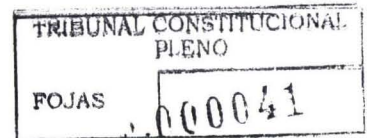




TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03128-2011-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de abril de 2013, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados, Urviola Hani, Mesía Ramírez, Beaumont Callings, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Lima Airport Partners S.R.L.-LAP contra la resolución expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 1033, su fecha 22 de marzo de 2011, que declaró improcedente la demanda de autos.

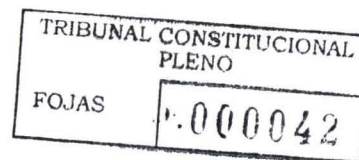
ANTECEDENTES

Con fecha 25 de abril de 2006, la Sociedad recurrente interpone demanda de amparo contra el Poder Ejecutivo y los Procuradores Públicos encargados de los asuntos judiciales del Consejo de Ministros y del Congreso de la República, a fin de que se disponga la inaplicación del numeral 7.2., del artículo 7º del Decreto Supremo 007-2006-MTC, pues sostiene que dicha norma afecta su derecho a la libertad de contratar.

Manifiesta que la cuestionada norma al reglamentar la prohibición impuesta a los operadores de los aeródromos de subcontratar personal de seguridad (oficiales de seguridad aeroportuaria) que realizan funciones dentro de la Zona de Seguridad Restringida, ha incurrido en un supuesto de afectación de su derecho invocado, toda vez que el contrato de concesión que suscribió con el Estado peruano el 14 de febrero de 2001, para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, a través de su anexo 4, estableció los lineamientos que el concesionario debe cumplir para la correcta operación del aeropuerto en materia de seguridad, sin establecer limitaciones a la libertad de cumplir con sus obligaciones de seguridad por medio de terceros especializados; y que sin embargo, añade que el numeral 5.3 del artículo 5 de la Ley 28404, Ley de Seguridad de la Aviación Civil (del 30 de noviembre de 2004), claramente prescribe que los Operadores de los Aeródromos no podrán subcontratar los servicios de seguridad, disposición que al ser reglamentada por la norma cuestionada, ha prohibido de manera arbitraria y sin que medie



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03128-2011-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

justificación objetiva alguna, la contratación del personal que cumple funciones de inspección de las instalaciones, pasajeros, equipaje de mano y otras que se establezcan en el Programa de Seguridad del Operador del Aeródromo, a través de la subcontratación de dicho personal a través de empresas especializadas, tal y como lo establece la norma cuestionada.

El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Consejo de Ministros propone las excepciones de ambigüedad en el modo de proponer la demanda y de falta de legitimidad para obrar pasiva, y contesta la demanda manifestando que la Sociedad demandante no ha señalado claramente cuál es su intención al pretender anular el numeral 2 del artículo 7º del Decreto Supremo 007-2006-MTC y cuál es la relación causal con la Presidencia del Consejo de Ministros.

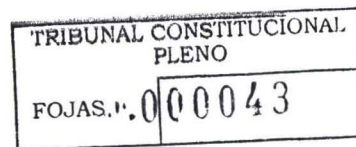
El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Congreso de la República deduce la excepción de falta de legitimidad pasiva e interpone denuncia civil para que se incorpore al Ministerio de Transportes y Comunicaciones como parte al proceso.

Mediante Resolución de fecha 1 de octubre de 2007, el Trigésimo Cuarto Juzgado Civil de Lima dispone la incorporación al proceso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones como litisconsorte necesario.

El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones contesta la demanda manifestando que el Perú, como miembro de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) y signatario del Convenio de Chicago, ha dispuesto a través del numeral 1) del artículo 8º de la Ley 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú, que el Ministerio emplazado sea la única autoridad de aeronáutica civil, funciones que ejerce a través de la Dirección General de Aeronáutica, razón por la cual es el Ministerio emplazado quien aprueba los anexos del referido convenio y las normas y métodos recomendados por la OACI, para efectos de mantener los estándares de seguridad que dicha organización recomienda a los Estados a efectos de prevenir cualquier acto que, siendo ajeno a la actividad aeronáutica, la ponga en riesgo, como lo es la instalación de bombas, la ejecución de secuestros, etc. En dicho sentido, la Ley de Seguridad de la Aviación Civil (Ley 28404) recoge todas las normas y métodos recomendados por la OACI con relación al Anexo 17 del Convenio de Chicago, los cuales sustentan y justifican lo regulado en el numeral 2 del artículo 7º del Decreto Supremo 007-2006-MTC cuestionado. Respecto del contenido de dicha norma, sostiene que no es posible que la Sociedad demandante subcontrate los servicios de seguridad del Aeropuerto Jorge Chávez, dado que dicho servicio constituye una actividad principal, por lo que de acuerdo con el Anexo 3 del contrato de concesión, dicho servicio debe ser realizado directamente por el operador principal y por cuenta del concesionario, siendo incluso que la cláusula 5.21 dispone que ni el concesionario ni el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03128-2011-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

operador principal deben emplear ningún operador secundario subcontratista, agente o mandatario para llevar a cabo operaciones principales, mientras que en el Anexo 14 se estipuló que el sistema de seguridad para el aeropuerto deberá cumplir con todos los lineamientos y recomendaciones actuales y futuras del Perú, OACI, FAA e IATA.

