (numeral 11.1, artículo 11°) y en la obligación que tienen de entregar toda aquella información técnico, legal y económico - financiera requerida por la DGAC, relacionada con sus operaciones (numeral 11.3, artículo 11°). Ello demuestra que la presentación de dicha información no sólo es obligatoria al momento de solicitar el Certificado de Explotador, sino también durante el ejercicio de las actividades aéreas, es decir, luego de que ya ha sido otorgado.

Como consecuencia de lo señalado, el artículo 195° del Reglamento de la LACP, aprobado por Decreto Supremo N° 050-2001-MTC, establece la *suspensión* del Certificado de Explotador si se comprueba el *deterioro* de la capacidad técnica, legal, y económico – financiera de la empresa aérea, y su *revocación* ante la *pérdida* de uno de ellos.

Así como podemos apreciar, la intervención estatal en la actividad aeronáutica civil, luego de la implementación de medidas liberalizadoras, si bien ha eliminado

²¹⁹ *Ibídem*.

determinadas restricciones a la libre iniciativa privada, no ha desaparecido. El establecimiento de los requisitos para obtener el Certificado de Explotador, así como su verificación constante a lo largo de su período de vigencia, para tomar sólo un ejemplo, nos lo demuestra.

En ese sentido, como se puede apreciar de la regulación establecida por la LACP, vigente antes y después de la declaración del servicio de transporte aéreo como servicio público, estamos frente a una actividad liberalizada, puesto que se encuentra reservada a los agentes económicos privados, sobre ella no existe un control de tarifas, se han disminuido las restricciones a la inversión extranjera y se ha establecido respecto de la actividad empresarial del Estado en dicha actividad, también de manera expresa, que ella se encuentra limitada por el principio de subsidiaridad; pese a lo cual, ello no ha significado que el Estado haya dejado de intervenir dicha actividad, pues lo sigue haciendo en salvaguarda de los derechos de los usuarios.

Siendo así las cosas, veamos cuales son las medidas que se han establecido como consecuencia de su declaración como servicio público, y verificar si ella coincide plenamente con alguna de las nociones de servicio público que hemos reseñado, a saber, la noción clásica, la noción de servicio público en una economía de libre mercado como la recogida en la Constitución de 1993, y la noción de servicios de interés económico general formulada al interior de la Comunidad Europea; o si por el contrario, la declaración como servicio público de la actividad aérea en el Perú, se constituye en un caso singular por la inclusión de elementos característicos de nociones de servicio público distintas.

7. Medidas establecidas como consecuencia de la declaración del servicio de transporte aéreo como servicio público

Como ya hemos visto, la LPSTA declaró servicio público al servicio de transporte aéreo, obligándose a garantizar su “prestación continua, regular, permanente y obligatoria” y velar por su normal funcionamiento.

Ya hemos señalado que a nuestro parecer, el hecho de declarar una actividad como servicio público, y establecer que el Estado garantizará que la prestación del servicio se realice en concordancia con los principios que inspiran la prestación de los servicios públicos -sea cual fuere la noción de servicio público que consideremos-, y garantizar su normal funcionamiento, no basta para que dichos mandatos se materialicen de manera automática.

Si tenemos en cuenta que el servicio público, constituye una categoría jurídica instrumental para conseguir determinados fines, será necesario entonces que, junto a la declaración del servicio de transporte aéreo como servicio público, se establezcan medidas concretas que nos permitan verificar si son acordes con los fines perseguidos, o dicho de otra manera, si éstas constituyen efectivamente, una garantía desplegada por el Estado debido a la esencialidad e interés general de la actividad “publicada”, y verificar también si estas coinciden con las nociones de servicio público reseñadas o constituyen un caso singular.

Ahora bien, a efectos de determinar lo señalado es necesario verificar cuales son las medidas establecidas por la LPSTA y sus normas conexas. Pero antes de ello, debemos manifestar que respecto de la titularidad del servicio de transporte aéreo, y la restricción de la actividad empresarial del Estado, ni la LPSTA ni ninguna Ley posterior ha cambiado dicha situación.

Afirmamos ello, teniendo en cuenta que el artículo 5° de la LACP, referido al carácter subsidiario de la actividad empresarial aérea, no sólo no ha sido derogado por la LPSTA ni por ninguna otra que se haya promulgado con posterioridad, sino que respecto de la actividad empresarial del Estado en este sector, el artículo 1° del Reglamento de la LPSTA, aprobado por Decreto Supremo N° 028-2006-MTC, lo ha ratificado²²⁰. Del mismo modo, debemos precisar que no se han producido cambios sustanciales en los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones y otros títulos habilitantes que nos permitan afirmar que la reserva de la actividad al sector privado, es una disposición que ha sido vaciada de contenido, debido al establecimiento de

²²⁰ Dicho artículo señala que “El Estado sólo participará en actividades de aviación comercial cuando no exista ningún operador privado que brinde servicios de transporte aéreo regular o no regular, transporte aéreo especial o trabajo aéreo, en la zona o punto a ser atendido”.

mayores requisitos y restricciones a los ya establecidos, o el establecimiento de una mayor discrecionalidad por parte del Estado a través de la DGAC en sus evaluaciones, que se asemejen en la práctica al servicio de transporte aéreo como una actividad reservada al Estado.

Por otro lado, la LPSTA estableció entre otras cosas, que aquellos permisos otorgados respecto de rutas sujetas a limitación, podían ser renovados hasta en tres oportunidades, sin necesidad de convocar a un concurso público; que la actividad de aviación civil realizada a través de la modalidad de fletamento tiene carácter complementario; y que la intangibilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad de los aeropuertos debía ser resguardada por el gobierno nacional, regional y local.

Al respecto, debemos señalar que dichas medidas a nuestro parecer si bien son importantes pues establecen de alguna manera mecanismos que permitirán en algunos casos mantener la continuidad del servicio, ello no implica a nuestro parecer un régimen exorbitante o especial para cuyo establecimiento haya sido absolutamente necesario la declaración del transporte aéreo como servicio público.

No obstante ello, ya siendo el servicio de transporte aéreo un servicio público, se estableció a través de la Ley N° 29159 un régimen de subvenciones para asegurar la prestación del servicio aéreo hacia aquellas zonas en las que no exista oferta privada y que sean de difícil acceso por otra vía que no sea la aérea; ya que en dicho régimen se introducen de manera explícita, aspectos inherentes a las nociones de servicio público, como universalidad o servicio universal, razón por la cual, pasaremos a analizarlo e intentar una formulación respecto del régimen del servicio público de transporte aéreo en el Perú.

8. Programa de subvenciones a vuelos a zonas aisladas de la selva en las que no existe oferta privada

Si bien la finalidad de la LPSTA es el fomento de los mismos en todo el país a través de medidas promocionales²²¹, ésta se ha hecho evidentes recién a partir de la

²²¹ LPSTA, artículo 2°

promulgación 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, publicada el 20 de diciembre de 2007.