Agrega que la norma cuestionada supera el test de proporcionalidad dado que la limitación referida a que los servicios de seguridad en la Zona de Seguridad Restringida sean brindados solo por el operador del aeródromo, tiene por finalidad no solo la seguridad de la aviación civil, sino la de posibles ataques contra la seguridad nacional e internacional, por lo que la exclusión de un tercero diferente al operador del aeródromo para brindar servicios de seguridad resulta una medida idónea pues garantiza el cumplimiento de dicha finalidad y garantiza una menor rotación de personal que tiene acceso a dicha zona y a información privilegiada, asegurando mayor especialización. Asimismo, considera que no podía adoptarse una medida menos gravosa a la recogida en la norma cuestionada dado que ella reproduce la obligación asumida por la Sociedad demandante a través del contrato de concesión, razón por la cual la referida norma tampoco perjudica las libertades de contratación y empresa de la recurrente.

El Trigésimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, con fecha 30 de junio de 2008, declaró fundada la excepción de falta de legitimidad pasiva propuesta por el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros y declaró saneado el proceso; y con fecha 22 de julio de 2010 declaró infundada la demanda, por estimar que la norma cuestionada solo busca asegurar la aeronavegación por tratarse de una actividad principal, ya que normalmente son los Estados los que proveen dicho servicio, más aún cuando es el Estado quien debe tener una función supervisora y correctiva o reguladora, respecto de los peligros que representa que la seguridad del aeropuerto no sea realizada por la Sociedad demandante.

La Sala Superior competente revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, por estimar que las controversias que surgen de la suscripción del contrato de concesión no son materia de discusión a través del proceso de amparo, pues para ello tiene a su alcance la vía del proceso contencioso administrativo.

FUNDAMENTOS

1. La demanda tiene por objeto que se declare la inaplicación a la Sociedad demandante del numeral 2 del artículo 7º del Decreto Supremo 007-2006-MTC, alegándose que dicha norma afecta el derecho a la libertad de contratar.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	000044

EXP. N.º 03128-2011-PA/TC
LIMA
LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

Procedencia de la demanda

2. Como es de verse, la pretensión cuestiona de manera directa la constitucionalidad de la norma antes referida, razón por la cual corresponde recordar que si bien, en principio, no es procedente el amparo contra normas heteroaplicativas, sí procede contra normas autoaplicativas, es decir, contra aquellas normas creadoras de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación. En efecto, del fundamento 10 de la STC 03283-2003-AA/TC se infiere que cuando las normas dispongan restricciones y sanciones sobre aquellos administrados que incumplan en abstracto sus disposiciones, queda claro que las mismas por sus alcances podrían ser consideradas como de carácter autoaplicativo que desde su entrada en vigencia podría generar una serie de efectos jurídicos que pueden amenazar o violar derechos fundamentales.
3. Sin embargo, debe quedar claro que esta afirmación no significa una valoración del fondo de la controversia, pues sólo se pronuncia sobre la procedibilidad de la demanda de amparo. Así, la determinación del carácter autoaplicativo de una disposición no conlleva necesariamente la estimación de la demanda, porque la verificación de su carácter es sólo un presupuesto procesal, mas no un elemento determinante para su inaplicación porque una ley autoaplicativa no siempre es inconstitucional. Impide, en todo caso, que el proceso de amparo (*control concreto*) se desnaturalice frente al proceso de inconstitucionalidad (*control abstracto*). (STC 00606-2008-PA/TC, fundamento 4).
4. En el presente caso, el tenor de la norma cuestionada dispone lo siguiente

7.2 El operador del aeródromo no puede subcontratar al personal de seguridad a que se refiere el literal d) del numeral anterior que realiza funciones dentro de la Zona de Seguridad Restringida.
5. Si bien es cierto que la Sociedad demandante no invoca la existencia de un acto concreto de aplicación del Decreto Supremo cuestionado, se aprecia que en la medida que ésta cuenta con el derecho de explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (en adelante el Aeropuerto) en calidad de concesionario y operador de dicho aeropuerto (f. 33), los efectos del referido decreto supremo pueden generar una restricción respecto de su derecho a la libertad de contratación sobre la subcontratación del personal de seguridad que realizaría funciones en la Zona de Seguridad Restringida del mencionado aeropuerto, lo cual demuestra el carácter autoaplicativo de la norma cuestionada. En tal sentido, este Colegiado considera que la demanda incoada merece un análisis sobre el fondo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	000045

EXP. N.º 03128-2011-PA/TC
LIMA
LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

Análisis de la controversia

6. Antes de ingresar a analizar la controversia planteada, corresponde precisar que en el presente caso existe un contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, de fojas 33 a 128 (en adelante El Contrato), suscrito entre la demandante y el Estado peruano, el cual data del 14 de febrero de 2001 (f. 147), acto jurídico que regula los derechos y las obligaciones que ambas partes se obligaron a cumplir, con relación a la explotación del referido aeródromo, situación que resulta de necesaria importancia delimitar, por cuanto el Ministerio emplazado sostiene que la restricción estipulada en la disposición cuestionada, forma parte de los pactos a los que se ha obligado cumplir la Sociedad demandante en El Contrato (f. 426), con relación a la seguridad del Aeropuerto.
7. En primer lugar, en la Cláusula 1 de El Contrato, se estableció un conjunto de definiciones, de las cuales se mencionarán a continuación sólo las más relevantes.