En efecto, la Ley 29159, luego de declarar de necesidad y utilidad los servicios de transporte señalados, autorizó al MTC la implementación de un programa de promoción y fomento para cumplir con dicho fin, disponiendo que este se realizará a través de la entrega de subvenciones (directas, indirectas y/o cofinanciadas) respecto de los operadores aéreos para que los usuarios paguen un precio menor al costo del servicio, teniendo como sustento, estudios económicos realizados por la DGAC²²².

Antes de continuar con el análisis, es necesario advertir de manera preliminar, que si la actividad de fomento del Estado, tal como ya lo hemos señalado en el segundo capítulo del presente trabajo, se da respecto de actividades que son propias de los privados, en el presente caso, nos encontramos necesariamente ante una actividad que le pertenece al sector privado. De ello se derivaría –y ya no sólo del artículo 5° de la LACP que dispuso que dicha actividad se encuentra reservada al sector privado-, que aun cuando el Estado ha declarado como servicio público al transporte aéreo, lo ha hecho sin asumir la titularidad del mismo.

Así entonces, podemos ir ya encontrando algunas diferencias con la noción clásica de servicio público, pues a diferencia de ella, el servicio público de transporte aéreo no es de titularidad estatal, sino de los privados, respecto de la cual además se encuentran vigentes todas las medidas liberalizadoras implementadas en la década de los noventa.

Ahora, teniendo ya bastante claro el tema de la titularidad privada del servicio, pasemos a ver, a través del análisis de las medidas de fomento establecidas por la Ley N° 29159 y sus normas complementarias, si este constituye un régimen exorbitante o especial, que garantice el cumplimiento de los principios que guían la prestación de los servicios públicos, sea la noción que fuere, y a los servicios

²²² Ley N° 29159, artículo 2°.

económicos de interés general, en tanto servicios sobre los que recae, valga la redundancia, un interés por parte de la sociedad.

8.1. Finalidad del Programa de Promoción y Fomento.

De acuerdo a lo señalado por el artículo 2° de la Ley N° 29159, el fin de dicho programa es fomentar servicios de transporte aéreo, prestados por agentes económicos privados, en zonas aisladas o con vías alternas de difícil acceso, o donde no haya oferta privada de servicio regular. Así entonces, el servicio que busca implementar el Estado en dichas localidades, debe tener carácter regular; es decir, ofrecerse al público de manera abierta, con frecuencias, horarios e itinerarios previamente establecidos²²³, distinto de los vuelos de acción cívica²²⁴.

Respecto de lo señalado debemos advertir que si bien el servicio a implementar se dará en zonas en las que no exista oferta privada (uno de los presupuestos para que el Estado realice actividad empresarial), el Estado no ha buscado implementarlo a través de su actividad empresarial; que sería la única forma que tendría de prestar un servicio público de carácter económico en el Perú, como el servicio de transporte aéreo, al encontrarse reservada de manera general, a la libre iniciativa privada. Ello a nuestro parecer es adecuado, pues permite hacer un uso más eficiente de los recursos estatales ¿cómo?, pues determinando las localidades que se verán beneficiadas, la posible cantidad de pasajeros y el costo promedio de cada vuelo, para de ese modo, establecer un precio aproximado por pasaje que los pobladores de dichas zonas deberán pagar, cubriendo el resto de manera directa, a través de fondos estatales. Optar por la creación de una empresa estatal, no sólo implicaría realizar los gastos involucrados en cada vuelo, sino afrontar todos aquellos a los que se encuentran sujetos las empresas.

²²³ En concordancia con las definición de vuelo regular o frecuencia regular establecido en el artículo 1° del Reglamento de la Ley N° 29159, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-MTC.

²²⁴ Los cuales se seguirán realizando en las zonas beneficiadas con el programa de subvenciones (Ley N° 29159, artículo 6°), salvo generen distorsiones de carácter económico, caso en el que la DGAC puede recomendar al Ministerio del Interior y al Ministerio de Defensa, su suspensión (Primera Disposición Complementaria y Final del Reglamento de la Ley N° 29159, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-MTC).

Por otro lado, al tratarse de una actividad privada, el Estado busca “incentivar” la prestación de dichos servicios en zonas aisladas, sin establecer intervenciones administrativas que puedan establecer distorsiones en el mercado de transporte aéreo; dejando a la libre voluntad de los agentes económicos privados, quienes de acuerdo a su propia evaluación económica, decidirán si prestan o no dicho servicio, acorde con un régimen de libre competencia.

Del mismo modo, si tenemos en cuenta que el principio de universalidad inspira la gestión de los servicios públicos, sea cual fuere la noción adoptada por la legislación de cada país, y de los servicios económicos de interés general, en tanto que ambas categorías jurídicas están relacionadas a actividades esenciales para la sociedad, se entiende que el Estado deba establecer los mecanismos necesarios para asegurar el acceso universal de la población a determinado servicio que le es esencial. En el presente caso, se busca incentivar la prestación de servicios de transporte aéreo, en zonas en las que no existe oferta privada, en primer lugar, y respecto de las cuales, no existen otros medios de transporte que puedan suplirlo en términos equivalentes. De ello se deriva de manera lógica, el carácter esencial del transporte en las zonas establecidas por la Ley N° 29159.

Creemos necesario señalar que, a nuestro parecer, de la designación específica de las localidades que se verán beneficiadas (Atalaya Breu – Sepahua, Puerto Esperanza – Purus, Cabalcocha, Estrecho y Gueppi) y la autorización al MTC para designar otras²²⁵, previo análisis económico, se deriva el hecho de que la garantía del servicio universal se dará sólo respecto de aquellas zonas en las que el transporte aéreo resulte esencial, por no tener un sustituto adecuado. Ello nos lleva a preguntarnos si el legislador peruano de manera similar a lo que sucede con las “obligaciones de servicio público” en España –y la Comunidad Europea en general-, hubiera podido declarar sólo como servicio público, el servicio a zonas aisladas y de difícil acceso, y no toda la actividad. Consideramos ello como una posibilidad, tan válida como la adoptada por nuestro legislador, pues hubiera permitido, de igual manera focalizar la actividad de fomento en zonas específicas.

²²⁵ Ley N° 29159, artículo 3°.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los servicios económicos de interés general, en los que, cuando no existe interés del agente privado en prestar el servicio, el Estado le obliga a hacerlo, a través del establecimiento de obligaciones de servicio público, en este caso, el Estado no obliga al operador a prestarlo a través de un contrato.

8.2. Técnica establecida para incentivar la prestación del servicio en zonas aisladas: la subvención

La Ley N° 29159 establece como técnica de fomento, la entrega de una subvención a los operadores aéreos, con el fin de que los pobladores de las zonas determinadas, paguen un precio por pasaje, menor a su costo, estableciendo la posibilidad de que dicha subvención sea directa, indirecta o cofinanciada²²⁶, la misma que se financiará con cargo al presupuesto del MTC²²⁷.