Concesión: significará el acto administrativo plasmado en el presente Contrato mediante el cual el Concedente otorga al Concesionario el derecho para el Aprovechamiento Económico de los Bienes de la Concesión, lo que implica la autorización para prestar los Servicios Aeroportuarios y realizar las Mejoras de acuerdo con lo establecido en el presente Contrato y con sujeción a las Leyes Aplicables. Se excluye de la Concesión, los Servicios de Aeronavegación, con excepción de aquellos a cargo del Concesionario, conforme al Anexo 3 del presente Contrato (f. 39).

Contrato de Operación, significará un contrato que suscribe el Concesionario con un Operador para la operación del Aeropuerto o parte del mismo, en las condiciones establecidas en las Cláusulas 5.3 y 5.4 (f. 39).

Leyes Aplicables, significará cualquier ley, reglamento, decreto, norma, resolución, orden y/o disposición emitida por una Autoridad Gubernamental (f. 45)

Normas, significarán los reglamentos, directivas y resoluciones, que serán de carácter obligatorio para el Concesionario, que de conformidad con su ley de creación puede dictar OSITRAN, incluyendo, pero sin limitarse a aquellas relativas a infracciones y sanciones vinculadas al objeto del presente Contrato (f. 46).

Operaciones principales, significan aquellas operaciones contenidas en el Anexo 3, las cuales solo podrán ser realizadas por el Operador Principal (f. 46).

Operador Principal, significará el Operador que realiza directamente las Operaciones Principales del Aeropuerto (f. 46).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	000048
FOJAS	

EXP. N.º 03128-2011-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

Operador Secundario, significará el Operador u Operadores que llevan a cabo las operaciones no principales del Aeropuerto (f. 46).

OSITRAN, significará el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público que cumple las funciones establecidas en el presente Contrato, en la Ley N.º 26917 y en su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N.º 024-98-PCM, sus normas complementarias, modificatorias y ampliatorias, o cualquier entidad que lo sustituya en el futuro. OSITRAN administrará el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario con criterios técnicos (f. 46).

8. En la Cláusula 2 de El Contrato, se establece lo siguiente con relación a la Concesión:

Otorgamiento de la Concesión: El Concedente por el presente Contrato otorga al Concesionario, con sujeción a lo dispuesto en sus estipulaciones, el Aprovechamiento Económico de los Bienes de la Concesión y demás derechos descritos en el presente Contrato. **En virtud de la Concesión, el Concesionario será responsable de la operación del Aeropuerto (excluyendo el mantenimiento de aquellos servicios y funciones del Aeropuerto no otorgados en la Concesión), de la asignación de slots para aterrizaje y despegue, de la prestación de los Servicios Aeroportuarios, y de aquellos Servicios de Aeronavegación a su cargo, conforme al Anexo 3 del presente Contrato, del diseño y construcción de las Mejoras, y de la reparación, conservación y mantenimiento de los Bienes de la Concesión, de conformidad con los Estándares Básicos y los Requisitos Técnicos Mínimos durante la Vigencia de la Concesión (f. 51) (el resaltado y subrayado es nuestro).**

9. Como es de verse, en el presente caso, el marco de acción del derecho a la libertad de contratación de la Sociedad demandante se circunscribe al contenido en las cláusulas 5.3 (f. 57) y 5.4, así como en el Anexo 3 (f 863 a 868) del referido Contrato, situación por la que corresponde citar dichos acápites. Cabe mencionar que en autos no corre la página 27 de El Contrato, foja en la que se encuentra detallada la cláusula 5.4, pese a ello, el texto de la citada cláusula será incorporado en los términos que se desprenden de la información existente en el portal web de la Sociedad demandante.

5.3 Contrato de Operación con el Operador Principal. El Operador Principal llevará a cabo directamente y por cuenta del Concesionario las Operaciones Principales del Aeropuerto, detalladas en el Anexo 3 del presente contrato.

La facturación por todos los servicios que el Operador Principal preste, deberá efectuarla el Concesionario



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	000047

EXP. N.º 03128-2011-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

El **Operador Principal**, o quien haya precalificado por él de acuerdo a las Bases, habiendo celebrado un contrato de transferencia de tecnología, deberá mantener, durante la Vigencia de la Concesión, personal propio, calificado según los requerimientos del puesto, y con experiencia no menor a cinco (5 años) en puestos similares, a los siguientes: (a) Gerente General, (b) Gerente de Operaciones, (c) Gerente de Seguridad, (d) Gerente Comercial; y, (e) Gerente de Abastecimiento y Mantenimiento.

El Concesionario y el Operador Principal suscribirán el Contrato de Operación correspondiente en la oportunidad señalada en la Clausula 11.1.2. El concesionario remitirá copia del mismo a OSITRAN el primer Día Útil siguiente. Asimismo el Concesionario remitirá a OSITRAN, en la misma oportunidad, una declaración jurada manifestando que dicho Contrato de Operación no contiene ninguna disposición que vulnere las cláusulas estipuladas en el presente Contrato así como en las Leyes Aplicables (f. 57).

El Contrato de Operación deberá establecer las funciones que deberá llevar a cabo el Operador Principal por sí mismo así como la obligación de éste de remitir a OSITRAN la información que éste último considere pertinente solicitarle y de prestarle las facilidades que demande el correcto cumplimiento de sus funciones.

El Concesionario no podrá sustituir, suspender ni de otra manera directa o indirecta cambiar al Operador Principal ni modificar sus funciones o responsabilidades, salvo autorización previa y por escrito del Concedente.