Al respecto, debemos señalar que una de las modalidades de fomento que utiliza el Estado, son las medidas económicas, como la entrega de subvenciones, consistente en la entrega de dinero a fondo perdido, al igual que en el presente caso, en virtud de lo establecido por el inciso a) del artículo 9° del Reglamento de la Ley N° 29159, que establece que la entrega de dinero no es reembolsable.

Por otro lado, dicha entrega de dinero no se hace a través de una elección arbitraria por parte del Estado, sino que establece un procedimiento reglado, a través del cual, las empresas que libremente ofrezcan prestar el servicio, competirán en igualdad de condiciones para acceder a dicho beneficio. En efecto, a fin de asegurar el acceso de los pobladores de zonas aisladas al servicio esencial de transporte aéreo, la Segunda Disposición Final y Complementaria del Reglamento de la Ley N° 29159, dispone que será el MTC quien determine las modalidades de entrega de la subvención, los mecanismos a través de los cuales se aplicarán, así como las demás disposiciones necesarias para su implementación.

²²⁶ Ley N° 29159, artículo 2°, segundo párrafo.

²²⁷ Ley N° 29159, artículo 5°.

En virtud de lo señalado en el acápite precedente, el MTC, mediante Resolución Ministerial N° 881-2008-MTC/02 publicada el 08 de diciembre de 2008, dispuso como modalidad de fomento, el cofinanciamiento (artículo 1°), así como la aprobación del “Reglamento para la aplicación de la modalidad de entrega de subvención bajo el sistema de cofinanciamiento”, a través del cual se establece un proceso de selección de carácter reglado para elegir a las empresas aéreas que prestarán el servicio en zonas aisladas. Con ello, se garantiza el respeto al principio de legalidad, aplicable al ejercicio de la actividad de fomento del Estado, en tanto actividad administrativa.

Así entonces, de las normas que regulan el otorgamiento de las subvenciones para los servicios de transporte aéreo a zonas aisladas, podemos apreciar que estas coinciden plenamente con las características de la actividad de fomento del Estado, tales como: i) el Estado no emplea métodos coactivos ni asume la prestación del servicio²²⁸, ii) implica la dispensa de bienes (subvención) sin carácter devolutivo, respecto de actividades propias de los privados, iii) no restringe derechos. Del mismo modo, respeta los límites institucionales de la actividad de fomento, como el principio de legalidad, principio de igualdad, no distorsiona la libre competencia y se rige por criterios de eficiencia y economía.

En ese sentido, si tenemos en cuenta que de acuerdo a la clasificación tripartida de las formas de actuación administrativa formulada por Jordana de Pozas, es decir, actividad de policía, actividad de fomento y servicio público; y que los fines de que se buscaban con cada uno de ellos, podía lograrse indistintamente con la aplicación de cada uno de ellos (formulación que generó la crisis de la noción de servicio público en España), cabe la pregunta siguiente ¿Para garantizar el acceso universal de los pobladores de zonas aisladas, era necesario declarar como servicio público el servicio de transporte aéreo? ¿No hubiera bastado con declarar

²²⁸ García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández, en contraposición a las potestades exorbitantes del Estado, señalan que para “todo un gran sector de la actividad administrativa, la llamada actividad de fomento [...] se realiza sin que, al menos formalmente, aparezca el menor indicio de poder. La Administración no coacciona en este caso, no obliga, no constriñe a los particulares a adoptar una determinada conducta. Se limita a estimularlos en una cierta dirección, ofreciéndoles incentivos y ventajas...”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás – Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Lima: Palestra, 2011, p. 56.

de interés y necesidad el servicio de transporte aéreo en zonas aisladas para aplicar las medidas de fomento?

Al respecto, debemos precisar que cuando se formuló el principio de intercambiabilidad de técnicas administrativas, la noción de servicio público que se manejaba era la clásica, en virtud de la cual, el Estado asumía la titularidad de las actividades “publicadas”, instaurando un régimen exorbitante que garantizaba la prestación continua, regular, obligatoria y permanente del servicio público; mientras que la actividad de fomento se realizaba respecto de actividades cuya titularidad pertenecía a los agentes económicos privados, lógicamente, bajo un régimen de derecho privado. De ello, se puede afirmar que, aun cuando aplicando ambas técnicas se podía lograr los mismos objetivos, su aplicación simultánea no era posible.

Creemos que lo señalado, junto a la noción clásica de servicio público genera las reservas de algunos autores respecto del servicio público, pues consideran que aun cuando nos encontremos en un contexto económico y social distinto, este aún constituye en general una categoría que limita la libre iniciativa de los agentes económicos privados; limitación que en el presente caso, no se ha verificado.

No obstante ello, en un régimen de libre economía de mercado como el nuestro, en el que las actividades económicas se encuentran reservadas a los agentes económicos privados, en virtud de la libre iniciativa privada, y que la actividad empresarial del Estado se encuentra restringida por el principio de subsidiaridad, dicha contradicción no existe, a nuestro parecer. En efecto, si la titularidad de los servicios económicos, incluidos los servicios públicos económicos, se encuentran reservados a los privados bajo un régimen de libre competencia, la técnica de fomento, aplicable a actividades privadas, resulta acorde a nuestro régimen económico, pues no altera la competencia ni genera distorsiones²²⁹; verificando de ese modo, lo señalado por Jordana de Pozas hace ya más de medio siglo, respecto que la actividad de fomento se adecua mejor a un Estado liberal, en el que se respetan las libertades económicas.

²²⁹ El artículo 15° del Reglamento de la Ley N° 29159, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-MTC, establece que la subvención será retirada cuando se genere un mercado rentable sin ella.

Ello se verifica cuando en el presente caso, a través de las medidas de fomento establecidas por la Ley N° 29159 y sus normas complementarias, se utiliza un “incentivo” (la entrega de una subvención), en virtud la libre iniciativa privada (que entre otras cosas, implica que los agentes privados deciden libremente participar en determinados sectores económicos), para que las empresas decidan libremente prestar el servicio de transporte aéreo, a cambio de una subvención que compense las pérdidas generadas por cobrar un precio de pasaje a los pobladores, bajo el costo de producción de los mismos. Tanto es así que, como consecuencia de la implementación de dicho programa de subvenciones, en rutas en las que no existía oferta comercial privada, sólo en la región Ucayali –luego de 55 meses de su entrada en funcionamiento-, se realizan mensualmente 26 vuelos, de ida y vuelta, en 8 rutas distintas (Pucallpa – Breu – Pucallpa, Pucallpa – Sepahua – Pucallpa, y Pucallpa – Puerto Esperanza – Pucallpa), habiéndose transportado a 24.248 personas a través de 1401 vuelos²³⁰.

Del mismo modo, podemos afirmar que la aplicación de la técnica de fomento, es acorde con nuestra Constitución Económica recogida en la Constitución Política de 1993, pues el artículo 58° establece que el Estado actúa de manera preferente, en la promoción de, entre otros, los servicios públicos. Así entonces, conceptos que a nuestro modo de ver, en su formulación inicial, su aplicación simultánea generaba una contradicción, hoy a la luz de una economía de libre de mercado, cobran vigor para actuar juntas y de ese modo garantizar la prestación universal de una actividad esencial y de interés general para nuestra sociedad.