El Operador Principal deberá ser dueño (libre de todo gravamen y limitación de dominio) de cuando menos un quince por ciento (15%) del capital social del Concesionario durante el Período Inicial, y un diez por ciento (10%) durante el Período Remanente de Vigencia de la Concesión, sujeto a lo previsto en la Cláusula 21.5.

El Concesionario deberá realizar la construcción, mejora, desarrollo y operaciones del Aeropuerto de conformidad con las prácticas y operaciones aeroportuarias internacionalmente aceptadas y los Requisitos Técnicos Mínimos.

5.4. Contratos de Operación con Operadores Secundarios. Las operaciones no principales del Aeropuerto, definidas como tales en el Anexo 3, podrán ser llevadas a cabo por Operadores Secundarios, quienes deberán contar con el personal con la experiencia apropiada. Copia de dichos Contratos de Operación deberá ser enviada a OSITRAN, al siguiente Día Útil de la fecha de su suscripción. En la misma oportunidad en que sea enviado a OSITRAN, copia de dichos Contratos de Operación, el Concesionario remitirá una declaración jurada manifestando que dichos Contratos de Operación no contienen ninguna disposición que vulnere las cláusulas estipuladas en el presente Contrato así como en las Leyes Aplicables. (*)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	PLENARIO
FOJAS	000048

EXP. N.º 03128-2011-PA/TC
LIMA
LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

* El texto en cursiva proviene de la dirección web <http://www.mtc.gob.pe/portal/home/concesiones/contratos/LAP/TUO-LAP.pdf>, visitada el 23 de enero de 2012. (El resaltado y subrayado es nuestro).

Anexo 3. Operaciones que se llevan a cabo en el Aeropuerto. Las Operaciones que se llevan a cabo en el Aeropuerto, han sido clasificadas para efectos del presente Contrato en Operaciones Principales y Operaciones No Principales. (...).

1. Operaciones Principales Deben ser realizadas directamente por el Operador Principal y por cuenta del Concesionario". Estos servicios son los que se detallan a continuación:

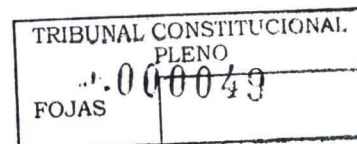
- 1.1. Servicios Aeroportuarios en relación a la TUUA.
 - 1.1.1. Servicios de Salvamento y Extinción de Incendios (...)
 - 1.1.2. Seguridad. Servicio cuyo objetivo principal es salvaguardar la seguridad, regularidad y eficiencia de la aviación civil contra actos ilícitos dirigidos contra el Aeropuerto, aeronaves, instalaciones en general, pasajeros y/o Usuarios.
 - 1.1.3. Circuito cerrado de televisión (...)
- 1.2. Servicios de Aterrizaje y Despegue (...)
- 1.3. Estacionamiento de aeronaves (...)
- 1.4. Puente de Abordaje (...)
- 1.5. Servicios de Aeronavegación.

2. Operaciones No Principales. Son aquellas operaciones no incluidas en las Operaciones Principales, y que podrán ser llevadas a cabo por el Operador Principal o por el Operador Secundario. Estos servicios, entre otros, son los que se detallan a continuación:

- 2.1 **Servicios Aeroportuarios en relación a la TUUA**, entre los que se encuentran los siguientes: Transporte de equipaje, Servicio de Transporte de Pasajeros (Terminal - Avión), Entrega de Equipaje, Información, Sala de Pasajeros en Tránsito, Iluminación, Salas de Embarque, Chequeo de pasajeros y equipaje, Sala de Autoridades (Protocolo), Sala de Espera (parte pública).
- 2.2. **Otros servicios para líneas aéreas, para empresas comerciales y de servicios auxiliares aeroportuarios.** Entre los que se encuentran: counters, locales para compañías aéreas, salón VIP de compañías aéreas, hangar, carga aérea (peaje).
- 2.3 **Servicio de Protocolo en el Aeropuerto.**
- 2.4. **Otros servicios no principales.**
 - 2.4.1. Servicio de rampa o manipulación de tierra (GROUND HANDGLING): Servicio de atención que se da a la aeronave en la plataforma del aeropuerto, consistente en: Limpieza de cabina, escalera de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03128-2011-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

embarque/desembarque de pasajeros, vehículo de abastecimiento de agua, vehículo de desagüe, planta eléctrica, arrancador de turbinas, barra de remolque de aeronave, señalizador, pay mover, vehículo y carretas para equipajes, estiba/desestiba de equipajes y carga, faja transportadora de equipajes, elevador y/o montacargas, etc.

2.4.2. Combustible para aeronaves. Servicio de aprovisionamiento de hidrocarburos para las aeronaves (...).

Cabe mencionar que la cláusula 5.21 de El Contrato, dispone lo siguiente

Subcontratistas. Ni el Concesionario ni el Operador Principal debe emplear ningún operador Secundario, subcontratista, agente o mandatario para llevar a cabo las Operaciones Principales.

10. En el contexto descrito, corresponde recordar lo manifestado por este Colegiado en reiterada jurisprudencia relacionada con el derecho a la libertad de contratación. Así, el referido derecho:

“(...) se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de voluntades— debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

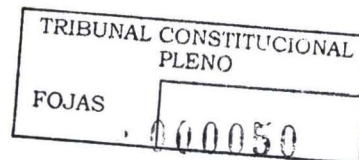
Tal derecho garantiza, *prima facie*:

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante.
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.” (STC 02736-2004-PA/TC, fundamento 9, RTC 04858-2011-PA/TC, considerando 4, STC 2736-2004-PA/TC, fundamento 9, STC 4788-2005-PA/TC, fundamento 7, STC 8943-2006-PA/TC, fundamento 2, entre otras).