De lo anterior, podemos afirmar entonces, que en virtud de la declaración del servicio de transporte aéreo como servicio público, el Estado sigue manteniendo un **régimen de derecho privado**, acorde con una **actividad reservada a los privados** y que se desenvuelve en una **economía de libre mercado**, y de ese modo garantizar su **prestación universal**, en virtud de los principios que inspiran al servicio público, sea cual fuere la noción adoptada, y los servicios económicos de interés general de la Comunidad Europea.

²³⁰ MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, Ucayali: Camino al Desarrollo. Agosto 2015, p. 2.

CONCLUSIONES

1. Si bien para evitar la paralización del servicio de transporte aéreo, como consecuencia de la suspensión de los títulos habilitantes de LAN PERÚ S.A. en el año 2004, el Estado decretó medidas para que el resto de empresas aéreas absorban la demanda que eventualmente sería dejada de atender, la medida que efectivamente logró evitar dicha paralización, fue la declaración del servicio de transporte aéreo como servicio público. Así entonces, considerando el carácter esencial y el interés general de la sociedad respecto de un servicio público, su carácter continuo fue garantizado en dicha coyuntura, otorgándole a la DGAC, a través de un decreto de urgencia, la facultad de otorgar un nuevo permiso de operación a aquellas empresas que lo tuvieran suspendido por causales no previstas en la LACP.
2. Aun cuando en el año 2004 el servicio de transporte aéreo fue declarado como servicio público a través de un decreto de urgencia, instrumento normativo a través del cual se establecen medidas extraordinarias de carácter temporal, posteriormente, mediante la publicación de la LPSTA, el Congreso de la República declaró formalmente al servicio de transporte aéreo como servicio público, mecanismo con el cual todas las nociones de servicio público coinciden (*publicatio*).
3. El servicio de transporte aéreo, en tanto servicio de carácter económico, en el contexto de una economía de libre competencia como la recogida en la Constitución Política del Perú de 1993, se caracteriza por ser una actividad liberalizada, no ser de titularidad estatal, y por no presentar un régimen exorbitante que garantice su prestación regular, continua y obligatoria. En ese sentido, la participación del Estado en la prestación de dicho servicio, se encuentra restringida por el principio de subsidiariedad.
4. Sin perjuicio de su carácter de actividad liberalizada, el servicio de transporte aéreo se encuentra sujeto a una intensa regulación y control por parte del Estado, con el fin de garantizar un servicio eficiente, seguro y en condiciones adecuadas, en salvaguarda de los derechos de los usuarios.

5. El acceso universal al servicio de transporte aéreo en aquellas zonas aisladas de la selva en las que es considerado un medio de transporte esencial, por no tener un sustituto adecuado, eficiente y a un precio asequible, es garantizado por el Estado a través del establecimiento de un programa de promoción y fomento, para que empresas aéreas privadas ofrezcan vuelos regulares, con una oferta mínima de asientos, y tarifas por boleto asequibles a la población, a cambio de una subvención otorgada por el Estado que cofinancie el costo del servicio.
6. El mecanismo establecido por el Estado para garantizar el acceso universal en zonas aisladas de la selva, es acorde con una economía liberalizada respecto de un servicio que no es de titularidad pública y en la que no participa como agente económico, pues en primer lugar, a pesar de que se podría considerar habilitado para prestar el servicio en dichas zonas, por ausencia de oferta privada, no lo ha hecho, evitando de ese modo, posibles distorsiones. En segundo lugar, ha establecido un programa de fomento para que las empresas privadas, de acuerdo a su evaluación e intereses, decidan participar prestando el servicio en dichas zonas.
7. La implementación del programa de subvenciones (localidades beneficiadas, montos de subvención, cese de la subvención, etc.) se sustenta en estudios económicos realizados por la autoridad aeronáutica, que busca evitar la generación de eventuales distorsiones económicas. Del mismo modo, la determinación de las empresas privadas que prestarán el servicio se realiza a través de un proceso de selección reglado, con el fin de evitar arbitrariedades por parte del Estado, en concordancia con los principios que inspiran el ejercicio de la actividad de fomento.
8. Si bien en virtud del principio de intercambiabilidad de técnicas de intervención administrativa, el cumplimiento de fines estatales podía ser cumplido con cualquiera de las técnicas de intervención, de manera indistinta; en el caso del servicio de transporte aéreo, no podemos decir hubiera bastado sólo con la implementación del programa de promoción y fomento, para garantizar el acceso universal al servicio en zonas aisladas, puesto que de acuerdo a nuestra Constitución Política de 1993, el Estado se encuentra habilitado para ejercer su actividad promocional de manera preferente respecto de, entre otras actividades, la prestación de servicios públicos, teniendo en cuenta la esencialidad e interés general de la sociedad en ella.

ANEXO

RESOLUCIÓN CAUTELAR²³¹

EXPEDIENTE N° : 2004-02116-63
 DEMANDANTE : AVIANDINA S.A.
 DEMANDADA : LAN PERU S.A.
 MATERIA : NULIDAD DE CERTIFICADOS Y OTROS
 CUADERNO : MEDIDA CAUTELAR
 ESPECIALISTA LEGAL: ALENÍ DIAZ POMÉ

RESOLUCION N° 002-2004

Arequipa, dos mil cuatro
 Junio dieciocho

VISTOS: La solicitud de medida cautelar solicitada por la empresa AVIANDINA S.A. y la de subsanación presentada por esta empresa sobre las apelaciones anotadas; y **CONSIDERANDO PRIMERO.-** Que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio y defensa de sus derechos e intereses con sujeción a un debido proceso regulado, de conformidad con nuestra norma Superior con rango constitucional y con nuestro ordenamiento civil objetivo y procesal. **SEGUNDO.-** Que de conformidad con lo establecido por el artículo 608 del Código Procesal Civil, todo Juez puede a pedido de parte dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de este, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. **TERCERO.-** Que de acuerdo con lo establecido por el artículo 612 del Código adjetivo antes acotado, la medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable; que, de acuerdo con Juan Monroy Palacios, **la instrumentalidad** representa una ligazón o vocación de servicio entre el pronunciamiento cautelar y el proceso al que está destinado a proteger, en la medida en el que el resultado es positivo y oportuno del primero garantiza la posibilidad de la decisión final emitida en el segundo pueda desplegar plenamente sus efectos materiales y jurídicos

²³¹ DIÁLOGOS CON LA JURISPRUDENCIA. *Especial sobre medidas cautelares: el caso LAN PERÚ.* Año 10, N° 74 (Noviembre 2004)., pp. 18 – 23.