11. De acuerdo con el contenido del Contrato de Concesión, se aprecia la existencia de operaciones consideradas como principales y secundarias, las cuales son desarrolladas por el Operador Principal o por un Operador secundario, respectivamente. Asimismo, queda claro que la Sociedad demandante viene a ser la Concesionaria y responsable de la operación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, y de acuerdo con lo sostenido a fojas 585 y a lo vertido en el Acuerdo N.º 263-87-02-CD-OSITRAN, a fojas 547, el Operador Principal del Aeropuerto viene a ser FRAPORT AG, empresa internacional especializada en la operación de aeropuertos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03128-2011-PA/TC
LIMA
LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

Asimismo, se ha determinado contractualmente que la seguridad del Aeropuerto es una Operación Principal y que su desarrollo es una obligación exclusiva del Operador Principal que ejecuta por cuenta del Concesionario, conforme lo dispone la cláusula 5.21; sin embargo, de acuerdo con el tercer párrafo de la cláusula 5.3 del referido contrato, la mencionada obligación –entendida como una limitación al derecho a la libertad contractual– se encuentra circunscrita a mantener, durante la Vigencia de la Concesión, personal propio, calificado según los requerimientos del puesto, y con experiencia no menor a cinco (5 años) en puestos similares, a los siguientes: (a) Gerente General, (b) Gerente de Operaciones, (c) Gerente de Seguridad, (d) Gerente Comercial; y, (e) Gerente de Abastecimiento y Mantenimiento.

Es decir, que la referida obligación exclusiva o limitación contractual vincula a la Sociedad demandante con el Operador Principal en la medida de que éste último asume el desarrollo de las operaciones principales a nombre del Concesionario, o lo que es lo mismo, asume la obligación de la Sociedad demandante como si de ella misma se tratara, lo que incluye de manera solidaria asumir las responsabilidades que ello pudiera generar –pues en esos términos ha sido formulado el contrato–; pese a ello, la mencionada cláusula 5.3 del Contrato, exige al Operador Principal mantener a su cargo un tipo de personal específico con vínculo laboral directo e inmediato, disponiéndose taxativamente que dicho personal es el Gerente de Seguridad del Aeropuerto, lo que evidencia que dicha limitación no incluye al personal subordinado a dicha gerencia.

12. Se aprecia, en consecuencia, que la Sociedad emplazada y el Operador Principal del Aeropuerto, han dado cumplimiento a lo dispuesto por la cláusula 5.3 del Contrato en los términos expuestos, lo que incluso en su momento también fue materia de opinión similar por el OSITRAN a través de su Acuerdo N.º 263-87-02-CD-OSITRAN (f. 547).
13. En tal sentido, queda desvirtuado el alegato del Ministerio emplazado relacionado a que la limitación regulada por el artículo 7.2 del Decreto Supremo N.º 007-2006-MTC recoge compromisos respecto de temas de seguridad pactadas en el contrato de Concesión (f. 420), razón por la cual corresponde analizar la constitucionalidad de la norma cuestionada.

Sobre la disposición cuestionada

14. Conforme lo ha señalado la propia Sociedad accionante, la prohibición regulada en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
PLENO	
FOJAS	000051

EXP. N.º 03128-2011-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

el cuestionado artículo 7.2 del Decreto Supremo N.º 007-2006-MTC tiene por origen el artículo 5.3 de la Ley 28404 (Ley de la seguridad de la aviación civil), disposición que establece lo siguiente:

5.3 El Operador del Aeródromo no podrá subcontratar los servicios de seguridad, debiendo cumplir dicha función con personal propio y de acuerdo a lo establecido en el Programa Nacional de Seguridad de la Aviación Civil.

La referida norma fue publicada el 30 de noviembre de 2004, por lo que su vigencia data del día siguiente a dicha publicación, sin embargo, su aplicación recién se produce con la emisión del Decreto Supremo 007-2006-MTC, pues es a partir de esta última norma que se reglamenta la referida prohibición a través del artículo cuestionado.

15. Al respecto cabe precisar que al margen de la capacidad de decidir celebrar un contrato, así como de la capacidad de regular su correspondiente materia o contenido –conforme lo expuesto en el fundamento 10 *supra*–, también forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de contratación:

“garantizar que la posibilidad del propio cumplimiento de lo pactado no se vea frustrada por una injerencia externa que pueda considerarse de arbitraria. En los términos del artículo 62 de la Constitución, “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”. (STC 03866-2006-PA/TC, fundamento 16).

Esto en razón de que

“no toda restricción del derecho a la libertad contractual supone una afectación del mismo, sino sólo aquellas que se presenten como desproporcionadas en atención a las circunstancias (...)” (STC 01735-2008-PA/TC, fundamento 14).

16. Por tanto, este Tribunal considera que el análisis de la constitucionalidad de la disposición cuestionada genera al mismo tiempo un análisis de la norma de origen, dado que esta última norma viene a ser la concretización de su contenido, situación que en el caso de autos, a su vez, se encuentra vinculada de manera directa con el contenido del contrato de concesión suscrito por la Sociedad demandante y el Estado peruano, pues la ley de origen estipula una condición para la ejecución de dicho contrato que en su formulación no contenía tal y conforme se ha expuesto en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	000052

EXP. N.º 03128-2011-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

los fundamentos 11 a 13, *supra*. razón por la cual el análisis del artículo cuestionado a su vez implica el análisis del artículo 5.3 de la Ley 28404, en lo que corresponda.