y con ello asegurar la eficacia de la tutela procesal. De ahí el carácter cualificado del instrumento que estudiamos... **la provisionalidad** significa que mantienen su firmeza en tanto no varíe la situación que se intenta proteger, si la situación cambia entonces esta medida podría cambiar ya sea por intermedio de una medida cautelar o por la revocatoria del anterior..., es **variable**... la variabilidad está referida al contenido de la medida cautelar a su relación con el objeto del proceso principal que intenta proteger. Es decir a diferencia del carácter provisional que es propio de toda medida cautelar, la variabilidad es un atributo que puede darse en dos supuestos: a.- cuando exista una alteración de las circunstancias en la relación material, tomándose injusta la medida cautelar y b.- cuando exista una alteración de las circunstancias en la relación procesal, es decir, cuando del desarrollo de la discusión procesal desaparezca o se alteren los presupuestos procesales que dieron lugar a la medida antes dictada ...^[1]; respecto a la definición de prejuzgamiento existe discusión en la doctrina con lo establecido por el Código Procesal Civil, sin embargo existe consenso en aceptar que este prejuzgamiento se refiere a que con los elementos aportados por la parte solicitante se puede verificar la razonabilidad de los fundamentos de la misma y pueda preverse sin adelantar criterio ni opinión que de los mencionados elementos son ciertos y que es posible dictarse la medida cautelar. **CUARTO.-** Que son requisitos para la concesión de una medida cautelar; en primer lugar, que **exista verosimilitud del derecho invocado**, o ***fumus boni iuris***, expresión romana que significa “Humo de buen derecho”, atendándose, verosímil, cuando existe apariencia de un derecho verdadero, que para el presente caso es necesario que el Juez, esté convencido del derecho en que sustenta su pretensión, lo cual se logra si están acreditados suficientemente los hechos, por lo que la convicción del Juez, se formará sobre la base de los elementos probatorios aportados por las partes, no es necesario que se acredite certeza, sino verosimilitud la concesión de las providencias depende de la apreciación acerca del presumible fundamento de la acción pretensión de fondo, como segundo requisito se necesita que se demuestre peligro en la demora, o *periculum in mora*, es decir, que la medida preventiva esté revestida de un carácter de urgencia; la urgencia se debe a la existencia de un peligro actual. **QUINTO.-** Respecto al fondo de la solicitud de medida cautelar, se tiene que se solicita como primera pretensión cautelar principal **INNOVATIVA**, la suspensión del permiso de operación de aviación comercial nacional e internacional y del certificado de explotador de servicios

[1] Juan Monroy Palacios, “Bases para la formación de una Teoría Cautelar”, página 151 y siguientes. Editorial Comunidad. Lima – Perú – 2002.

aéreos de la empresa Lan Perú S.A. [sic] y prohibir la utilización directa o indirecta de los mismos otorgados por la Dirección General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en las operaciones aeronáuticas en los aeropuertos que corresponden a la red de aeropuertos nacionales e internacionales donde cubre actividades LAN PERÚ S.A., solicita como primera pretensión accesoria de la pretensión principal innovativa, que como consecuencia de lo anterior se ordene la suspensión de todas las operaciones regulares y no regulares de transporte de carga, correo y pasajeros la empresa LAN PERÚ S.A. sean estas que se realicen en Arequipa o a nivel nacional e internacional; como segunda pretensión accesoria, que se prohíba que las naves arrendadas por LAN PERÚ S.A. con matrículas VP-BCK, VP-BCS, CC-CEB, CC-CDP Y [sic] CR-CRH y las que pudieran arrendar en el futuro transporten tráfico [sic] directa o indirectamente desde los aeropuertos nacionales o internacionales a través de LAN PERÚ S.A.; solicitan como primera pretensión cautelar principal de que el amparo de lo prescrito [sic] por el artículo 687 del Código Procesal Civil, se ordene medida cautelar de NO INNOVAR en contra del señor Emilio Rodríguez Larraín Salinas y su esposa doña Victoria Eugenia de los Milagros Miro [sic] Quesada Martens, a fin de que, mientras dure el proceso principal, se abstenga [sic] de realizar cualquier disposición de acciones de las que supuestamente es titular equivalente al 30% del capital de la empresa LAN PERÚ S.A., ya sea total o parcialmente, bajo cualquier modalidad ya sea dada a título gratuito u oneroso, ello para evitar el no pago de los daños y perjuicios ; solicita que se declare suspendido en el derecho de sus derechos [sic] patrimoniales a Emilio Rodríguez Larraín Salinas, correspondientes a las acciones representativas del capital social de LAN PERÚ S.A. que aparezcan registradas o cuya titularidad conste a nombre de la referida persona, y que como consecuencia de lo propuesto precedentemente se ordene nombrar provisionalmente un representante de dichas acciones, otorgándole las prerrogativas y atribuciones establecidas por la Ley General de Sociedades para los accionistas, solicita que esta medida se anote en la ficha registral 140140 del registro de las personas jurídicas [sic] de la Oficina Registral de Lima y Callao, y en el libro de matrícula de acciones de LAN PERÚ S.A.; plantea como segunda pretensión cautelar principal de no innovar, que el amparo [sic] de lo dispuesto en el artículo 687 del Código Procesal Civil se ordene medida cautelar específica de no innovar a fin de que se conserve la situación de hecho y de derecho existente a la fecha en la empresa LAN PERÚ S.A. con relación a la composición accionaria y titularidad de las acciones representativas del capital social de aquella, debiendo de ordenarse que LAN CHILE Sucursal Perú, e inversiones aéreas, se abstengan a través de sus órganos societarios,

esto es la Junta General de Accionistas, el Directorio y/o Gerencia general [sic], de disponer, afectar o tomar decisiones a favor propio o de terceros, bajo cualquier modalidad que directa o indirectamente modifiquen y/o alteren la composición accionaria y la titularidad de las acciones de la sociedad, solicitan se inscriba esta medida cautelar de no innovar en la ficha registral 140140, del Registro de las Personas Jurídicas [sic] de la Oficina Registral de Lima y Callao y en el libro de matrícula de acciones de la empresa LAN PERÚ S.A.; solicitan como tercera pretensión cautelar de no innovar , que se designe un administrador provisional para la empresa LAN PERÚ S.A. y la suspensión del Gerente General y el Directorio de esta empresa, toda vez que sus actividades importan una clara infracción al capital social y control de las empresas aéreas nacionales, por lo que se nombrará un administrador judicial, ordenándose la anotación de la medida cautelar en la ficha registral número 140140 del registro de personas jurídicas [sic] de la Oficina Registral de Lima y Callao y en el libro de acciones de la citada empresa. **SEXTO.-** Respecto a la solicitud de suspensión del permiso de operación y del certificado de explotador para la aviación comercial de la empresa LAN PERÚ S.A. otorgados por la Dirección General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, sustentado en que se ha transgredido la legislación aeronáutica en lo referente al porcentaje mínimo de acciones de capital nacional mediante simulación fraudulenta por haberse hecho abuso del derecho y por haber utilizado armas que no corresponden al tondo [sic] del espíritu de la ley y que violan disposiciones específicas que prohíben la cesión o transferencia directa o indirecta de los derechos de tráfico otorgados a empresas nacionales y el control y dirección de las empresas, que de los anexos documentales acompañados a la demanda, fundamentalmente el que se ha adjuntado como anexo 1 – H, Vídeo [sic] de la entrevista realizada en Canal N por el señor Jaime de Althaus al señor César Emilio Rodríguez Larraín Salinas y de la transcripción del mismo vídeo donde se puede establecer una presunción de que se ha simulado la compra de acciones supuestamente por un nacional, el demandado Rodríguez Larraín, lo mismo se puede establecer del documento llamado estrictamente confidencial, Anexo 1 – F, que LAN CHILE avala un tercero la compra de las acciones por el monto de un millón novecientos mil dólares americanos y condona a favor de este la suma de un millón quinientos mil dólares americano [sic], hecho que es corroborado por las propias declaraciones del beneficiado Rodríguez Larraín en el mencionado Vídeo [sic], que de lo anterior se puede verificar una simulación fraudulenta de la venta de las acciones de LAN PERÚ S.A. sobre el treinta por ciento del capital social que debe ser de nacionales y que la ley de aeronáutica civil [sic] exige dentro de una empresa

de aviación aerocomercial, que la peticionaria ha probado adecuadamente que ha solicitado la suspensión de sus operaciones por motivos técnicos y comerciales, manteniendo la capacidad legal, técnica y financiera otorgada por la Dirección General de Aeronáutica Civil, pero que denota problemas reales que LAN CHILE a través de LAN PERÚ S.A. agrava debido a la situación de competencia ilegal, de tal manera que la posibilidad inmediata de la salida de mercado de AVIANDINA S.A. hace que se deba de dictar la medida cautelar correspondiente. **SÉTIMO.**- Que, estando a lo anterior resulta coherente que se ordene que el mencionado Emilio Rodríguez Larraín y su esposa doña Victoria Eugenia de los Milagros Miró Quesada Martens se abstengan de realizar cualquier acto de disposición sobre las acciones que tiene la empresa LAN PERÚ S.A. **OCTAVO.**- Por las mismas consideraciones es procedente que si la empresa LAN PERÚ S.A. mantenga la situación jurídica de hecho y de derecho [sic] al momento de la notificación con la presente medida cautelar. **NOVENO.**- De los considerandos anteriores se puede verificar que el señor Emilio Rodríguez Larraín y su cónyuge estaría actuando [sic] irregularmente como titular de acciones cuyo verdadero propietario sería LAN CHILE S.A.; por lo que consideramos, que es procedente suspender a los mencionados en sus derechos patrimoniales, correspondientes a las acciones representativas que a su nombre figuran en LAN PERÚ S.A. debiendo de anotarse la medida en la ficha 140140 [sic] del Registro de Personas Jurídicas de los Registros Públicos de Arequipa; que la posibilidad de que la demandante pueda tener daños de manera inmediata es evidente pues la participación de esta aerolínea en el mercado nacional hace que exista una competencia desleal de una empresa de que aparentemente [sic] no cumple con los requisitos para poder operar, lo que le generaría a AVIANDINA S.A. (demandante en este proceso) daños y perjuicios y generan el *periculum in mora* que se ha detallado en otros considerandos anteriores, por lo que se debe de dictar medida cautelar en ese sentido tanto innovativa como no innovativa, tal como se ha detallado, por las mismas consideraciones este despacho considera que no es amparable la pretensión de medida cautelar consistente en nombrar un administrador provisional para la empresa LAN PERÚ S.A. **DÉCIMO.**- CONTRACAUTELA.- Que la solicitante ha prestado como garantía las acciones que tienen los accionistas en la empresa, hasta por el monto de setenta millones de soles, para garantizar los daños y perjuicios que se podrían generar, tal como aparece de la escritura pública que se adjunta al escrito de subsanación y que para los efectos de la garantía que se presta debe de ordenarse [sic] formular el acta correspondiente en el libro de acciones de la empresa AVIANDINA S.A. **DÉCIMO PRIMERO.**- Que, se ha acreditado la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y se ha prestado

contracautela suficiente a criterio de este Despacho para la concesión de la medida cautelar conforme al artículo 611 del Código Procesal Civil, y que estando además a lo establecido por el artículo 685 del Código Procesal Civil, cuando la demanda versa sobre ejercicio abusivo de un derecho, puede el juez dictar las medidas indispensables para evitar la consumación de un perjuicio irreparable por el artículo Segundo del Título Preliminar del Código Civil que establece que la Ley no ampara el ejercicio, ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso; por lo que en uso de las facultades de que nos ha investido; **RESUELVO:** ADMITIR a trámite la medida cautelar INNOVATIVA solicitada por AVIANDINA S.A. en consecuencia ORDENO: Mientras dure el proceso principal, la suspensión del permiso de operación de aviación comercial nacional e internacional y del certificado de explotador de servicios aéreos de la Empresa LAN PERÚ S.A. y prohibir la utilización directa e indirecta de los mismos otorgadas por la Dirección General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en las operaciones aeronáuticas en los aeropuertos que corresponden a la red de aeropuertos regionales e internacionales donde cubre actividades LAN PERÚ S.A. y que como consecuencia de lo anterior, ORDENO: la suspensión de todas las operaciones regulares y no regulares de transporte de carga, correo y pasajeros de la empresa LAN PERÚ S.A. sean estas que se realicen en Arequipa o a nivel nacional e internacional; y, que se prohíba que las aeronaves por LAN PERÚ S.A. [sic] con matrículas VP-BCK, VP-BCS, CC-CEB, CC-CDP Y [sic] CR-CRH y las que pudieran arrendar en el futuro transporten tráfico directa o indirectamente desde los aeropuertos nacionales o internacionales a través de LAN PERÚ S.A.; SE CONCEDE: Que al amparo de lo prescrito por el artículo 687 del Código Procesal Civil, se ordene medida cautelar de NO INNOVAR en contra del señor Emilio Rodríguez Larraín Salinas y su esposa doña Victoria Eugenia de los Milagros Miró Quesada Martens, a fin de que, mientras dure el proceso principal se abstenga [sic] de realizar cualquier disposición de acciones de las que supuestamente es titular equivalente al 30% del capital de la empresa LAN PERÚ S.A. ya sea total o parcialmente, bajo cualquier modalidad ya sea esta título gratuito [sic] u oneroso, ello para evitar el no pago de los daños y perjuicios; declaro suspendido en sus derechos patrimoniales a Emilio Rodríguez Larraín Salinas, correspondientes a las acciones representativas del capital social de LAN PERÚ S.A. que aparezcan registradas o cuya titularidad conste a nombre de la referida persona, IMPROCEDENTE en cuanto solicitan se ordene nombrar provisionalmente un representante de dichas acciones, otorgándole las prerrogativas y atribuciones establecidas