17. El cuestionado artículo 7.2 del Decreto Supremo N.º 007-2006-MTC, dispone lo siguiente:

7.2 El operador del aeródromo no puede subcontratar al personal de seguridad a que se refiere el literal d) del numeral anterior que realiza funciones dentro de la Zona de Seguridad Restringida.

El mencionado literal d) del artículo 7.1 del referido decreto supremo, establece lo siguiente:

7.1 Corresponde al personal asignado a la Seguridad de la Aviación Civil del sector aeronáutico las siguientes denominaciones y funciones:

d. **Oficial de Seguridad Aeroportuaria:** Es el personal del Operador del Aeródromo público o privado, que cumple funciones de inspección de las instalaciones, pasajeros, equipaje de mano y otras que se establezcan en el Programa de Seguridad del Operador del Aeródromo, para cuyo efecto recibe capacitación y entrenamiento especializado sobre seguridad de la aviación proporcionado por el Operador del Aeródromo.

Como es de verse, la disposición cuestionada establece una prohibición o limitación al Operador de Aeropuerto u Operador Principal, respecto de la subcontratación de los denominados **oficiales de seguridad aeroportuaria**, para la realización de sus funciones en la **Zona de Seguridad Restringida**, es decir, que la prohibición únicamente opera para un tipo específico de personal que labora en la referida zona de seguridad, mas no para el mismo personal que realiza labores fuera de la referida zona u otro tipo de personal.

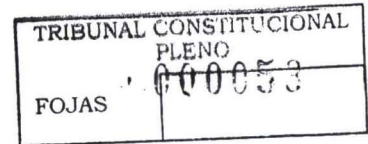
Teniendo delimitado el marco de aplicación de la disposición cuestionada, corresponde analizar si ella cuenta con una justificación suficiente en la medida de que, *prima facie*, restringe el derecho a la libertad de contratación de la Sociedad demandante respecto a la contratación de oficiales de seguridad aeroportuaria en la Zona de Seguridad Restringida del Aeropuerto. A tal efecto se someterá dicha medida al test de proporcionalidad.

Test de proporcionalidad

18. Tal como lo ha establecido este Colegiado en reiterada jurisprudencia, el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03128-2011-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, se ha establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; lo que supone, como se ha señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro (STC 00589-2008-PA/TC, fundamento 25).

19. *Análisis de idoneidad.* Como primer paso del test, corresponde de primera intención, determinar la finalidad que persigue alcanzar la disposición cuestionada. Para ello, conviene recordar que el artículo 44º de nuestro Texto Constitucional establece, como un deber primordial del Estado,

“defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

Asimismo, el artículo 72º dispone lo siguiente respecto a las restricciones por seguridad nacional:

“La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes”.

Mientras que mediante el artículo 163º se establece lo siguiente:

El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional.

La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
PLENO	
FOJAS	000051

EXP. N.º 03128-2011-PA/TC
LIMA
LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

20. Por otro lado, resulta importante resaltar que a través de la Ley N.º 28404 y el Decreto Supremo N.º 007-2006-MTC, el Estado peruano regula la Seguridad de la Aviación Civil, lo que incluye la seguridad de la aviación aeroportuaria de acuerdo con los textos legales nacionales e internacionales que en la actualidad se encuentran vigentes, entre los cuales encontramos al Convenio de Aviación Civil Internacional de Chicago (en adelante Convenio de Chicago) –suscrito por el Perú mediante la Resolución Legislativa N.º 10358, del 8 de febrero de 1946–, los programas nacionales de seguridad de la Aviación Civil y de Control de Calidad de la Seguridad de la Aviación Civil, y las normas que emita la Dirección General de Aeronáutica Civil, entre otros.

Al respecto, cabe precisar que la Aviación Civil comprende tanto a la Aviación Comercial como a la Aviación en General, lo que a su vez abarca al transporte aéreo, el transporte aéreo espacial, el trabajo aéreo y toda la actividad aeronáutica civil y comercial en cualquiera de sus formas (artículo 77º de la Ley 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú).

Adicionalmente a ello, teniendo en cuenta que el Ministerio emplazado en su contestación de demanda sostiene que la disposición cuestionada se fundamenta en las normas dispuestas en el Anexo 17 del Convenio de Chicago y métodos recomendados por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), corresponde precisar que el referido anexo regula el tema de la seguridad o protección de la aviación civil internacional contra los actos de interferencia ilícita, los cuales son definidos por el referido anexo en los siguientes términos:

Actos de interferencia ilícita. Actos, o tentativas, destinados a comprometer la seguridad de la aviación civil y el transporte aéreo, es decir:

- apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo,
- apoderamiento ilícito de aeronaves en tierra,
- toma de rehenes a bordo de aeronaves o en los aeródromos,
- intrusión por la fuerza a bordo de una aeronave, en un aeropuerto o en el recinto de una instalación aeronáutica,
- introducción a bordo de una aeronave o en un aeropuerto de armas o de artefactos (o sustancias) peligrosos con fines criminales,
- comunicación de información falsa que compromete la seguridad de una aeronave en vuelo, o en tierra, o la seguridad de los pasajeros, tripulación, personal de tierra y público en un aeropuerto o en el recinto de una instalación de aviación civil.

Asimismo, el referido Convenio define a la Zona de Seguridad Restringida en los siguientes términos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	000055

EXP. N.º 03128-2011-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

Zona de seguridad restringida. Aquellas zonas de la parte aeronáutica de un aeropuerto identificadas como zonas de riesgo prioritarias en las que, además de controlarse el acceso, se aplican otros controles de seguridad. Dichas zonas normalmente incluirán, entre otras cosas, todas las zonas de salida de pasajeros de la aviación comercial entre el punto de inspección y la aeronave; la plataforma; los locales de preparación de embarque de equipaje, incluidas las zonas en las que las aeronaves entran en servicio y están presentes el equipaje y la carga inspeccionados; los depósitos de carga, los centros de correo y los locales de la parte aeronáutica de servicios de provisión de alimentos y de limpieza de las aeronaves.

En parecidos términos, la legislación nacional ha regulado a los actos de interferencia ilícita y la zona de seguridad restringida a través de las Regulaciones Aeronáuticas del Perú (RAP-107), en su anexo 17, sección 107.1, literal (c), numerales 1 y 59 de la Resolución Directoral N.º 021-2002-MTC-15.16, del 21 de febrero de 2002 y el literal b) del artículo 2º del Decreto Supremo N.º 007-2006-MTC.

21. Del marco constitucional y legal precisado en el fundamento anterior, no cabe duda de que la seguridad de la aviación civil viene a ser una finalidad de promoción y protección constitucionalmente relevante, en la medida que resulta importante para un Estado generar un sistema de seguridad que permita responder adecuadamente cualquier tipo de actuaciones ilícitas que puedan generar perjuicios materiales de un aeródromo y a las aeronaves que transitan por él, así como daños personales de los usuarios y trabajadores que diariamente circulan por sus instalaciones.
22. Procede asimismo analizar la idoneidad de la restricción de cara a la finalidad que ella pretende promover, esto es, resguardar debidamente la seguridad de la aviación civil y la seguridad personal de los usuarios del servicio aeroportuario y trabajadores que transitan por las Zonas de Seguridad Restringida.

La disposición materia de análisis restringe únicamente la subcontratación de los Oficiales de Seguridad Aeroportuaria, que cumplen la función de inspección de las instalaciones, pasajeros, equipaje de mano y otras que se establezcan en el Programa de Seguridad del Operador del Aeródromo dentro de la Zona de Seguridad Restringida del Aeródromo; sin embargo, la Seguridad Aeroportuaria se encuentra a cargo de 6 tipos específicos de personal que realizan labores al interior de un Aeródromo, tal conforme lo dispone el artículo 7º del Decreto Supremo N.º 007-2006-MTC (Inspector de Seguridad de la Aviación Civil de la Dirección General de Aeronáutica Civil, Jefe de Seguridad del Aeródromo, Jefe de Seguridad del Explotador Aéreo, Oficial de Seguridad Aeroportuaria, Oficial de Seguridad del Explotador Aéreo y el Personal de Vigilancia).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	00056

EXP. N.º 03128-2011-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

En tal sentido, no se llega a comprender razonablemente por qué prohibir la subcontratación de los Oficiales de Seguridad Aeroportuaria que realizan labores específicas en la Zona de Seguridad Restringida, si ello contribuirá a resguardar en mejor medida la seguridad de la aviación civil y la seguridad personal de los usuarios y trabajadores que utilizan diariamente los servicios aeroportuarios y se trasladan por la referida zona de seguridad. Dicha restricción solo obliga al Operador Principal a mantener vínculo laboral inmediato y directo con un tipo de personal específico que desarrolla labores en dicha zona, pero no lo limita respecto a la subcontratación de, por ejemplo, el Personal de Vigilancia que se encuentra encargado de vigilar y controlar funciones específicas de seguridad, cuya labor incluso puede ser ejecutada en la Zona de Seguridad Restringida (literal f. del artículo 7.1 del Decreto Supremo 007-2006-MTC) y que forma parte importante del sistema de seguridad de un aeródromo, pero que y sin embargo, podría ser materia de subcontratación.

En el mismo sentido, podemos referir que la limitación estipulada únicamente para el Operador Principal no resulta idónea, pues el propio Decreto Supremo N.º 007-2006-MTC, otorga la capacidad de contratación a los Explotadores Aéreos – entendidos como la persona, organismo o empresa que se dedica a la explotación de aeronaves o propone dedicarse a ésta, conforme lo dispone el anexo 17, sección 107.1, literal c) numeral 30 del RAP 107– de sus propios Jefes y el de Oficiales de Seguridad, personal que cumple funciones al interior de las instalaciones de los aeródromos que son consideradas como Zonas de Seguridad Restringida, pero que y sin embargo, podrían ser también, materia de subcontratación.

Finalmente, conviene subrayar que la restricción que establece la norma cuestionada no resulta idónea, pues la generación de una relación de subordinación directa entre los Oficiales de Seguridad Aeroportuarios y el Operador Principal – por cuenta del Concesionario–, a modo de empleador y trabajador –formulación de un contrato de trabajo–, no genera una relación de causalidad inmediata o directa para el cumplimiento del fin que pretende perseguir, en tanto que dicha medida no contribuye razonablemente a desincentivar la posible ejecución de los actos de interferencia ilícita, anteriormente definidos.