por la Ley General de Sociedades para los accionistas, ORDENO que esta medida se anote en la ficha registral 140140 del registro de personas jurídicas [sic] de la Oficina Registral de Lima y Callao, y el libro de matrícula de acciones de LAN PERÚ S.A. ORDENO: que al amparo de lo dispuesto en el artículo 687 del Código Procesal Civil se ordene medida cautelar específica DE NO INNOVAR [sic] a fin de que se conserve la situación de hecho y de derecho existente a la fecha en la empresa LAN PERÚ S.A.; con relación a la composición accionaria y titularidad de las acciones representativas del capital social de aquella, debiendo ordenarse [sic] que LAN CHILE Sucursal Perú, e Inversiones Aéreas S.A. se abstengan a través de sus órganos societarios, esto es la Junta General de Accionistas, el Directorio y/o la Gerencia General, de disponer, afectar o tomar decisiones a favor propio o de terceros, bajo cualquier modalidad que directa o indirectamente modifiquen y/o alteren la composición accionaria y la titularidad de las acciones de la sociedad. ORDENO se inscriba esta medida cautelar de no innovar en la ficha registral 140140, del Registro de las Personas Jurídicas [sic] de la Oficina Registral de Lima y Callao y en el libro de matrícula de acciones de la empresa LAN PERÚ S.A.; IMPROCEDENTE en cuanto solicitan como pretensión cautelar principal de no innovar, que se designe un administrador provisional para la empresa LAN PERÚ S.A. y la suspensión del Gerente General y el Directorio de esta empresa. NOTIFÍQUESE por exhorto a los demandados que radican en Lima y por cédula al que radica en Arequipa, CÚRSESE OFICIO adjuntando copia de la presente resolución a las siguientes entidades: Agencias de viaje individualmente y a través de la Asociación que la reúne (APAVIT) a fin de que se prohíba la comercialización de los pasajes aéreos de porte aéreo a nivel nacional e internacional de LAN PERÚ S.A., Consejo Nacional de Usuarios del Sistema de Distribución Física Internacional de Mercancías a fin de que se prohíba la comercialización de cartas de porte aéreo a nivel nacional e internacional, pasajeros y usuarios finales, advirtiéndoles a no adquirir pasajes aéreos y carta de porte aéreo a nivel nacional e internacional de LAN PERÚ S.A., debiendo notificados [sic] a través de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC), a los controladores de tráfico aéreo a fin de que se abstengan de atender cualquier operación de tráfico aéreo para LAN PERÚ S.A., mientras dure la suspensión debiendo notificárseles a través de la Asociación Peruana de Controladores de Tráfico Aéreo (ACTA PERÚ); a los sistemas GDS y HOST Sistemas de Reservas Computarizados (SABRE, AMADEUS y otros) a fin que retiren provisionalmente del Sistema de Reservas y otros conexos o complementarios a LAN PERÚ S.A. a nivel nacional e internacional toda vez que se encuentran suspendidas sus operaciones; a

OSITRAN como Organismo Supervisor de la Infraestructura de Transporte [sic] a fin de que tome nota de la suspensión de las operaciones regulares y no regulares de LAN PERÚ S.A. y notifíquese a los miembros del Comité de Usuarios de la Infraestructura de Transporte aéreo para que hagan efectiva a dicha suspensión prohibiendo las operaciones de dicha línea aérea en la infraestructura de Transporte de Uso Público a la Corporación Peruana de Aeropuertos (CORPAC) , para que hagan efectiva dicha suspensión prohibiendo a nivel nacional las operaciones de dicha línea aérea a la infraestructura de transporte aéreo a su cargo y demás servicios proporcionados por CORPAC, entre otras el de control de tráfico aéreo, sobrevuelo, servicios de rampa y otros, a la Corporación Peruana de Aeropuertos – Arequipa para que haga efectiva dicha suspensión prohibiendo las operaciones de dicha línea aérea en la infraestructura de transporte a su cargo y demás servicios proporcionados por CORPAC, entre otras el de control de tráfico aéreo, sobrevuelo, servicios de rampa y otros, a la Corporación Peruana de Aeropuertos – Cusco para que hagan [sic] efectiva dicha suspensión prohibiendo las operaciones de dicha línea aérea con la infraestructura de transporte a su cargo y demás servicios promocionados por CORPAC, entre otras el de control de tráfico aéreo, sobrevuelo , servicios de rampa y otros, a Lima Airport Partners, concesionaria de Aeropuerto [sic] Internacional Jorge Chávez, para que haga efectiva dicha suspensión prohibiendo las operaciones de dicha línea aérea en la infraestructura de transporte a su cargo y demás servicios proporcionados a LAN PERÚ S.A. entre otras el control a la rampa, a las instalaciones de carga, a los servicios de combustible, a las operaciones en los counters del Aeropuerto, al tránsito en la zona nacional e internacional, los servicios correspondientes al cobro de la tasa única aeroportuaria (TUA). Respecto a la contracautela, póngase la constancia en el libro de acciones de la empresa, AVIANDINA S.A. en el sentido de que las acciones de la empresa se hallan [sic] prestado contracautela en el presente proceso judicial a instancia de garantizar los posibles daños y perjuicios que podrían causar la ejecución de la medida cautelar, constancia que debe ponerse, antes de efectivizarse la medida cautelar. ACÉPTESE la contracautela ofrecida en autos, consistente en las acciones de la empresa hasta por el monto de setenta millones de nuevos soles para garantizar los posibles daños y perjuicios que podría ocasionar la interposición de la presente medida cautelar NOTIFÍQUESE con copia de la presente resolución vía ejecución a la Dirección Regional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, sito en avenida Guardia Civil setecientos dos, Paucarpata, Arequipa, NOTIFÍQUESE vía exhorto a ser diligenciado a través de los Juzgados correspondientes de Lima y Callao a las siguientes dependencias: a) Ministerio de Transportes y Comunicaciones sito en la avenida 28 de

fecha número ochocientos [sic], Cercado, Lima . b) Procurador del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, sito en Gregorio Paredes doscientos cincuenta y ocho, Cercado, Lima. C) Dirección General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones sito en avenida veintiocho de julio número ochocientos, Cercado, Lima, d) A la Corporación Peruana de Aeropuertos, con domicilio en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez avenida Elmer Faucett s/n Callao, e) A la Empresa Lima Airport Parthers [sic], concesionaria del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, con domicilio en el Edificio Central piso siete del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, avenida Elmer Faucett s/n Callao. Tómese razón y hágase saber.

Alení Díaz Pomé

Secretaria – Especialista Legal

Eloy Zamalloa Campero

Juez 4° Juzgado Civil



BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

- ARIÑO, Gaspar,
2004 *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. Tercera Edición. Granada: Comares.
- COSCULLUELA, Luis y Mariano, LÓPEZ
2007 *Derecho Público Económico*. Madrid: lustel.
- DE LA RIVA, Ignacio
2004 *Ayudas Públicas: Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*. Buenos Aires: Hamurabi.
- DÍEZ, Manuel María,
1969 *Derecho Administrativo*. Tomo IV. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ
2011 *Curso de Derecho Administrativo*, Tomos I y II. Lima: Palestra.
- JIMÉNEZ, Roberto
2012 *Los bienes estatales en la jurisprudencia constitucional*. En: Comentarios a la Jurisprudencia de Derecho Administrativo del Tribunal Constitucional Peruano. Homenaje a Allan Brewer - Carías (2000-2010). Lima: Ius Et Veritas, 2012.
- KRESALJA, Baldo y César OCHOA

2009 *Derecho Constitucional Económico*. LIMA: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

2012 *El Régimen Económico de la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial.
- LAZARTE, Jorge
2005 *Libertad de Empresa y Servicio Público. El Concepto de Servicio Público en el Perú*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).
- MARTÍN - RETORTILLO, Sebastián
1991 *Derecho Administrativo Económico I*. Madrid: La Ley.
- PARADA, Ramón
2010 *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimoctava edición. Madrid: Marcial Pons.

- RODRÍGUEZ - CAMPOS, Sonia
2005 *La Liberalización del Transporte Aéreo: Alcance y Régimen Jurídico*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- RUBIO, Marcial
2009 *El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica, Fondo Editorial. Décima Edición.
- SENDÍN, Miguel
2003 *Hacia un nuevo servicio público europeo: el nuevo derecho de los servicios públicos*. Granada: Comares.
- SORACE, Doménico
2006 *Estado y Servicios Públicos. La Perspectiva Europea*. Lima: Palestra.
- SOUVIRÓN, José María. *La Privatización del Sector Público Empresarial del Estado en España (1996 – 2002): Aspectos Jurídicos (Colaboración de Juan Miguel de la Cuétara Martínez)*. En: *Privatizaciones y Liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996 – 2003)*. Granada: Comares.
- ZEGARRA, Diego
2003 *El Servicio Público. Fundamentos*. Lima: Palestra.

2. Artículos

- DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA
2004 Especial sobre medidas cautelares: el caso LAN PERÚ". Año 10, N° 74 (Noviembre 2004), pp. 17 – 23.
- DANÓS, Jorge
2008 *El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana*. En: *Thémis - Época 2*, no. 55 (2008), pp. 255 – 264.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo
2005 *Seguridad Jurídica, Servicio Público y Confiabilidad Judicial (a propósito del caso LAN PERÚ)* *Themis*. Lima, Época 2, N° 50, pp. 33 – 37.
- HERRERA, Ricardo
1996 *Las medidas extraordinarias y los decretos de urgencia en el modelo constitucional peruano*. *Derecho PUCP*, Pontificia Universidad Católica del Perú N° 50 (1996), pp. 235 – 255.
- JORDANA DE POZAS, Luis.
1949 *Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo*. *Revista de Estudios Políticos*, N° 48, pp. 41 - 54.

- KRESALJA, Baldo
1999 *El rol del estado y la gestión de los servicios públicos*. En: *Thémis*
- Época 2, no. 39, pp. 39 - 98
- LAZARTE, Jorge
2006 *El Servicio Público para el Tribunal Constitucional. A propósito del Transporte Público Gratuito*. En: *Derecho & Sociedad*, Año XVII, N° 26, pp. 21 - 32.
- OCHOA, César
2004 *Los Decretos de Urgencia en la Constitución Peruana de 1993*. En: *Derecho & Sociedad*. Año XV, N° 23, pp. 30 – 35.
2012 *El servicio público en la Constitución Peruana de 1993*. En: *Pensamiento Constitucional*, N° 18, pp. 105 – 119.
- RODRÍGUEZ – ARANA, Jaime
2006 *Servicio Público y Derecho Comunitario Europeo*. En: *Derecho & Sociedad*. Año XVII N° 26, pp. 33 – 41.
- ZEGARRA, Diego.
2012 *Del Servicio Público a los servicios de interés general: la evolución del service public en el sistema jurídico*. En: *Círculo de Derecho Administrativo*, Diciembre.

3. Fuentes electrónicas

- INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI)
2012 *Mercado de Transporte Aéreo Nacional de Pasajeros*. Observatorio de Mercados. Año 6, N° 14, diciembre. Consulta: 02 de septiembre de 2015.
<<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/publicacionesqs/ObservatorioMercados-2012.pdf>>
- MARTÍNEZ, José Luis
El Servicio Público. Origen y Significación (Impresión). En: www.iustel.com
- MENA, Miguel.
2011 *El concepto de línea de bandera, los servicios aeroportuarios y el rol subsidiario del Estado*. *Advocatus*, 24. Consulta: 02 de septiembre de 2015
<[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/59822EEE11CF92BA05257D8C0001AE76/\\$FILE/1_pdfsam_Advocatus2.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/59822EEE11CF92BA05257D8C0001AE76/$FILE/1_pdfsam_Advocatus2.pdf)>

- OXFORD ECONOMICS
2011 *Beneficios económicos del transporte aéreo en Perú.* 2010.
Consulta: 02 de septiembre de 2015.
<http://clacsec.lima.icao.int/IATA_Estudio/PER/Peru-FT.pdf>
- MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES
2015 *Ucayali: Camino al Desarrollo.* Consulta: 26 de enero de 2016.
<https://www.mtc.gob.pe/transportes/caminos/normas_carreteras/obras_mapas/Ucayali.pdf>

4. Legislación

- Congreso Constituyente
1979 *Constitución Política de 1979.* 13 de julio.
- Congreso Constituyente Democrático
1992 *Constitución Política de 1993.* 30 de diciembre
- Congreso de la República
2005 *Ley de Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo.* 25 de mayo.
- Congreso de la República
2007 *Ley que declara de necesidad y utilidad pública la prestación de servicios de transporte aéreo a zonas aisladas donde no haya oferta privada.* 20 de diciembre.
- Poder Ejecutivo
2004 *Decreto de Urgencia N° 004-2004. Declaran en emergencia el servicio de transporte aéreo en el territorio nacional.* 04 de julio.
- Poder Ejecutivo
2004 *Decreto de Urgencia N° 005-2004. Establecen disposiciones a fin de asegurar la continuidad de la prestación del servicio de transporte aéreo.* 10 de julio.
- Poder Ejecutivo
1992 *Decreto Ley N° 25993, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.* 02 de julio.
- Poder Ejecutivo
2004 *Decreto de Urgencia N° 006-2004. Precisan alcances de la cobertura de seguros a que se refiere el Art. 2 del D.U. N° 005-2004.* 17 de julio.

- Poder Ejecutivo
2004 *Decreto de Urgencia N°011-2004. Dictan medidas de emergencia para el servicio de transporte aéreo.* 10 de octubre.

- Poder Ejecutivo
2005 *Decreto de Urgencia N° 001-2005. Amplían plazo a que se refiere el D.U. 011- 2004, que facultó a explotadores aéreos nacionales a celebrar contratos de fletamento de aeronaves con empresas aéreas extranjeras.* 8 de enero.

5. Diarios

- EL COMERCIO
2004 “Un día decisivo para el servicio público de transporte terrestre aéreo en el país”. *El Comercio*. Lima, 13 de octubre, p. A2.

- 2004 “Aerolínea Lan Perú reanuda actividades luego de catorce horas de paralización”. *El Comercio*. Lima, 16 de octubre, p. B2.