23. En conclusión, se advierte que la restricción adoptada por el artículo 7.2 del Decreto Supremo N.º 007-2006-MTC no resulta adecuada o idónea para cumplir la finalidad que intenta promover, razón por la cual, al no superar dicha norma el test de idoneidad, la medida adoptada resulta inconstitucional y, por lo tanto, corresponde estimar la demanda.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	000057

EXP. N.º 03128-2011-PA/TC
LIMA
LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

24. Sin perjuicio de lo expuesto, este Colegiado considera pertinente someter la referida medida al *juicio de necesidad*, a fin de evaluar si en un escenario hipotético de superación del test de idoneidad, la medida adoptada podría haber sido necesaria para el resguardo de la seguridad de la aviación civil y la seguridad personal de los usuarios del servicio aeroportuario y trabajadores de los aeródromos que transitan por las Zonas de Seguridad Restringida.

El juicio de necesidad exige intentar encontrar la posible adopción de una medida menos gravosa frente a la adoptada para cumplir el fin legítimo que la disposición persigue alcanzar.

En el supuesto hipotético que el vínculo laboral de los Oficiales de Seguridad Aeroportuarios con el Operador Principal garantizase la seguridad de la Aviación Civil y la seguridad personal de los usuarios del servicio aeroportuario y trabajadores de los aeródromos: ¿existiría una medida menos gravosa del derecho a la libertad de contratación para cumplir dicho fin?

La respuesta a dicha interrogante resulta positiva, pues de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 11º de la Ley N.º 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú, "*La Dirección General de Aeronáutica Civil tiene amplias facultades para supervisar e inspeccionar todas las actividades aeronáuticas civiles, sean éstas realizadas por personas naturales o personas jurídicas, así como tomar todas las medidas adecuadas para garantizar la seguridad de las operaciones aéreas*".

En dicho sentido, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 73º de la mencionada Ley, todo el personal que desarrolla funciones en los aeródromos requiere de las correspondientes licencias o certificaciones expedidas por la Dirección General de Aviación Civil, tal y conforme los artículos 7.4 y 7.5 del Decreto Supremo N.º 007-2006-MTC lo han reiterado; es decir, que toda persona que pretenda ingresar a laborar a un aeródromo, requiere previamente acceder a las licencias o permisos de la citada Dirección, lo cual implica un proceso de supervisión y control en la selección de la contratación del personal que postula a cargos en los aeródromos a nivel nacional, que en la actualidad se encuentra implementado.

Por otro lado, la referida Dirección cuenta con personal especializado, destinado a cumplir con la labor de supervisión de las medidas de seguridad que los Concesionarios, Operadores Aeroportuarios Principales o Secundarios, hayan adoptado en el cumplimiento del Programa Nacional de Seguridad de la Aviación Civil, es decir, que en la actualidad existe implementado y a cargo de una entidad del Estado, un sistema de supervisión de la seguridad aeroportuaria que permite



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
PLENO	
FOJAS	000058

EXP. N.º 03128-2011-PA/TC

LIMA

LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

corregir aquellas deficiencias que pueden presentarse en los diversos aeropuertos en el desarrollo de dichas funciones, situación que coadyuva con el mejoramiento de dichos sistemas.

25. En tal sentido, se advierte que la existencia de un organismo estatal encargado de supervisar tanto el ingreso de personal idóneo para prestar servicios en los aeródromos, como el cumplimiento de las normas de seguridad aeroportuaria de acuerdo con los parámetros que el Programa Nacional de Seguridad de la Aviación Civil exige, contribuye de manera eficaz a generar un mejor y adecuado servicio de seguridad aeroportuario en todos sus niveles, inclusive en las mencionadas Zonas de Seguridad Restringida, razón por la cual se evidencia que la medida adoptada no resultaba necesaria, pues la referida Dirección, en la actualidad, también supervisa la subcontratación de Oficiales Aeroportuarios.
26. Determinada entonces la inconstitucionalidad de la restricción dispuesta por el artículo 7.2 del Decreto Supremo N.º 007-2006-MTC, corresponde precisar que en la medida en que dicha regulación viene a ser la concretización del artículo 5.3 de la Ley N.º 28404 y que su propio contenido expresa una limitación para la ejecución del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, dado que se ha verificado la carencia de justificación razonable en su imposición, la referida inconstitucionalidad también recae sobre la norma de origen.
27. Por todas las razones antes expuestas, se concluye que la restricción contenida en el artículo 7.2 del Decreto Supremo N.º 007-2006-MTC y en el artículo 5.3 de la Ley N.º 28404, resultan inconstitucionales y, por lo tanto, lesivas del derecho a la libertad contractual de la Sociedad demandante, por lo que corresponde que, en ejercicio de la atribución contenida en el artículo 138º de la Constitución Política, se declare inaplicables las referidas disposiciones a favor de la Sociedad demandante, correspondiendo, en consecuencia, ordenar al Ministerio emplazado, cumpla con el pago de los costos que se hayan generado en el presente proceso, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 56º del Código Procesal Constitucional, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

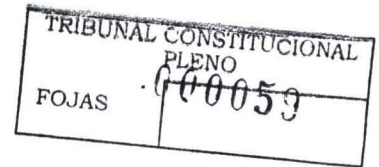
Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la afectación del derecho a la libertad contractual de Lima Airport Partners S.R.L.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03128-2011-PA/TC
LIMA
LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. - LAP

2. En aplicación del control difuso de la constitucional de las leyes, declara inaplicable para Lima Airport Partners S.R.L. el artículo 7.2 del Decreto Supremo N.º 007-2006-MTC y el artículo 5.3 de la Ley 28404.
3. Ordenar que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones cumpla con el pago de los costos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

.....
OSCAR DÍAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL