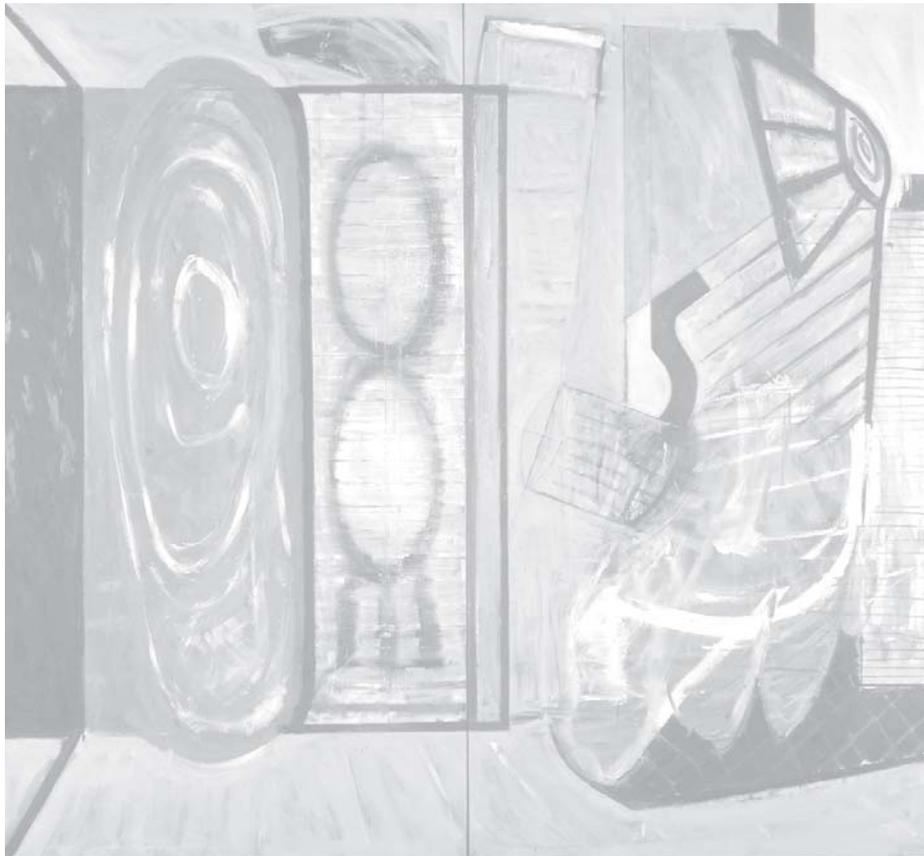


THĒMIS

Revista de Derecho



1965 - 2006

Hecho el Depósito Legal: 218-5035
ISSN 1810-9934

THEMIS desea agradecer de manera muy especial al señor **Ramiro Llona** por habernos cedido gentilmente la pintura que presentamos en la carátula de la presente edición.

THEMIS autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y se utilice para fines académicos.

PRESENTACIÓN

El presente número de **THEMIS-Revista de Derecho** aborda, como Tema Central, el Derecho Regulatorio, incluyendo materias como la política regulatoria, la regulación de servicios públicos y el régimen de concesiones.

En esta oportunidad, aprovecharé este breve espacio para referirme tanto al índice del número –aunque de manera bastante general–, como a la importancia de tratar un tema como el Derecho Regulatorio en un contexto social, político y económico como el que nos toca vivir.

Todos hemos sido testigos de una campaña presidencial en la que palabras como “nacionalización”, “estatización”, “expropiación”, “renegociación” y “privatización” estuvieron a la orden del día. Esto es así porque la propiedad y aprovechamiento de los recursos naturales, la gestión de los servicios públicos y, en definitiva, el papel que debe (o no debe) desempeñar el Estado en la economía son temas de vital importancia en el desarrollo del país.

Estamos en un contexto decisivo, donde hay fuerzas que impulsan al Estado a tomar un papel más activo, en algunos casos rayando con el intervencionismo (como el control de precios o fusiones que pretende el actual INDECOPI), o mostrando (a veces forzadamente) una preocupación social que incrementa la participación o influencia del Estado en la actividad económica (verbi gratia, la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de regalías mineras) y otras que propugnan la creación de reglas que protejan el interés público, pero considerando que el Estado no puede participar directamente de la actividad empresarial (éstos, lamentablemente, son los menos, y muchas veces se confunden o entremezclan con intereses propios de un Estado mercantilista).

En síntesis, lo que debemos definir es el tipo de Estado que queremos tener, darle contenido a la “Constitución económica” y, como tanto se ha dicho al punto de convertirlo en un cliché, crear reglas claras a fin de atraer la inversión al país.

En lo que nos toca, desde este espacio de difusión, esperamos que esta revista contribuya a una reflexión más profunda, seria e informada acerca de la pregunta formulada en el párrafo anterior (al tratar temas como: las justificaciones a la regulación, los métodos de regulación, las alternativas a ésta, las reformas regulatorias, la captura de los organismos reguladores, el rol empresarial del Estado, la “ligazón” entre democracia política y regulación económica, entre otros), al mismo tiempo que sea una fuente de consulta para todos los abogados (especializados o no) en temas como la regulación en sectores tales como: saneamiento, energía, telecomunicaciones, transporte, etcétera. Además, se presenta una sección dedicada a los principios y técnicas de la contratación administrativa, mostrando las más actuales tendencias y las experiencias más cercanas en esta materia.

Como se podrá apreciar, esta edición tiene la particularidad de ser un material de referencia estructurado a la manera de un “libro” especializado en la temática, de modo que el conjunto de la revista guarda coherencia interna. Así, la primera sección está dedicada a los principios generales y métodos de regulación y luego, en las segunda y tercera secciones, se pasa a un análisis más concreto de los diversos sectores regulados y técnicas de contratación administrativa.

Respecto al resto del contenido, realmente esta edición presenta una gran diversidad, que se ve reflejada en el índice de la misma. Estamos particularmente orgullosos de las secciones que acompañan al Tema Central: Entrevistas y Misceláneas, ya que ambas presentan una gran calidad; y de la creación de una nueva sección dedicada al debate: Posturas Encontradas.

Como dice Guido Calabresi en su entrevista (publicada en este número) nosotros sólo nos hemos preocupado de “crear un espacio en el cual grandes cantantes puedan cantar y grandes bailarines puedan bailar”, el resto ha venido solo. En ese sentido, y finalizando esta presentación, no quisiera dejar de agradecer a todas las personas involucradas en la concepción y planificación del presente número, así como a todos los autores, entrevistados y colaboradores (que han sido realmente muchos); y a toda la Asamblea de THEMIS, a quienes, simplemente, hemos dejado “fluir”... y a quienes, por tanto, corresponde gran parte del mérito de esta edición.

Agosto de 2006.

EL DIRECTOR

THEMIS

Revista de Derecho

Publicación editada por alumnos de la Facultad de
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

CONSEJO DIRECTIVO

Fernando del Mastro Puccio
Nicolás Galindo García
Isabel Lira Miró Quesada
Julia Loret de Mola Cáceres
Oscar Súmar Albújar
Inés Vega Franco

MIEMBROS

Carmen María Accinelli Obando
Jimena Aliaga Gamarra
Francisca Benavides Roose
Patricia Brocos Duda
Mayra Bryce Alberti
Joanna Dawson Pendavis
Mariana Delgado Zeppilli
Mario Fernando Drago Alfaro
Ricardo Elías Puelles
Daniel Flores Consiglieri
Laura Francia Acuña
Giuseppe Galluccio Tonder
Carlos Glave Mavila
Daniel Gonzales La Rosa

Julián Li Díaz
Rosa Isabel Luna Victoria Jammaers
Lucía Luna Negrón
Giuseppe Marzullo Carranza
Pablo César Mori Bregante
Juan Manuel Pazos Aurich
Eduardo Peláez Santillán
José Christian Ramírez-Gastón Durán
André Robilliard Escobal
Brenda Sparrow Alcázar
Luis Miguel Velarde Saffer
Pedro Mario Vera Ortiz
Aarón Verona Badajoz
Inti Vidal Felip

COMITÉ CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez
Javier de Belaunde López de Romaña
Carlos Cárdenas Quirós
Robert D. Cooter
Francisco Eguiguren Praeli
Carlos Fernández Sessarego
Baldo Kresalja Rosselló

Elvira Méndez Chang
Juan Monroy Gálvez
Javier Neves Mujica
Richard A. Posner
George L. Priest
Manuel de la Puente y Lavalle
Fernando de Trazegnies Granda

THEMIS-Revista de Derecho no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los
autores y entrevistados en la presente edición.

Asociación Civil **THEMIS**

Segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Teléfono: 626-2000 anexo 5391.

Fax: 461-3465

Correo electrónico: themis@pucp.edu.pe

<http://www.revistathemis.com>

TEMA CENTRAL: DERECHO REGULATORIO

TÉCNICAS Y PRINCIPIOS DE LA REGULACIÓN

<i>Stephen G. Breyer</i> Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma	7
<i>Gaspar Ariño Ortiz</i> Logros y fracasos de la regulación	43
<i>Domenico Sorace</i> Regulación económica y democracia política: un punto de vista italiano	55
<i>Roxana Barrantes</i> ¿La moda no incomoda? ¿O desde cuándo la dotación institucional es más importante que el mejor mecanismo regulatorio?	63
<i>Carlos A. Patrón</i> El perro del hortelano: definiendo el rol empresarial del Estado en Latinoamérica	75
<i>Eduardo Quintana</i> Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio: ¿captura o administración de recursos dispersos?	93

REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR SECTORES

<i>Jorge Liceti y Giancarlo Guardia</i> Regulando el cambio de la matriz energética del país: la regulación del gas natural en el Perú	121
<i>Sergio Salinas y Mauro Gutiérrez</i> Sector agua y regulación en el Perú: lineamientos para una reforma institucional	135
<i>Juan Rivadeneyra</i> Breve aproximación a la regulación de las telecomunicaciones móviles en Latinoamérica: rasgos, enfoques y desafíos	155
<i>Diego Zegarra, Guelly Solar Álvarez y Alberto Cairampoma</i> Principales aspectos jurídicos del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL)	171

RÉGIMEN DE CONCESIONES

<i>Juan Carlos Morón</i> Los principios inspiradores de la contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas	189
<i>René Cornejo</i> Inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos: una mirada desde el sector público	211

<i>Miguel Ángel Ronceros</i> Concesiones cofinanciadas y PPPs	231
<i>Gonzalo Ruiz Díaz y Christy García Godos</i> Aspectos económicos e institucionales relativos al diseño de contratos de concesión viales	239
<i>Alejandro Manayalle</i> Las clases de concesiones de infraestructura portuaria en el Perú y el diseño de la concesión del Muelle Sur en el terminal portuario del Callao	255

MISCELÁNEA

<i>Soledad TorreCuadrada</i> La consideración internacional de las poblaciones indígenas en los últimos años: evolución y asignaturas pendientes	269
<i>Martín Mejorada</i> Garantía mobiliaria: novedad y reivindicación	287
<i>Freddy Escobar</i> La 'naturaleza muerta' del contrato de reporte: corto réquiem a las paradojas del profesor Arata	303

ENTREVISTAS

<i>Guido Calabresi</i> "De lo que más me preocupé fue de crear un lugar que fuera tanto feliz, como intelectualmente emocionante"	317
<i>Philip B. Heymann</i> "No puedo distinguir moralmente entre un Estado que deja caer una bomba desde el aire y un terrorista que coloca una bomba sobre la tierra"	325
<i>Sergio Rodríguez Azuero</i> "Las normas de Basilea II no toman en cuenta la realidad de nuestros países"	331
<i>Susan Rose-Ackerman</i> "La corrupción tiene un efecto en la gente de escasos recursos impidiendo que comiencen un negocio"	337

NUEVA SECCIÓN: POSTURAS ENCONTRADAS

<i>Freddy Escobar versus Eduardo Hernando Nieto</i> ¿Es el análisis económico del Derecho una herramienta válida de interpretación del Derecho positivo?	341
---	-----

ANALIZANDO EL FRACASO EN LA REGULACIÓN: SOBRE MALAS COMBINACIONES, ALTERNATIVAS MENOS RESTRICTIVAS Y REFORMA*

Stephen G. Breyer** ***

Considerado uno de los artículos clásicos del Derecho Regulatorio, este trabajo nos ofrece un análisis global tanto acerca de los escenarios en los que resulta más conveniente mantener un espacio no regulado antes que introducir medidas gubernamentales, como supuestos en los que resulta apropiado modificar el tipo de regulación existente, mostrando las justificaciones y alternativas a la regulación.

Recomendamos de manera especial la lectura del presente artículo puesto que establece un marco teórico ordenado y útil para evaluar la eficiencia de potenciales reformas regulatorias y puede servir de introducción al resto del contenido del número, por la cantidad de temas que abarca (es ilustrativo de este punto el hecho de que se toquen temas como la “nacionalización” y el “control de rentas”, entre otros).

* El presente artículo fue publicado originalmente en Harvard Law Review 92, 1979, bajo el título “Analyzing regulatory failure: mismatches, less restrictive alternatives and reform”. Agradecemos a Harvard Law Review por la autorización concedida para la publicación de este artículo. La traducción fue realizada por Jimena Aliaga Gamarra, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS, bajo la supervisión del doctor Eduardo Quintana Sánchez, Master en Regulación de Servicios Públicos, London School of Economics; profesor de la Especialidad de Servicios Públicos de la Maestría de Derecho de la Empresa de la PUCP y de la Facultad de Derecho de la UPC; y asociado Senior del estudio Ferrero, Lema, Solari & Santiviáñez. Extendemos un especial agradecimiento a los doctores Carlos J. Zelada y Mario Reggiardo Saavedra por su valiosa colaboración.

** Al escribir este artículo Stephen G. Breyer era profesor de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. AB, Stanford, 1959. B.A., Oxford, 1961. Harvard, 1964. Desde 1994 hasta la fecha, Stephen G. Breyer se desempeña como Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

*** El autor agradece el apoyo en esta investigación de la American Bar Association, the Health Resources Administration of the Department of Health, Education and Welfare y Ford Foundation. También se utilizó para este artículo un boceto utilizado por la comisión de Derecho y Economía de la American Bar Association en su reporte: Roads to Reform, capítulos 3 y 4. 1978.

Las propuestas de “reforma” para la regulación gubernamental tienden a agruparse en cuatro categorías. Algunos recomiendan cambios en la estructura de la agencia reguladora, como reemplazar su dirección por un cuerpo colegiado convirtiéndola en unipersonal¹. Otros sugieren que se mejoren los procedimientos que siguen las agencias². Otros buscan mejorar las calificaciones de quienes son designados para ocupar los cargos³. Un grupo final de propuestas recomienda que se hagan cambios en la regulación sustantiva como, por ejemplo, desregular las líneas aéreas⁴ o grabar con impuestos a los productores de gas natural en vez de regularlos⁵.

Las propuestas de los tres primeros tipos son generalmente inadecuadas o incapaces de producir por sí mismas un cambio significativo en los efectos que tiene la regulación sobre las empresas reguladas. Caso contrario es el de las propuestas que se ubican dentro del cuarto grupo –que plantean cambios importantes y sustanciales en la regulación– y que pueden resultar en cambios significativos. Sin embargo, tales propuestas son difíciles de formular debido a la necesidad de conocimiento especializado sobre las industrias reguladas y sobre los efectos que un sistema regulatorio en particular pueda tener sobre ellas.

Este artículo se centra en dar propuestas del cuarto tipo. Busca ayudar a formular y desarrollar propuestas de cambio de carácter sustantivo al ofrecer un marco conceptual de análisis de la regulación económica. Este marco conceptual está diseñado para identificar las áreas regulatorias existentes que requieran particularmente de una reforma; también busca ayudar a legisladores y administradores a decidir si deberían diseñar nuevos programas regulatorios o confiar en sistemas de regulación alternativos a los tradicionales. El marco conceptual está construido sobre la base de un simple axioma para la creación e implementación de cualquier programa: determinar los objetivos, examinar los métodos alternativos para obtener tales objetivos, y elegir el mejor método para hacerlo. En materia regulatoria, muchos factores causan que este axioma sea cumplido solamente en parte.

Primero, aunque los defectos del libre mercado son ampliamente conocidos, no se cuenta con una identificación sistemática de los problemas típicos que van de la mano con las formas clásicas de regulación⁶. Asimismo, las alternativas potenciales frente a la regulación clásica, como por ejemplo las medidas tributarias, tampoco son exploradas minuciosamente⁷. Existen muchos argumentos en favor de que la regulación gubernamental asuma que la regulación al menos en principio es la solución óptima para cualquier problema que se perciba en mercados no regulados⁸. No obstante, la regulación contiene sus propios defectos típicos. Uno de los objetivos de este artículo es presentar estos defectos de forma sistemática de tal manera que sea más fácil para los legisladores, administradores y otros combinar los objetivos de regulación con los sistemas regulatorios.

Segundo, el éxito o el fracaso de los programas regulatorios específicos parece depender de tantos factores –históricos, políticos, administrativos, económicos– que cualquier análisis que no tome en cuenta todos ellos parece incompleto, mientras que uno que incluya todos esos factores hace que cada programa parezca único descartando el análisis o la evaluación a la luz de la experiencia ganada en la regulación de otras materias o lugares. De esta forma, los creadores de políticas públicas encuentran difícil aprender de la experiencia lograda en otras áreas. Este artículo sugiere, sin embargo, que no se requiere considerar todos los factores desde la partida. Por el contrario, debería analizarse comparativamente los méritos de cada método regulatorio alternativo en función de las razones que explican la decisión de aplicar un programa regulatorio y recién allí introducir consideraciones históricas, políticas, procedimentales o administrativas para verificar si modifican –y de ser así cómo lo hacen– el juicio del analista sobre el método más apropiado. Muy frecuentemente no lo modifican.

El principal objetivo de este artículo es presentar un marco conceptual inicial para el análisis de la regulación económica. La exploración de los detalles más finos

¹ LANDIS, James M. “Report on Regulatory Agencies to the President-Elect”, conocido también como “Chairman of the Subcommittee on Administrative Practice and Procedure of the Senate Committee”. En la magistratura, 86avo Congreso, sesión 2. 1960.

² Por ejemplo, II-V Senate Committee on Governmental Affairs. 95avo Congreso, sesión 1. 1977.

³ Por ejemplo, “Study on Federal Regulation. Senate Committee on Government Operations”. 95avo Congreso, sesión 1. 1977.

⁴ STAFF OF THE SENATE SUBCOMMITTEE ON ADMINISTRATIVE PRACTICE AND PROCEDURE OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY. “Report on Civil Aeronautics Board Practices and Procedures”. 94avo Congreso, sesión 1. 1975. Este reporte también es conocido como el Repore Kennedy, ya que el Senador Kennedy fue el presidente de este subcomité (en adelante, “CAB REPORT”).

⁵ BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. “The Natural Gas Shortage and the Regulation of Natural Gas Producers”. En: Harvard Law Review 86. 1973. p. 941.

⁶ Para un listado de fallas del mercado véase: BATOR, Francis. “The Anatomy of Market Failure”. En: Q.J. Economic 72. 1958. p. 351. Para una lista comprensiva de regulación económica, ver: KAHN, Alfred. “The Economics of Regulation”. 1970-1971.

⁷ No obstante, para hacer una revisión de los esfuerzos para hacerlo ver: FRIEDLANDER, Ann y John Due. “Government Finance”. Sexta edición. 1977. pp. 67-75; KNEESE, Allen y Charles SCHULTZE. “Pollution, Prices and Public Policy”. 1975. pp. 85-111; COX, Archibald y John DUNLOP. “Regulation of Collective Bargaining by the National Labor Relations Board”. En: Harvard Law Review 63. 1950. p. 389.

⁸ DOUGLAS. “The Case for the Consumer of Natural Gas”. En: Georgetown Law Journal 44. 1956. p. 566; KAHN, Alfred. “Economic Issues in Regulating the Field Price of Natural Gas”. En: AM Economic Review 50. 1960. p. 506.

de este marco conceptual se deja para un trabajo posterior⁹. Este marco conceptual consiste en tres partes básicas. Primero se describirán los defectos del mercado que típicamente dan lugar a que se plantee la necesidad de regulación. Luego se discutirán distintas fórmulas de regulación clásica junto con los problemas más graves que trata de resolver cada una de ellas. Por último, se listarán algunos regímenes alternativos que pueden utilizarse en ciertos casos con mayor éxito que la regulación clásica.

La segunda parte del artículo ilustrará el marco conceptual y explorará algunos de sus detalles e implicancias al aplicarlo a varios programas regulatorios. Cada uno de estos breves "estudios de casos" derivará en algunas conclusiones generales respecto de la combinación, o la mala combinación, entre objetivos y medios regulatorios. Sin embargo, el marco conceptual y las reglas generales que fluyen del mismo sirven sólo para identificar algunos "candidatos" para la reforma regulatoria. Antes de llegar a una decisión final sobre un programa regulatorio específico, es necesario explorar en detalle todos los beneficios y perjuicios de la regulación o desregulación, así como las justificaciones para cualquiera de ellas.

El proceso a través del cual se introduce la reforma es de carácter político, y precisamente por eso la tercera parte de este artículo describirá brevemente cómo puede procederse con un "candidato" para determinar qué tipo de reforma es deseable y cómo lograrla.

I. EL MARCO CONCEPTUAL PARA EL ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

El marco conceptual para el análisis propuesto en este artículo asume que un mercado no regulado es la norma y que aquellos que abogan por la intervención del gobierno deben justificarla demostrando que es necesaria para lograr un objetivo público importante que un mercado no regulado no puede lograr. Este presupuesto y el tradicional análisis de "fallas de mercado" que trae consigo se justifican algunas veces apelando a valores sociales como la libertad de acción individual y la reducción de la coerción gubernamental. La justificación de dicho presupuesto se sustenta aquí

en su capacidad de generar probadamente resultados deseables, identificando problemas regulatorios, prediciendo fallas regulatorias, y sugiriendo alternativas. Dado que el presupuesto de que el mercado no regulado es la norma no reposa sobre la adopción de un conjunto particular de valores, el análisis llevará a conclusiones y propuestas que pueden ser aceptadas por personas de un amplio rango de valores y creencias políticas.

Por supuesto que las ventajas propias de un mercado competitivo funcionado correctamente también ayudan a sostener una presunción en favor de un sistema de libre mercado. Estas ventajas han sido identificadas tradicionalmente como la tendencia del mercado a minimizar la pérdida económica al permitir que consumidores y productores lleven a cabo un continuo balance individual de costos y beneficios, el incentivo denominado de "zanahoria y garrote" que el mercado provee para una mayor eficiencia en la producción, y los incentivos que provee para la innovación y la canalización de estas innovaciones en las direcciones socialmente deseadas¹⁰.

Al lograr estos fines, los mercados competitivos reducen la necesidad de recolección centralizada de la información¹¹. Sus señales de precios permiten a los productores y consumidores adaptarse rápidamente al cambio. Y la impersonalidad del proceso de toma de decisiones en los mercados competitivos impide que los afectados en el proceso (debido, por ejemplo, a que sus bienes ya no son demandados)¹² obstruyan el cambio. A estas ventajas debe añadirse una tendencia del mercado competitivo a descentralizar el poder y a tomar decisiones que son "justas" en el sentido de ser impersonales¹³. Finalmente, como Charles Schultze ha anotado, "las relaciones en el mercado son una forma de arreglo de consenso unánime (...) (que minimiza) la necesidad de coerción como medio de organizar la sociedad"¹⁴.

El acercamiento normativo a la regulación que este artículo adopta obviamente difiere marcadamente de los análisis de aquellos que argumentan que al ser un hecho histórico, o de realidad política presente, la regulación es, o fue, diseñada para fomentar los intereses privados de grupos especiales¹⁵. El marco conceptual utilizado aquí se centra no en las causas

⁹ Este artículo básicamente resume un libro que el autor está escribiendo en estos momentos.

¹⁰ Véase en general: SCHULTZE, Charles. "The Public use of Private Interest" 1977. pp. 16-27.

¹¹ Ibid. pp. 19-21.

¹² Ibid. pp. 21-25.

¹³ Ver: KAYSSEN, Carl y Donald TURNER. "Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis". 1959.

¹⁴ SCHULTZE, Charles. Op Cit. pp. 16-17.

¹⁵ Ver por ejemplo: KOLKO, Gabriel. "Railroads and Regulation". 1965. pp. 1877-1916; PELTZMAN, Sam. "Toward a More General Theory of Regulation". En: Economic Journal Law 19. 1976. p. 211; STIGLER, George. "The Theory of Economic Regulation". En: Bell Journal of Economics and Management Science 2. 1971. p. 3.

sino en las justificaciones para la regulación. Asume, por las razones mencionadas líneas arriba, que la regulación sólo se justifica si logra a un costo no tan elevado los objetivos de política que un consenso de observadores racionales consideraría de interés público. Incluso si la creación (o administración) de los programas existentes se explica mejor por el poder político de grupos especiales que buscan fines egoístas –lo que es dudoso al menos en algunos casos¹⁶– aquellos que busquen justificar tales programas deben apelar al menos al “interés público”. Legisladores, administradores, jueces, críticos, reformadores, y el público en general desean saber si es que los programas regulatorios están justificados. Por ello, el enfoque elegido aquí es útil y sirve como guía de implementación y reforma sin tener en cuenta la validez de otras explicaciones sobre el origen de la regulación.

Este marco conceptual puede aplicar a la regulación económica concebida ampliamente como los esfuerzos gubernamentales para controlar o afectar las decisiones de las empresas respecto del precio, cantidad ofertada, calidad del producto, o los procesos de producción. Esta regulación incluye tanto la regulación tradicional de precios y entrada, así como esfuerzos más recientes para regular la salud, la seguridad y el ambiente.

A. Justificaciones típicas para la regulación

Las justificaciones más importantes para la regulación gubernamental de la economía están bien descritas como manifestaciones de fallas de mercado clásicas¹⁷. La mayoría de los defectos del mercado que dan lugar a que se acuda a la regulación pueden ser clasificados del siguiente modo:

1. Control de monopolios

La racionalidad tradicional y persistente para la regulación del precio y las utilidades se basa en la necesidad de controlar el ejercicio de poder de un “monopolio natural”¹⁸. Cuando las economías de escala son tan grandes que hacen ineficiente que más de una empresa ofrezca un producto, la empresa existente incrementará sus utilidades si no es regulada, restringiendo la oferta e

incrementando los precios más allá de los precios competitivos si tiene libertad para hacerlo. En parte, tal regulación busca lograr eficiencia distributiva¹⁹. En tanto los precios de una amplia gama de productos se establezcan en un nivel “competitivo”²⁰, reflejarán correctamente los costos comparativos en términos de los recursos usados realmente. No obstante, si se establecen precios monopólicos altos los consumidores tenderán a sustituir el producto del monopolio por una segunda opción cuya producción, en términos de recursos realmente utilizados, puede ser más costosa para la economía. Que este objetivo distributivo pueda lograrse mediante la regulación de precios cobrados es discutible. El hecho de que el precio regulado se establezca lo suficientemente alto como para cubrir los costos fijos del monopolio natural lo hace automáticamente más elevado que el precio basado en el costo incremental que generaría la eficiencia distributiva²¹. Más aún, algunos podrían argumentar que en ausencia de regulación, los monopolios naturales establecerían precios que, a través de la discriminación de precios entre los consumidores, son distributivamente más eficientes²².

Sin embargo, mientras se crea que sin regulación la empresa incrementará los precios sustancialmente, se puede argumentar razonablemente que los precios regulados ayudarán a lograr la eficiencia distributiva. Más aún, aquí la racionalidad de la regulación no solo se sustenta en el deseo de eficiencia distributiva, sino también sobre otras justificaciones como la necesidad de asegurar una distribución de ingresos más justa y la desconfianza frente al poder social y político (así como económico) del monopolio natural no regulado.

2. Control de las rentas

Los incrementos súbitos de precios pueden permitir a quienes comercian alguna mercancía tener una utilidad inesperada, un tipo de “renta” económica. Por ejemplo, los propietarios de grandes cantidades almacenadas de petróleo ganaron rentas enormes cuando los árabes elevaron el precio del nuevo petróleo; asimismo, los propietarios del antiguo gas natural obtuvieron rentas cuando los costos de encontrar nuevo

¹⁶ Por ejemplo, esta no es una verdadera industria. Ver: CAB REPORT. Nota 4, *supra*. pp. 31-35.

¹⁷ Ver, por ejemplo: MISHAN, Ezra. “Economics for Social Decisions”. 1975. pp. 85-111. Allí se señala que las externalidades son un tipo de falla del mercado clásica; BATOR, Francis. Nota 6, *supra*.

¹⁸ Ver: POSNER, Richard. “Economic Analysis of Law”. 1973. pp. 49-139; 65-163; 69-268.

¹⁹ Ver: KAHN, Alfred. Nota 8, *supra*. pp. 65-70.

²⁰ El “precio competitivo” puede definirse a grandes rasgos como el precio que se establecería si la industria fuera capaz de mantenerse en competencia. La ambigüedad de esta definición responde en parte a algunas de las dificultades que enfrenta la regulación clásica.

²¹ El argumento clásico de “eficiencia distributiva” depende de que los precios sean iguales a los “costos marginales” en la economía. Las muchas violaciones de esta regla en numerosos mercados hacen difícil determinar cuán beneficioso puede ser acercar los precios hacia los costos marginales, en unos casos, o hacia los incrementales, en otros. De cualquier forma, debe resaltarse que los monopolios naturales, debido a su alta inversión fija, tienden a tener costos estándares que son más altos que sus costos marginales. Los precios regulados deben ser fijados de modo que permitan recuperar los costos estándares, lo cual viola inevitablemente el principio de precio igual a costo marginal.

²² POSNER, Richard. “Natural Monopoly and its Regulation”. Stanford Law Review 21. 1969. pp. 73; 548-569.

gas subieron²³; y los dueños de viviendas existentes obtienen rentas cuando los costos de construcción se elevan más rápido que otros costos. Las rentas existen en toda la economía, tanto en industrias competitivas como no competitivas. Cualquier empresa que encuentre un proceso de producción más eficiente, un proveedor inusualmente más barato, que con suerte adquiere maquinaria cuando la misma está más barata, o que tiene administradores inusualmente más efectivos –pero que no puede expandirse lo suficiente como para satisfacer la demanda de toda la industria– obtendrá una renta. Por lo general, las rentas no son reguladas, pero cuando son elevadas y no reflejan ningún talento o habilidad particular de parte de los productores, algunas veces se propugna su regulación²⁴. El objeto de la regulación es transferir esas “utilidades inesperadas no merecidas” de los productores o propietarios de los recursos escasos a los consumidores o contribuyentes.

3. Corrigiendo efectos colaterales

La regulación se justifica frecuentemente por la necesidad de compensar el hecho de que el precio de un producto no refleje los principales costos que su producción o uso imponen a la economía²⁵. El precio del acero no refleja el efecto secundario o costos externos que impone en forma de contaminación del aire, que daña o molesta a aquellos que viven cerca de la planta de producción. Como resultado, se demandará más acero del recomendado dados los efectos colaterales adversos que se derivan de su producción.

Es claro que el daño que causa la contaminación resulta de la combinación del proceso de producción de la compañía de acero y de vivir cerca de la planta. Y aunque el costo de la contaminación no se refleja en el primero, podría reflejarse adecuadamente en el segundo, pues quienes se mudan cerca de una fábrica saben que toser es el precio que deben pagar²⁶. Entonces la regulación debe descansar en la idea de que el costo extra de producción, por ejemplo, el costo de depuradores de aire, se valida por la reducción del daño por contaminación. Esto refleja la creencia de

que los usuarios de acero y los afectados por la contaminación aceptarán pagar para reducir la contaminación si pudiesen negociar entre ellos. La regulación por la presencia de costos por efectos colaterales puede ser vista como una forma de corregir la dificultad de negociación entre las partes involucradas²⁷.

4. Corrigiendo información inadecuada

Para que los mercados competitivos funcionen bien los consumidores deben tener información suficiente para evaluar los productos en competencia. Esta información es en sí misma una mercancía, cuya provisión reflejará costos y demanda. La regulación gubernamental está diseñada a veces para suplir la información inadecuada que se brinda al consumidor o para reducir los costos de obtención de información adecuada para el consumidor²⁸.

En particular, la acción del gobierno será necesaria cuando los proveedores busquen engañar a los consumidores deliberadamente y resulte costoso o poco práctico que el consumidor utilice los mecanismos de mercado existentes para evitar tal engaño; cuando los consumidores no pueden evaluar rápidamente la información disponible, como las habilidades comparativas de los doctores o los abogados o la potencial efectividad de las medicinas²⁹ o cuando el mercado, por el lado de los proveedores, es insuficientemente competitivo para proveer toda la información requerida. En estas instancias el gobierno busca proveer o requiere más o mejor información o, a través de regulación sustantiva, suple la falta de la misma.

5. Competencia excesiva

Una justificación comúnmente propuesta para la regulación de aerolíneas, camiones y barcos es la necesidad de controlar la “competencia excesiva”³⁰. En realidad esta noción se refiere a distintas justificaciones, las cuales asumen que si los precios se reducen demasiado, las empresas saldrán del negocio, y los productos terminarán siendo demasiado costosos.

²³ Véase: BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. Nota 5, *supra*. p. 950.

²⁴ Véase, por ejemplo: DOUGLAS. Op. Cit. También ver: “A Proposed Response to the Energy Crisis: Windfall Profits Taxation”. En: Notre Dame Law 49. 1974. p. 867.

²⁵ Ver: MISHAN, Ezra. Nota 17, *supra*. pp. 93-95.

²⁶ *Ibid.* p. 94. También ver: COASE, Ronald. “The Problem of Social Cost”. En: Economic Journal Law 3. 1960. pp. 11-12.

²⁷ Véase en general: CALABRESI, Guido. “The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis”. 1970; CALABRESI, Guido. “Optimal Deterrence and Accidents”. En: Yale Law Journal 84. 1975. p. 656; CALABRESI, Guido y Dan MELAMED. “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”. En: Harvard Law Review 85. 1972. p. 1089; COASE, Ronald. Nota 26, *supra*.

²⁸ Véase, por ejemplo: 15 United States Code 1681-1681t (1976) (obligación de informar con precisión sobre los créditos en defensa del consumidor).

²⁹ Véase: *Bates versus State Bar* 433 U.S. 350, 373-75 (1977); *Virginia State Board of Pharmacy versus Virginia Citizens Consumer Council Inc.* 425 U.S. 748, 769-70 (1976).

³⁰ Ver: KAHN, Alfred. Nota 6, *supra*. pp. 172-250.

Este grupo particular de justificaciones es una “caja sin contenido” pues no existe un programa regulatorio que pueda justificarse en referencia a ellas. El análisis de los diferentes problemas a los que esta propuesta de regulación se refiere nos hace ver claramente cuán vacía está la caja.

Este planteamiento puede referirse a un problema histórico. Por ejemplo, cuando las aerolíneas inicialmente recibieron grandes subsidios del gobierno (desde 1920 a 1950) tuvieron incentivos para bajar los precios muy por debajo de los costos para incrementar su tamaño mientras que compensaban las pérdidas adicionales a través de subsidios adicionales³¹. Dado que el problema fue causado por la intervención del propio gobierno (a través de los subsidios), requería una intervención adicional para contrarrestarlo³². De forma similar, la regulación de precios mínimos para las compañías de camiones respondió históricamente a los reclamos de las transportistas por tren que señalaban que era “injusto” que ellas estuvieran reguladas mientras se dejaba a las compañías de camiones desreguladas y libres para competir por el negocio más lucrativo de las primeras³³.

La racionalidad de esta propuesta puede referirse a problemas enfrentados por una industria con elevados costos fijos y demanda cíclica³⁴. Las empresas en la industria, pueden descubrir que fijar precios incrementales cuando el mercado está de baja les permite rentas insuficientes para producir a su total capacidad. Reducir la capacidad durante períodos flojos es ineficiente pues es más caro incrementarla cuando el mercado está de alza que mantenerla continuamente. Esta racionalidad se usa a menudo para justificar los “carteles de crisis”³⁵ en Europa y Japón.

La racionalidad puede referirse a la posibilidad de los precios “predatorios” –una empresa dominante que establece precios debajo de los costos variables de forma tal que logre sacar a sus rivales del mercado, luego sube sus precios recuperando así las utilidades perdidas antes de que nuevas empresas, atraídas por los precios altos, entren en el mercado³⁶. Sin embargo,

hay poca evidencia de que éste problema se de en alguna de las industrias altamente reguladas. Cuando puedan existir precios predatorios, pueden ser enfrentados a través de la aplicación de las normas antimonopolios³⁷.

En relación con lo anterior, la racionalidad de la competencia excesiva puede ser un argumento en contra de permitir que nuevas empresas entren a la industria de “monopolio natural”, donde la existencia de más de una empresa llevaría a costos por unidad ofertada más altos. Pero si la industria es realmente un monopolio natural, presentando de esta forma economías de escala y grandes barreras de entrada, no es claro por qué o cómo otra empresa pueda entrar el mercado³⁸.

6. Riesgo moral

El término “riesgo moral” es usado para describir una situación en la que alguien distinto al comprador es quien asume los costos de las compras que éste efectúa. De esta forma, el comprador no experimenta restricción alguna en su presupuesto y compra un bien sin darse cuenta de los costos que impone a la economía³⁹. Cuando las restricciones éticas, u otro tipo de restricciones institucionales, o la supervisión directa realizada por aquel que lleva a cabo el pago fracasan al controlar las compras, la regulación gubernamental puede ser la respuesta.

El ejemplo actual más obvio es cuando los costos de medicinas se elevan paulatinamente⁴⁰. Como la atención médica es adquirida en grandes extensiones por el gobierno o por grandes aseguradoras privadas (virtualmente con ninguna restricción en la cantidad demandada por el usuario individual), los costos de los servicios médicos han logrado formar parte de una aun más grande proporción del producto nacional⁴¹. El hecho de que las compras sean pagadas por otros libera al individuo de la necesidad de considerar que el uso de más atención médica significa menos producción de otros bienes; de esta forma una persona podrá usar los recursos médicos “innecesariamente” o “excesivamente”. Si se considera que demasiado del producto bruto nacional está destinado a tratamientos médicos y además considera que el problema del

³¹ CAB REPORT. Nota 4, *supra*. pp. 60-62.

³² *Ibid.* pp. 31-34.

³³ Véase: KAHN, Alfred. Nota 6, *supra*. p. 18; S. Rep 482. 74avo Congreso, sesión 1. 1935. pp. 2-3.

³⁴ Véase: KAHN, Alfred. Nota 6, *supra*. p. 173.

³⁵ SCHERER, Frederic. “Industrial Market Structure and Economic Performance”. 1970. pp. 306-307.

³⁶ Ver: CAB REPORT. Nota 4, *supra*. pp. 58-59.

³⁷ Véase: AREEDA, Phillip y Donald TURNER. “Antitrust Law”. 1978. p. 711; AREEDA, Phillip y Donald TURNER. “Predatory Pricing and Related Practice under Section 2 of the Sherman Act”. Harvard Law Review 88. 1975. p. 697.

³⁸ Puede que haya un incentivo para que una nueva empresa entre a un mercado, así como cuando un monopolio natural es regulado. No obstante, si la empresa no está regulada y cobra precios monopolistas, entonces debe permitirse la competencia pues hará que los precios bajen.

³⁹ Para un ejemplo descriptivo del “riesgo moral”, véase: ARROW, Kenneth. “Essays in the Theory of Risk Bearing”. 1971. pp. 142-143.

⁴⁰ Véase: GIBSON, Robert y Marjorie SMITH MUELLER. “National Health Expenditures, Fiscal Year 1976, Social Security Bull”. 1977. p. 3.

⁴¹ Véase: FELDSTEIN, Martin y Amy TAYLOR. “The Rapid Rise of Hospital Costs. Staff Report of the Council on Wage and Price Stability, Executive Office of the President”. 1977.

“riesgo moral” previene de que los precios más altos actúen como un limitante en la demanda individual de esos recursos, lo que a su turno reduce el incentivo para mantener bajos los precios, se puede abogar por regulación que mantenga los precios bajos, mejore la eficiencia o limite la provisión de asistencia médica⁴².

7. Racionalización

La intervención gubernamental ocasionalmente se justifica sobre la base de que, sin ella, las empresas de una industria se mantendrían muy pequeñas o carecerían de la organización suficiente para producir eficientemente⁴³. Se podría esperar que tales empresas usualmente crezcan o cooperen, y que así los costos unitarios se reduzcan⁴⁴. Pero, a menudo, los factores sociales o políticos actúan para contrarrestar esta tendencia⁴⁵. En tales circunstancias, las agencias reguladoras han buscado adentrarse en un “planeamiento” general de la industria. En los sesentas, por ejemplo, la Comisión Federal de Energía argumentó que incrementar la coordinación en el planeamiento y la operación de la generación de energía eléctrica y en la transmisión de instalaciones reduciría significativamente los costos unitarios⁴⁶. La Comisión se dio cuenta de que los problemas ambientales, políticos, regulatorios y de administración hacían muy difícil que las empresas planearan conjuntamente. El resultado fue un esfuerzo relativamente poco exitoso de la agencia federal para promover una racionalización general de la industria⁴⁷.

B. Justificaciones menores

Se han propuesto muchas justificaciones adicionales para la regulación gubernamental. Si bien no son por sí mismas persuasivas, estas justificaciones muy a menudo proveen de un apoyo parcial para la acción regulatoria.

a. Poder de negociación desigual

La presunción de que la “mejor” o más eficiente asignación se logra mediante las fuerzas del mercado yace en parte en la presunción de que existe una “apropiada” asignación del poder de negociación entre

las partes afectadas. Donde la división existente del poder de negociación es “desigual”, puede pensarse que la regulación se justifica para lograr un mejor balance. Se sustenta en algunas oportunidades, por ejemplo, que el “poder de negociación desigual” de pequeños vendedores necesita una protección legislativa especial⁴⁸. Si bien en principio se puede regular el poder de compra para proteger a estos vendedores, la respuesta más usual del Congreso es otorgar una excepción de las leyes antimonopolio, permitiendo que los vendedores se organicen para contratar más eficientemente con su comprador. Esta racionalidad se encuentra en la excepción otorgada no sólo a las cooperativas laborales, sino que también a las de agricultura y pesca⁴⁹.

b. Escasez

La regulación se justifica, muchas veces, en términos de escasez⁵⁰. La regulación basada en esta justificación refleja una decisión deliberada de abandonar el mercado y usar las asignaciones regulatorias para lograr un grupo de objetivos (muchas veces no especificados) de interés público⁵¹, como, por ejemplo, el caso de las licencias de las estaciones de televisión. A veces se utiliza la regulación frente a abruptas reducciones de la oferta, las cuales resultarían muy duras para muchos usuarios, quienes no podrían costear los incrementos dramáticos en los precios resultantes (como en el caso de del boicot del petróleo árabe). Debe recordarse, sin embargo, que la “escasez” puede ser el resultado de los manejos de un programa regulatorio en funcionamiento, como, por ejemplo, cuando el gas natural debe ser asignado debido al control de la renta, o cuando una agencia entrega licencias para entrar a una industria.

c. Paternalismo

Aunque en algunos casos la información completa y adecuada para alcanzar una decisión racional puede estar disponible para aquellos que toman las decisiones en el mercado, hay quienes sustentan que, pese a ello, estos toman una decisión equivocada y, por ello, se requiere regulación gubernamental. Esta justificación nace del paternalismo puro: el gobierno sabe mejor

⁴² Ver: Conference on Health Planning, Certificates of Need, and Market Entry: Regulating Health Facilities Construction”. 1974.

⁴³ Véase, por ejemplo: BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. “The Federal Power Commission and the Coordination Problem in the Electrical Power Industry”. South California Law Review 46. 1973. pp. 661; 680-682; 685-687, 688-694. Ver también: KAHN, Alfred. Nota 6, supra. pp. 64-77.

⁴⁴ Ver: BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. Nota 43, supra. pp. 665-69.

⁴⁵ Véase, en general: SCHERER, Frederic. Nota 35, supra. pp. 163-164; 437-439; 490-94.

⁴⁶ U.S. Federal Power Commission, National Power Survey. 1964.

⁴⁷ Ver: BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. Nota 43, supra.

⁴⁸ Ver: National Labor Relations Act 1, 29 United States Code. 1976.

⁴⁹ 15 United States Code § 17. 1976 (sindicatos); Capper-Volstead Act, 1922, 7 United States Code pp. 291-292. 1976 (agricultura); Fisherman’s Cooperative Marketing Act, 15 United States Code pp. 521-522. 1976 (pesca).

⁵⁰ BRANNAN. “Prices and Incomes: The Dilemma of Energy Policy”. En: Harvard Journal on Legislation 13. 1976. pp. 445-447.

⁵¹ Ver: Federal Communications Act. United States Code 47. 1970. pp. 151-609. .

qué quiere el individuo y lo que es bueno para él. La desconfianza en la habilidad del comprador puede basarse en la inhabilidad de las personas comunes para evaluar la información, como en el caso de la adquisición de servicios profesionales, o en la creencia de que, aunque la información puede ser evaluada correctamente por la persona, las tendencias humanas irracionales lo evitan. Este último puede ser el caso en que están involucradas bajas probabilidades, como los pequeños riesgos de daño o cuando están implicadas cuestiones de vida o muerte, como sucede cuando aquellos que sufren de cáncer compran una medicina, incluso si toda la información disponible y confiable indica que su utilización es inútil o, incluso, que es dañina. Es cuestionable que el paternalismo, cuya base es la desconfianza en la racionalidad del consumidor (que parece jugar un papel muy importante en algunas decisiones del Gobierno), sea consistente con las nociones de libertad de elección, las cuales, a su vez, son el fundamento de la presunción del libre mercado.

Muchos programas regulatorios reposan no sobre uno sino varias racionalidades. De esta forma, por ejemplo, alguien puede estar a favor de la regulación de la seguridad en el centro laboral por muchas razones. Uno puede reconocer que los empleadores y los empleados pueden negociar una mejor seguridad en el centro de trabajo, es decir, mayor inversión en seguridad pero a la vez, sustentar que los accidentes imponen costos en otros, quienes no están representados en el grupo negociador. De esta forma, negociar sólo producirá gastos inadecuados en los implementos de seguridad. Esta es una racionalidad de efectos colaterales. En cambio, otro puede creer que el trabajador no sabe lo suficiente sobre los riesgos y consecuencias de los accidentes, por lo que insistirá en que se implementen nuevas medidas de seguridad. Y esto, para sustentar que existe un defecto informativo en el mercado. Asimismo, otro puede creer que el trabajador es demasiado pobre o muy débil para negociar por la seguridad que necesita, es decir, que tiene un poder de negociación desigual. Finalmente, hay quienes pueden decir que los trabajadores (y, en realidad, todas las personas) son simplemente incapaces de entender sus posibles opciones futuras respecto de los accidentes que los afectan, y que inevitablemente subestiman el riesgo. Si la regulación es un esfuerzo por darles lo que "realmente" quieren (en contra de sus opiniones expresas), tenemos una racionalidad paternalista. La importancia de distinguir la racionalidad está en hasta qué punto hacerlo nos sugiere remedios diferentes. Así, si se considera que el problema principal es el de la información, pues se

tenderá a favorecer los esfuerzos del gobierno para proveer de más información y no la regulación clásica. Aunque alguien que acepte una racionalidad paternalista pueda no estar de acuerdo con quien crea que el problema es relativo a la información, el establecimiento claro de sus puntos de diferencia puede llevar a un trabajo empírico, el mismo que los conducirá hacia un acuerdo sobre la racionalidad básica y, de esta forma, ayudará a escoger el arma regulatoria que se acomode más a los problemas actuales.

d. El arma regulatoria

Casi toda actividad regulatoria puede ser agrupada en siete tipos o "formas". 1. fijación de tarifas según costos; 2. fijación de tarifas históricas; 3. asignación de recursos según el interés público; 4. asignación de recursos histórica; 5. establecimiento de estándares; 6. evaluación individualizada; y, 7. obligaciones de entregar o transferir información a terceros. Los reguladores descubren con prontitud que cada una de estas formas viene usualmente acompañada de ciertos problemas típicos que no pueden ser resueltos exitosamente por el mercado, los cuales deberían ser reconocidos previamente como elementos propios de cada particular régimen regulatorio.

Cada forma regulatoria es aplicada en contextos bastante distintos. La asignación basada en el interés público, por ejemplo, es la que explica el otorgamiento de licencias de radiodifusión, de rutas aéreas, de venta de bebidas alcohólicas y de la explotación de algunos recursos naturales escasos. ¿Por qué pueden agruparse los programas de regulación económica en formas, con rasgos y problemas característicos? En principio, se podría esperar que existan tantos tipos de regulación como áreas sustantivas requieran de ella, pero, en la práctica, ese grado de variación está drásticamente limitado, debido a que, en parte, todos los programas regulatorios están sujetos a ciertos límites institucionales.

Primero, la relación entre el regulador y las industrias reguladas es comúnmente de adversarios, ya que el regulador buscará que la industria actúe en forma distinta a la que podría actuar según un mercado no regulado. Segundo, el regulador es una burocracia institucional, conformada por administradores o servidores públicos que actúan de acuerdo con reglas internas y con lineamientos que pueden comprenderse con relativa facilidad. Tercero, a pesar de que se hable de un crecimiento súbito⁵², durante muchos años la regulación ha surgido gradualmente y los nuevos programas copian

⁵² Un reporte de la Brookings Institution que documenta el crecimiento de las administraciones federales concluye que no se ha hecho el esfuerzo para verificar el crecimiento. KAUFMAN, Herbert. "Are Government Organizations Immortal?". 1976. pp. 47-52; 70-77.

los antiguos. Así, los diseñadores de la Ley de Aeronáutica Civil (1938)⁵³, precursora de la Ley de Aviación Federal⁵⁴, copió el lenguaje de la Ley de Comercio Interestatal (1887)⁵⁵, la que, a su vez, tomó como modelo la Ley de Ferrocarriles Británica (1985)⁵⁶. Cuarto, las decisiones regulatorias deben seguir los requerimientos del Derecho Administrativo, mayormente codificado en la Ley del Procedimiento Administrativo (en adelante, LPA)⁵⁷. Así, requisitos mínimos son que las agencias reguladoras tomen las decisiones finales sólo después de haber notificado por adelantado a las partes afectadas y haberles permitido que argumenten y puedan presentar evidencia a favor o en contra de las posiciones propuestas. La agencia ha de explicar las razones de su actuar y presentar, públicamente, la evidencia que apoye su decisión final, la que deberá encontrarse siempre sujeta a una eventual revisión judicial que defina, tanto si tal decisión puede considerarse racional en términos “objetivos”, como si, para llegar a la misma, se siguió un debido proceso. Más genéricamente, el proceso de toma de decisiones regulatorias importantes sigue el formato ya planteado en la LPA en lo que respecta a la publicación de los proyectos para recibir comentarios y en la toma de decisión concreta.

1. Fijación de precios/tarifas según costos

Siempre que se pide al regulador que establezca los precios de una industria, es muy probable que use el método de regulación según costos, tanto si la justificación es el control del poder monopólico, como el control de las rentas o la competencia excesiva. Este sistema ha sido usado comúnmente para establecer tarifas de empresas públicas de servicios públicos, como, por ejemplo, productores de electricidad⁵⁸. Sin embargo, los reguladores también han tratado de utilizarlo para establecer las tarifas de aerolíneas, productores de gas natural y otras industrias⁵⁹.

El sistema consiste en un esfuerzo de la Administración para determinar los costos de una empresa (incluyendo

los costos de capital), a fin de permitirle establecer precios suficientes para cubrir tales costos. El regulador elige un año de referencia, suma los costos de operación de ese año, la depreciación, los impuestos, y añade a una ganancia razonable (determinada al multiplicar una tasa de retorno razonable por un número de veces la tasa base, es decir, la inversión definida, tomando en cuenta el valor de la inversión histórica menos la depreciación), garantizando de esta forma el “requerimiento de retorno” de la inversión a la empresa. Es decir, que los precios se fijan de manera que permitan retornos iguales el “requerimiento de retorno”. Si la empresa provee varias clases de servicio, el regulador también determina una “estructura de tarifas”, que es el precio a pagar por cada servicio diferente o para cada clase de consumidor.

Primero, los reguladores determinan el valor de la inversión sobre la cual la empresa podrá aplicar una ganancia, basándose, para ello, en los costos históricos, es decir, la cantidad de dinero invertida en su momento. En un mercado competitivo, sin embargo, las ganancias dependen del costo de reposición de los activos. Si en un mercado competitivo la tecnología reduce los costos de reposición, los accionistas de las empresas más antiguas recibirán menores ganancias; pero si los costos para los nuevos competidores suben, aquellos con equipamiento más antiguo ganarán (temporalmente) más. No obstante, dada la imposibilidad de la Administración de medir los costos de reposición, los reguladores quedan limitados a usar los costos históricos⁶⁰.

Segundo, no existe un método que califique como correcto para determinar la tasa de retorno “justa y razonable”. Los dos métodos típicamente usados –el método de ganancias comparables y el método de flujo descontado–⁶¹ sólo ofrecen una aproximación muy rudimentaria sobre lo que debería pagarse a los accionistas si se tratara de una industria competitiva en vez de una regulada⁶².

⁵³ Chapter 706, 52 Statement 973 (rechazados en 1958).

⁵⁴ Pub. L. 85-726, 72 Statatement 731 (1958) (version actualizada en: United States Code 49. 1870. pp. 1301-1551; ver también: Ibid. § 1373b. 1975; Ibid. 1374b. 1970).

⁵⁵ Chapter 104, 24 Statement 379 (codificado en el 49 United States Code 2, 3(1) (1970).

⁵⁶ 8 Vict. c. 20 (1845); 17 y 18 Vict. c. 31 (1854).

⁵⁷ United States Code 5. 1976. pp. 551-559; 701-706.

⁵⁸ KAHN, Alfred. Nota 6, *supra*. pp. 25-35.

⁵⁹ Ver, en general: Ibid. pp. 150-153; 67-69.

⁶⁰ Ver: *Smyth versus Ames*. 169 U.S. 466, 546-47 (1898); *Missouri ex rel. Southwestern Bell Tel. Co. versus Public Serv. Comm'n*. 262 United States 276, 289-312 (1923) (oposición de Brandeis, J.).

⁶¹ Ver, de manera general: KAHN, Alfred. Nota 6, *supra*. pp. 25-58.

⁶² El método de ganancias comparables no es adecuado porque las ganancias como porcentaje del valor de libros en industrias comparables varían con el tiempo, por lo que sólo ofrece un valor aproximado (las industrias con las que se hace la comparación pueden generar ganancias más altas que las competitivas); y, porque las ganancias necesarias para inducir a la inversión dependen del riesgo –y el riesgo varía ampliamente de acuerdo a las industrias–. El método de flujo descontado, por otro lado, carece de precisión porque está dado sobre la base de variables medibles que no se correlacionan precisamente con las expectativas de los inversionistas, en tanto los factores objetivos que los llevaron a predecir una cierta tasa de crecimiento en el pasado quizá no produzcan la misma tasa (las ganancias esperadas pueden cambiar radicalmente en función a las condiciones económicas, políticas públicas, o expectativas del mercado de valores); y, porque las mismas políticas públicas regulatorias afectarán las ganancias esperadas de los inversionistas.

Tercero, si bien la fijación de tarifas según costos mantiene el precio al nivel del "costo", a la vez genera pocos incentivos para la eficiencia⁶³. Una variedad de medidas *ad hoc*, como "puntos de bonificación" en tasas de retorno que permitan introducirlos⁶⁴, son usadas como sustitutos de la zanahoria y el garrote, representados, respectivamente, por el incremento de las ganancias y la pérdida de negocio que un mercado competitivo ofrece. Pero, por lo general, es extremadamente difícil determinar si el incremento de las ganancias es resultado de una mayor eficiencia, del cambio en las condiciones de mercado o de fallas de mercado que permiten ganancias monopólicas. Cuanto más trata el regulador de supervisar directamente el proceso productivo de la empresa, termina más fácilmente replicando en su interior lo que hace el personal de la empresa regulada.

Cuarto, las comisiones reguladoras encuentran difícil ajustar las tarifas para reflejar cambios que probablemente puedan darse en el costo o la demanda.

La fijación de las tarifas está atada al año de referencia histórico, y los probables cambios en los costos futuros que se atribuyan a la inflación, por ejemplo, son usualmente considerados como "demasiado especulativos" como para sustentar el alza de las tarifas⁶⁵. De forma similar, los comisionados saben que los cambios en el precio afectan la demanda y, por ende, también los ingresos. Por ello, generalmente no toman en cuenta los cambios probables en la demanda. Es usualmente imposible hacer estimados razonablemente correctos sobre la elasticidad de la demanda, ya que los consumidores se adaptan gradualmente y de distinta forma a los cambios en los precios a medida que pasa el tiempo. Consecuentemente, las comisiones reguladoras encuentran particularmente difícil escoger entre los "modelos expertos" de elasticidad de demanda presentados por las partes en conflicto⁶⁶.

Finalmente, es difícil para los reguladores determinar una estructura de tarifas apropiada, ya que,

virtualmente, no existe forma de determinar qué proporción de los costos fijos y costos comunes debe asignarse a cada clase de consumidor. Puede argumentarse que, por razones de eficiencia, una comisión reguladora debería distribuir los costos fijos entre las clases de consumidores de forma inversamente proporcional a su elasticidad de demanda, haciendo que aquellos más propensos a dejar de utilizar el servicio ante incrementos en el precio sean los que paguen menos. Pero esta fórmula enfrenta los problemas prácticos de tener que producir estimados de elasticidad de demanda⁶⁷.

De forma similar, la asignación de los costos comunes en un mercado competitivo se determina principalmente por la demanda comparativa del producto final. El carnicero cobra menos por kilo de cogotes que de pechugas de gallina no porque hacer crecer cogotes requiera más granos de alimento por kilo sino porque la gente compra menos cogotes. De esta forma, la asignación de costos comunes en mercados regulados se ve afectada por la incertidumbre relacionada con la demanda comparativa. Este problema se agrava cuando los diferentes cuerpos regulatorios (estatal y federal, en el caso de una empresa de telefonía) tienen jurisdicción sobre servicios finales diferentes, algunos de los cuales comparten costos. La separación de costos tiende entonces, desde un punto de vista económico, a reflejar factores políticos y otros factores arbitrarios. Por último, las comisiones reguladoras no son proclives a experimentar con distintos sistemas de precios y desarrollar fórmulas complejas para la fijación de tarifas, permitiendo así el uso más eficiente de las plantas existentes (como, por ejemplo, los planes de tarifas fuera de horas pico que permitirían menores precios cuando la capacidad no está siendo utilizada)⁶⁸.

En resumen, la necesidad de reglas administrativas prácticas y la dificultad de hacer predicciones económicas sobre cambios en la demanda y en los costos (particularmente, del efecto de los cambios en los precios sobre la demanda) hacen imposible para el

⁶³ En tanto la fijación de tarifas se efectúe según costos reales y sea realizada de forma precisa y rápida, las empresas no se beneficiarán adoptando mecanismos de ahorro de costos: el ahorro total producido por la eficiencia incrementada fluirá hacia el consumidor.

⁶⁴ A las empresas más eficientes les dan "puntos extra" al permitirseles algo de ganancia extra por encima del "costo de capital".

⁶⁵ Para una descripción del método usado por las comisiones para ajustar la inflación ver: "Public Utilities Fortnightly". 1978. p. 48; *Ibid.* 1978. p. 38; *Ibid.* 1974. p. 49.

⁶⁶ Ver por ejemplo: TAYLOR, Lester. "The Demand for Electricity: A Survey". En: *Bell Journal of Economics and Management Science* 74. 1975. Véase también: NORDIN, John. "A Proposed Modification of Taylor's Demand Analysis: Comment". En: *Bell Journal of Economics and Management Science* 7. 1976. p. 719; CAB REPORT. Nota 4, *supra*. p. 111. Un experto que pasó mucho tiempo de su carrera profesional estimando la elasticidad de la demanda de los viajes aéreos dijo: "Nunca ha existido un estudio que elimine satisfactoriamente los determinantes de la demanda no relacionados con precios y a la vez congele exitosamente los determinantes relacionados con precios en un periodo lo suficientemente largo como para producir resultados que puedan ser considerados extrapolables". "Oversight of Civil Aeronautics Board Practices and Procedures: Hearings Before the Subcommittee on Administrative Practice and Procedure of the Senate Committee on the Judiciary". 94avo Congreso, sesión 1. 1975 (declaración de Harry A. Kimbriel) (en adelante, referidas como "Audiencias CAB").

⁶⁷ Véase, por ejemplo: CAB REPORT. Nota 4, *supra*. 1975. pp. 123-124.

⁶⁸ Véase, en general: JOSKOW, Paul. "Electric Utility Rate Structures in the United States: Some Recent Developments in a Current Evaluation of the Performance of Public Utility Regulation". 1977.

regulador replicar el precio y oferta que resultarían de un mercado competitivo. Bajo un régimen competitivo, los precios se ajustan muy rápidamente, los inversionistas pueden ganar rentas o sufrir efectos colaterales, los precios se basan en costos presentes, los cambios en la demanda que resulten de los cambios en el precio son tomados en cuenta como ocurren, y las empresas experimentan con distintas estructuras de precios. Con la fijación de tarifas según costos, los precios se mantienen estables por periodos fijos, los precios fijados pueden no cubrir el retorno esperado debido a cambios en la demanda, los precios no cambian para reflejar cambios en eficiencia o en las condiciones del mercado, y las empresas encontrarán difícil experimentar con distintas estructuras de precio. De esta discusión pueden sacarse dos conclusiones. Primero, que los intentos por obtener precisión económica en el proceso regulatorio no son dignos del esfuerzo desplegado. Segundo, que en tanto se abogue por la fijación de precios (o la fijación de tarifas en base a costos) como un remedio para las fallas de mercado, debe estarse en la convicción, antes de plantear que la regulación es el remedio, de que el mercado está funcionando muy mal. Dada la incapacidad de la regulación para reproducir las señales de precios de un mercado competitivo, sólo graves fallas de mercado justificarán entrar al juego regulatorio.

2. Fijación de tarifas históricas

Cuando el gobierno busca controlar los precios de muchas de empresas con costos dispares, como se da en los controles de precios de todas las economías, el único método práctico es un sistema histórico⁶⁹. A cada empresa se le permite cobrar el precio que cobró en una fecha histórica sumándole, por ejemplo, los "costos adicionales" o el "ocho por ciento adicional por año". El sistema trabaja a corto plazo porque el precio histórico es fácil de calcular (se aplica la misma regla a todas las empresas y las bases del sistema son fácilmente entendidas por la industria y el público). Con ello, el sistema tiende a su auto-exigibilidad (*self-enforcing*).

En el tiempo, sin embargo, el sistema está lleno de problemas que se vuelven más serios. Primero, el regulador debe decidir cómo fijar el precio de nuevos productos, qué hacer con las empresas existentes que logran bajas ganancias o que están perdiendo dinero, y cómo tratar la nueva inversión⁷⁰. Estos problemas requieren que se considere cada empresa o industria

individualmente, reapareciendo los problemas relacionados con el cálculo de los costos del servicio⁷¹. Segundo, unidades del mismo producto que fueron producidas en momentos distintos, y cuyo costo de producción también fue distinto, tendrán precios diferentes. La existencia de esas combinaciones de precios lleva a un problema de asignación: ¿quién recibe el producto de menor precio?

Tercero, la exigibilidad (*enforcement*) se vuelve aún más difícil cuando se generalizan variedades de evasión. El crédito, el pago, los términos de entrega y los descuentos pueden ser reducidos. La calidad del producto puede deteriorarse: los supermercados pueden vender sus estacionamientos "libres" a constructores, los abogados pueden reducir el tiempo trabajado por hora facturada. Como sucede con los otros tipos de regulación del precio, aquellos sujetos a ella buscarán mercados no regulados en los cuales vender sus productos: los productores de gas natural venderán su gas en otros estados; los productores de carne irán a venderla a Canadá; los productores de equipos médicos harán modelos lo suficientemente baratos como para salir de la categoría de los gastos médicos sujetos al control gubernamental.

Cuarto, se vuelve difícil dirigir nuevas inversiones a donde es más necesario, debido a que no se permite que los precios se eleven como repuesta al incremento de la demanda de los consumidores o de las necesidades de los productores.

En suma, el sistema se vuelve más y más complejo a medida que el regulador trata de resolver cada problema con precios, calidad y regulación de asignación adicionales. Por ello, se tiende a ir a la fijación de precios según costos, en donde las empresas o industrias específicas son reguladas individualmente de acuerdo con los principios clásicos.

3. Asignación bajo el estándar de "interés público"

Los reguladores, frecuentemente, deben asignar recursos escasos entre postores en competencia, como sucede con las licencias de televisión, las licencias de venta de bebidas alcohólicas, las rutas aéreas, los certificados de necesidad para los hospitales o gas natural. Cuando el regulador no puede usar legalmente un sistema basado en el mercado (como una subasta) o una lotería, y cuando la oferta del bien o del permiso es demasiado limitada para satisfacer a todos los postores que cumplen con los estándares mínimos de

⁶⁹ Véase, en general: MANNING, Emma. "The Office of Price Administration". 1960.

⁷⁰ Véase, de manera general: SLAWSON, David. "Price Controls for a Peacetime Economy". En: Harvard Law Review 84. 1971. p. 1090.

⁷¹ Ver: Ibid. pp. 562-564.

calificación, el regulador usualmente desarrolla un proceso, como el una audiencia de comparación, para comparar a los postulantes y poder determinar cuál es el "mejor".

Este método para otorgar licencias de televisión, licencias de venta de bebidas alcohólicas, rutas aéreas y otros recursos escasos, se caracteriza por la necesidad de decidir (en orden cronológico): 1. qué es lo que se entregará específicamente; 2. cuál será el umbral que servirá de criterio para eliminar a aquellos que no están suficientemente calificados; 3. cuál es el mejor de los postores restantes; y, 4. por cuánto tiempo se otorgará la licencia o el derecho al postor ganador. La más difícil de estas decisiones es típicamente la tercera. Para decidir esto, los reguladores usualmente definen una lista de criterios contradictorios, para luego apoyarse en juicios subjetivos con el fin de aplicar y balancear tales criterios en cada caso individual⁷².

El centro del problema del regulador es la tensión entre, por un lado, el deseo por encontrar estándares que seleccionen objetivamente al ganador del grupo final de postores y, por el otro, la creencia de que el uso de juicios subjetivos es inevitable porque no existe un conjunto de estándares que permita seleccionar uniformemente al "mejor" de los postulantes en los términos del objetivo de un programa regulatorio⁷³. Los esfuerzos de la Comisión Federal de Comunicaciones para desarrollar estándares y otorgar licencias de televisión, por ejemplo, la han llevado a enfatizar la necesidad de "diversidad en la propiedad de los medios" y "la integración de la Administración con la propiedad" como factores claves para determinar la selección⁷⁴. Sin embargo, aplicado rigurosamente, el primero de estos criterios hubiera favorecido la adquisición de una estación en Detroit por General Motor, en vez de que lo sea por el dueño de un periódico de Albuquerque. Y el segundo tendería a favorecer a aquellos pocos administradores lo suficientemente ricos como para utilizar su propio capital. La Comisión Federal de Comunicaciones modifica la aplicación de estos estándares considerando y balanceando subjetivamente otros factores, pero entonces es el juicio subjetivo y no estos dos estándares los que terminan decidiendo casos complejos. Aun más, aquellos estándares que pueden ser elaborados con suficiente detalle como para seleccionar de forma objetiva, apartan la decisión de los objetivos primarios del estatuto regulatorio, tal

como sucede con la "buena" programación en el caso de la Comisión Federal de Comunicaciones. Si el regulador tomara seriamente ese objetivo, sería más probable que creyera que la decisión responde a una diversidad de cualidades de los postores en competencia, como su experiencia previa, su confiabilidad, sus planes y su respaldo financiero, antes que, solamente, a la "diversidad" y la "integración". Pero, salvo que se asigne a cada factor un peso específico y arbitrario, las comparaciones a la luz de ellos requieren el ejercicio de un juicio subjetivo. La tarea es una de carácter administrativo, casi como elegir un ejecutivo; los criterios objetivos, si bien útiles y relevantes, no pueden aplicarse de forma determinante si es que se desea encontrar a la persona más capacitada para hacer el trabajo. Esta tensión entre la necesidad de estándares objetivos y la importancia de los juicios subjetivos crea muchos problemas para la asignación sobre la base del interés público, lo cual es ilustrado, tanto por la asignación de rutas aéreas, como por las de licencias de televisión.

Primero, es difícil separar la definición de lo que está siendo asignado y de quién lo obtendrá. Al definir el qué, también podría estarse definiendo el quien. Para evitarlo, la Dirección de Aeronáutica Civil realiza audiencias masivas para los procesos de asignación de rutas en todo el Sur, en donde las preguntas como el "qué" y los "quién" son tratadas simultáneamente. Delta Airlines podrá argüir, por ejemplo, que el Directorio debe otorgarle la ruta "Tucson-Los Ángeles" (pues es el candidato más lógico), mientras que National Airlines podría pedir una ruta "El Paso-Los Ángeles con un escala en Tucson" (para la cual sería el candidato más lógico). El número de combinaciones que pueden plantearse en dichas audiencias de la Dirección de Aeronáutica Civil es suficientemente amplio.

Segundo, una vez pasado el estadio de mínima calificación, el proceso de selección se encuentra con un problema aún mayor que es el establecimiento del estándar antes discutido: hay demasiados estándares sin reglas claras sobre cómo aplicarlos a casos individuales o cómo deben ser ponderados. Cuando la Dirección de Aeronáutica Civil otorga rutas, toma en cuenta diversos factores, como, por ejemplo, si el operador brindará el servicio efectivamente deseado por el público, si puede generar beneficios al tráfico que está fuera del segmento usualmente atendido, si habrá "integración de rutas", las

⁷² Ver: ANTHONY, Robert. "Towards Simplicity and Rationality in Comparative Broadcast Licensing Proceedings". En: Stanford Law Review 24. 1971. pp. 26-38.

⁷³ Ver: Ibid. pp. 39-45.

⁷⁴ Ver: Ibid. pp. 28-29.

necesidades de las comunidades locales, los modelos históricos de servicio, los efectos que ocasiona al desviar el tráfico de otros operadores, y la necesidad de fortalecimiento financiero de los operadores⁷⁵. Sin embargo, nunca ha quedado claro cómo es que estos criterios fueron aplicados, o cómo van a ser ponderados entre ellos⁷⁶.

El resultado de tener estándares que simplemente listan “factores” sin prioridades claras es tener audiencias inmanejables⁷⁷. El número de temas se mantiene abierto; cada postor se inclina por la preeminencia del criterio que lo favorece; la evidencia por cada tema se acumula (pues quién sabe qué argumento final será el que haga la diferencia en un caso complejo). También puede resultar que haya decisiones inconsistentes, pues no hay forma de que el público o las Cortes puedan determinar si la agencia reguladora ha ponderado de manera uniforme en cada caso. Tanto así que el personal de la Dirección de Aeronáutica Civil describió los resultados de la elección de operadores llevada a cabo por la Dirección como “aleatorios”⁷⁸. Al final, el público comienza a sospechar que existe corrupción, pues las rutas altamente valorizadas, los permisos o los bienes son asignados sin estándares claros, por funcionarios elegidos políticamente que están sujetos a la tentación de pagar con ello deudas políticas⁷⁹.

Tercero, el proceso de renovación favorece a las empresas preexistentes. La Comisión Federal de Comunicaciones sólo ha rechazado la renovación de las licencias de televisión dos veces en toda su historia⁸⁰. Esto no es sorprendente si consideramos que confronta desempeño probado o fracaso frente a las promesas de los posibles entrantes. También fuerza a los reguladores a darse cuenta de que las personas identificables terminan confiando que mantendrán sus licencias pese a las advertencias del regulador de que ello podría no ser así⁸¹. La tendencia regulatoria de proteger esos intereses identificables—hayan o no recibido advertencias los incumbentes— puede reflejar factores políticos, legales o morales. Cuando la elección entre postores en conflicto se basa en otros factores, el ser incumbente es determinante pues señala a un sólo postor.

4. Asignación de recursos histórica

Así como la historia puede ofrecer un estándar simple para evitar temporalmente la fijación de precios según costos, también puede servir para evitar la complejidad de la “asignación según el interés público”, pero a un precio determinado. Los bienes sujetos a reducciones temporales de la oferta (como el petróleo en 1976, o el gas natural en 1977) pueden asignarse provisionalmente de acuerdo con el uso histórico en un año previo, restando un “x” por ciento. Este sistema tiene varias de las virtudes y defectos de la fijación de precios histórica. Es también inestable y tiende a convertirse en una asignación según el interés público.

Un primer y gran problema surge de la creciente necesidad de hacer excepciones. A medida que el tiempo pasa, la asignación histórica se vuelve cada vez más injusta. Mientras una familia necesita más agua para más niños, otra la necesita para regar su jardín. Mientras la empresa A puede fácilmente usar carbón cercano en vez de petróleo, la empresa B no. Las necesidades especiales por mayores cantidades del producto son ignoradas. Deben tomarse en cuenta también a los entrantes. Las familias se mueven, nuevas empresas buscan entrar en la industria. Ignorar a la nueva familia es injusto, e ignorar a la nueva empresa amenaza con llevar al estancamiento. Finalmente, a menos que las cuotas sean modificadas, los modelos industriales existentes permanecerán congelados. La industria es incapaz de responder al cambio de las necesidades de los consumidores o a las nuevas tecnologías. Como se hacen estas excepciones, los factores que las justifican proliferan y nuevamente se llega a un sistema aún más complejo, el cual se va tornando en una asignación según el interés público.

Segundo, la asignación histórica de un bien de oferta escasa requiere típicamente de controles de precio. Una vez que los controles de precio se instituyen pueden darse los problemas ya discutidos⁸². Si estos controles no se instituyen, la asignación simplemente otorgará a aquellos con derechos “históricos” el poder de ganar

⁷⁵ KEYES, Alan. “Survey of Route Entry Awards by the CAB, 1969-74”. En: Oversight of Civil Aeronautics Board Practices and Procedure: Hearings Before the Subcommittee on Administrative Practice and Procedure of the Senate Committee on the Judiciary”. 94avo Congreso, sesión 1. 1976. p. 2545 (en adelante, “Apéndices de las Audiencias”).

⁷⁶ “Bureau of Operating Rights, Civil Aeronautics Board, the Domestic Route System: Analysis and Policy Recommendations”. 1974. pp. 50-52; reimpresso en los Apéndices de las Audiencias. Nota 75, supra. pp. 2235; 2290-2292.

⁷⁷ Ver: ANTHONY, Robert. Nota 72, supra. pp. 46-48.

⁷⁸ Bureau of Operating Rights, Civil Aeronautics Board, the Domestic Route System: Analysis and Policy Recommendations”. Nota 76, supra. p. 52; reimpresso en los Apéndices de las Audiencias. Nota 75, supra. p. 2293.

⁷⁹ Ver: SCHWARTZ, Bernard. “Comparative Television and the Chancellor’s Foot”. En: Georgetown Law Journal 47. 1959. p. 65.

⁸⁰ Greater Boston Television Corp versus FCC. 444 F. 2d 841 (D.C. Circuit) (1970), certiorari. Denegado 403 United States 923 (1971); In re Alabama Education Television Committee. 50 F.C.C. 2d 461, 32 Rad. Reg. 2d (P y F) 539 (1975). Véase en general: Citizens Communications Center versus FCC. 447 F. 2d 1201 (D.C. Circuit) (1971).

⁸¹ Véase, por ejemplo: Hearst Radio, Inc. 15 Federal Communications Comisión 1149 (1951).

⁸² Ver: *Ibid.* pp. 565-566.

rentas con su transferencia, vendiendo, por ejemplo, licencias para taxis o para venta de bebidas alcohólicas a quienes más paguen por ellas. Este problema puede evitarse solamente cuando existan controles temporales y la reventa sea poco práctica (como en el caso del racionamiento del agua en California).

Tercero, los controles de asignación extendidos, como los controles de precios extendidos, son usualmente temporales. Esto produce el incentivo perverso de elevar los precios o aumentar el consumo antes de que los controles sean impuestos, de modo que el grupo de usuarios afectados es mayor cuando se hacen efectivos.

5. Establecimiento de estándares

Aunque la fijación de estándares está tan generalizado y es usado en contextos tan diferentes que la generalización se torna peligrosa, estos programas regulatorios comparten ciertos rasgos comunes. Idealmente, podría esperarse que los reguladores establezcan estándares mediante el uso de los principios de costo-beneficio. El proceso real, ya sea que involucre el establecimiento de estándares de seguridad, estándares de salud o ambientales, difiere radicalmente de este ideal de planificación de políticas públicas. En particular, se apoya fuertemente en el debate político sobre la descripción del problema a resolver (por ejemplo, la auto seguridad) y sobre los aspectos causales que tratarán de controlar (por ejemplo, los frenos y los cinturones de seguridad, pero no señales luminosas exteriores que adviertan sobre velocidades excesivas).

La agencia trabaja sobre la base de los precedentes que existen para la creación de estándares iniciales. OSHA, por ejemplo, simplemente volvió a publicar cientos de estándares de seguridad existentes que reunió de otras organizaciones, incluyendo reglas tan desactualizadas como la de prohibir el uso de hielo en el agua potable por temor a que el hielo fuera cortado de pozas contaminadas⁸³.

Aun más, el proceso de formulación de estándares no se apoya sobre un análisis de costo-beneficio sino en una forma de negociación entre las partes afectadas, en la que los factores políticos pueden jugar un rol importante. El procedimiento también está sujeto a largas demoras. El desarrollo de estándares de seguridad para los automóviles, por ejemplo, se ha arrastrado durante años: más de 10 años para las restricciones pasivas, 7 para los frenos, y casi 8 para los neumáticos⁸⁴. Los estándares resultantes han probado ser sorprendentemente inflexibles y resistentes al cambio. La Administración de Seguridad del Tráfico en Carreteras Nacionales-ASTC (National Highway Traffic Safety Administration-NHTSA), por ejemplo, descubrió en 1976 que el estándar para la protección de la cabeza de los pasajeros en automóviles, formulado en 1969, no era efectivo, pero no ha podido cambiarlo hasta ahora⁸⁵.

Estas características se dan naturalmente debido a problemas endémicos en la mayoría de programas regulatorios de establecimiento de estándares. El más típico y serio de estos problemas es la necesidad y dificultad del regulador de obtener información completa y exacta en la cual confiar⁸⁶. Las fuentes de información del regulador son normalmente limitadas y cada fuente tiene sus defectos característicos⁸⁷. La industria puede ofrecer información relevante, particularmente respecto de la tecnología, los costos probables y el impacto económico esperado. Pero la postura adversaria a la de la industria comúnmente lleva al regulador a desconfiar de la información proporcionada por la industria, ya que ésta tiene incentivos para ofrecer la información más favorable para ellos⁸⁸. Dado que la industria debe ofrecer información relevante para un estándar específicamente propuesto, esa relación adversaria limita la producción de información completa que resulte útil para el desarrollo de estándares alternativos. Sólo, ocasionalmente, el regulador puede superar estos problemas explotando las potenciales relaciones adversarias entre los diferentes elementos de la industria o industrias que supervisa⁸⁹.

⁸³ ZECKHAUSER, Richard y Albert NICHOLS. "The Occupational Safety and Health Administration-An Overview". 1977. Dicho documento fue reimpreso en el VI Senate Committee on Governmental Operations, Study on Federal Regulation. 95avo Congreso, sesión 2.

⁸⁴ GOTBAUM, Joshua, SEALE, L, BARUSCH, R, DELIKAT, M y L. MASOUREDIS. "The Standard-setting Process in the National Highway Traffic Safety Administration". 1977 (artículo inédito ubicado en los archivos del autor GOTBAUM, Joshua).

⁸⁵ Ibid. Sección sobre restricciones para la seguridad de la cabeza. pp. 9-19.

⁸⁶ Ver H. y H. *Tire Company versus United States Department of Transport*. 471 F. 2d 350 (7th Circuit) (1972) (estándares gubernamentales derogados cuando estén basados en información inadecuada); *National Tire Dealers & Retreaders Ass'n versus Brenegar*. 491 F. 2d 31 (D.C. Circuit) (1974); GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra. pp. 26-27.

⁸⁷ Ver: GREEN, Mark y Ralph NADER. "Economic Regulations vs. Competition: Uncle Sam the Monopoly Man". En: *Yale Journal Law* 82. 1973. pp. 871-875. Ver también: *United States versus Automobile Mfrs. Ass'n*. 1969, 87, 456 (C.D. California. 1969) (decreto confirmatorio); NOLL, R. "Reforming Regulation". 1971. pp. 99-100.

⁸⁸ Ver: *National Tire Dealers & Retreaders Ass'n versus Brinegar* 491 F. 2d 31 (D.C. Circuit) (1974). Ver también: *United States versus Automobile Mfrs. Ass'n*. 1969, 87, 456 (C.D. California. 1969) (decreto confirmatorio agrupando, entre otros, restricciones en la publicidad de investigación y desarrollo relacionado con instrumentos); 117 Congreso Rec. 15. 1971. pp. 626-627) (comentarios de BURTON).

⁸⁹ Ver *Chrysler Corp versus Department of Transport*. 515 F. 2d 1053, 1060-61 (6th Circuit) (1975) (La iniciativa de General Motors para lograr la aprobación de sus especificaciones para faros delanteros rectangulares le confiere una ventaja competitiva sobre Chrysler); GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra. pp. 13-14.

En vez de eso, la agencia puede recurrir a su personal en cuanto a experiencia e información. Sin embargo, mucha de la información necesaria es tan detallada que sólo puede obtenerse replicando la experiencia de la industria⁹⁰. ¿Cómo puede determinar la agencia, por ejemplo, las características precisas de una carretera para cualquier clima, parámetro que pueda utilizarse para probar las características de desgaste comparativo, desinflado y distancia de freno de los neumáticos? ¿Podrá una prueba de cinco mil millas, en vez de una de diez mil, distinguir las llantas que se desgastan rápidamente en las primeras cinco mil millas pero luego más lentamente? ASTC pudo responder preguntas tan detalladas pero a la vez importantes luego de los 8 años de esfuerzos para el establecimiento de estándares para los neumáticos, y sólo después de contratar como miembro del personal a un hombre que se retiró como vice-presidente de Uniroyal, empresa en la que trabajó treinta años⁹¹. Sin considerar los problemas de conflicto de intereses inherentes a estas situaciones, no sólo es poco práctico, sino también un desperdicio tratar de crear una segunda empresa de automóviles al interior de la ASTC, como replicar la gran cantidad de experiencia de la industria dentro del gobierno federal.

La agencia puede también buscar ayuda de expertos externos como autoridades académicas o consultores⁹². Sin embargo, frecuentemente estos expertos no poseen la cantidad de información detallada y actualizada necesaria para establecer un estándar adecuado. Ellos, normalmente, también deben obtener su información de la industria. Finalmente, los grupos de consumidores, quienes usualmente tienen posturas adversas a la industria, suelen tener menos experiencia que el resto. Aunque recurran a la ayuda de los competidores dentro de la industria, muchas veces dependen de la agencia reguladora y de expertos externos para obtener información. Aún más, la información disponible en todo lugar puede ser menos completa de lo que el regulador quisiera. Para evitar el uso de estándares pasados, las agencias reguladoras pueden verse tentadas a pronosticar en qué medida la industria estará en capacidad de desarrollar nueva tecnología para alcanzar el estándar.

La necesidad de desarrollar información en una relación adversaria a aquella que produce la industria hace que la exploración de estándares alternativos consuma mucho tiempo y que sea difícil coordinar estándares superpuestos⁹³. El método adversario de recopilación de información produce preguntas y respuestas que vienen y van relacionadas con un estándar propuesto específico, que sólo permite modificaciones con el tiempo. Además, mientras las mismas empresas estén afectadas por distintos estándares, las respuestas a los requerimientos de información dependerán de la acción de otras agencias, particularmente si son varias las que están involucradas⁹⁴.

Un segundo problema relacionado con el establecimiento de estándares es el relacionado con las acciones para su exigibilidad. Los reguladores deben tener estándares que puedan exigirse de forma simple y práctica. Las pruebas para determinar su acatamiento deben ser fácilmente aplicables por la industria y el personal de la agencia reguladora. Esto lleva a que el diseño del estándar tienda a facilitar su exigibilidad más que a buscar los fines para los cuales se creó. Por ejemplo, el estándar de restricción pasiva de la ASTC debió diseñarse de tal forma que pueda aplicarse a la construcción de una prueba torpe, incluso si hacerlo implicaba incluir en el estándar características no relevantes para la protección del ser humano⁹⁵. El regulador, usualmente, tendrá que escoger entre los estándares de "diseño", que son fácilmente exigibles, y los estándares de "desempeño", que fomentan el desarrollo de nueva tecnología⁹⁶. La necesidad de lograr su exigibilidad inclinará esta elección en la primera dirección. Y mientras más reducidos sean los recursos de la agencia reguladora, más tendrá que apoyarse en el acatamiento voluntario para lograr su exigibilidad, lo cual nuevamente inclina la elección hacia estándares simples que la industria considere razonables.

Tercero, el establecimiento de estándares afecta adversamente la competencia dentro del mercado regulado, pues hace que el costo de realizar negocios sea más alto, elevando así las barreras de entrada en

⁹⁰ Nota 87, supra; GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra. p. 18.

⁹¹ Boceto preliminar de GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra (ubicado en los archivos del autor).

⁹² Ver: *Automotive Parts & Accessories Ass'n versus Boyd*. 407 F. 2d 330, 342 (D.C. Circuit) (1968); MORRIS. Motor Vehicle Safety Regulation: Genesis". En: 33 Law & Contemporary Problems 33. 1968. pp. 536, 557, 560; GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra. Sección sobre restricciones para la protección de cabeza, pp. 11-12; sección sobre estándares sobre combustibles económicos, pp. 4.

⁹³ Ver: GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra. Sección sobre estándares de combustibles económicos. p. 11; la tensión entre combustibles económicos y los estándares de control de emisiones de automóviles. pp. 13-14; "Comment, Regulatory Reform: Will an Injection of Competition Cure the Patient?". En: Tulane Law Review 52. 1978. pp. 362, 373 y Tulane Law Review 72. 1978.

⁹⁴ Ver: CUTLER, Lloyd y David JOHNSON. "Regulation and the Political Process". En: Yale Law Journal 84. 1975. pp. 1406-1407; LOEVINGER, Lee. "Regulation and Competition as Alternatives". En: Antitrust Bull 11. 1966. p. 101; 122. Para revisar un debate sobre los argumentos a favor y en contra de forzar la cooperación entre las agencias regulatorias: NOLL, Roger. Nota 87, supra. p. 30.

⁹⁵ Chrysler Corporation versus Department of Transport. 472 F. 2d 659, 675-78 (6th Circuit) (1972).

⁹⁶ La Highway Safety Act of 1966, 23 United State Code 402 (1976), ordena el uso de estándares de desempeño, aunque tales estándares pueden ser escritos de forma tal que, en la práctica, obliguen al uso de un diseño particular. Ver: *Chrysler Corporation versus Department of Transport*. 515 F. 2d 1053, 1058 (6th Circuit) (1975). Y, para una lectura en general: GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra.

este proceso⁹⁷. Al mismo tiempo, los estándares específicos elegidos favorecerán a algunas empresas sobre otras, usualmente de forma impredecible. Por ejemplo, la elección de un estándar para un parachoque que no se abolle en accidentes, ocurrido a 8 kilómetros por hora, favorecerá a los fabricantes de parachoques de caucho, mientras que un estándar que permita ligeras abolladuras mantendrá en el negocio a los fabricantes de parachoques de acero⁹⁸. Las empresas existentes usualmente influyen a los reguladores a elaborar estándares lo suficientemente flexibles como para mantenerlos en el negocio a través de exenciones específicas o derechos de “abuelo”, de ser necesario⁹⁹. Sin embargo, aquellos potenciales competidores que aún no están en el negocio no podrán influenciar a la agencia reguladora de tal manera, incluso cuando sean identificables.

Cuarto, los estándares han de sobrevivir a la revisión judicial. La revisión consiste ordinariamente en una revisión hecha por las Cortes para saber si el estatuto se ha cumplido, para asegurar que el regulador no haya actuado arbitraria o caprichosamente, y para verificar que se han usado procedimientos justos¹⁰⁰. Ya que en la práctica las Cortes usualmente respaldan el actuar de la agencia¹⁰¹, a primera vista podría parecer sorprendente que estos requisitos mínimos creen problemas.

Inicialmente, el procedimiento adversario antes mencionado, junto con la notificación y oportunidad para argumentación y réplica –lo que sugiere que un abogado resulta básico para cualquier procedimiento justo–, agravan los problemas de establecimiento de estándares, dado que hacen más difícil la consideración de alternativas no incluidas en la notificación de inicio del procedimiento para modificar los estándares inicialmente propuestos y para coordinar un grupo de estándares con otros¹⁰². Por ejemplo, en la coordinación

de los estándares de combustible económico para autos con los estándares sobre límites de contaminación, o en la determinación de cuál de los diversos estándares de frenos es mejor, los reguladores se encuentran en lo que Lon Fuller describió como un problema policéntrico o de Administración¹⁰³.

Este es un problema que se resuelve mejor a través del “toma y daca” informal entre las diversas partes identificadas y que puedan verse afectadas, explorando un amplio rango de alternativas y modelos de estándares superpuestos, así como su continua modificación y revisión. La naturaleza del proceso de toma de decisiones regulatorias, unida a los requisitos de publicación y recepción de comentarios cada vez que se pretende un cambio significativo, no facilita lo anterior¹⁰⁴. Adicionalmente, decisiones recientes de las Cortes que restringen el acceso informal a los reguladores, prohibiendo las comunicaciones ex parte, pueden agravar todavía más este problema¹⁰⁵.

Además, el requisito de revisión judicial produce la necesidad de un registro que resista la revisión, lo que lleva a la agencia reguladora hacia estándares que pueden documentarse¹⁰⁶. Adicionalmente, los reguladores serán atraídos por estándares realizados sobre la base de estudios existentes, incluso si no confían en éstos, en vez de desarrollar nuevos estándares que aparentemente no tendrán un soporte objetivo. Finalmente, la revisión judicial consume tiempo. El personal técnico debe registrar por qué es que toman cada decisión, un proceso muchas veces extraño al entrenamiento que recibieron. Las audiencias, la compilación de registros y la revisión, particularmente para decisiones que tienen que ver con tecnología compleja, generalmente toma más tiempo del que el Congreso espera al definir los plazos para que se adopten decisiones regulatorias.

⁹⁷ Ver: GREEN, Mark y Ralph NADER. Nota 87, supra. pp. 879-880; NOLL, Roger. Nota 87, supra. p. 23; GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra. p. 22; Ver: *Radiant Burnes versus People's Gas*. 364 United States 656 (1951) (el establecimiento de signos de aprobación por asociaciones privadas crea excesivas barreras de acceso).

⁹⁸ GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra, sección sobre estándares de parachoques. pp. 35-38.

⁹⁹ Ver: *Chrysler Corporation versus Department of Transport*. 472 F. 2d 659, 679 (6th Circuit) (1972) (flexibilidad para mantener distintos tipos de carros, especialmente carros deportivos, en las autopistas); NOLL, Roger. Nota 87, supra. pp. 25-27; STEWART, Richard. “The Reformation of American Administrative Law”. En: *Harvard Law Review* 88. p. 1669. 1975. Si las agencias no hacen que los estándares sean lo suficientemente flexibles como para que los negocios se mantengan cuidadosos, las cortes pueden interpretar los estatutos para proveer la flexibilidad requerida. Ver: H. & H. *Tire Company versus United States Department of Transport*. 471 F. 2d 350 (6th Circuit) (1972); S. Rep. No. 1301. 89avo Congreso, sesión 2. 1966.

¹⁰⁰ Ver: Administrative Procedure Act 10, 5 United States Code 706 (1976); *Chrysler Corporation versus Department of Transport* 472 F. 2d 659 (6th Circuit) (1972).

¹⁰¹ Ver, por ejemplo: *Chrysler Corporation versus Department of Transport*. 515 F. 2d 1053 (6th Circuit) (1975); *Automotive Parts & Accessories Ass'n versus Boyd*. 407 F. 2d 330 (D.C. Circuit) (1968); ver. *Wagner Electric Corporation versus Volpe* 466 F. 2d 1013 (3rd Circuit) (1972). (Esta orden de la agencia fue invalidada porque cambió una regla sin el aviso adecuado y la oportunidad para realizar comentarios).

¹⁰² Ver: STEWART, Richard. Nota 99, supra. pp. 1772-1773. Ver también: *Wagner Electric Corporation versus Volpe* 466 F. 2d 1013 (3rd Circuit) (1972).

¹⁰³ FULLER, Lon. “The Forms and Limits of Adjudication”. *Harvard Law Review* 92. 1978. pp. 353, 394.

¹⁰⁴ Ver: *Wagner Electric Corporation versus Volpe* 466 F. 2d 1013, 1019-1021 (3rd Circuit) (1972) (el aviso resulta inadecuado cuando no informa a las partes interesadas acerca de todos los temas a ser considerados al crear normas); *International Harvester Company versus Ruckelshaus* 478 F. 2d 615, 632 (D.C. Circuit) (1973).

¹⁰⁵ Ver: *Home Box Office, Inc. versus FCC* 567 F. 2d 9, 51-60 (D.C. Circuit) (1977) (Las comunicaciones entre las partes son de acceso público).

¹⁰⁶ Ver: *National Tire Dealers & Retreaders Ass'n versus Brinegar* 491 F. 2d 31, 40 y 44 (D.C. Circuit) (1974). Véase además: GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra. Sección sobre restricciones para la protección de la cabeza. pp. 4-5.

Estos cuatro tipos de problemas –información, exigibilidad, competencia y revisión judicial– explican, en un grado considerable, por qué el proceso de establecimiento de estándares usualmente se desvía del ideal de los creadores de políticas públicas. También explican por qué al establecer estándares la agencia reguladora es usualmente atraída por las soluciones “negociadas” o “mutuamente satisfactorias”¹⁰⁷. Acomodarse entre las partes adversarias tiene obvias ventajas, debido a la incapacidad comparativa de la agencia reguladora de conseguir la información necesaria (particularmente en cuanto a costos e impactos competitivos), al deseo de asegurar el cumplimiento voluntario y la cooperación de la industria al desarrollar los procedimientos para su exigibilidad, y a la ventaja de evitar el tiempo y el esfuerzo involucrado en la revisión judicial. La tentación de la agencia reguladora de trabajar sobre la base de estándares preexistentes es comprensible a la luz de la dificultad de desarrollar la información necesaria para aventurarse hacia desviaciones radicales. Las reglas preexistentes también le dan al regulador seguridad. Estas son manejables y pueden ser exigibles, en tanto sean aceptadas como no arbitrarias. Finalmente, uno puede entender por qué las reglas tienden a ser rígidas, resistentes a las modificaciones o a su eliminación, una vez que se conoce el tiempo y esfuerzo requeridos en el complejo proceso de creación de una nueva regla.

6. Evaluación individualizada

Como se discutió líneas arriba, el proceso de establecimiento de estándares depende de la habilidad para formular estándares que sean fácilmente aplicados y cumplidos. En muchos casos, sin embargo, será imposible formular estándares precisos que cumplan con los objetivos regulatorios y que, además, puedan ser aplicados por personas no especializadas. La vaguedad de los términos utilizados en la formulación de los estándares (por ejemplo, “doctores calificados”) o la incertidumbre científica (por ejemplo, “productos que causan cáncer”) requiere que los reguladores examinen caso por caso aquellos productos individuales o personas que no cumplan esos términos vagos y complejos. Un escrutinio individualizado de este tipo se ha aplicado a pilotos de aerolíneas, abogados,

doctores, aditivos para las comidas, prescripción de medicamentos, sustancias tóxicas, pesticidas y plantas nucleares. En el caso de químicos (medicinas, aditivos, pesticidas) y plantas nucleares, gran parte de las principales dificultades se deben a que el estándar es altamente vago y a que se requiere considerable experiencia para aplicarlo de forma correcta¹⁰⁸.

Los especiales problemas que pueden surgir con la evaluación individualizada son bien ilustrados por el examen de aditivos para comidas para erradicar carcinógenos de bajo riesgo. Al igual que con el establecimiento de estándares, el problema inicial es desarrollar estándares más precisos o experimentos prácticos para identificar las sustancias que causan cáncer. Los procedimientos de prueba son muy costosos (más de medio millón de dólares por cada sustancia experimentada)¹⁰⁹. Debido al costo y tiempo involucrados, sólo unas pocas sustancias pueden ser totalmente examinadas para determinar su toxicidad o no. Además, por razones prácticas es muy poco probable que las pruebas que se llevan a cabo se ajusten exactamente al objetivo regulatorio. Por ejemplo, las sustancias que se sospecha son cancerígenas son examinadas utilizando elevadas dosis en animales de laboratorio en un corto período de tiempo, pese a que la preocupación real es el efecto que tienen pequeñas dosis en seres humanos y durante largos períodos¹¹⁰. Por consiguiente, tales pruebas raramente dan resultados lo suficientemente exactos para garantizar que se tomen decisiones sobre la base de ellos.

De esta forma, el regulador se encuentra con que los resultados de las pruebas no lo liberan de la necesidad de tomar decisiones altamente subjetivas cuando no existe información adecuada. Este parece ser precisamente el resultado inevitable de la incertidumbre científica, la cual aconseja optar por la evaluación individualizada desde un inicio.

Segundo, existe un problema de información al igual que en los casos de establecimiento de estándares. El problema se agrava en los casos de evaluación individualizada, pues el regulador usualmente tratará de delegar la decisión a un grupo de expertos externos¹¹¹. Generalmente, aquellos más calificados

¹⁰⁷ Ver: JAFFE, Louis. “The Federal Regulatory Agencies in Perspective: Administrative Limitations in a Political Setting”. En: Boston College International and Comparative Law Review 11. 1970. pp. 565-66; también ver: STEWART, Richard. Nota 99, *supra*. p. 1714.

¹⁰⁸ Por ejemplo, véase: Federal Food, Drug and Cosmetic Act of 1938, 21 United States Code 352 (1976); Atomic Energy Act of 1954, 42 United States Code 2012, 2013, 2133 (1976). La garantía de estándares amplios de seguridad es una condición tanto para las licencias de operación como para las licencias de construcción de plantas nucleares. De esta forma, el 10 Code of Federal Regulation 50.57(a) (1978) requiere una “garantía razonable” de seguridad como condición antes de otorgar una operating license; y, la 42 United States Code 2039 (1976) establece la necesidad de que haya signos de estándares de seguridad para otorgar una licencia de construcción.

¹⁰⁹ Para revisar un debate sobre los altos costos de semejante prueba, véase: United States Council on Environmental Quality, Sixth Annual Report. pp. 26-28 (1975).

¹¹⁰ Véase: FREEDMAN, Daryl. “Reasonable Certainty of No Harm: Reviving the Safety Standard for Food Additives, Color Additives, and Animal Drugs”. ECOLOGY L.Q. 7. 1978. pp. 277-278, citando a VERRET, J y J. COOPER. “Eating May Be Hazardous to Your Health”. 1974. pp. 51-56; DONIGER, David. “Federal Regulation of Vinyl Chloride: A Short Course in the Law and Policy of Toxic Substances Control”. ECOLOGY L.Q. 7. 1978. p. 512.

¹¹¹ Véase: DONIGER, David. Nota 110, *supra*. p. 514.

para realizar esta labor serán quienes tengan el mayor potencial conflicto de intereses –son representantes de la industria o profesión regulada–.

Tercero, es usualmente más difícil determinar los beneficios de una sustancia particular que determinar sus riesgos. Determinar los beneficios para la salud, en el caso de un aditivo químico, en principio, genera dificultades iguales a la determinación de sus riesgos, además del problema de evaluar los riesgos para la salud de los potenciales sustitutos hacia los que los consumidores se trasladarían¹¹². De forma similar, si no se otorga licencia a una planta nuclear debido a los daños potenciales que puede causar, también tendría que considerarse los beneficios de la provisión de energía adicional, los peligros que presentan los cortes de energía, así como los peligros generados por fuentes alternativas de energía como el carbón¹¹³. Cada una de estas decisiones, como la decisión inicial relacionada a los potenciales peligros de la planta de energía, requiere una experiencia considerable y la aplicación de estándares vagos. Asimismo, es claro que tanto los aditivos de las comidas como las plantas nucleares ofrecen beneficios no relacionados a la salud, y estos beneficios deben ser evaluados y ponderados junto con los daños que puedan causar a la salud.

Cuarto, las agencias evalúan los productos existentes sobre la base de criterios diferentes a aquellos usados para los nuevos competidores. En el caso de los aditivos para comidas, los reguladores generalmente crean otros problemas al imponer una estricta carga de la prueba sobre los manufactureros que buscan introducir nuevas sustancias¹¹⁴. El efecto de imponer requisitos de prueba rígidos es hacer más costosos tales productos y reducir la probabilidad de que sean aprobados. Así, un nuevo producto puede ser desechado incluso si es que, en realidad, supone un menor peligro y mayores beneficios que un producto que ya está en el mercado. En el caso de un producto existente, grupos significativos de consumidores o trabajadores han expresado preferencias por éste y presumiblemente algún beneficio debe haber demostrado, por lo que el regulador no estará muy inclinado a prohibirlo.

Finalmente, los problemas que se dan con la revisión judicial y las limitaciones de los procedimientos

administrativos son más pronunciados en el caso de evaluación individualizada, ya que la naturaleza del proceso es más cercana a una autorización individual que a un proceso de emisión de una norma general.

C. Regímenes alternativos

Los méritos de la regulación clásica sólo pueden ser juzgados después de compararlos con las alternativas disponibles. La desregulación no es la única alternativa. El gobierno tiene disponible un número de herramientas o regímenes alternativos que pueden usarse o introducirse para lidiar con las fallas del mercado. Al hacer comparaciones para identificar casos en que puede producirse un grave fracaso regulatorio, deben tomarse en cuenta los siguientes regímenes alternativos:

1. Mercados desregulados supervisados a través de las normas de defensa de la competencia

Al decidir si debe establecerse regulación, es conveniente comparar los probables defectos del mercado desregulado con la potencial efectividad, y sus probables defectos, de la regulación clásica¹¹⁵. No obstante, debe reconocerse que los mercados desregulados están sujetos a las leyes de defensa de la competencia –una forma de intervención del Estado destinada a mantener un mercado competitivo viable–¹¹⁶. La aplicación de las normas de defensa de la competencia es una forma de regulación gubernamental que, a diferencia de la regulación económica “clásica”, busca que el mercado alcance condiciones de competencia en vez de tratar de simular los resultados que generaría la competencia.

Las leyes de defensa de la competencia son más efectivas en su esfuerzo por preservar las estructuras del mercado competitivo a través de la prohibición de fusiones y adquisiciones de empresas¹¹⁷. Cuando los casos involucran transacciones muy publicitadas y sustanciales, como grandes fusiones corporativas y la cura –el mandato– es relativamente simple, la aplicación de las normas de defensa de la competencia puede ser altamente efectiva. La eficacia de la ley es más debatible cuando su exigibilidad involucra descubrir una

¹¹² Ibid. p. 516 (se señala que la prohibición de ciertos químicos en los aerosoles en 1974 llevó a un mayor uso de los fluorocarbonos, que constituye también una amenaza para el ambiente).

¹¹³ Véase: PLUMLEE. “Perspectives in United States Energy Resource Development”. *Environmental Aff.* 3. 1974. p.1 (beneficios de la fuente de energía nuclear); COCKRELL. “Coal Conversion by Electric Utilities: Reconciling Energy Independence and Environmental Protection”. En: *Hastings Law Journal* 28. 1977 (problemas relacionados con el uso del carbón como una fuente de energía). Véase, en general: BREYER, Stephen. “Vermont Yankee and the Courts’ Role in the Nuclear Energy Controversy”. En: *Harvard Law Review* 91. 1978. p. 1833.

¹¹⁴ Véase: FREEDMAN, Daryl. Nota 110, *supra*. pp. 256-259.

¹¹⁵ Véase: AREEDA, Phillip y Donald TURNER. Nota 37 *supra*. p. 401. No obstante, véase también: KAYSEN, Carl y Donald TURNER. Nota 13 *supra*. p. 82 (en el que se declara a la noción de la *workable competition* como un “estándar de política pública indeseable”).

¹¹⁶ Véase, por ejemplo, Clayton Act 2, 3, 15; United States Code 13, 14 (1976); Federal Trade Commission Act 5, 15; United States Code 5 (1976).

¹¹⁷ AREEDA, Phillip y Donald TURNER. Nota 37 *supra*, 406b (las políticas públicas realistas de Libre Competencia se contentan al inhibir la creación o la extensión del poder de mercado a través de una concentración empresarial).

conducta subrepticia como la fijación concertada de precios entre competidores. Sin embargo, estas leyes están pensadas generalmente para evitar la fijación concertada de precios, boicots, divisiones del mercado y otras conductas similares, incluyendo los casos en que las empresas imponen precios por debajo de costos. La mayor fortaleza de las leyes de defensa de la competencia estriba en su capacidad de preservar la competencia en los mercados que son estructuralmente competitivos.

Muchos podrían argumentar que la eficacia de las leyes de defensa de la competencia es mínima cuando su exigibilidad requiere largos litigios, como en los casos de monopolización y aquellos que buscan restaurar la competencia en mercados que están altamente concentrados. Los casos de monopolios tradicionales demoran muchos años para concluir¹¹⁸. Además, la misma ley, como ha sido tradicionalmente interpretada, permite que quienes la aplican reestructuren mercados únicamente cuando una sola empresa monopoliza el mercado, más no cuando son varias las empresas que conjuntamente pueden ejercer poder de mercado significativo en industrias altamente concentradas¹¹⁹.

La exigibilidad de las normas de defensa de la competencia no es una herramienta útil para controlar el poder de mercado de un monopolio natural, pues los remedios que usualmente permiten dichas normas, como separación estructural ("*divestiture*"), son inapropiados. Asimismo, la exigibilidad de las normas de defensa de la competencia no es directamente relevante al problema de los costos colaterales o a las fallas del mercado para ofrecer información adecuada a los consumidores (a menos que dicha falla sea consecuencia de una colusión). Estas normas son más útiles para lidiar con problemas de "competencia excesiva", en tanto implican un temor sobre "precios predatorios".

2. Regulación para revelar información

La regulación que requiere revelar información es tan común hoy en día que puede entenderse como otra forma de "regulación clásica". Sin embargo, se presenta aquí como un régimen alternativo porque no regula los procesos productivos, la cantidad ofertada, el precio o la asignación de los productos, ni restringe

la influencia de la elección individual en el mercado como lo hacen los modelos regulatorios clásicos discutidos líneas arriba. Además, al igual que las normas de defensa de la competencia, puede considerarse que facilita el logro de un mercado más competitivo.

La legislación que requiere divulgar información puede ser usada para propósitos absolutamente no económicos, como puede ser el ayudar a la exigibilidad de la ley en contra del juego¹²⁰, o a informar a los electores acerca de los contribuyentes de las campañas¹²¹. Cuando es usada para propósitos de regulación económica, la divulgación típicamente contribuye a que los compradores tomen decisiones mucho más informadas. El regulador debe establecer estándares que estipulen qué ha de ser divulgado, dónde y cómo. También debe decidir cómo serán exigidos estos estándares. Al establecer tales estándares, tendrá que lidiar con los problemas de información, exigibilidad, efectos anticompetitivos y revisión judicial, los cuales influyen en otras formas de establecimiento de estándares¹²².

Considérese, por ejemplo, los problemas que afronta la ASTC al decidir qué combinación de características de distancia de frenado, desgaste y resistencia al desinflado de neumáticos para autos debería ser revelada y de qué forma¹²³. La agencia reguladora tuvo gran dificultad para recoger la información necesaria para desarrollar un sistema conveniente de calificación. Desarrollar un sistema de pruebas justo para propósitos de exigibilidad resultó ser muy difícil; hubo quienes temieron que el sistema de calificación favoreciera a algunas empresas frente a otras. Asimismo, preparar el sustento necesario para superar la revisión judicial tomó mucho tiempo. Todo el proceso duró 8 años¹²⁴.

Sin embargo, hay una importante diferencia entre los estándares para revelar información y los estándares comunes que buscan dirigir el comportamiento mismo de los agentes. Cuando los estándares comunes prohíben o definen el tipo de producto que debe ser vendido o el proceso que debe ser usado, interfieren con la elección del consumidor e impiden la flexibilidad del productor. Cuando dichos estándares se desvían del "ideal planeado por los creadores de política pública" (como inevitablemente sucede), estas restricciones en la elección y la conducta resultan

¹¹⁸ POSNER, Richard. "A Statistical Study of Antitrust Enforcement". En: *Journal Law and Economics* 13. 1970. pp. 374-381.

¹¹⁹ KAYSEN, Carl y Donald TURNER. Nota 13 *supra*. pp. 110-111.

¹²⁰ No obstante, véase: *Grosso versus United States*. 390 *United States* 62 (1968); *Marchetti versus United States*. 390 *United States* 39 (1968), en donde la Corte Suprema sostuvo que los estatutos de los impuestos a los juegos de azar ordenaban que los apostadores se registren y paguen un impuesto sobre los premios, forzando así que se hagan públicas las faltas federales y estatales. De esta manera, fueron violentados los privilegios de la quinta enmienda contra la auto-incriminación.

¹²¹ Federal Election Campaign Act of 1971. 2 *United States Code*. 1976. pp. 431-456.

¹²² *Ibid.* pp. 571-575.

¹²³ GOTBAUM, Joshua. Nota 84 *supra*, apéndice D. p. 7 y nota 9.

¹²⁴ *Ibid.* Sección sobre calidad uniforme de neumáticos. pp. 11-20.

claramente indeseables. En cambio, los estándares que exigen revelar información no restringen la conducta más allá de exigir que dicha información se brinde. La libertad de acción que permite la regulación para revelar información reduce notoriamente el costo de las desviaciones del "ideal planeado por los creadores de política pública". En el peor de los casos se habría exigido que se revele demasiada información o una que es equivocada. Esto no evita que los compradores obtengan los productos, o que los productores los produzcan. Así, cuando los reguladores eligen establecer obligaciones de revelar información no necesitan elaborar estándares tan meticulosos. En efecto, requieren menos información de la industria, hay menores problemas para la exigibilidad, hay menos riesgo de daño a los competidores y hay una mayor probabilidad de superar la revisión judicial. Si bien la NHSTA encontró varios problemas al tratar de establecer estándares para revelar información sobre neumáticos para autos, sus problemas hubieran sido mayores si hubiese establecido estándares comunes que definieran qué tipos de neumáticos podían o no ser manufacturados. De forma similar, quienes trabajan en la industria de seguros parecen considerar que los esfuerzos de la SEC para detener el fraude bursátil utilizando estándares que solamente requieren revelar información son más exitosos y más eficientes que los esfuerzos estatales para hacerlo mediante leyes que comúnmente establecen estándares de comportamiento¹²⁵.

Es evidente que revelar información sólo es efectivo cuando el público puede entender la información que se revela y es libre de escoger sobre la base de esa información. Donde estas condiciones existen, los estándares para revelar información ofrecen vías menos restrictivas que los estándares que definen el comportamiento para obtener un determinado objetivo regulatorio.

3. Impuestos

Los impuestos generalmente buscan incrementar los ingresos del erario público o estimular determinados comportamientos ofreciendo descuentos especiales o créditos. Rara vez estos han sido específicamente utilizados para sustituir la regulación. Los impuestos pueden ser eficazmente utilizados cuando la regulación simplemente busca transferir ingresos, por ejemplo,

cuando la fijación de tarifas basada en costos se usa para controlar las "rentas" o ganancias inesperadas que puedan obtener quienes controlan fuentes escasas y de bajo costo de aceite, gas natural o viviendas. Además, los impuestos pueden ser usados para evitar una conducta socialmente indeseable, como es la contaminación. Así, puede que complemente o sustituya el establecimiento de estándares clásicos.

En cuanto al área de transferencia de ingresos, los impuestos tienen la ventaja de evitar los mayores defectos de la fijación de tarifas basada en costos. Ellos permiten precios que igualan la demanda a la oferta y, de esta forma, evitan la escasez. Aplicados en el área destinada a guiar conductas, los impuestos tienen muchas características que pueden ser ventajosas¹²⁶. El mismo hecho de que no prohíban una actividad o un producto totalmente significa que aquellos con necesidades especiales y voluntad de pago puedan obtenerlo. De esta forma, los impuestos reducen el riesgo (presente con el establecimiento de estándares) de causar serios daños en un caso especial no previsto. Los impuestos involucran al regulador menos directamente con las empresas reguladas, mitigando de esta forma el instinto "proteccionista" presente en gran parte de la regulación clásica. Quizá aun más importante es que los impuestos, a diferencia de los estándares clásicos, proveen incentivos para más cambios tecnológicos e innovación en la dirección socialmente deseada. Por ejemplo, si bien los estándares pueden establecer un máximo nivel aceptable de emisiones de sulfuro, no proveen de un incentivo para emitir menos.

Sin embargo, sustituir la regulación clásica por un impuesto genera muchos problemas graves. Aplicar un impuesto al consumo en vez de la fijación de tarifas según costos para capturar excesos de ganancia requiere que el administrador establezca los límites del impuesto. Si el límite superior se da sobre la base de costos de producción, esos costos han de ser determinados. Si el límite superior ha de ser el precio del mercado libre entonces el regulador debe decidir qué precio de mercado usar. Usar un impuesto en lugar de establecer un estándar para controlar los efectos colaterales requiere que el administrador determine, tanto el nivel del impuesto como la cantidad aceptable de la conducta a la que se aplica el impuesto. Dejando de lado el propósito

¹²⁵ LOSS, Louis. "Securities Regulation". Segunda edición. 1961. pp. 121-128.

¹²⁶ Un número de economistas ha insistido en utilizar a los impuestos para controlar la contaminación. Véase, por ejemplo, KNEESE, Allen. "Economics and the Environment". 1977; KNEESE, Allen y Charles SCHULTZE. Nota 7 *supra*; BUCHANAN, James y Gordon TULLOCK. "Polluters' Profits and Political Response: Direct Controls versus Taxes". En: American Economic Review 65. 1975. p. 139; BAUMOL, William J. "On Taxation and Control of Externalities". En: American Economic Review 62. 1972. p. 307; FREEMAN, Myrick y Robert HAVEMAN. "Residual Charges for Pollution Control: A Policy Evaluation". En: Bell Journal of Economics and Management Science 177. 1972. p. 322. Ver, en general, SURREY, Stanley. "Pathways to Tax Reform: The Concept of Tax Expenditures". 1973. pp. 155-174 (apéndice: Una nota sobre los impuestos regulatorios). Una versión más larga de esta subsección sobre impuestos como una alternativa a la regulación aparecerá en la revista Growth and Change comienzos de 1979.

del impuesto también debe decidirse cómo se gastará lo recaudado, qué comité del Congreso tendrá la jurisdicción legislativa, y qué agencia reguladora tendrá la jurisdicción administrativa sobre el impuesto. Más aún, debe reconocerse que las comisiones del Congreso tienen por objetivo tratar temas macroeconómicos y pueden no serles familiares los objetivos microeconómicos a los que el impuesto regulatorio apunta. Esto agravará el problema de hacer políticamente aceptable el impuesto. A pesar de estas dificultades, los problemas que surgen con los impuestos pueden ser significativamente menos serios que aquellos derivados del sistema regulatorio que estaría sustituyendo. Y el mismo hecho de que esos problemas sean diferentes de los que acompañan a la regulación clásica sugiere que la aplicación de un régimen de impuestos debe tenerse en cuenta como una alternativa posible.

4. Asignación por el mercado o incentivos de mercado

Al aplicar los impuestos al problema de los efectos colaterales, comúnmente será difícil determinar el nivel correcto de regulación de forma que pueda lograrse el resultado esperado. Este y otros problemas involucrados al usar los impuestos para controlar los efectos colaterales pueden ser superados, en alguna medida, a través del uso de un sistema cercanamente relacionado de incentivos de mercado: se establece un número limitado de derechos para realizar una determinada conducta (como, por ejemplo, contaminar) y luego son comprados y vendidos en el mercado libre. Eventualmente, aquellos dispuestos a pagar más por el privilegio de llevar a cabo tal conducta (que son usualmente los que comprarán los derechos) serán aquellos para los que los costos de evitar o limitar la conducta son más altos. Aunque en un sistema así surge el problema de la asignación inicial de derechos (que podría ser resuelto mediante un sistema de mercado, como un concurso), lo que sigue incorpora la flexibilidad y la libertad de elección inherente al mercado competitivo. Si bien el sistema fue creado originalmente para lidiar con la contaminación, puede ser utilizado siempre que se desee limitar artificialmente cuánto se realiza determinada actividad, y no es necesario que la asignación del derecho a realizar la actividad se efectúe sobre la base del "interés público".

5. Negociación

La mayor ventaja de la negociación como método de lidiar con los problemas regulatorios es que logra el

consenso. El acuerdo entre aquellos que son afectados por la regulación tiende a evitar las distorsiones y dificultades derivadas del carácter adversario de la regulación clásica y su procedimiento formal de ir de atrás para adelante¹²⁷. La negociación también permite que las partes maximicen los beneficios que pueden obtener de los otros: cada parte establece sus propias prioridades y luego cede aquellas que quiere menos por las que quiere más. Con la negociación, es más fácil ajustar reglas diferentes a necesidades especiales, tornándose en más probable el cumplimiento voluntario.

Las mayores debilidades de la negociación son tres: primero, debe haber algún mecanismo para forzar a las partes a que lleguen a un acuerdo, y ese mecanismo puede afectar sus fortalezas comparativas de negociación¹²⁸. Segundo, los beneficiarios de la regulación pueden no organizarse o no ser lo suficientemente fuertes para hacer que el proceso tenga sentido. Tercero, la decisión final puede afectar a terceros que no fueron parte de la negociación y que no pudieron protegerse¹²⁹. A pesar de estos problemas, la negociación colectiva está pensada para funcionar correctamente en las relaciones laborales, donde la necesidad de lograr consenso es primordial. Sin embargo, cuando es aplicada a temas regulatorios, el consenso puede ser entendido como menos importante. Es muy probable que el gobierno imponga sus propias soluciones. Además, las partes afectadas estarán dispuestas a aceptar más fácilmente sólo respecto de los "peores escenarios", es decir, los ejemplos más obvios del problema que busca resolver el programa regulatorio; no obstante, lograr un acuerdo sobre cómo proceder contra problemas menos evidentes puede ser muy difícil. A medida que se abandona el ideal de la regulación perfecta y comienzan a entender los serios problemas que enfrenta cada modalidad de regulación clásica, el uso de la negociación se convierte en una alternativa atractiva.

6. Cambios en las reglas de responsabilidad

En ciertos campos en que se producen efectos colaterales, como la seguridad frente a accidentes y la contaminación ambiental, los académicos han sugerido cambios en el Derecho de Responsabilidad Civil que fomente la elaboración de productos más seguros o el mayor uso de procesos libres de contaminación¹³⁰. La lógica detrás de estas propuestas es incrementar el riesgo de responsabilidad (y, por ende, el costo) para

¹²⁷ Para revisar dos piezas claves sobre las virtudes de la negociación colectiva véase: COX, Archibald y John DUNLOP. "The Duty to Bargain Collectively During the Term of an Existing Agreement". En: Harvard Law Review 63. 1950. p. 1097.

¹²⁸ Véase en general: COX, Archibald, BOK, Derek y Robert GORMAN. "Cases and Materials on Labor Law". Octava Edición. 1977. pp. 531-565.

¹²⁹ Ibid. pp. 567-572.

¹³⁰ Véase, por ejemplo, CALABRESI, Guido. Nota 27 *supra*.

aquellos que pueden reducir más fácilmente el riesgo de accidentes o el nivel de, por ejemplo, contaminación del aire. Sin embargo, confiar en cambios en las reglas de responsabilidad por lo general no ha sido suficiente¹³¹. Los costos de los procesos judiciales son elevados y quienes sufren daños pueden tener insuficientes incentivos para demandar. Es muy probable que los resultados varíen de corte en corte, al menos en cuanto a la medición de los daños¹³². Finalmente, las decisiones de la corte reflejan inevitablemente consideraciones morales¹³³ y legales que pueden entrar en conflicto con las consideraciones de eficiencia que motivaron la propuesta de cambio en las reglas de responsabilidad.

7. Nacionalización

La nacionalización como alternativa no es tan popular en los Estados Unidos como en otros lugares. En principio ofrece una solución preferible a muchas fallas de mercado dado que elimina la relación adversaria entre regulador y empresa. En la práctica, sin embargo, se ha considerado que tiene dos defectos políticos serios. Sus críticos temen que la colocación del personal refleje consideraciones políticas. Ambrose Bierce, por ejemplo, definió a un faro como una "edifición alta en la costa en el cual el gobierno mantiene una lámpara y al amigo de un político"¹³⁴.

Segundo, el personal de la empresa nacionalizada puede verla, o aquellos que trabajan para el gobierno puede que la vean como un instrumento que les sirve para llevar a cabo una variedad de "objetivos sociales deseables". Por ejemplo, el Directorio Central de Generación de Electricidad de Inglaterra encontró que no le permitían subir los precios durante épocas de seria inflación, ya que debía "dar el ejemplo" a los demás¹³⁵. Los resultados fueron precios bajos, anti-económicos, la distorsión en la demanda y grandes subsidios a la electricidad¹³⁶. De forma similar, las empresas aéreas británicas y francesas nacionalizadas fueron forzadas a comprar el Concorde por razones de "prestigio nacional", a pesar de que hacerlo no era aconsejable económicamente hablando¹³⁷.

II. EL MARCO CONCEPTUAL APLICADO

A. Principios generales

El marco conceptual presentado consiste, entonces, en tres grupos de consideraciones: a) las fallas típicas del mercado que motivan la regulación; b) las modalidades de regulación clásica y los problemas que las acompañan; y, c) los regímenes alternativos. La aplicación de este marco conceptual básico puede alertar a un administrador o a alguien que propone nuevos programas regulatorios sobre la existencia de problemas, y puede guiarlo hacia soluciones alternativas. El problema contemporáneo de controlar los costos médicos en aumento es un ejemplo. Como fue explicado anteriormente, un posible problema relacionado con la confianza en el libre mercado es el "riesgo moral", el cual provoca que los hospitales no tengan incentivos para mantener los precios bajos. La Administración ha propuesto un programa regulatorio que mantendrá los precios en los hospitales a costos históricos, más un porcentaje fijado estatutoriamente con una fórmula¹³⁸. Aquellos que hayan considerado este programa deberían tener en cuenta que el sistema histórico de fijación de precios evoluciona hacia la fijación de precios en base a costos, obligando la necesidad de hacer excepciones a la consideración de casos individuales¹³⁹. En el caso de los hospitales, las razones para crear excepciones pueden incluir nuevas unidades, especiales necesidades históricas, bienes inusualmente costosos que se requieren por la naturaleza del servicio o por la necesidad de los usuarios, e inhabilidad de detener el incremento de salarios. Dada la capacidad de los hospitales para dirigir sus exigencias directamente al Congreso, es poco probable que el regulador pueda ignorar sus reclamos para la creación de excepciones.

La fijación de tarifas según costos, a su turno, trae consigo el conjunto típico de problemas que acompañan dicho régimen, incluyendo aquellos relacionados con el año de prueba, la ineficiencia y la estructura de precios. Considerando que quienes crean esta clase de programa lo hacen para mejorar la

¹³¹ Véase: CALABRESI, Guido y Dan MELAMED. Nota 27 *supra*. pp.1089-1124 (insistiendo en una aproximación unificada a la propiedad y la responsabilidad civil para que las "titularidades" estén protegidas).

¹³² *Ibid.* pp. 1115-1124.

¹³³ Véase, por ejemplo: FLETCHER, George. "Fairness and Utility in Tort Theory". En: Harvard Law Review 85. 1972. p. 537.

¹³⁴ BIERCE, Ambrose. "The Devil's Dictionary". 1957. p. 107.

¹³⁵ Para revisar una discusión sobre las políticas públicas de precios de la Central Electricity Generating Board's, véase, en general: CREW, Eric. "Electricity Tariffs in Public Enterprise". Edición de 1968. pp. 258-283.

¹³⁶ Véase, por ejemplo, BEVAN. "The Nationalized Industries in the economic system in the U. K.". Edición de 1977. pp. 439, 441 ("Desde (1967) las industrias nacionalizadas (británicas) fueron usadas repetidamente como *blunt instruments* del manejo macroeconómico para el eclipse completo de las reglas de asignación desarrolladas meticulosamente en 1960").

¹³⁷ STEWART, Michael. "The Jekyll and Hyde years: Politics and Economic policy since 1964". 1977. p. 32.

¹³⁸ 95avo Congreso, sesión 1. 1391. 11 Hospital Cost Containment Act. 1977. "Hearings before the Subcommittee on Health and Scientific Research of the Senate Committee on Human Resources". 95avo Congreso, sesión 1. 1977. p. 3; pp. 7-9 (archivado en el comité).

¹³⁹ Ver: *Ibid.* pp. 565-566.

eficiencia, saber que la fijación de tarifas según costos es incapaz de promover la eficiencia –tal vez su más grande debilidad– vuelve cuestionable este esquema.

Una alternativa para controlar los costos médicos es imponer un límite para los gastos de capital, pero exigir que los hospitales obtengan un “certificado de necesidad” antes de realizar tales desembolsos también puede traer problemas¹⁴⁰. El marco conceptual sugiere que el regulador enfrentará un problema de asignación, al menos si el número de certificados es limitado y debe ser asignado a los hospitales que tienen excesiva demanda por los mismos. El regulador puede tratar de encontrar un grupo de criterios para elegir, objetiva y automáticamente, a los postulantes –por ejemplo, permitiendo que los hospitales continúen operando lo que tienen actualmente–, creando categorías y asignando a través de alguna forma de cuota u otorgando certificados “igualmente” entre los competidores. Pero es poco probable que exista algún grupo de estándares que pueda obviar la necesidad de crear numerosas excepciones especiales, particularmente si se establece un límite de gasto para un área determinada. De esta forma, los reguladores serán llevados hacia una asignación según el interés público. Luego, habrá demasiados estándares o factores relevantes para una decisión, sin que haya una forma clara para balancearlos, con lo cual el regulador se enfrascará en procedimientos largos que lleven a decisiones inconsistentes. Para evitar estos problemas, que están típicamente asociados a la asignación según el interés público, podría permitirse que los hospitales negocien por sí mismos y establezcan cómo se asignará la titularidad del certificado de necesidad (como sucede en algunas ciudades en las que se administran programas de certificados de necesidad)¹⁴¹. Una negociación de este tipo puede ser desventajosa para los nuevos, no totalmente racional y puede reflejar consideraciones políticas. Pero, el hecho de que logre consenso entre los directamente afectados, que las partes concedoras tomen la decisión sobre la asignación, y que los supuestos más evidentes de desperdicio de recursos sean evitados, puede dar lugar a que la negociación sea una solución preferible a cualquier otra forma de regulación clásica.

El ejemplo anterior sugiere varios principios generales que se derivan del marco conceptual. Primero, la regulación debería estar destinada a aplicarse a los escenarios más complicados, y los reguladores deberían buscar reglas simples para enfrentar dichos escenarios. Los esfuerzos

por resolver cada pequeño defecto y cerrar cada posible vacío legal son finalmente contraproducentes. Segundo, los reguladores deberán preferir sistemas de incentivos y la negociación cuando sea posible, con la finalidad de inducir a una conducta más aceptable. Los incentivos proveen un método práctico para reconciliar la necesidad de reglas regulatorias simples con la diversidad y complejidad del mundo industrial¹⁴². La negociación provee de un método práctico para identificar los escenarios más complicados y obtener cooperación efectiva, de manera tal que se pueda lidiar con ellos.

Finalmente, enfocarse en los problemas que acompañan a la regulación clásica fortalece la idea de ver a la regulación económica con una perspectiva pro-competitiva y adoptar una aproximación “alternativa menos restrictiva”. Ante la ausencia de una falla de mercado significativa, debería confiarse en el mercado no regulado. Cuando el daño producido por el mercado no regulado es serio, se debería intentar, primero, utilizar sistemas regulatorios de incentivos (impuestos) o de revelación de información y, sólo cuando estos sistemas no funcionen deberían utilizarse los métodos regulatorios clásicos.

B. La selección de candidatos para la reforma: el emparejamiento de objetivos y regímenes

Esta sección discutirá las implicaciones del marco conceptual para las reformas sustantivas de la regulación económica existente. Es muy probable que los esfuerzos por lograr la reforma sean fructíferos en aquellos casos en los que los daños causados por la regulación sean serios y la racionalidad de la regulación no sea evidente, o existan regímenes menos restrictivos que la regulación clásica que permiten lograr los mismos objetivos esperados. En las líneas que siguen sugeriré varias máximas que fluyen de este análisis e ilustraré los problemas de la regulación con ejemplos contemporáneos.

1. Industrias estructuralmente competitivas (competencia excesiva)

Cuando la regulación clásica de precios y de entrada se aplica a una industria estructuralmente competitiva, debe considerarse la abolición de la regulación y optar por un mercado no regulado, el cual se encuentre supervisado a través de las normas de defensa de la competencia. Tres argumentos sustentan esta conclusión.

¹⁴⁰ Ver: Public Health Service Act 1532, 42 United States Code 300n-1 (1976) (allí se establecen los procedimientos y criterios a ser usados por las agencias de planeamiento de salud del Estado al considerar los cambios propuestos en el sistema de servicios de salud).

¹⁴¹ Véase por ejemplo: HOWELL, Julianne. “Certificate of Need in Massachusetts. Regulation as an Instrument of Public Administration”. 27-28 de febrero. 1978. (reporte inédito, John Fitzgerald Kennedy School of Government, Harvard University) (C.A.T. política de verificación en Boston).

¹⁴² DUNLOP, John. “The Limits of Legal Compulsion”. En: Nov. 11, 1975. pp. 8-9 (artículo inédito ubicado en los archivos de la Harvard Law Review).

Primero, es probable que la aplicación de la regulación de precios y de la entrada produzca daños anticompetitivos innecesarios en mercados que fácilmente pueden tener condiciones de competencia. En particular, la fijación de tarifas según costos inhibe la reducción de precios y la competencia por precios. En un mercado competitivo las empresas sujetas a la fijación de tarifas competirán ofreciendo demasiados servicios o productos de mayor calidad, dando al consumidor más servicio o calidad del que requieren y, eventualmente, cobrando un precio más alto por hacerlo¹⁴³. Segundo, los reguladores encuentran particularmente difícil aplicar la regulación de tarifas según costos en una industria con muchas empresas¹⁴⁴. Tercero, la racionalidad de la regulación de tarifas, en este tipo de industrias, es usualmente débil. La justificación comúnmente dada (la competencia excesiva) no tiene sustento¹⁴⁵. Si realmente se temen posibles prácticas de precios predatorios, se encuentran disponibles alternativas a la regulación, tales como las leyes de defensa de la competencia.

Considérese, por ejemplo, la industria de aerolíneas (previa a la dramática reforma, recientemente introducida en la regulación aérea)¹⁴⁶. Recientes estudios gubernamentales demuestran que la industria aérea es estructuralmente competitiva, y ella se desarrolla a través de diez grandes empresas que proveen más del 90 por ciento del servicio aéreo doméstico¹⁴⁷. Además, existen operadores del servicio local, operadores complementarios y operadores de enlace¹⁴⁸. La industria puede mantener varias, quizá muchas, empresas de tamaño eficiente¹⁴⁹ y las barreras de entrada no son muy altas¹⁵⁰. Aunque los aviones son caros, los nuevos competidores pueden alquilarlos, y la entrada en nuevas rutas no es costosa para las empresas que ya están operando. Las condiciones económicas de la industria son volátiles. La demanda de viajes aéreos está fuertemente afectada por los

cambios en los ingresos personales, y las ganancias dependen mucho del número de personas que deciden viajar¹⁵¹, ya que resulta menos costoso por pasajero volar un avión lleno que en uno vacío. La estructura de costos de la industria es altamente compleja, pues más de veinte mil combinaciones de pares de ciudades reciben servicio aéreo programado, y el costo de atender todas esas rutas varía según diversos factores, tales como la distancia, congestión, maquinaria, tiempo, cantidad de tráfico y su relación con el resto de la red de servicios¹⁵².

La aplicación de regulación clásica de precios y entrada a esta industria causó que las aerolíneas compitan más en los servicios ofrecidos que en los precios¹⁵³. Las aerolíneas no sólo proveen cenas gourmet, sino que también programan más vuelos que los necesarios en las rutas populares, al punto que, por ejemplo, los vuelos transcontinentales sólo estaban llenos en un 39%¹⁵⁴. Las tarifas subieron con el fin de cubrir el costo de la capacidad extra, ocasionada por la limitada competencia en el precio¹⁵⁵. Así, por ejemplo, los operadores intraestatales de California (desregulados por la Dirección de Aeronáutica Civil) que volaban aviones más llenos cobraban cerca de 26 dólares por un viaje de San Diego a San Francisco (de 456 millas y 65 minutos). En una ruta interestatal comparable, un vuelo regulado por la Dirección de Aeronáutica Civil de Boston a Washington de 399 millas y 67 minutos, los operadores interestatales (volando con menos pasajeros en el avión) cobraban 42 dólares¹⁵⁶.

La regulación clásica de precios también tendió a proteger a las empresas que ya estaban dentro de la industria, así como sus participaciones de mercado. La Dirección de Aeronáutica Civil no permitió la entrada a la industria de ninguna empresa nueva después de 1950¹⁵⁷. Las cuotas de mercado de las aerolíneas más grandes en 1975 (comparadas con las de 1938, cuando la industria era

¹⁴³ CAB Hearings. Nota 66 *supra*. p. 97 (presentación de Alfred C. Kahn). (Estas audiencias también son conocidas como las Audiencias Kennedy, puesto que el senador Kennedy las condujo como presidente del subcomité).

¹⁴⁴ Ver: *Ibid.* pp. 84-87 (presentación hecha por Roger G. Noll).

¹⁴⁵ Véase: *Ibid.* pp. 556-557.

¹⁴⁶ Ver: pp. 604-608 y Nota 226 *infra*.

¹⁴⁷ CAB REPORT. Nota 4 *supra*. p. 29.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ Ver las CAB Hearings. Nota 66 *supra*. p. 50 (presentación hecha por Thomas E. Kauper); *Ibid.* p. 65 (presentación hecha por of Gary L. Seevers y James C. Miller, III); *Ibid.* pp. 453-454 (testimonio de William A. Jordan). Véase también: DOUGLAS, George y James MILLER. "Economic Regulation of Domestic Air Transport: Theory and Policy". 1978. p. 178.

¹⁵⁰ Véase el CAB REPORT. Nota 4 *supra*. p. 49. También revítese: CAB Hearings. Nota 66 *supra*. p. 10 (testimonio de Barnum, secretario de transportes en funciones).

¹⁵¹ CAB Hearings. Nota 66 *supra*. pp. 2240-2263 (presentación hecha por Herbert H. Moser).

¹⁵² *Ibid.* pp. 42-46 (aunque se concluye que estos factores no explican las diferencias entre tarifas dentro de California y en la costa este). Véase también: 49 United States Code 1482(e). 1970 (sobre los factores que el CAB debe tomar en cuenta para determinar los precios).

¹⁵³ CAB Hearings. Nota 66 *supra*. pp. 104-105.

¹⁵⁴ CAB REPORT. Nota 4 *supra*. p. 64.

¹⁵⁵ *Ibid.* pp. 38-40.

¹⁵⁶ *Ibid.* p. 43 (tarifario de 1975).

¹⁵⁷ *Ibid.* pp. 78-79.

1/435 de su tamaño) mostraron una estabilidad notable¹⁵⁸. Finalmente, había poco incentivo para desempeñarse más eficientemente. Las aerolíneas que tenían costos menores no podían buscar más clientes cobrando precios menores, u ofreciendo menos asientos pero más amplios¹⁵⁹. Aquellos con costos mayores y menores ganancias eran frecuentemente recompensados con rutas más lucrativas, a fin de “balancear” la industria¹⁶⁰. La industria estuvo plagada por un grupo de problemas regulatorios típicos: retraso, falta de estándares, favoritismo al otorgar las rutas, procedimientos interminables y definición secreta de las políticas más importantes (sin realizar audiencias públicas).

Para aquellos familiarizados con el proceso regulatorio clásico y sus problemas descritos en la parte I, estas quejas y efectos adversos no son sorprendentes. ¿Cómo iba a aplicar la Dirección de Aeronáutica Civil la fijación de tarifas según costos en una industria tan compleja, volátil y competitiva? Hay demasiadas empresas, rutas y cambios para hacerlo empresa por empresa y ruta por ruta. Por un tiempo, la Dirección trató de negociar los cambios en los precios de forma privada con la asociación de empresas aéreas. Este método –secreto, informal y falto de participación del consumidor– se consideró ilegal¹⁶¹. Luego, la Dirección de Aeronáutica Civil desarrolló un conjunto de reglas, después de elaboradas audiencias abiertas, que determinaban automáticamente los precios, anclándolos a los cambios en los costos generales de la industria¹⁶². Aunque esas reglas eran “justas” y administrativamente viables (pues exceptuaban la necesidad de audiencias individualizadas), congelaron los precios y prohibieron la competencia por precios, canalizando la energía de las aerolíneas hacia la competencia por el servicio. De forma similar, los problemas ya familiares, asociados con la asignación según el “interés público”, se hicieron presentes en las dificultades de la Dirección de Aeronáutica Civil para asignar los certificados de rutas. La Dirección encontró difícil separar las preguntas sobre el “quién” y el “qué”, no encontró un juego de estándares consistente para utilizar, sus procedimientos

eran largos e inmanejables y sus decisiones fueron tachadas de injustas y posiblemente corruptas¹⁶³.

No es difícil entender la incapacidad de la Dirección de Aeronáutica Civil para estimular una mayor eficiencia de la industria. Toda fijación de tarifas según costos tiene el problema de la eficiencia. Además, la necesidad de un sistema de precios administrable llevó a la Dirección a adoptar reglas como: “a iguales millas igual tarifa”¹⁶⁴. Dado que una diferencia en las millas recorridas daba lugar a costos distintos, la Dirección de Aeronáutica Civil encontró difícil determinar si los bajos ingresos de las empresas eran consecuencia de su ineficiencia o de una inadecuada estructura de rutas¹⁶⁵. Los argumentos para mantener la regulación parecían no tener fundamento, ya que la justificación de la regulación clásica en este contexto era débil. Aunque las aerolíneas hablaban de “competencia excesiva”, el término no tenía mayor significado en su aplicación¹⁶⁶. Si bien las aerolíneas afirmaban que una mayor competencia en las rutas populares destruiría las ganancias extra utilizadas para financiar el servicio en comunidades más pequeñas, la investigación detallada mostró que no había ganancias extra significativas ni tampoco muchos subsidios cruzados¹⁶⁷. Hace mucho tiempo, las aerolíneas habían discontinuado las rutas que no daban ganancias. En lo relacionado con la “competencia excesiva”, referida al temor por precios predatorios, las leyes de defensa de la competencia estaban disponibles para lidiar con el problema¹⁶⁸. De esta forma, la regulación de la aerolíneas presentaba un caso en el que la justificación para la regulación clásica era inusualmente débil, los problemas inherentes a la aplicación de los métodos regulatorios relevantes (fijación de tarifas según costos y la asignación según el interés público) eran inusualmente severos y, en todo caso, un mercado no regulado –supervisado a través de las normas de defensa de la competencia– resultaba una alternativa aceptable.

2. Control de rentas

La regulación clásica de precios y entrada no es adecuada para lidiar efectivamente con el problema del

¹⁵⁸ United Airlines tenía aproximadamente el 20% del mercado en 1938, y todavía tenía 20% del mercado en 1975. A pesar de las concentraciones de empresas y otros cambios, la industria estuvo compuesta por las dieciséis empresas originales (ahora reducidas a diez). Véase: CAB REPORT. Nota 4 *supra*. pp. 79-80; *Moss versus Civil Aeronautics Bd. 521 F. 2d 298 (D.C. Circuit) (1975)*.

¹⁵⁹ Véase CAB REPORT. Nota 4 *supra*. pp. 87-88.

¹⁶⁰ *Ibid.* p. 119.

¹⁶¹ *Moss versus Civil Aeronautics Bd. 521 F. 2d 298 (D.C. Circuit) (1975)*.

¹⁶² Véase: CAB REPORT. Nota 4 *supra*. pp. 109-112.

¹⁶³ *Ibid.* pp. 95-96.

¹⁶⁴ *Ibid.* pp. 111-112.

¹⁶⁵ *Ibid.* pp. 118-120.

¹⁶⁶ *Ibid.* pp. 60-62.

¹⁶⁷ Un examen detallado del sistema de rutas de United Airlines reveló que como máximo 0.1% de los ingresos por milla tenía un subsidio cruzado. Véase: *Ibid.* pp. 65-68. Es más, el cobro de una tarifa elevada de 42 dólares en la ruta Boston-Washington no generó rentas para un subsidio cruzado. American Airlines estimó su costo total asignado para un vuelo Boston-Washington en 5752 dólares por viaje, mientras que sus ingresos promedio eran de 5544 dólares, generando un promedio de pérdida neta de 208 dólares. *Ibid.* pp. 45-46.

¹⁶⁸ 15 United States Code 2. 1976. Véase en general: AREEDA, Phillip y Donald TURNER. Nota 37 *supra*.

control de rentas; de ordinario, los impuestos o la desregulación son preferibles. El objetivo del control de rentas es capturar las ganancias inesperadas obtenidas por los productores y transferirlas a los consumidores. Las ganancias inesperadas se logran por la venta de *stocks* (existentes o antiguos) de un bien transable cuyo costo de producción presente se ha incrementado¹⁶⁹. La fijación de tarifas según costos busca transferir estas ganancias inesperadas a los consumidores, manteniendo los precios de las unidades nuevas y antiguas a sus respectivos costos¹⁷⁰. Dado que los precios bajos uniformes no generan nueva producción, mientras que los precios altos uniformes no capturan ganancias inesperadas, los reguladores típicamente establecen precios en niveles, dividiendo la producción entre categorías definidas según sus costos y estableciendo precios bajos o altos, dependiendo de los costos de producción dentro de cada nivel¹⁷¹.

Para usar la fijación de precios según costos de esta forma, los reguladores debe decidir: (i) ¿cuándo el precio del nivel más elevado es lo suficientemente alto como para provocar suficiente producción nueva?; y, (ii) ¿quién obtendrá el producto de precio más bajo? Todos los usuarios querrán éste producto, pero no serán permitidos de concursar por él, pues entonces los precios simplemente se elevarían al nivel más alto. Entonces, ¿cómo puede darse una asignación en este caso? La primera de estas decisiones es, en la práctica, difícil de tomar, tomando en consideración el continuo incremento de los costos de producción. La segunda es una cuestión teórica virtualmente imposible de definir con una solución satisfactoria.

Los problemas asociados con estas decisiones son bien ilustrados por la regulación del precio del gas natural en pozo. La mayor parte del gas viaja a través de ductos interestatales que están regulados por la Comisión Federal de Energía, y es revendido a las compañías de distribución locales, regulado por las

comisiones de servicios públicos estatales¹⁷². Muchos economistas creen que los mercados de producción son competitivos estructuralmente¹⁷³. Varios de los productores más grandes y cientos de los pequeños operan dentro de cada campo¹⁷⁴. El grado de concentración es menor que en la mayoría de industrias americanas¹⁷⁵, y la capacidad de venta de cada compañía es volátil. Las barreras de entrada son bajas, ya que no hay grandes economías de escala, aunque los costos de exploración para la producción de gas son lo suficientemente altos como para requerir una cantidad moderada de capital inicial¹⁷⁶. Cuando los precios en pozo comenzaron a subir en 1950, se demandó el establecimiento de regulación. Esta demanda se hizo realidad cuando la Corte Suprema sostuvo que la Ley de Gas Natural no sólo cubría la transmisión sino también la producción de gas¹⁷⁷. Luego de ello, la Comisión Federal de Energía comenzó a utilizar regulación para transferir las ganancias inesperadas a los consumidores¹⁷⁸.

La experiencia de este esfuerzo de controlar las rentas a través de la fijación de tarifas según costos resalta muchas de las deficiencias típicamente asociadas con este tipo de control. Primero, con esta aproximación se genera un serio daño anticompetitivo. Inicialmente, el daño tomó la forma de escasez, que entre 1976-1977, se mostró mediante reducciones de aproximadamente 20% del total de entregas¹⁷⁹. La escasez fue más seria de lo que tales reducciones sugieren, ya que los controles de precios dieron lugar a la reducción de las reservas existentes y fracasaron en añadir nuevas reservas por al menos diez años¹⁸⁰. Al mismo tiempo, no puede culparse totalmente de la escasez a la fijación de precios según costos, pues la misma también fue exacerbada por la capacidad de los productores para obtener precios más altos en mercados interestatales no regulados¹⁸¹.

Segundo, la escasez refleja, al menos en parte, la incapacidad del sistema de fijación de precios para lidiar

¹⁶⁹ BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. Nota 5 *supra*. pp. 949-950.

¹⁷⁰ *Ibid.* pp. 950-951.

¹⁷¹ *Ibid.* p. 951.

¹⁷² *Ibid.* p. 944.

¹⁷³ Véase por ejemplo: MACAVOY, Paul. "Price Formation in Natural Gas Fields". 1962; NEUNER, Eduard. "The Natural Gas Industry". 1960. pp. 178-204, 280-281.

¹⁷⁴ Ver: BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. Nota 5 *supra*. p. 946.

¹⁷⁵ Véase el registro p. 458 (Champlin Oil and Refining Company, Docket G-9277) (F.P.C. 1969) (testimonio del profesor Morris Adelman); MCKIE, James. "Market Structure and Uncertainty in Oil and Gas Exploration". En: Quarterly Journal Economics 74. 1960. pp. 546-549.

¹⁷⁶ DUCHESNEAU, Thomas. "Competition in the U.S. Energy Industry". 1975. pp. 100-103; ver: MCKIE, James. Nota 175 *supra*. Las economías de escala y los costos de exploración se están volviendo barreras de entrada más importantes a medida que la exploración se extiende a áreas fuera de la costa y en el Ártico.

¹⁷⁷ *Phillips Petroleum Company versus Wisconsin*. 347 United States 672 (1954) Act 1(b) (*construing Natural Gas*); 15 United States Code 717(b). 1976.

¹⁷⁸ BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. Nota 5 *supra*. pp. 951-952. Véase en general: KAHN, Alfred. "Economic Issues in Regulating the Field Price of Natural Gas". En: American Economic Review 50. 1960. p. 506.

¹⁷⁹ Brown's Directory of North American Gas Companies 7. 91ava edición. 1977.

¹⁸⁰ American Gas Association, Historical Statistics of the Gas Utility Industry (1966-1975). p. 4. 1977. (tabla 3).

¹⁸¹ Véase BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. Nota 5 *supra*. pp. 960-961, 977-978. Además, es difícil decir cuánto gas adicional pudo haber sido encontrado si se hubiese permitido que los precios suban.

con los problemas de establecer un precio alto y distribuir el gas de bajo precio. Para determinar un precio alto adecuado, la Comisión tuvo que determinar una ganancia razonable –un problema difícil, complicado por la naturaleza especulativa de las inversiones de gas, el vasto número de productores y el complejo sistema de contabilidad que usaban–. La Comisión debió asignar los costos comunes entre el gas y el petróleo –una tarea imposible cuando un producto es regulado y el otro no–. También debió determinar los probables costos futuros, sin una base firme, para hacer sus predicciones, dadas las cambiantes condiciones de producción. Al mismo tiempo, el gran número de productores hizo que los procedimientos se volvieran largos y que la revisión de precios fuera complicada. Frente a estos serios problemas, la Comisión tendió a escoger figuras de compromiso entre la información conflictiva presentada. Estas figuras se inclinaban hacia abajo debido al compromiso y a que los topes fijados interinamente habían funcionado durante varios años y podían haber sacado del mercado a los productores de altos costos; con lo cual los costos de producción estimados eran antiguos y, por lo tanto, bajos. Además, los productores también podían haber subestimado la posibilidad de que los costos se elevarían, llevando a un precio alto que era menor que el costo necesario para generar nueva producción, pero que, una vez fijado, fue rígido y difícil de cambiar¹⁸².

Además, el problema de asignar el gas de menos precio se volvió virtualmente imposible de solucionar. El gas fue asignado en los ductos sobre una base histórica, por lo que las empresas, naturalmente, buscaron localizar sus plantas junto a los ductos que tenían fuentes de provisión más antiguas y baratas. Como la provisión de insumos industriales se tornó escasa, las empresas se movieron hacia el sur para sacar ventaja de la disponibilidad del gas (incluso a precios más altos)¹⁸³. En cualquier ducto, el problema de asignación entre los consumidores actuales estaba encubierto, pues los ductos vendían a un precio promedio sobre el valor del gas antiguo y nuevo. Un sistema como éste funciona permitiendo que el consumidor vea el precio más bajo que el precio del gas nuevo, siempre y cuando haya gas antiguo y más barato en el sistema. Este sistema creó un exceso de demanda por gas barato y, dado que los precios estaban promediados, se creó exceso de demanda para todo el gas¹⁸⁴. Así, la escasez reflejaba,

sin sentido, tanto una oferta muy baja como una elevada demanda, y el gas iba a consumidores históricos antes que a aquellos que podrían haberlo necesitado más o que hubieran pagado más por él. Tales efectos fluyen directamente del uso de la regulación clásica.

Finalmente, la escasez llevó a un sistema de asignación regulatoria diseñado para asignar recortes, generando así los problemas típicos de los regímenes regulatorios. La Comisión Federal de Energía, al principio, trató de desarrollar un conjunto de estándares que pudieran asignar gas automáticamente a aquellos que más lo necesitaban. Ordenó a las compañías operadoras de ductos que recorten las ventas que podían interrumpirse y, luego, aquellas para grandes demandas vinculadas con usos industriales que requerían quemar combustibles. Posteriormente, se redujeron otras grandes demandas para usos comerciales e industriales, seguidas por demandas más pequeñas para usos comerciales y residenciales. De esta forma, se recortó, primero, los usos que podían cambiarse a combustibles alternativos disponibles antes que aquellos que no podían hacerlo. Sin embargo, la Comisión pronto descubrió la necesidad de crear numerosas excepciones, pues no existía una necesaria correspondencia entre las categorías que inicialmente había diseñado y criterios de priorización social¹⁸⁵.

En términos generales, puede concluirse que los usos residenciales son más importantes que los comerciales, industriales, quemadores de combustibles o las ventas que pueden interrumpirse. No obstante, el hecho de que un contrato calificara como servicio pasible de ser interrumpido sólo demostraba que el usuario, dispuesto a ayudar a que el ducto equilibre su carga, encontró una fuente de energía alternativa durante la pequeña temporada pico del invierno, más no que el usuario pudiera soportar un recorte severo. Por ello, no ofrecía base alguna para afirmar que la sociedad está mejor si, durante una seria escasez, todos los clientes cuyo suministro podía interrumpirse eran recortados primero. La Compañía de Gas Natural Piedmont se enfrentó con este problema cuando descubrió que abastecía a veinte hospitales cuyo servicio podía “interrumpirse”¹⁸⁶ ¿Deberían haber sido desconectados todo el invierno antes que los que fabrican helados o patinetas?

Al tratar de formular estándares para el recorte, la Comisión se encontró con un problema grave de

¹⁸² Ver: Ibid. pp. 952-958, 962-963, 984, 563-564.

¹⁸³ BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. Nota 5 *supra*. pp. 960-983.

¹⁸⁴ Una escasez no ocurriría si se permitiese el aumento del precio del nuevo gas. Cualquier exceso en la demanda llevaría a los productores a buscar fuentes más onerosas de abastecimiento. La mayor utilidad reflejada en la diferencia existente entre el precio de venta y el costo de producir el gas “antiguo” cubriría la búsqueda de nuevas fuentes de abastecimiento. El tope en el precio del gas nuevo, sin embargo, impediría este efecto de incentivo.

¹⁸⁵ Véase: WILLRICH, Mason. “Administration of Energy Shortages: Natural Gas and Petroleum”. 1976. pp. 83-88, 93-97.

¹⁸⁶ Ibid. pp. 23 y 55.

recolección de información. Hay cerca de 210.000 usuarios de gas, el gas natural tiene más de 25.000 usos industriales diferentes, y cada uno debe ser asociado con diferentes costos¹⁸⁷. Los ductos atienden a los distribuidores, quienes a su turno sirven a los consumidores finales. De esta forma, la Comisión puede no saber a qué uso se destina la mayor parte del gas. Además, la Comisión enfrentó serios problemas de exigibilidad. Los consumidores finales tendían a clasificarse a sí mismos de la forma que más incrementara la cantidad que recibían, y ni la Comisión ni las compañías operadoras del ducto podían verificar sus respuestas. La Comisión tampoco podía forzar a los distribuidores, sujetos a regulación estatal, a seguir el programa federal de recortes. Las reglas de recorte tenían también una variedad de efectos arbitrarios sobre la competencia debido a la forma aleatoria en que distribuyeron el incremento de costos de combustibles¹⁸⁸.

La dificultad de crear un conjunto sensato de reglas que, automáticamente, asigne el escaso gas, llevó a la Comisión a una única alternativa: un proceso de excepción que tenía el mismo efecto que una asignación según el interés público¹⁸⁹. Las empresas podían solicitar una liberación del plan de recorte demostrando una necesidad especial. Una serie de factores eran relevantes: el grado de desempleo, el tipo de uso final, la conversión de los costos, producto final en que se utilizaba el gas y el impacto de la liberación sobre los demás compradores¹⁹⁰. No se proveyó un método claro para equilibrar estos factores. Las audiencias se volvieron demasiado largas, consumiendo tiempo, creando inconsistencia y sospechas de favoritismo¹⁹¹.

Para evitar tanto el establecimiento de estándares como los problemas de la asignación según el interés público, la Comisión alentó a cada ducto a negociar los planes de recorte entre todos sus compradores¹⁹². Estos planes reflejaron las virtudes y defectos de la negociación: no todas las partes relevantes estaban representadas y el resultado reflejó, antes que necesidad económica, consideraciones políticas, administrativas y legales. No obstante, quizá la negociación era la forma más práctica de proceder¹⁹³. Así, la Comisión pasó, primero, de un establecimiento de estándares a una asignación según

el interés público y, posteriormente, a la negociación para poder resolver su problema de asignación.

La racionalidad de la regulación –el deseo de transferir de los productores a los consumidores las rentas o las ganancias inesperadas– es plausible y, a diferencia de la competencia excesiva, no representa una “caja vacía”. Pero existe un régimen alternativo, el sistema de impuestos, que puede hacer mejor el trabajo. Uno podría imponer un impuesto que tenga el efecto de transferir las ganancias “excesivas” del productor a los consumidores y, consecuentemente, lograr el más importante objetivo regulatorio (sin los graves problemas endémicos propios de la regulación clásica)¹⁹⁴.

Claro está que la aplicación de un sistema de impuestos tiene sus propios problemas. El monto del impuesto es difícil (pero no imposible) de calcular. Por ejemplo, el plan de impuestos al petróleo de la Administración, permitió que el precio del petróleo más nuevo y caro suba a niveles del mercado libre, y en cada categoría distinta fijó el impuesto en un valor igual a la diferencia entre el “costo” y el precio en el libre mercado¹⁹⁵. Al requerir que el regulador categorice el gas antiguo o el gas barato de acuerdo con el costo, este sistema se arriesgaba a poner equivocadamente el gas caro en la categoría del gas barato. Además, requiere que se determine qué precio de mercado libre, de los muchos disponibles (variando de acuerdo a la calidad del producto y a los lugares en los que el gas es vendido), se usará para efectos tributarios. El sistema de impuestos también ocasiona problemas políticos como los relacionados con la forma en que los ingresos obtenidos serían asignados. Más aún, el sistema de impuestos terminará, automáticamente, una vez que el gas antiguo y más barato se acabe. Sin embargo, probablemente ninguno de los problemas mencionados es tan dañino como la mala asignación que trae consigo la fijación de precios según costos. Además, la terminación automática es deseable, pues el impuesto se acaba al mismo tiempo que la razón para su imposición desaparece. En resumen, los problemas de usar el sistema de regulación clásica para lidiar con el control de rentas son graves, por decir lo menos. Son lo suficientemente graves como para ameritar un estudio detallado de los impuestos u otras

¹⁸⁷ Ibid. pp. 29-30, 87-91.

¹⁸⁸ Ibid. pp. 33-35.

¹⁸⁹ Ver: Ibid. pp. 569-570.

¹⁹⁰ WILLRICH, Mason. Nota 185 *supra*. pp.101-102.

¹⁹¹ Véase: Ibid. p. 568.

¹⁹² Ibid. p. 90.

¹⁹³ Ver: Ibid. pp. 228-231.

¹⁹⁴ Ver: STEWART, Richard y James KRIER. “Environmental Law and Policy”. Segunda edición. 1978. pp. 564-587.

¹⁹⁵ H.R. 6831, 95avo Congreso, sesión 1. 1401. “The National Energy Act: Hearings before the Subcommittee on Housing and Community Development of the House Committee on Banking, Finance and Urban Affairs”. 95avo Congreso, sesión 1. 1977. pp. 198-202 (impuesto de equilibrio del crudo de petróleo); H.R. Rep. 95-496, 95avo Congreso, sesión 1, punto III. 1977. p. 4; 74.

alternativas comprables de transferencia de ingresos, ya que los problemas inherentes a estos otros métodos parecen ser menos graves. Si no es posible asegurar la adopción del método alternativo, la magnitud de los problemas asociados con la regulación clásica hace que pueda argumentarse que, antes que continuar con la fijación de precios según costos, la desregulación es preferible.

3. Efectos colaterales

Cuando se trata de problemas relacionados con efectos colaterales, deben llevarse a cabo grandes esfuerzos para sustituir regímenes menos restrictivos (incluyendo los impuestos, la revelación de información y la negociación) por el clásico establecimiento de estándares.

La discusión sobre el establecimiento de estándares sugiere que los problemas que lo acompañan son serios. Este modo clásico de regulación es difícil de administrar, puede causar serios daños anticompetitivos y puede congelar el avance de la tecnología. La probabilidad de que esos daños ocurran aumenta debido a la complejidad del problema, el número de elementos que deben ser monitoreados, las modificaciones y excepciones necesarias, y el grado al que los problemas están tecnológicamente relacionados.

Los cuatro problemas que se presentan en el establecimiento de estándares son bien ilustrados en el caso del control de la contaminación. La necesidad de equilibrar los daños y beneficios, ajustar las soluciones al local y proceso de producción de cada contaminador, y evitar ventajas indebidas para los competidores existentes, sugieren estándares particularizados que dependen de la obtención de información detallada y exacta¹⁹⁶. Pero la variedad de estándares y la gran cantidad de aspectos a ser controlados harán difícil su exigibilidad. Los distintos costos de tecnologías alternativas en varios locales e industrias, junto con los problemas de recolección de información, harían difícil evitar las consecuencias anticompetitivas. Y los muchos estándares que se necesitan, combinado con el gran número de potenciales demandas, exacerban los problemas de revisión judicial.

Para muchos economistas el sistema de impuestos se vuelve de inmediato una prometedora alternativa frente a los problemas de efectos colaterales vinculados a la contaminación¹⁹⁷. Dado que el problema es que el precio de un producto no refleja el importante costo social que impone (por ejemplo, la contaminación), ¿por qué no simplemente subir el precio a través de un impuesto que refleje el daño? La respuesta del regulador clásico es que nadie sabe cuánto subir el precio, y cómo decidir la cantidad del impuesto no es más fácil que decidir cuánto humo debe permitírsele emitir al fabricante ¿Por qué, entonces, no responder la última pregunta directamente a través estándares?¹⁹⁸ Sin embargo, la real virtud de un sistema de impuestos no es su capacidad para medir el “costo” de la contaminación sino para crear incentivos que dirijan la conducta en una dirección socialmente deseable –sin congelar la tecnología actual o eliminar un grado de elección individual–. Muchos factores sugieren su conveniencia en relación con el problema de los efectos colaterales.

Primero, el problema sugiere que la respuesta no es una prohibición automática de productos y procesos que creen polución, sino un mejor equilibrio entre los dos objetivos enfrentados: un medio ambiente limpio y la producción industrial. La finalidad es alentar un cambio o desarrollo hacia procesos de producción que permitan más de los dos. Los precios relativos realizan tales funciones en la economía¹⁹⁹. Poner un precio a la contaminación puede permitir que los compradores equilibren los bienes ambientales e industriales y, además, puede crear incentivos en el sentido correcto. Cualesquiera sean los problemas de determinar cuánto debe incrementarse el precio de los productos o procesos contaminantes, la aplicación de un incremento en el precio permite que aquellos que tienen una necesidad o deseo especial por tener un producto contaminante lo obtengan y, además, crea un incentivo continuo para que los fabricantes encuentren métodos de producción que contaminen menos²⁰⁰.

Segundo, es probable que las soluciones “adecuadas” dependan sustancialmente de los miles de productos y procesos, y miles de locales. De ahí que se necesite un método que permita tal variación. Subir el precio y, por ende, permitir el uso del proceso o el método de

¹⁹⁶ STEWART, Richard y James KRIER. Nota 194 *supra*. pp. 556-557.

¹⁹⁷ Ver, por ejemplo: KNEESE, Allen y Charles SCHULTZE. Nota 7 *supra*. pp. 5-9; SCHULTZE, Charles. Nota 10 *supra*. pp. 50-51; SENECA, Joseph y Michael TAUSSIG. “Environmental Economics”. 1974. pp. 218-245; RUFF, Larry. “The Economic Common Sense of Pollution”. En: Public Interest 19. 1970. pp. 78-81; SOLOW, Robert. “The Economist’s Approach to Pollution and its Control”. En: Science 173. 1971. p. 498.

¹⁹⁸ Ver: STEWART, Robert y Richard STEWART. “Book Review”. En: Harvard Law Review 88. 1975. pp. 1645-1653. Sobre la dificultad de medir los costos de la contaminación, véase: LAVE, Lester. “Air Pollution Damage: Some Difficulties in Estimating the Value of Abatement in Environmental Quality Analysis”. 1972. p. 213 (Editores: Allen Kneese y Blair Bower).

¹⁹⁹ STEWART, Richard y James KRIER. Nota 194 *supra*. pp. 103-107, 351; RUFF, Larry. “Price Pollution out of Existence”. En: Los Angeles Times. 7 de diciembre de 1969. Sección G7, columna 3.

²⁰⁰ BAXTER, William. “People or Penguins: The case for Optimal Pollution”. 1974. pp. 73-78; SCHULTZE, Charles. Nota 10 *supra*. pp. 53-54; RUFF, Larry. Nota 197 *supra*. pp. 79-80.

producción (si es que los consumidores están dispuestos a pagar el precio) puede lidiar, en cierto sentido, con esta necesidad de variación²⁰¹. Tercero, el gran número de fuentes de contaminación sugiere la conveniencia, desde el punto de vista de la exigibilidad, de una regla simple. Un sistema de impuestos ofrece la posibilidad de un sistema que es bastante simple de aplicar y que, a la vez, admite variación y posee flexibilidad²⁰².

Existe una alternativa de mercado frente al impuesto a la polución, el cual ayuda a eliminar la incertidumbre sobre si los contaminadores pueden continuar causando daños, y sobre si pagaran el impuesto. Bajo esta perspectiva, la agencia establecerá un límite absoluto en la cantidad de emisiones en una región, y definirá derechos transables para contaminar hasta ese nivel. Estos derechos pueden ser vendidos y revendidos y, eventualmente, terminarán en las manos de aquellas empresas con la capacidad de pagar y para quienes sea más costoso eliminar las emisiones contaminantes. Mientras que un sistema así ofrece certeza sobre la cantidad de contaminación que habrá, ya que la agencia reguladora establece un límite absoluto, a la vez deja la incertidumbre de hasta qué punto ese límite absoluto impondrá una carga derivada de los costos para las empresas dentro de la región, aspecto sobre el cual los impuestos ofrecen mayor información²⁰³. Es claro que estas aproximaciones implican lidiar con los problemas de información mencionados más arriba. Debido a los problemas que van de la mano con la creación de un impuesto o un sistema de incentivos, se debe tener menos seguridad de la posibilidad de cambiar los regímenes que en el caso de la competencia excesiva o el control de rentas. No obstante, las potenciales ventajas de un impuesto o un sistema de incentivos, junto con las obvias dificultades del establecimiento de estándares, hacen que el esfuerzo para diseñar un cambio práctico en esta área sea una gran prioridad en una reforma regulatoria sustantiva²⁰⁴.

4. Monopolios naturales

La fijación de precios según costos parece ser razonablemente adecuada para el problema del monopolio natural, pero su uso en una porción de una industria compleja altera radicalmente los términos de la discusión sobre la regulación en otros ámbitos de esa industria. La clásica fijación de precios según costos es razonablemente capaz de lidiar con una sola empresa grande, cuyos costos y demanda permanecen constantes. Si bien sus problemas son serios en ese caso, son menos relevantes que cuando se aplica a mercados con muchas empresas, cuyos costos y demanda son fluctuantes. En el primer caso, el sistema puede mantener los precios cerca al costo, ofrecer algún incentivo para la eficiencia y dar alguna garantía de trato justo con el cliente²⁰⁵. Más aún, no existe un régimen alternativo que ofrezca una mejora significativa. La nacionalización tiene desventajas severas y, si bien es aceptada en Europa, no es popular políticamente en Estados Unidos. Los mercados no regulados pueden permitir que el "monopolista natural" eleve los precios muy por encima de su costo. La apremiante necesidad del servicio telefónico y electricidad hace que exista un temor razonable de que, sin regulación o sin la amenaza de su existencia, los precios no regulados excederán largamente los precios regulados²⁰⁶. Un impuesto a las ganancias en exceso de menos del 100% llevaría a que la empresa aumente su precio antes que intentar producir más eficientemente, y conllevaría la difícil pregunta de cuál es el nivel de ganancias al que debería aplicarse la tasa del impuesto. Se debe ser pesimista respecto de la probabilidad de que un régimen alternativo pueda suplantar efectivamente la regulación clásica en esta área.

Esto no quiere decir que todos los monopolios naturales deban ser regulados. Las presiones competitivas de otras industrias pueden ayudar a mantener los precios de un monopolio natural cerca de sus costos. Por ejemplo, la

²⁰¹ Ver: BAXTER, William. Nota 200 *supra*. pp. 65-68, 75.

²⁰² SCHULTZE, Charles; FRIED, Edward; RIVLIN, Alice y Nancy TEETERS. "Setting National Priorities: The 1973 Budget". 1972. pp. 368-373; BAXTER, William. Nota 200 *supra*. pp. 76-77.

²⁰³ STEWART, Robert y Richard STEWART. Nota 198 *supra*. pp. 1653-1654. Ver: STEWART, Richard y James KRIER. Nota 194 *supra*. pp. 587-602.

²⁰⁴ La regulación sobre seguridad, particularmente la seguridad en los centros de trabajo, presenta muchas consideraciones como los efectos colaterales medioambientales. El problema básico tiene que ver con el balance. Nadie cree que la eliminación de todos los riesgos es posible o deseable; la pregunta es cuánta seguridad debería comprar uno. Tampoco tiene sentido que todos los centros de trabajo, al margen del trabajo involucrado, deban ser igual de seguros. El problema de la seguridad en los centros de trabajo requiere la creación de incentivos para evitar actividades más peligrosas, o procesos de producción para crear tecnologías más seguras. En resumen, al igual que la contaminación, el problema demanda una gran variedad de resultados finales e involucra lidiar con un amplio número de empresas. El clásico ajuste estándar es probable que se muestre particularmente inútil. Dos características de este tipo de regulación aconsejan la sustitución y el desarrollo de regímenes menos restrictivos. En primer lugar, mientras se considere que el problema es la información inadecuada, puede usarse la transferencia de información o la provisión directa de información, evitando de esta forma algunos de los problemas que acompañan a la fijación de un estándar clásico. Segundo, los arreglos para la negociación colectiva ya están dados. Así, puede resultar práctico resolver algunos de los mayores problemas de seguridad mediante los sistemas de negociación, particularmente si alguien cree que el proceso de fijación de estándares es práctico sólo para atacar los "peores casos".

²⁰⁵ Ver KAHN, Alfred. Nota 6 *supra*.

²⁰⁶ No obstante, véase: MOORE, Thomas. "The Effectiveness of Regulation of Electric Utility Prices". En: Science Journal Economics 36. 1970. p. 365; STIGLER, George. Nota 15 *supra*. Sin embargo, sus estudios no tomaron en cuenta que una empresa no regulada actualmente puede escoger no elevar los precios demasiado por miedo a ser sujeto de regulación, ni tampoco que su información fue tomada de los años sesenta, cuando los avances tecnológicos redujeron los costos significativamente (tanto así que los precios permanecieron constantes).

industria del petróleo puede generar cierta competencia para el distribuidor de gas monopolista. Pero si uno considera que un productor es un "monopolista natural" y posee un considerable poder para subir los precios que no ejerce, entonces es razonable considerar que la fijación de precios según costos es el régimen más apropiado para lidiar con el problema.

Decidir que una empresa es un monopolista natural respecto de uno de sus productos y que debe ser regulado, no define en qué medida también debe aplicarse regulación clásica a sus otros productos. Ya que la mayoría de las empresas reguladas son entidades complejas que venden diferentes servicios, es posible que la regulación sea apropiada para algunos servicios, pero no para otros. No obstante, el hecho de que la empresa esté regulada en parte afecta significativamente la pregunta de si la regulación es apropiada en otros aspectos y cuál sería esa regulación. Ese hecho distorsiona el marco competitivo en las áreas relacionadas y hace que sea difícil responder a la pregunta de si es adecuada la competencia o la regulación en estas otras áreas.

Considérese, por ejemplo, la reciente controversia alrededor de los esfuerzos del Comisión Federal de Comunicaciones para introducir la competencia en los mercados de telecomunicaciones de larga distancia. Inicialmente, esta Comisión esperaba "usar las fuerzas de mercado competitivo como una alternativa a la regulación, que ella consideraba inefectiva"²⁰⁷. Esta "ineficacia" surgió en gran parte del hecho de que la regulación de los precios de la American Telephone and Telegraph's (AT&T) involucraba un inusual y serio problema de asignación de costos comunes²⁰⁸. Los aparatos terminales dentro de las casas y oficinas, y los cables que conectaban con los operadores locales, se utilizaban para servicios locales como de larga distancia. Los canales de comunicaciones de larga distancia (cables, microonda o satélite) son usados para una variedad de servicios de larga distancia: el servicio ordinario de voz, servicio telefónico en áreas ampliadas (por el que se cobra

una tarifa plana mensual) y el servicio de circuitos privados (que conecta dos puntos en ciudades distantes con una línea de comunicación continua entre ellos). El problema de asignar el costo de esos canales a los distintos servicios que hacen uso de ellos afecta la fijación de precios según costos. Los reguladores, por razones prácticas, tienden a usar métodos que son económicamente arbitrarios²⁰⁹. El problema de los costos comunes de la telefonía se agrava por el hecho de que la Comisión Federal de Comunicaciones regula las comunicaciones de larga distancia, mientras que las agencias estatales regulan a las operadoras locales, que son las que se ofrecen las llamadas locales²¹⁰.

El personal de la Comisión Federal de Comunicaciones argumentó que el gran problema de la asignación de los costos entre los servicios de larga distancia podía evitarse en alguna medida y los beneficios de la competencia pueden lograrse si se permitía que las compañías privadas de microondas establecieran su propio servicio de larga distancia (sobre la base de estaciones de microondas) interconectado con los operadores locales de AT&T, y que compitieran con AT&T para abastecer el servicio de larga distancia a través de circuitos privados²¹¹ (por ejemplo, líneas abiertas directas entre la oficina en San Francisco de la General Motors y su planta en Detroit). Por un lado, los nuevos competidores podrían ofrecer el servicio de larga distancia por circuitos privados a un costo más bajo. Por otro, podrían abastecer servicios más innovadores. De cualquier modo, presionarían a AT&T para que reduzca sus precios por servicio de larga distancia a través de circuitos privados y, por ende, sus costos de proveerlos. Por último, la entrada de nuevos operadores permitiría una prueba práctica para comprobar el argumento de AT&T de poseer grandes economías de escala en las telecomunicaciones de larga distancia, pues si los competidores podían sobrevivir pese a la competencia por precios de AT&T, tal hecho demostraría que el servicio de telecomunicaciones de larga distancia no era un monopolio natural.

²⁰⁷ STRASSBURG. "Organization Analysis of Regulatory Process: A Comparative Study of the Decision Making Process in the Federal Communications Commission and the Environmental Protection Agency". 1977. (reporte preparado para la National Science Foundation). Siendo presidente de la Comisión Federal de Comunicaciones, Richard Wiley dijo que el tema era saber si el consumidor estadounidense se consideraba mejor servido teniendo acceso irrestricto a los abastecedores de servicios de comunicación diversos y especializados, o existiendo barreras regulatorias artificiales que limiten su acceso a un monopolista. En esta evaluación comparativa, la Comisión ha concluido que el interés del público se logra mejor con un mercado abierto. "Competition in the Telecommunications Industry: Hearings before the Subcommittee on Communications of the House Comm. on Interstate and Foreign Commerce". 94avo Congreso, sesión 2. 1976. p. 738 (en adelante, "Telephone Hearings").

²⁰⁸ Ver: SECHTER, J. "Separations Procedures in the Telephone Industry: The Historical Origins of a Public Policy". 1977. pp. 3-7.

²⁰⁹ Telephone Hearings. Nota 207 *supra*. p. 77 (testimonio de Paul H. Henson). La separación entre la propiedad, las rentas y los gastos de telecomunicaciones intraestatales e interestatales fue ordenada por la Corte Suprema. *Smith versus Illinois Bell Telephone Company*. 282 *United States* 133 (1930). El principio de separación ha sido incorporado a la legislación que regula la industria de las telecomunicaciones. Ver: 47 *United States Code* 221 (1970); *ibid.* 410(c) (1975).

²¹⁰ Las comisiones estatales intraestatales, esperando mantener bajos los precios de los servicios intraestatales, buscan asignar la mayor cantidad de tasa base posible para el servicio intraestatal. Téngase en cuenta que tal asignación incluye la negociación entre los reguladores estatales y federales. El resultado es que AT&T debe establecer precios para el servicio interestatal más altos que los costos incrementales de proveer el servicio. Telephone Hearings. Nota 207 *supra*. p. 77 (testimonio de Paul H. Henson).

²¹¹ Ver: *Specialized Common Carrier Services*. 29 F.C.C. 2d 870 (1971), *aff'd sub nom. Washington Utils. & Transp. Comm'n versus FCC*. 513 F.2d 1142 (9th Circuit), *cert. denegado*. 423 *United States* 836 (1975). El desarrollo de esta política pública fue diseñada por la Commission in Telephone Hearings. Nota 207 *supra*. pp. 856-867.

Ya que la Comisión Federal de Comunicaciones no tenía certeza de que la nueva tecnología de bajo costo existente haría que las comunicaciones de larga distancia fueran un monopolio natural, podía permitir que nuevas empresas entren al mercado, que todas las empresas cobren precios que reflejen los costos "incrementales" (el costo adicional de proveer el servicio adicional en cuestión) y que sobreviva la empresa más eficiente. La nueva competencia dirigiría los precios hacia los costos incrementales y permitiría que los consumidores elijan entre las empresas que compiten sobre la base del costo menor o del mejor servicio.

La respuesta del sistema Bell es importante, pues muestra cómo es que la existencia de la regulación en un área de monopolio natural (en este caso, el servicio de telefonía local) complica la toma de decisiones en otras áreas relacionadas. Bell señaló que, dada la existencia de tal regulación, la entrada de nuevos competidores en los mercados de larga distancia a través de circuitos privados no resultaría necesariamente en una competencia libre y abierta²¹². El hecho de que algunos de los servicios de AT&T (por ejemplo, el servicio de telefonía local o el servicio de portador local) continúen siendo regulados por los gobiernos federales y estatales evitaría que AT&T compita efectivamente con los nuevos operadores. Más específicamente, las reglas regulatorias desarrolladas en estas otras áreas evitarían que AT&T compita por precios con otros operadores, ya que evitarían que AT&T reduzca su precio para reflejar el costo adicional de proveer servicios de larga distancia (es decir, el costo incremental). Las reglas mantienen efectivamente un precio sombra sobre las nuevas empresas. AT&T argumentaba que, si podía cobrar precios que reflejen el costo incremental de los servicios, lograría fácilmente sacar a los competidores del mercado, pues el resto de su sistema y las telecomunicaciones de larga distancia (o los servicios privados de larga distancia) eran un monopolio natural, por lo que el costo adicional de proveer tal servicio era muy bajo²¹³.

Sin embargo, los pequeños competidores sustentaron que no debería permitirse que AT&T reduzca su precio al costo incremental, pues, debido a la complejidad del sistema de contabilidad de AT&T, ningún regulador podría determinar si un precio bajo de telecomunicaciones de larga distancia de AT&T realmente reflejaba un costo bajo propio de un monopolio natural o si, más bien, constituía un precio predatorio —un precio por debajo del costo incremental de proveer el servicio—²¹⁴.

Una vez que los nuevos competidores aparecieron, AT&T respondió reduciendo sus precios, teniendo la Comisión Federal de Comunicaciones que determinar si esos precios estaban por debajo de los costos de AT&T. De esta forma, la Comisión no evitó el problema de la "determinación del costo". Tuvo que asignar costos comunes y, al hacerlo, requirió que AT&T efectivamente cobre precios que estaban cerca del promedio, más que de los costos incrementales. Además, AT&T debió empezar con una desventaja de precios, pues las reglas de separación de costos dentro del estado/entre estados la obligaban a incluir algunos de los costos de sus terminales locales y cables en su estructura de precios de servicios de larga distancia, mientras que sus competidores en larga distancia no tenían que incluirlos en sus tarifas²¹⁵. Por estas razones, desde el punto de vista de AT&T, la noción de que podría competir vigorosamente y de forma justa con sus competidores era ilusoria. Mas bien, lo que las reglas regulatorias hacían era forzarla a cobrar precios más altos que sus costos incrementales. Al permitir la entrada de nuevos competidores, la Comisión Federal de Comunicaciones corrió el riesgo de que los operadores de costos más altos atrajeran una porción del negocio de AT&T, y de que si ésta perdía muchos clientes se incrementaran sus costos unitarios, dejándola sin volumen suficiente para proveer el servicio a un costo menor.

Aquellos que favorecían la entrada de nuevos competidores esbozaron varios argumentos en respuesta a AT&T. Primero, que era incierto que las comunicaciones de larga distancia tuvieran —o continuaran teniendo— características de costos de un monopolio natural. La nueva tecnología siempre puede cambiar las características de esos costos, y las presiones competitivas que provocan las empresas nuevas hacen más probable la introducción de nueva tecnología. Segundo, algunos añadieron que las reglas regulatorias que evitaban que AT&T responda a la nueva competencia (reduciendo sus precios al costo incremental) debían ser abandonadas. Sin embargo, a pesar de los méritos de este objetivo, era poco probable que se lograra en la práctica, en tanto la jurisdicción se mantuviera dividida entre agencias estatales y federales, pues las comisiones reguladoras locales buscarían mantener bajas sus propias tarifas asignando la mayor cantidad posible de costos de AT&T a la estructura de precios de los servicios de larga distancia entre estados. Finalmente, también podía argumentarse que algo de ineficiencia (una pequeña cantidad de facilidades de altos costos) en las telecomunicaciones de larga distancia —a

²¹² Telephone Hearings. Nota 207, *supra*. pp. 39-40 (testimonio de John De-Botts); *Ibid.* pp. 143-144 (testimonio de Theodore F. Brophy). AT&T ha introducido el concepto de costo incremental en AT&T Company Long Lines Dep't, 61 F.C.C. 2d 587 (1976). La Comisión Federal de Comunicaciones rechazó la noción del costo incremental de largo plazo y, en su lugar, adoptó una versión de la teoría de la fijación de tarifas de costos totalmente distribuidos.

²¹³ Telephone Hearings. Nota 207, *supra*. pp. 143-144 (presentación de Theodore F. Brophy).

²¹⁴ Ver: *Ibid.* pp. 307; 328 y 489.

²¹⁵ La inclusión de estos costos se debe parcialmente a la negociación política entre los reguladores federales y estatales descrita en la nota 210, *supra*.

través de circuitos privados— era simplemente un precio que valía la pena pagar para tener nuevos competidores, así como para la presión que éstos ejercerían sobre AT&T con el fin de que innove, opere más eficientemente y trate de reducir sus precios.

En realidad, inicialmente el riesgo de que los nuevos competidores generaran un incremento del costo unitario del servicio de AT&T era limitado, pues la Comisión Federal de Comunicaciones había autorizado la entrada sólo en un mercado muy pequeño —el mercado para las telecomunicaciones de larga distancia a través de circuitos privados—²¹⁶. De esta forma, incluso si los precios de AT&T se mantenían altos para proteger a los nuevos competidores en ese mercado, la pérdida de negocio para aquella empresa sería pequeña y el riesgo correspondiente de disminuir las economías de escala también era reducido.²¹⁷ Pero, en términos prácticos, era difícil confinar a los nuevos competidores a este pequeño mercado. Primero, obtuvieron permiso para interconectarse con los operadores locales de AT&T²¹⁸, logrando así que cualquier usuario de telefonía fija pudiera aprovechar también el servicio de larga distancia a través de los circuitos privados. Luego, recibieron permiso para vender y revender partes del servicio de los circuitos privados (por ejemplo, el valor de tres minutos), permitiéndoles ofrecer efectivamente el servicio de larga distancia ordinario. Y los esfuerzos de la Comisión Federal de Comunicaciones para que los nuevos operadores sólo pudieran competir en el ámbito de los circuitos privados fueron recientemente desestimados por

las Cortes²¹⁹. Por ello, la amenaza para todo el sistema de larga distancia de AT&T es potencialmente grave.

Esta discusión no es suficiente para determinar si debe permitirse la competencia en las telecomunicaciones de larga distancia a través de circuitos privados. Mas bien, sugiere que, si se regula una empresa sobre la base de que es un monopolio natural, eso complicará la pregunta de cuánto debería extenderse la regulación en las áreas relacionadas. La decisión se hace difícil ya que la regulación trabaja imperfectamente y se agrava por la doble jurisdicción. Como consecuencia, el regulador tendrá que escoger entre el riesgo de perder eficiencias de escala y el de perder beneficios competitivos como la presión para reducir precios y la mayor innovación. Sea cual fuere el resultado de la controversia, aparentemente la esperanza de la Comisión Federal de Comunicaciones de que un importante cambio en el régimen regulatorio (de regulación a competencia) solucionaría sus problemas regulatorios, fue inapropiado.

5. Resumen

En suma, el marco conceptual —problemas primordiales, los modos de regulación clásica y sus problemas, y regímenes alternativos— ayudan a definir ciertas vinculaciones que, a su vez, pueden guiar un conveniente programa de reforma regulatoria. El marco conceptual, en particular, sugiere las siguientes relaciones entre problemas y soluciones:

Problema	Solución Tentativa
Monopolio Natural	Fijación de precios según costos
Control de Rentas	Impuestos o desregulación
Efectos colaterales	Impuestos, incentivos de mercado, negociación.
Competencia excesiva	Desregulación (con normas de defensa de la competencia).
Información inadecuada	Regulación para revelar información

La virtud de estas relaciones es que sugieren donde están las peores combinaciones y, en algunos casos, también sugieren la conveniencia de reemplazar los programas de regulación clásica por regímenes menos restrictivos.

III. DE CANDIDATO A LA REFORMA

El marco conceptual de análisis presentado en este artículo no demuestra, de manera concluyente, que deba llevarse a cabo una reforma en un caso individual. Mas

²¹⁶ Ver: *Specialized Common Carrier Services*, 29 F.C.C. 870 (1971), *aff'd sub nom. Washington Utils. & Transp. Comm'n versus FCC*, 513 F. 2d 1142 (9th Circuit), *cert. denied*, 423 United States 836 (1975).

²¹⁷ La Comisión Federal de Comunicaciones señaló que las líneas privadas dedicadas generaron sólo 3.5% (ó 4% si las rentas de los servicios de videograbación se incluyen) de las enormes rentas interestatales de AT&T. *Specialized Common Carrier Services*, 29 F.C.C. 870, 892, 911 (1971), *aff'd sub nom. Washington Utils. & Transp. Comm'n versus FCC*, 513 F. 2d 1142 (9th Circuit), *cert. denied*, 423 United States 836 (1975).

²¹⁸ *Bell system tariff offerings of local distribution facilities for use by other common carriers*, 466 F.C.C. 2d 413 (1974), *aff'd sub nom. Bell Telephone Company versus FCC*, 503 F. 2d 1250 (3d Circuit) (1974).

²¹⁹ *Regulatory policies concerning resale and shared use of common carrier services and facilities*, 60 F.C.C. 2d 261 (1976); *MCI Telecommunication Corporation versus FCC*, 561 F. 2d 365 (D.C. Circuit 1977), *cert. denegado*, 434 United States 1040 (1978).

bien, el marco conceptual ayuda a identificar “candidatos” (programas existentes que deberían considerarse como posibles campos) para la reforma individualizada. Si la reforma debe llevarse a cabo o no depende de un estudio detallado de los efectos que está generando el programa regulatorio en cuestión. Es necesaria una investigación detallada y empírica pues, dejando de lado el objetivo básico de un programa regulatorio (y la posible incapacidad de la regulación para lograr tal objetivo), cualquier programa existente servirá para muchos objetivos subsidiarios. Además, la industria, los proveedores y los consumidores pueden haberse ajustado al sistema existente y los patrones de servicio que la regulación ha producido. La tecnología reflejará esos modelos. Innumerables decisiones de inversión pueden haberse adoptado sobre la base de ellos. Si esos factores particulares hacen poco inteligente introducir cambios sistemáticos que, de otra forma, parecerían adecuados, sólo puede saberse luego de un análisis detallado de la industria en cuestión.

El que la reforma pueda realizarse depende de la producción de un plan práctico para el cambio y del desarrollo de apoyo político suficiente para lograr el cambio. Cualquier plan de reforma de este tipo debe permitir que los trabajadores, administradores y clientes dentro de la industria aprendan a trabajar dentro del nuevo ambiente regulatorio, así como proveer cierta protección para aquellos que han invertido tiempo, esfuerzo y dinero considerable en base al sistema existente.

El caso más constructivo de cómo un marco conceptual pro-competitivo, como el que defendemos aquí, puede guiar la reforma al punto de lograr resultados prácticos, es el de la reforma regulatoria de aerolíneas²²⁰. El ejemplo ilustra los tres pasos básicos para lograr la reforma regulatoria: 1. identificar un candidato de reforma; 2. conducir un estudio detallado y empírico de la industria regulada; y, 3. reunir el apoyo político necesario para que se apruebe el programa de reforma.

En el año 1974, cuando el senador Kennedy comenzó a preparar audiencias sobre la regulación de las aerolíneas, ya se habían realizado considerables trabajos académicos por parte de economistas y otros –incluyendo, por ejemplo, a Caves, Mille, Jordan, y Levine– que criticaban los efectos anticompetitivos de la regulación de aerolíneas²²¹. Así, las aerolíneas eran

ya una opción natural para la desregulación. Durante el año 1974 y parte de 1975 el personal del Subcomité de Práctica y Procedimientos Administrativos reunió información detallada sobre la industria. El Subcomité organizó ocho días de audiencias sobre la regulación de la Dirección de Aeronáutica Civil. Las audiencias fueron seguidas por la publicación de un reporte largo y detallado, instando a abandonar la regulación clásica e incrementar el uso de la competencia²²².

Las mismas audiencias sirvieron para tres funciones distintas, pero interrelacionadas. Primero, actuaron como catalizadores al forzar a otras agencias del Gobierno a enfocarse en el problema y desarrollar una posición de política pública. Cuando el personal del Subcomité de Práctica y Procedimientos Administrativos comenzó a hablar a los oficiales de Administración sobre la desregulación de aerolíneas en agosto de 1974, esos oficiales ya habían empezado a desarrollar, pero aún no habían decidido si lo iban a presentar, un plan de reforma de la regulación de aerolíneas. Las audiencias requirieron que la Secretaría de Transporte tenga una respuesta lista cuando se le pidiera que exponga la posición de la Administración respecto de la reforma. En el primer día de audiencias, el Secretario de Transporte John W. Barnum, representando a la Administración, anunció un cambio importante en la política pública a favor de una mayor competencia. Subsecuentemente, el presidente Ford nombró a un nuevo jefe de la Dirección de Aeronáutica Civil, quien empezó a instituir esas reformas. Las audiencias dieron la oportunidad a aquellos que buscaban la reforma para contactar un amplio grupo de oficiales administrativos y ejecutivos; en resumen, las audiencias ayudaron a desarrollar una red de personas dentro del Gobierno que influenciarían las políticas públicas y se ayudarían mutuamente en el movimiento a favor de la reforma. Las audiencias también actuaron como catalizadores respecto de la industria regulada. La amenaza de las audiencias forzó a cada aerolínea a reevaluar su posición, a desarrollar nueva información y a poner a su propia burocracia a trabajar para desarrollar y evaluar alternativas.

Segundo, las audiencias sirvieron para reunir información detallada que sirvió para elaborar un amplio informe. El informe no necesitaba producir información empírica que resolviera definitivamente cada tema, pero tenía que ser comprensivo. Los estudios existentes no podían responder a cada

²²⁰ Mucha de la información presentada en esta parte se debe a la experiencia del autor como director de personal de la investigación que la CAB condujo en 1975 mediante el Subcomité de Práctica Administrativa y Procedimental (presidido por el senador Edward M. Kennedy) del Comité del Senado sobre el Poder Judicial.

²²¹ Ver: CAVES, Richard. “Air Transport and its Regulators”. 1962; DOUGLAS, George y James MILLER. Nota 149 *supra*; JORDAN, William. “Airline Regulation in America”. 1970. Téngase en cuenta también: LEVINE, Michael. “Is Regulation Necessary? California Air Transportation and National Regulatory Policy”. En: Yale Law Journal 74. 1965. p. 1416.

²²² CAB REPORT. Nota 4 *supra*. Véase también: “Report of the CAB Staff on Regulatory Reform: General Conclusion and Principal Recommendations”. En: Journal of Law, Air and Commerce 41. 1975. p. 60.

pregunta relevante, por lo que debía reunirse nueva información. El esfuerzo empírico debía determinar quién, en realidad, estaba siendo beneficiado o perjudicado por el programa actual, de forma que se pudiera evaluar los argumentos a su favor. Al hacerlo, se evitaba perder los escasos recursos políticos, “reformando” un programa que en la práctica causaba daños mínimos. Las aerolíneas sostuvieron, por ejemplo, que la competencia no resultaría en tarifas menores²²³. Como evidencia de que la reforma sí llevaría a precios más bajos, los proponentes citaron la experiencia con los operadores intraestatales de California, donde las tarifas de rutas intraestatales sólo representaban el 50 o 60 por ciento de las tarifas en rutas intraestatales comparables²²⁴. La controversia respecto de la relevancia y el significado de la experiencia de California ofrece un ejemplo concreto de cuán necesarios son los hechos detallados. Antes de concluir que la mayor competencia era responsable por las tarifas más bajas en California, el subcomité tuvo que examinar los reclamos de las aerolíneas de que las diferencias reflejaban: (1) condiciones diferentes de clima; (2) densidad del tráfico; (3) dirección del flujo de tráfico; (4) menor congestión; (5) menores costos de conexiones entre líneas con otros servicios; (6) diferentes tipos de aviones; (7) menor necesidad de proveer servicios completos; y, (8) menor necesidad de mantener otras rutas en el sistema.

El subcomité examinó cada uno de esos factores y la asociación de aerolíneas fue persuadida de realizar un estudio independiente sobre las causas que explicaban la diferencia en las tarifas. Toda esta información fue compilada y enviada a las aerolíneas pidiendo confirmación, refutación, o información adicional. El resultado mostró que la causa principal de la diferencia de costos era que las aerolíneas intraestatales volaban con más pasajeros en cada vuelo, de manera que reducían sus costos. Este hecho respaldó el argumento de que la competencia indujo a las aerolíneas a ofrecer el servicio con tarifas más bajas (y aviones más llenos) que la mayoría de viajeros querían. El resultado neto del trabajo empírico fue que el argumento en contra de usar la experiencia de California como una comparación quedó fuera del debate público.

Cada una de las objeciones más importantes contra la reforma debía ser tratada de forma similar. Si bien las audiencias no podían responder definitivamente todas

las preguntas que surgían, sí podían investigarlas en detalle, confrontar la información relevante y sustentar recomendaciones de política pública sobre la base de ese trabajo. El resultado fue un informe de doscientos cincuenta páginas que se circuló en borrador a todos los testigos, empresas, uniones y otras personas interesadas para recibir comentarios. Luego, el informe fue revisado para que tales comentarios fueran tomados en cuenta. El documento final, que recomendaba un importante cambio, fue muy difícil de atacar pues obtuvo una reputación de haber sido completo y comprensivo²²⁵, y esa reputación, a su turno, ayudó a producir una actitud política en el sentido de que había llegado el momento para el cambio. Esta actitud fue reforzada por más audiencias ante el Subcomité de Aviación del Senador Cannon. Con el apoyo del presidente Carter y del jefe de la Dirección de Aeronáutica Civil, Alfred Kahn, quien comenzó a desregular las aerolíneas de forma administrativa, se promulgó una ley de desregulación²²⁶.

La tercera función que cumplieron las audiencias fue parecida a una representación teatral, la cual ayudó a movilizar el apoyo público y político para la reforma regulatoria. Hacer una analogía entre una audiencia legislativa y una judicial, o una de reunión de información, hace perder de vista una diferencia fundamental: la audiencia legislativa tiene un objetivo educacional y un propósito político. Una audiencia del Congreso, además de reunir por escrito la gran cantidad de hechos detallados que se necesitan para escribir un informe o desarrollar una propuesta, se realiza a un nivel oral más dramático o educativo que trata de ilustrar los temas de forma más comprensible (como interesante) para el público en general. Además, las audiencias sólo pueden comunicar su mensaje al público capturando la atención de los medios de comunicación.

Las audiencias del subcomité, por ejemplo, fueron estructuradas para que, en efecto, contaran una historia: cada aspecto del problema de la reforma regulatoria se cubrió en días distintos y cada día de audiencia se organizó para maximizar la posibilidad de que un “evento” de interés pudiera ocurrir. Durante el primer día de las audiencias, por ejemplo, el Secretario de Transportes anunció que la Administración propondría una reforma importante de la Dirección de Aeronáutica Civil, un evento que fue materia de

²²³ Véase, por ejemplo, CAB Hearings. Nota 66, *supra*. p. 104 (testimonio de G.W. Vans, Vice-presidente senior, Transporte Aéreo).

²²⁴ *Ibid.* p. 437 (presentación preparada por G.W. Douglas, profesor de economía de la Universidad de Texas).

²²⁵ Véase, por ejemplo, “The Opening Shot to Reform the CAB”. En: Business Week. 1975. p. 54.

²²⁶ Airline Deregulation Act of 1978, Pub. L. 95-504, 92 Stat. 1705 (1978) (secciones primariamente modificadas de la Federal Aviation Act of 1958. 49 United States Code. 1970. pp. 1301-1551).

titulares en muchos periódicos. La fortaleza de las audiencias orales estaba en que se revelaba gradualmente a los periodistas y, a través de ellos, al público, la forma en que la Dirección de Aeronáutica Civil regulaba la industria aérea y las potenciales ventajas que podían lograrse con la desregulación.

Es crucial entender que tanto el nivel oral dramático como el nivel escrito con muchos detalles fácticos de las audiencias son necesarios. Una audiencia puede capturar los titulares sin el trabajo fáctico. Puede buscar escándalos o distorsionar las cosas y, al hacerlo, capturar la atención de los medios. Pero si eso se hubiese hecho, las audiencias hubiesen terminado siendo menos efectivas. La distorsión podía haber producido desconfianza entre los ejecutivos de las aerolíneas, los miembros de los sindicatos, los administradores, y otros que debían ser convencidos o neutralizados antes de que las propuestas llegaran a ser promulgadas. Los oponentes hubiesen encontrado bases para desacreditar el trabajo del subcomité. Adicionalmente, sin el trabajo detallado sobre el cual basar las propuestas, la atención de los medios de comunicación hubiese sido efímera. La preparación inadecuada de parte del Comité le hubiese impedido plantear sus puntos más fuertes en las audiencias públicas contra aquellos que se oponían a la reforma. Pero sólo hacer el estudio detallado sobre los temas concernientes a la reforma regulatoria –es decir, el trabajo fáctico detallado sin el drama que una audiencia puede ofrecer– hubiese producido únicamente un reporte más que se deja en un estante sin leer.

Es difícil, por muchas razones, sacar lecciones de la experiencia con la desregulación aérea. Mucha de la evidencia es meramente anecdótica. Además, no puede asegurarse si la regulación de las aerolíneas es un “caso especial”, si los temas involucrados fueron inusualmente fáciles, si el momento resultó inusualmente favorable, o si las fuerzas políticas se alinearon en una también inusual combinación propicia. Más aún, como con cualquier tema político, depende mucho de las personalidades. Pero una cosa es clara: en Octubre de 1978 el Congreso promulgó la Ley Cannon-Kennedy que efectivamente desregula la industria aérea²²⁷.

De esta forma, la experiencia sugiere que el Congreso y, más particularmente, un comité del Congreso, es una institución efectiva para lograr programas importantes de reforma regulatoria sustantiva. Un comité puede combinar su poder para reunir información con el poder para desarrollar apoyo político significativo. El ejecutivo posee una habilidad superior para hacer un trabajo detallado sostenido, pero es menos capaz de realizar ciertas tareas políticas necesarias. Además, la experiencia del Subcomité de Práctica y Procedimientos Administrativos sugiere que puede haber una ventaja en dar la responsabilidad inicial para la reforma de un programa particular a un comité que ordinariamente no supervisa a la agencia reguladora en cuestión. Aunque se pierde en especialización, se gana libertad frente a algunos límites políticos o institucionales que pueden hacer difícil que el comité regular del Congreso realice la investigación.

La experiencia también apunta a que la reforma de un área sustantiva requiere un marco conceptual intelectual que pueda identificar un candidato para la reforma y guiar una investigación detallada más adelante. Los candidatos para la reforma son tratados mejor, individualmente, una vez que se han identificado a través del marco conceptual sugerido en este artículo. La investigación subsiguiente puede tomar meses o incluso años pero es parte necesaria de cualquier esfuerzo que busque lograr un cambio significativo.

IV. CONCLUSIÓN

La reforma sustantiva de la regulación gubernamental puede comenzar con aquellos programas que exhiben más claramente las deficiencias inherentes a la regulación clásica. Algunos de los ejemplos usados aquí sugieren que áreas como la de transporte, energía, salud, seguridad y regulación ambiental son candidatas para desarrollar “alternativas menos restrictivas” que la regulación clásica. El marco conceptual desarrollado y aplicado en este artículo puede ser de ayuda para aquellos que tienen la responsabilidad de monitorear esas áreas reguladas. Cuando menos, este análisis sugiere abandonar la perspectiva simplista de que los mercados libres “imperfectos” hacen necesaria la introducción de regulación gubernamental “perfecta”.

LOGROS Y FRACASOS DE LA REGULACIÓN

Gaspar Ariño Ortiz* **

Nadie duda del papel fundamental que cumple la regulación económica desde hace varios años. Sin embargo, su aplicación no ha dejado de incurrir en errores de toda índole.

El destacado autor nos presenta un interesante análisis acerca de las principales fallas de la regulación económica en los últimos años. A través de su vasta experiencia, no sólo en España, sino también en otros países, demuestra que los principales errores de la regulación económica son más comunes de lo que imaginamos. Asimismo, establece una serie de valiosas recomendaciones a seguir de modo que la regulación económica cumpla su objetivo y logre beneficiar a todos los involucrados.

* Gaspar Ariño es uno de los principales autores en temas de Derecho Administrativo, habiendo escrito más de un centenar de obras publicadas en diversos países. Adicionalmente, se desempeña como presidente de la Fundación de Estudios de Regulación y como catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid.

** Agradecemos a la doctora Maite Quiñones por habernos ayudado a obtener el presente trabajo inédito y al autor por cederlo para nuestra publicación. Las notas del editor son de Carmen María Accinelli, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS.

1. INTRODUCCIÓN

Los sectores regulados, esos que antes llamábamos grandes servicios públicos –agua, energía, transportes, comunicaciones, servicios urbanos, infraestructuras de obra civil– se gestionan hoy en el mundo entero de un modo muy distinto a como se hacía quince o veinte años atrás. Esta transformación no es simplemente una transferencia de propiedad (privatización de empresas y bienes) de manos públicas a privadas. Detrás de ella hay una ruptura de viejos conceptos sobre las funciones del Estado, que habían cristalizado durante la primera mitad del siglo XX y que, pese a las críticas, perduran todavía en algunos países. En el modelo tradicional se entendía que el Estado era el titular de aquellas actividades que se calificaban de “servicios públicos” (gestionaba también otras que estaban lejos de serlo). Era el *dominus* de unos recursos o sectores que calificaba de “reservados” y que podía gestionar directamente mediante empresa pública o, a través de terceros, mediante concesión. Tales “concesiones” se configuraban como una transferencia de funciones y tareas cuya titularidad correspondía primariamente al Estado, pese a que estas actividades no eran intrínsecamente públicas, no eran actividad soberana, no formaban parte de los fines históricos del Estado, de sus fines esenciales. Sin embargo habían quedado “publicadas”. Por ello, lo que la Administración cedía en la concesión no era la titularidad de la actividad, sino el “privilegio” de su ejercicio.

Este modelo, aplicado en toda Europa durante décadas, y también, aunque con importantes modificaciones que no vienen al caso, en el mundo anglosajón, comienza a cuestionarse a mediados de la década de 1950 por un grupo reducido de economistas americanos y británicos. La escuela liberal de pensamiento económico, que cristaliza en esos años en Chicago y otros lugares, da pie a un intenso periodo de investigación en los grandes centros académicos de los Estados Unidos, donde estas críticas se formalizan teóricamente. Hay que recordar aquí algunos nombres –casi todos, más tarde, premios Nobel– como George Stigler, Milton Friedman, Ronald Coase, Harold Demsetz y otros. Su trabajo se consagrará en la década de los 70, cuando en palabras de Alfred Kahn, arraiga el consenso de que la gestión pública o semipública, dentro de la cual se incluye el servicio público concedido en régimen de monopolio, había “suprimido la innovación, cobijado la ineficiencia, fomentado una creciente espiral de precios / salarios, promovido un severo desajuste de recursos, al romper el vínculo entre precios y costes marginales, fomentado una competencia improductiva e inflacionaria de

costes, denegando al público la variedad de precios y opciones de calidad que hubiera ofrecido el mercado competitivo”¹.

Gracias al continuado trabajo de toda una generación, hoy entendemos que el papel del Estado debe ser otro. Los sectores estratégicos o esenciales no son “propiedad” del Estado y no tienen por qué ser gestionados –ni directamente, ni en la sombra– por las autoridades públicas. Las consecuencias que todo ello tiene en el régimen jurídico de las actividades de servicio público (hoy “servicios económicos de interés general”: artículo 86 –antes 90– del Tratado de la Unión Europea) son innumerables. Lo fundamental es que éstas han dejado de ser “actividades estatales” y el Estado pasa a centrarse no en la gestión, planificación y control de las mismas, sino en la delimitación de los derechos de unos y otros –empresarios y futuros emprendedores, empleados y proveedores, ciudadanos, **usuarios** o potenciales consumidores– arbitrando sus diferencias y velando por el respeto de esos derechos. El acceso a ellos, por tanto, es en principio libre y no tiene carácter temporal sino permanente, *sine die* (no hay plazo de reversión al Estado) ni éste ostenta sobre ellos un poder interno de modalización, ni de planificación vinculante. Se han acabado los monopolios y se ha abierto el mercado y la competencia.

2. LA NECESIDAD DE RE-CREAR EL MERCADO

En el modelo clásico de regulación que presidía hasta hace poco tiempo los grandes servicios públicos (agua, gas, electricidad, teléfonos, transporte urbano, etcétera), el regulador venía a sustituir al mercado y asumía la mayoría de las decisiones: la planificación, la inversión a realizar, la financiación, el régimen contable, los precios de todo tipo, la optimización y dirección de la explotación y, en fin, hasta las más pequeñas decisiones empresariales quedaban determinadas, condicionadas o simplemente ordenadas por la autoridad. En España tuvimos de ello una experiencia completa en los cincuenta pasados años (1940-1990). Por el contrario, en un sistema descentralizado y abierto, como el europeo (y, por tanto, el español desde 1996), la regulación cobra otro sentido: no tiene como objetivo central el “control” –del sistema y sus operadores–, sino que, por el contrario, trata de **recrear el mercado**, promover la competencia allí donde ello sea posible y dejar hacer a éste. Sólo cuando aquel no exista o la competencia sea insuficiente, el regulador vendrá a proteger los intereses de los usuarios –seguridad, calidad, fijación de precios del servicio– allí donde se mantengan las

características de un monopolio natural o haya surgido una posición dominante estable y duradera (*significant market power*, SPM).

Juristas y economistas coincidimos hoy al afirmar que el papel fundamental del Estado en relación con el mercado consiste básicamente en sostener las instituciones que hacen posible las transacciones dentro de éste, y que tales instituciones (lo que ellos llaman el “metamercado”) se resumen en el sostenimiento de los derechos de propiedad y la obligación de cumplimiento de los contratos. Dado que la regulación para la competencia ayuda a crear mercados en los sectores recién liberalizados, estas instituciones esenciales son también aplicables en los sectores estratégicos aquí considerados: la defensa de la propiedad y el cumplimiento de los contratos forma parte esencial de la regulación de sectores estratégicos de abastecimientos, transportes, comunicaciones, etcétera.

Sin embargo, para que ello sea posible, como norma general en la mayoría de las situaciones, la regulación se ve obligada a establecer, en algunos casos, restricciones o ampliaciones de las posibilidades de actuación de unos y otros: genera contratos forzosos (interconexión y acceso a redes), impone limitaciones a la propiedad (incompatibilidades, afectación de bienes, límites máximos a la participación en las sociedades) y al uso de los activos (compartición forzosa); al mismo tiempo, facilita el acceso de terceros a determinados bienes (*essential facilities*) o a servicios a precio deficitario (servicio universal, en determinados supuestos). Ahora bien, de todas estas acciones que integran la regulación debe retenerse que son excepciones a la regla general, y que, como tales excepciones, deben estar justificadas caso por caso y establecidas con arreglo al principio de legalidad. La justificación de estas restricciones deriva de la existencia de fallos del mercado (estructurales o transitorios) que se quieren corregir con tales intervenciones.

De la problemática de los fallos de mercado podríamos hablar mucho, e incluso negar su existencia, reconociendo que tales fallos son en realidad fallos de la regulación (incluyendo en ella todo el sistema institucional del “metamercado”). Para simplificar, retengamos que en la transición a la competencia, los mecanismos del mercado incipiente no funcionarán de modo totalmente satisfactorio (fallo coyuntural) y que aún con la competencia ya entablada y madura, en los sectores con economías de red (la mayoría de los energéticos, muchos de los de abastecimiento y

todos los de transportes y comunicaciones) los derechos que otorga la titularidad de la red deben verse limitados si se quiere que exista pluralidad, concurrencia y “opcionalidad” para los usuarios (teoría jurídica de las *essential facilities* y teoría económica del *third party access*).

En definitiva, la regulación viene así a re-crear el mercado allí donde éste, sin aquella, no existiría.

3. REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA

Estamos ante un nuevo modelo de ordenación jurídico-económica, con nuevas autoridades (junto a los Gobiernos han surgido los “reguladores independientes”), nuevos protagonistas (las antiguas empresas públicas se han privatizado y han surgido otras nuevas), nuevas normas e instituciones, que conocemos bajo el concepto de “regulación” y, más específicamente, “regulación para la competencia”. En verdad, regulación ha habido siempre en la vida social; sin embargo, ésta tiene hoy un nuevo contenido², cuyas notas definitorias serían entre otras las siguientes:

- i. *La regulación se asienta sobre el Derecho, sin embargo no es sólo Derecho.* Las normas jurídicas delimitarán lo que se puede hacer y lo que no, lo que es un derecho subjetivo (acceso a redes – eléctricas, gasistas, de telecomunicaciones–, etcétera) y lo que es una obligación (de dar, hacer o soportar); sin embargo, no convertirán la regulación en “cosa de abogados” ni su metodología será la dialéctica seguida tradicionalmente ante los tribunales de Justicia.
- ii. *La regulación tiene una base técnica, adecuada al “estado del arte” del sector de que se trate.* Precisamente por esta circunstancia se le denomina “regulación sectorial”, haciéndose por sectores (energía) o subsectores (electricidad, gas, petróleo, etcétera) para adaptarse a los requerimientos técnicos de cada uno de ellos. El estudio y diseño de la regulación requiere, en primer lugar, el conocimiento de cómo funciona cada sector, cuáles son sus características técnicas y económicas.
- iii. *La “toma de decisiones” regulatorias tiene una importancia capital en el conjunto de esta disciplina.* Al regular una actividad se están adoptando continuamente decisiones de gran trascendencia para los regulados: se fijan precios,

² Sobre el sentido tradicional del concepto y sus diversas modalidades, me remito a nuestro libro reciente “Nuevo papel del Estado en sectores regulados”. Deusto. 2005. pp. 62 y siguientes (en colaboración con Juan Miguel de la Cuétara y Raquel Noriega).

cantidades, cuotas, tiempos, etcétera. Aunque, por supuesto, existe una posterior supervisión judicial, los efectos inmediatos de cada decisión son de tal magnitud que se precisa el uso de técnicas específicas para orientarlas y definir sus condiciones de aceptabilidad inicial. Las medidas regulatorias deben basarse en el análisis económico de las decisiones, que permita prever las consecuencias de las mismas, no sólo a corto, sino también a medio y largo plazo.

- iv. *La finalidad esencial de la regulación es mantener la actividad en marcha dentro de un equilibrio preestablecido y de unos parámetros fijados.* En lo esencial, el regulador social funciona igual que un regulador físico, como el de una caldera de vapor: maneja fuerzas importantes impidiendo que sobrepasen determinados umbrales críticos (temperatura, presión, velocidad, en el caso de los reguladores físicos) para que no se ponga en peligro la estabilidad del sistema y pueda funcionar eficientemente. Esa búsqueda y mantenimiento constante de equilibrio es típico de la regulación.

Según esto, la regulación económica será aplicable a actividades que, por alguna razón, requieran estabilizarse u organizarse en función de determinados objetivos, en la que, el enfoque, la perspectiva a considerar, será ordinariamente la proporcionada por las ciencias económicas. Con ello centramos el foco sobre actividades de producción, distribución y consumo de bienes caracterizados por su utilidad y escasez y sobre las decisiones que les dan forma, dejando a un lado las regulaciones puramente técnicas, tan abundantes por razones de seguridad, sanidad, urbanísticas, ambientales, etcétera, y otras que, aunque relacionadas con la producción de bienes y servicios, se fundamentan sobre bases deontológicas (regulación del ejercicio de profesiones tituladas), culturales (patrimonio histórico) y demás de naturaleza no económica (regulaciones deportivas, de moralidad, etcétera).

4. ACTIVIDADES ESTRATÉGICAS: CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES

Estas actividades, hoy calificadas como de interés general y antes llamadas “servicios públicos” tienen carácter estratégico, pues mediante ellas se satisfacen necesidades vitales de las personas y sobre ellas se asienta en gran medida la economía productiva (la agricultura, la industria, el comercio, los servicios). Casi desde su nacimiento, fueron actividades intervenidas, tuteladas, programadas y en muchos casos asumidas por los poderes públicos. Reúnen algunas características técnicas y estructurales que conviene recordar:

- i. Se prestan habitualmente sobre infraestructuras de red, continuas (como las redes eléctricas o gasistas, las autopistas o los ferrocarriles) o discontinuas (como los aeropuertos o los puertos). En ocasiones, como ocurre con las telecomunicaciones, son redes combinadas de telefonía fija o móvil, terrestres o satelitales, por cables o por ondas, que constituyen, no obstante, un sistema unitario. La red es el lugar donde descansa el mercado (sin ella no habría mercado).
- ii. Normalmente, exigen cuantiosas inversiones, que requieren largos plazos de amortización y una vez hecha la inversión inicial, el coste adicional o “marginal” de suministrar una nueva unidad será bastante pequeño, lo que ofrecerá grandes economías de escala y una tendencia natural al monopolio / oligopolio, protagonizado por grandes empresas.
- iii. Son, como ya hemos dicho, actividades esenciales para la vida social, tanto para el bienestar individual (que depende del buen funcionamiento de unos servicios) como para el desarrollo de la actividad económica (que depende en una parte importante de la eficiencia de aquellos: energía, transporte, comunicaciones).

Por estas y otras razones, el Estado las asumió como propias durante mucho tiempo, reservándolas al sector público (artículo 128 de la Constitución). Sin embargo, en los últimos quince años el panorama ha cambiado por completo. El Estado se está retirando en todo el mundo de la gestión empresarial, donde se ha demostrado, en general, muy ineficiente. Por otro lado, muchas de las razones que en su momento aconsejaron la nacionalización han desaparecido y el extraordinario gasto social, que pesa de modo creciente sobre las Haciendas Públicas, ha obligado a éstas a acudir al capital privado para que venga a aliviarle este peso. La solución se impuso por sí sola: si los servicios públicos requieren grandes inversiones, si hay capital disponible en los mercados internacionales y escasea en cambio el capital público, la salida era obvia: admitir ahorro privado y empresas capitalistas para los servicios públicos, regulando éstos de modo que cumplan su fin. Un servicio público es, en esencia, esto: *un capital adelantado* al servicio de la comunidad, gestionado por su dueño, bajo supervisión de la autoridad pública. En este tipo de empresa, los dueños del capital controlan la gestión, sin embargo los objetivos de la empresa tienen que hacerse compatibles con la satisfacción de las necesidades sociales esenciales que el servicio viene a cubrir. Se da así en ellas una cierta contradicción entre la función-objetivo de unos (los capitalistas, ganar dinero) y otros (la comunidad —el Estado—, satisfacer necesidades sociales). Para resolver tal contradicción,

bien se diseña normativamente un “estatuto del servicio” con los derechos de los usuarios y las obligaciones del gestor, que se fijan y supervisan por la autoridad pública; o bien se pacta una relación entre el titular del capital y la comunidad (representada por el Estado) que es un *contrato de gestión de servicios* (concesión, licencia singular o como se llame). Esta relación genera una continua interdependencia entre partes titulares del contrato, lo que exige por parte de ambas un constante espíritu de cooperación y buena fe. Después de todo, el Estado ha cedido la titularidad de la actividad; sin embargo, sigue manteniendo la *responsabilidad* sobre las prestaciones, que siguen siendo esenciales para la vida de la población.

5. RIESGO REGULATORIO Y CONTRATO REGULATORIO

Diseñar una buena regulación –que supone mantener constantemente en equilibrio esos fines contradictorios– especialmente en los sectores estratégicos recientemente liberalizados no es fácil. La regulación tiene que aportar claridad y previsibilidad a la evolución de estos sectores, tiene que facilitar la realización de planes de negocio y promover la inversión en ellos, tiene que definir el “tablero de juego” cara al futuro de una manera clara y estable, en la que los operadores puedan confiar. Esto es especialmente necesario cuando, además de liberalizar, se privatizan antiguas empresas públicas, normalmente monopólicas, que operaban en el sector. Al privatizar, se llama en muchas ocasiones al capital internacional para que invierta en el país, sector y empresa de que se trata, y éste analiza su inversión en función, entre otras cosas, de la regulación bajo la cual habrá de actuar en el futuro la empresa en la que se invierte. Ocurre, sin embargo, que la regulación suele incorporar algunas incógnitas e incertidumbres, que componen lo que conocemos como “riesgo regulatorio” (fallos de la regulación). He aquí alguna muestra de las mismas:

i. *La regulación incorpora en muchas ocasiones ambigüedad, calculada o no.* Así, con frecuencia se establece que el nivel de competencia para que se activen o desactiven determinadas facultades del regulador en el mercado de que se trate (eléctrico, gasista, de combustibles, etcétera) ha de ser “suficiente”. Sin embargo ¿cuándo es “suficiente”? ¿Cómo estimamos el mercado relevante a efectos de suficiencia? Si hacemos comparaciones –hoy, que el *benchmarking* está tan de moda–, ¿con qué países hemos de hacerlas?

Otro tanto cabe decir de conceptos frecuentemente utilizados en la regulación como “facilidades esenciales”, “precios asequibles”, etcétera. ¿Quién aprecia o cómo se declara el carácter esencial de una instalación? ¿Cuál es el nivel de asequibilidad de un precio?

ii. *La regulación se establece en normas de mínimo rango, que son fáciles de cambiar.* El miedo de los responsables políticos de la regulación a verse atados en sus propias medidas suele llevarlos a esquivar las normas parlamentarias –o a redactar proyectos de ley muy genéricos– prefiriendo adoptar las verdaderas decisiones a través de normas meramente administrativas e, incluso, a través de instrucciones, circulares, directrices, recomendaciones y demás formas de orientación de las conductas de los operadores que incorporan la mínima responsabilidad; eso que se llama ahora “*soft law*”. La falta de seguridad jurídica así creada reduce enormemente la previsibilidad en el sector³. Un buen ejemplo de lo que aquí se dice son las normas de fijación de los precios de interconexión de los operadores de telecomunicaciones, aprobadas en Europa con una Recomendación y en España con una Orden Ministerial.

iii. *Se abusa de la discrecionalidad del regulador con efectos claramente perniciosos.* En paralelo con cuanto acaba de exponerse, la regulación se construye en muchas ocasiones sobre decisiones discrecionales de los reguladores, lo que tiene varios efectos perniciosos: el poder político, para no perder el control de estas decisiones discrecionales, tiende a reducir la independencia del regulador; éste se acostumbra a no dar razón de sus decisiones; los operadores tratan de “capturar” su voluntad –a veces por medios muy censurables– ya que no pueden razonar técnicamente frente a la pura discrecionalidad del poder político-administrativo; y así otros.

iv. *Los criterios de los reguladores y la regulación cambian bruscamente.* Hemos dicho que para que el sector sea previsible, la regulación tiene que ser estable, aunque no estática (si las circunstancias cambian, hay que cambiarla, explicando cómo y por qué). Sin embargo, ello no siempre ocurre ni mucho menos. La experiencia muestra que en muchas ocasiones los reguladores cambian de criterio, en materia de tarifas, concentraciones o derechos de acceso, sin que se sepa muy bien las razones.

³ Este carácter ambiguo, genérico, indefinido de las normas que aprueban los Parlamentos en estas materias ha sido subrayado recientemente por Gregory Sidak en relación con las Telecommunications Act-1996 de los Estados Unidos. Ver: SIDAK, Gregory. “The failure of good intentions: the collapse of American telecommunications after six years of deregulation” en “Successes and failures in regulating and deregulating utilities”. Londres: IEA. 2004. pp. 1-16.

Así pues, la imprevisibilidad y la inseguridad son factores destacados del “riesgo regulatorio”. Otros riesgos son la politización de las decisiones, su captura por uno u otro grupo de presión o de influencia, la burocratización. El conjunto de todos ellos puede alcanzar niveles muy significativos, que redundarán en claro perjuicio de empresas y usuarios e incluso de la economía general del Estado que lo tolera. El riesgo regulatorio tiene una manifestación muy clara en la economía internacional al convertirse en “riesgo país”. Aquellos países con necesidades de inversiones internacionales cuya regulación en los sectores estratégicos es deficiente, insegura o mal aplicada, son calificados como de “alto riesgo” y para invertir en ellos se exigirán retornos más altos, más frecuentes y más rápidos de lo que ocurriría en otro caso. El riesgo regulatorio se puede cuantificar en estos casos, y sus efectos negativos para el país pueden llegar a ser muy elevados⁴.

Para suavizar las más notorias manifestaciones del riesgo regulatorio existen diversas técnicas. Muchas de ellas son de índole jurídico formal, y consisten en elevar el rango de la regulación “antes de” demandar inversiones internacionales, llegándose en ocasiones a compromisos de rango constitucional. Sin embargo hay una concepción de especial interés, que trasciende al indicado nivel jurídico formal y contempla a la regulación, cualquiera que sea su forma, como un auténtico contrato tácitamente suscrito entre el Estado, los inversores y los ciudadanos usuarios de los sectores estratégicos. Esta teoría ha sido desarrollada en los Estados Unidos por Sidak y Spulberg en su interesante libro “Deregulatory Takings and Regulatory Contract” (Cambridge University Press, 1997). Básicamente dice lo siguiente:

- i. Las empresas de un sector regulado, cualquiera que sea su título habilitante y la norma que lo regula, se encuentran en una situación de naturaleza materialmente contractual con el Estado bajo cuya regulación actúan; en ella, el derecho a recuperar los costes de oportunidad del capital invertido, incluido un razonable retorno de la inversión, se articula con su obligación de prestar el servicio de que se trate a los ciudadanos que lo soliciten (éstos, a su vez, tienen derecho a ello). Esta trabazón de derechos y obligaciones, ya sea definida por norma o por documento contractual (concesión), impide al Estado actuar caprichosamente, al menos en tres componentes regulatorios fundamentales: condiciones de

entrada en el sector para otras empresas, potestad tarifaria y delimitación de las obligaciones de prestar servicio.

- ii. La base de esta concepción se asienta en dos observaciones fundamentales. Primera: desde la perspectiva económica, es esencial a toda regulación permitir que las empresas sometidas a ella puedan recuperar sus costes del mismo modo que ocurre en los contratos (la recuperación de los costes está insita en la causa de los contratos). Segunda: desde la perspectiva jurídica, la cláusula de la Constitución norteamericana que impide a las legislaturas de los Estados actuar en contra del cumplimiento de los contratos debidamente celebrados resulta igualmente aplicable a estas situaciones para evitar extralimitaciones en la actuación de las *Public Utilities Commissions*, que son los reguladores estatales de los sectores estratégicos. Es lógico que, en tales condiciones, se postule la existencia de un contrato o acuerdo básico en todos los regímenes regulatorios, incluso los no formalizados como tales. La existencia de contratos explícitos en muchos casos, y de contratos implícitos reconocidos por la jurisprudencia en otros (caso *Charles River Bridge*, por ejemplo) avalan esta teoría.

Tal es, en esencia, la tesis formulada por Sidak en los Estados Unidos. La tradición contractualista española en la gestión de servicios públicos avala todavía más este planteamiento, que ha tenido importantísimas consecuencias en la solución que se dio en España, en 1997, a los llamados “costes de transición a la competencia” (CTC) que alcanzaron en el sector eléctrico la bonita cifra de 1.3 billones de pesetas y que todavía se están pagando. Conviene, así, dejar aquí constancia de los límites de la potestad reglamentaria en materia regulatoria y la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en las obligaciones de inversión asumidas por las empresas. La Economía y el Derecho apuntan en la misma dirección, que no es otra que la aplicación del viejo principio de la “buena fe” y de protección de la confianza (situaciones en las que los operadores tienen derecho a confiar) a las empresas que actúan en sectores regulados⁵.

6. OBJETIVOS Y MEDIOS DE LA REGULACIÓN

Conviene precisar bien cuáles son los objetivos de la regulación. No se trata en absoluto de hacer de ella un

⁴ Los técnicos del Banco Mundial han insistido mucho en ello y en la necesidad de minimizar estos riesgos. Así lo hacen, por ejemplo, GUASCH, Luis y Pablo SPILLER en “Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story”. The International Bank for Reconstruction and Development, the World Bank Washington D.C. 1999.

⁵ Sobre este tema, me remito a lo que escribí ampliamente en 1999. ARIÑO, Gaspar, DE QUINTO, Javier y Lucía LÓPEZ DE CASTRO. “Costes de transición a la competencia (Sector Eléctrico)”. Madrid: Fundación de Estudios de Regulación. 1999. pp. 224.

instrumento político al servicio de toda clase de fines, por muy loables y deseables que éstos sean. La regulación económico-sectorial de la que aquí hablamos no está al servicio del empleo, ni de la lucha contra la inflación, ni del desarrollo regional, ni de la redistribución de rentas. A ello sirven la política laboral, la política monetaria, la política industrial o territorial de un Estado o la política fiscal. La política regulatoria tiene como objetivo único y exclusivo la defensa y buena ordenación del sistema de prestaciones de que se trate, en las mejores condiciones posibles de seguridad, calidad y precios, con la mayor eficiencia que el estado del arte permita, tanto para hoy como para mañana, lo cual exige empresas solventes, estables, dinámicas y rentables. Podemos especificar y concretar un poco más tales objetivos, en los siguientes:

Primero, facilitar la entrada y salida del sector, posibilitando la inversión y desinversión en él de capitales privados (pluralidad y capacidad de elección). Los posibles abusos se controlan mediante la regulación de defensa de la competencia.

Segundo, facilitar la conformación autónoma de la propia oferta comercial por las empresas del sector, posibilitando la libre formación de precios (régimen de competencia); si para ello es necesario regular el uso de algunos medios (acceso a redes, por ejemplo), debe hacerse.

Tercero, facilitar la innovación y la asunción de riesgos, posibilitando la apropiación de los beneficios que de ellos puedan obtenerse (equilibrio riesgo-beneficio).

Cuarto, garantizar la libre elección de los consumidores entre los diferentes prestadores; allí donde no haya posibilidad de elección para los usuarios, la regulación debe actuar (fijación de tarifas, estandarización y publicidad de la oferta, etcétera) y también debe hacerlo para que las prestaciones declaradas esenciales lleguen a todos sus posibles destinatarios (continuidad y regularidad de la prestación de un servicio básico y universal).

Hay que combatir la tendencia a mezclar fines diversos y en ocasiones contradictorios en la regulación sectorial. Es experiencia común que las decisiones regulatorias muchas veces se ponen al servicio de los grandes objetivos del Gobierno (por ejemplo, combatir el paro o la inflación), de los intereses de diversas administraciones o grupos (aquí interviene la política territorial o autonómica en muchas ocasiones), o de otros sectores a los que se desea ayudar (por ejemplo, el sector minero del carbón en la regulación eléctrica española). Ello es siempre un error, que distorsiona injustamente muchas medidas regulatorias. Hay también que separar la regulación económico-sectorial

de otras regulaciones ambientales, sanitarias, urbanísticas o fiscales, que serán muy convenientes, sin duda, las cuales, sin embargo, no están destinadas a mantener la competencia en los mercados liberalizados. Aquellas deben ser siempre neutrales respecto de los distintos operadores o tecnologías presentes en el sector (como la regulación del tráfico respecto del sistema de transporte).

Conviene traer aquí –para denunciarla– la experiencia observada en muchos lugares, en la práctica regulatoria de estos años. Se aprecian las siguientes tendencias:

- Una tendencia a *sobrerregular* –regular en exceso– y una tendencia a que las regulaciones obsoletas pervivan, por los intereses que siempre surgen a su amparo. La regulación económica se autoalimenta (*is self-inflating*) al querer corregir sus múltiples efectos negativos por nuevas regulaciones.
- Existe una compleja trama de intereses que se ocultan tras toda regulación: intereses de los políticos, de los burócratas y de los grupos que crecen a su amparo. *Los políticos*, que no sólo buscan el bien común, sino también sus propios intereses, encuentran en la regulación una fuente de poder, de influencia sobre los regulados, entre los que rápidamente surgen amigos y protegidos, sin que el político asuma más que un mínimo coste (la regulación no cuesta dinero: paga el público). Estos amigos hacen donaciones al partido, extienden su influencia y tienen un poder mediático que el político agradece.
- También *la burocracia* tiene sus propios intereses: aumentar su presupuesto, ampliar su competencia, conseguir poder y prestigio a través de las regulaciones que ellos tienen que diseñar, supervisar y ejecutar. Muchas veces los burócratas terminan siendo “capturados” por los regulados y, pasado un tiempo, dejan la Administración y trabajan para ellos (*the revolving door*).
- Finalmente, *los grupos de intereses* que se organizan en torno a la regulación de los grandes sectores son, por la naturaleza de éstos y los inmensos recursos que mueven, muy poderosos, y los medios que despliegan para obtener regulaciones favorables son de lo más variado. Frente a estas poderosas y bien trabadas organizaciones, el público permanece ajeno, lejos de los centros de decisión, desorganizado, aunque al final será él quien pague la factura.
- Estas conclusiones de la Comisión Alemana de Desregulación son coincidentes con las

formuladas en otros países, fundamentalmente en los Estados Unidos y en Gran Bretaña y también con las que formuló en España, hace ya años, el Tribunal de Defensa de la Competencia⁶.

7. ERRORES A EVITAR EN LA REGULACIÓN

Ya he dicho que la regulación económica no es tarea fácil ni sencilla. No hay un manual al que se pueda acudir para configurar y re-crear los mercados y, a pesar de las buenas intenciones con que los reguladores siempre se comportan (al menos, en la gran mayoría de los casos), se producen con frecuencia efectos negativos que aquéllos no previeron. He dicho también que la regulación consiste siempre en un delicado equilibrio entre libertad e imposición (de cargas y limitaciones) para defender el mercado y asegurar al mismo tiempo el servicio público. La regulación –he escrito alguna vez– es como un aparato de precisión, como uno de aquellos antiguos relojes suizos que daban siempre la hora exacta (hoy todo es electrónico, sin embargo entonces no), que exigían comprobaciones y limpiezas periódicas, y un buen relojero (un buen regulador) capaz de comprobar la hora, de vez en cuando, con el meridiano correspondiente.

Los Gobiernos, demasiado a menudo, no respetan las reglas propias de los grandes sistemas de servicio público y caen en la tentación de mezclar sus objetivos políticos y sociales –muy legítimos, sin embargo ajenos al servicio– con las regulaciones del servicio. Pretenden, como ya he dicho, crear empleo, combatir la inflación, proteger a los desheredados o promover el desarrollo regional a costa del equilibrio financiero de las empresas gestoras de los servicios. Esto es –repito– un grave error. Se obtienen magros resultados en el corto plazo (único que preocupa a los políticos) a costa de la buena marcha, a largo y medio plazo, de las empresas y del sistema. Protegen aparentemente a los usuarios de hoy a costa de los ciudadanos del mañana, que verán entorpecidos y degradados los servicios que reciban. Me ha parecido por ello que conviene traer aquí algunas trampas y vicios de la regulación, bastante comunes, para ayudar, si es posible, a evitarlas en el futuro. Entre otros, los siguientes:

i. Facilidades excesivas a la entrada, forzando precios inferiores al coste marginal de los servicios que se reciben (interconexión, acceso a redes, compartición de infraestructuras, compras al por mayor a precio regulado, etcétera). Éste ha sido un error demostrado en la regulación de transición

de las telecomunicaciones desde el monopolio a la competencia. Tanto en los Estados Unidos como en las directivas comunitarias europeas se impuso un sistema de acceso fácil y barato a las redes de los *incumbents*, lo que provocó una rápida reducción de los márgenes, que a los que primero afectó fue a los nuevos entrantes (con menos capacidad de resistencia que los *incumbents*), lo que provocó la ruina en breve plazo de muchos de ellos (prestadores de servicios sin red) y un efecto disuasorio, en todos, respecto de nuevas inversiones, innovación y oferta de nuevos servicios. Fue el triunfo del revendedor, que ha tenido muy poco recorrido.

*ii. Regulaciones asimétricas, son aquellas que imponen obligaciones mucho mayores a unos competidores que a otros. Se han extendido también en los primeros momentos de la regulación para dar facilidades a los nuevos entrantes y construir así –se dice– un campo de juego equilibrado para todos (*level playing field*). Ha sido la llamada “discriminación positiva” a favor de los que se suponía eran operadores más débiles, frente a los ya instalados desde muchos años atrás, que monopolizaban el mercado. Si tuvieron algún sentido en los comienzos, cada día lo tienen menos y a medida que el proceso de liberalización avanza, son gravemente dañinas porque también disuaden la inversión, mandan señales equivocadas al mercado, protegen y amparan la ineficiencia y retrasan considerablemente el desarrollo de nuevos servicios (el *incumbent* no invierte porque el regulador puede impedirle rentabilizar su inversión; y el nuevo entrante tampoco, porque le resulta más fácil y rentable aprovecharse de la actividad ajena).*

iii. Violaciones de la neutralidad tecnológica. Se produce este fenómeno cuando para la prestación de un mismo servicio se imponen obligaciones distintas (o se ofrecen ventajas diferentes) a las distintas tecnologías a través de las cuales aquél se puede prestar (por ejemplo, obligación de red abierta en las líneas de ADSL y exclusividad en cambio de uso para las líneas de fibra óptica o el cable módem). También con la diferenciación en el régimen de tarifas, de unos y otros, en las obligaciones de interconexión y enganche o en la ordenación de los mercados del gas y la electricidad, que son a la postre vías alternativas para prestación del mismo servicio. Estas diferencias generan disfunciones en los mercados, por lo que, dada la

⁶ Ver entre otros muchos testimonios ingleses y norteamericanos (Informe Noll y otros) las conclusiones a las que llegó la Comisión de Desregulación Alemana en su informe COMISIÓN DE DESREGULACIÓN ALEMANA. “Opening of markets and competition”. Bonn. 1991. En el mismo sentido, ver el Informe del TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ESPAÑOL. “Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios”. Madrid. 1994.

actual convergencia de servicios, se deben suprimir todas las diferencias de trato en función de la tecnología empleada.

iv. *Consideración estática de la competencia.* La competencia en sectores regulados no debe ser analizada con el mismo prisma y bajo los mismos criterios que se suelen utilizar para enjuiciar los problemas de competencia en otros productos y servicios: en bebidas refrescantes, productos alimenticios, hoteles, maquinaria, herramienta o cosméticos. En los sectores regulados, más importante que las cuotas de mercado, estáticas, son las barrera de entrada y salida y la rivalidad entre operadores, actuales o posibles. La innovación y la amenaza de entrada de nuevos competidores, cuando no hay grandes barreras de entrada (así, en transporte aéreo o en telecomunicaciones) hace a estos sectores muy contestables y aunque en un momento determinado se dé en ellos una cierta concentración y altas cuotas de mercado –muy superiores a las prescritas por el índice HHI¹– la competencia puede ser efectiva y desarrollar los mismos efectos. En el sector eléctrico, por sus características técnicas y económicas, esto es más difícil y aunque la competencia será siempre entre pocos, la regulación deberá complementar el buen funcionamiento de los mercados en diversas formas en las que ahora no podemos entrar. En definitiva, los análisis de competencia en sectores regulados deben ser siempre dinámicos y estar complementados por medidas regulatorias.

v. *Obligaciones desproporcionadas de servicio universal.* Ya hemos dicho que la gran mayoría de estos sectores (agua, gas, electricidad, teléfonos, vías de comunicación y transporte) son servicios esenciales sobre los que descansa la vida de las gentes. En el viejo modelo de regulación de los servicios públicos, la igualdad y universalidad de estas prestaciones venía asegurada, sin merma del equilibrio financiero de las concesiones, por un régimen tarifario del tipo *cost-plus* y numerosas subvenciones cruzadas entre las diversas prestaciones y los diversos grupos sociales. Por el contrario, en un régimen de servicio público competitivo, ello es imposible por dos razones: 1. porque cada servicio / prestación debe soportar sus propios costes específicos, si quiere competir

lealmente con los demás operadores; y, 2. porque las subvenciones cruzadas están prohibidas. Ahora bien, hay que seguir garantizando a toda la población un estándar mínimo de prestaciones (de agua, de luz, de comunicaciones, de acceso rodado, etcétera) a un precio asequible, cualquiera que sea el coste de aquéllas. Este servicio universal bajo “tarifa social” forma parte de las obligaciones de estas compañías. Sin embargo alguien debe pagarlo (*there is no free lunch*) y para ello hay que establecer dos cosas: 1. un nivel de prestación, fijado por ley, que tiene que ser el mínimo necesario para cubrir las necesidades primarias de la población (no pueden pretenderse altos niveles de servicio); y, 2. un sistema de financiación equitativo en el que el “coste social” se distribuya entre todos los operadores, en proporción al volumen de negocio que cada uno mantenga en el sector. Lo que vaya más allá de esto, resultará lesivo para el sistema.

vi. *Errónea definición de los mercados.* Con frecuencia, los mercados de productos se definen según tecnologías, en lugar de hacerlo en función de los servicios que sobre ellas se prestan, lo cual permitiría apreciar una competencia intermodal entre los mismos, que ciertamente se da en la realidad, sin embargo, que el regulador no reconoce. Así, por ejemplo, se diferencia la telefonía fija por redes conmutadas, la telefonía móvil, el cable y la voz sobre IP (VoIP)²; estas cuatro modalidades del mismo servicio (comunicación interpersonal de voz) se regulan por separado y de modo diferenciado, configurando cada tecnología como un mercado diferente. Bajo tales premisas, no es difícil apreciar en alguno de ellos un poder de mercado que es en realidad inexistente, porque el mercado es más amplio que la medida que se toma de él. Es hoy un hecho demostrado que la telefonía móvil está desplazando a la fija en servicios de voz, y pronto la VoIP desplazará en muchos casos a ambas. ¿Por qué hacer de ellos mercados diferentes? Otras veces se definen mercados territoriales unitarios, de carácter nacional, cuando la realidad es que la competencia se desarrolla territorialmente en forma muy diferenciada de unos lugares a otros, en función de la existencia de redes competidoras (en algunos sí y en otros no, lo que es frecuente en redes de telecomunicación) o de diferente capacidad de transmisión de la red y

¹ Nota del editor: Índice Herfindahl-Hirschman (HHI) es un índice de concentración utilizado por las autoridades de competencia a nivel mundial para medir el grado de concentración que existe en un mercado relevante. Se construye agregando las participaciones de las empresas multiplicadas por cien y elevadas al cuadrado de acuerdo a la fórmula: $HHI = \sum 100 \cdot \alpha_i^2$. El valor mínimo corresponde a una situación de mercado altamente atomizada, en la cual el mercado se divide entre un gran número de agentes económicos, cada uno de tamaño poco significativo. En el otro extremo, el valor máximo corresponde a una situación de monopolio, donde un sólo agente económico ostenta el 100% del mercado. El índice disminuye al incrementar el número de empresas incluidas para su cálculo y aumenta al empeorar la distribución entre ellas.

² Nota del editor: la voz sobre IP (VoIP) es, a grandes rasgos, un sistema de enrutamiento de conversaciones de voz a través del Internet.

consumos locales (como ocurre a menudo con las redes eléctricas). Ello hace que la competencia se desarrolle en muy distinta medida en unos territorios que en otros, lo que obliga a realizar análisis desagregados de los mismos. Si no se hace así, se castiga o se beneficia incorrectamente a los operadores.

- vii. *El uso incorrecto del benchmarking.* Es habitual en los últimos tiempos –y lo será cada vez más, a medida que se haga efectiva la globalización de los mercados– acudir a la “competencia por comparación” para regular aquellas actividades que, en cada sector, conservan, aún después de la liberalización, características de monopolio natural (acceso a redes, fenómenos de interconexión, utilización de *essential facilities*, tarifas de distribución, etcétera). Pues bien, con frecuencia se llega en estos análisis a conclusiones muy equivocadas, porque se comparan realidades muy diferentes (países con diferente configuración geográfica, con distinta densidad de población, con distintos niveles de utilización del servicio, etcétera) que no pueden en modo alguno tener costes asimilables. El *benchmarking* es útil y debe hacerse, para saber dónde estamos; sin embargo, no puede tener siempre carácter prescriptivo.

Estos son algunos de los errores a evitar –hay otros– en esa labor que es –repito– como un aparato de alta precisión, que debe ser manejado por personas expertas, honestas, independientes y siempre atentas a los cambios del sector de que se trate.

8. REGULACIÓN Y REGULADORES

La regulación económica es una tarea compleja. Sólo una adecuada mezcla de ingeniería, análisis económico y buen Derecho Público permitirá hacer una *buena* regulación para la competencia en sectores estratégicos. Asimismo, para adoptar decisiones correctas, el regulador, que goza siempre de una gran discrecionalidad técnica, debe seguir determinados procedimientos formales (convenios, audiencias públicas, llamamiento a los interesados, solución de reclamaciones) con los cuales va estableciendo los equilibrios necesarios. Además, debe explicar, en foros, organismos consultivos o publicaciones de diversos tipos, la razón económica y técnica de la decisión que se pretende adoptar, razón que puede ser discutida técnicamente en foros específicamente regulatorios o fuera de ellos.

Pues bien, tan importante como el régimen legal, teórico, definido en las normas, resulta la calidad, la fiabilidad y credibilidad de los reguladores y sus buenas prácticas. Sin duda, el régimen o esquema regulatorio definidor de los derechos y deberes de los operadores – autoridades, concesionarios y gestores, usuarios– es fundamental. Debe ser claro, estable, equilibrado; debe contener reglas y principios creíbles que inspiren confianza a los operadores; sin embargo, por su propia naturaleza, no definen con precisión *soluciones cerradas* a los múltiples conflictos que la realidad ofrece, sino que han de formular criterios flexibles de actuación, en función de los objetivos y de las circunstancias del momento. Así, la apreciación o no de si existe poder de mercado (*market power*) en una determinada área de actuación, o de si hay o no capacidad disponible en la red para el acceso de terceros, o la cuantía y condiciones de los aportes financieros exigibles a aquellos usuarios que requieren nuevas conexiones en el servicio o un aumento sustancial de potencia; o la apreciación del canon de peaje exigible para la interconexión y el transporte de energía (o de señales) por la red. Son todos ellos problemas que los reguladores han de resolver; sin embargo, no pueden quedar predeterminados *ex ante* en los textos legales. Hay que dejarlos –en alguna medida– al juicio discrecional y técnico (es decir, con discrecionalidad técnica, por tanto, controlable) de los órganos competentes, lo que implica que *tan importantes como las regulaciones son los reguladores* encargados de su aplicación. Tan importante como el diseño de la norma es la formación, la calidad y la ejemplaridad de los hombres y mujeres a quienes se confía esa tarea.

Conditio sine qua non para una buena práctica regulatoria es la independencia del regulador respecto del poder político. Ya hemos dicho que hay que evitar que éste caiga en la tentación de utilizar los sectores regulados como instrumentos para la obtención de fines políticos, legítimos si se quiere; sin embargo, ajenos al servicio, y que deben obtenerse a través de medios más transparentes y legalmente aprobados. Sin embargo, la figura del regulador independiente no está tampoco exenta de riesgos frente a los que el legislador debe precaverse. Es importante insistir en la necesidad de que el regulador cumpla la Ley, los reglamentos y las reglas establecidas; que no improvise ni invente reglas; que exista seguridad jurídica en cuanto a su aplicación y que las conductas produzcan efectos previsibles. Este requisito podría traducirse en un rasgo fundamental del regulador, no cuantificable, sin embargo muy importante: la *credibilidad*⁷.

⁷ Sobre los entes reguladores, su estructura, formación y reglas de funcionamiento, me remito a lo que escribí hace ya más de diez años, en “Economía y Estado”. Madrid: Marcial Pons. 1992, especialmente el capítulo XI, pp. 376-389. Más recientemente, el muy completo estudio de Floriano de Azevedo Marques Neto. “Agencias Reguladoras, Instrumentos de Fortalecimiento del Estado”. BID. 2003.

Conviene, con todo, insistir en que el regulador no tiene que ser el protagonista del sector; tiene que saber que sus poderes son meramente instrumentales, están al servicio del trabajo de las empresas. Con ello queremos salir al paso de una cierta tentación de todo regulador: la de sentirse dueño del sector y protagonista de sus destinos. Si se deja llevar por esta tentación, tenderá a no hacer el trabajo –delicado, engorroso, inacabable– de ajuste fino, constante, que se precisa, sino a tomar decisiones sin justificar; tenderá a configurar él mismo la realidad, a planificarla y diseñarla, determinando él mismo, sin dar explicaciones, cuál tiene que ser el número de operadores, sus cuotas de mercado, sus inversiones y modalidades de prestación; en una palabra, querrá ser el diseñador del mercado y éste adquirirá un comportamiento errático que llevará al sector al caos. Los mercados se desarrollan solos, espontáneamente, porque son la consecuencia de la libertad, y todo intento de configurarlos desde fuera es peligroso y contraproducente.

9. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

Sintetizando una teoría de la regulación, fruto de la observación de bastantes años de dos sectores –la energía y las telecomunicaciones– me atrevería a formular las diez conclusiones siguientes:

1ª) La regulación para la competencia sigue naturalmente a la ruptura de los grandes monopolios de servicio público y a la privatización de las empresas estatales que los gestionaban. Tal ruptura es necesaria y tal privatización, conveniente, para la modernización del sector y la mejor atención a los usuarios.

2ª) La introducción de la competencia es un proceso. Su regulación debe partir de un esquema claro inicial y aceptar sucesivos ajustes. Los políticos deben huir de la tentación de utilizar esta flexibilidad regulatoria para acciones de dirigismo sobre las empresas reguladas.

3ª) Una adecuada regulación es clave para el éxito de cualquier privatización, al aportar la seguridad jurídica que necesitan los potenciales inversores. Sin seguridades de futuro, las inversiones se retraen o encarecen. Tan importante como la regulación es el aparato institucional en que se asienta.

4ª) En dicha regulación debe eliminarse todo aquello que impida la innovación o lo que produzca transferencias injustas de recursos a grupos privilegiados. Deben incorporarse, en cambio, cuantas acciones sean necesarias para que la

competencia se desarrolle efectivamente en la práctica, con un balance acertado entre los costes que conlleva y los beneficios que de ella se obtienen.

5ª) La regulación debe actuar tan sólo en los “cuellos de botella” y demás fallos del mercado, para hacer viable la competencia, al tiempo que reparte equitativamente los objetivos públicos que se estimen irrenunciables (servicio universal, cargas de servicio público) entre todos los operadores del sector.

6ª) El compromiso de las autoridades con la regulación es condición esencial para su credibilidad; ésta, a su vez, es necesaria para la aceptación de las nuevas reglas del juego por operadores y usuarios, y la minimización de los costes transaccionales.

7ª) Una agencia reguladora independiente debe garantizar la neutralidad en la aplicación a todos de tales reglas, actuando en el día a día con poderes normativos (subordinados), ejecutivos y arbitrales.

8ª) Las fórmulas de diseño de estas agencias son variadas, como también lo son sus posibles responsabilidades en torno a un núcleo de actividades ya establecido (licencias, tarifas, estándares, conflictos, directrices). Lo importante es, de un lado, que esté dotada de autoridad efectiva y, de otro, que el diseño imposibilite su captura por cualquier tipo de poder o grupo político o económico.

9ª) Cada sector tendrá su propia forma de incorporar el nuevo pluralismo, con una estructura del mercado determinada. En todo caso, los mecanismos de la “regulación por incentivos” resultan especialmente útiles en situaciones residuales de competencia imperfecta.

10ª) La libertad de elección de los usuarios, el aumento de la iniciativa, el surgimiento de innovaciones, la mejora tecnológica o el abaratamiento de las tarifas, son algunos de los beneficios de la introducción de la competencia regulada en los grandes servicios públicos.

La idea de la regulación que acaba de sintetizarse puede ser proyectada en general a las principales funciones del Estado en la vida económica, lo que nos permite hablar sin ambages de un “Estado-regulador” (en lugar de un “Estado-gestor”) que sería el que, admitiendo el protagonismo económico de la sociedad civil, se limitase a manejar los instrumentos y palancas necesarios para optimizar las interacciones en su seno, unas veces corrigiendo los excesos de presión y otras la carencia de impulso, según la necesidad, mediante técnicas bien estudiadas y finamente aplicadas. No es un mal papel para la actividad económica del Estado.

REGULACIÓN ECONÓMICA Y DEMOCRACIA POLÍTICA: UN PUNTO DE VISTA ITALIANO*

Domenico Sorace**

La Unión Europea está experimentando cambios sustanciales ligados a su nueva Constitución, lo que ha abierto el debate sobre el buen funcionamiento de la Administración en toda Europa, pues ésta requiere un equilibrio entre la regulación económica y la democracia política.

En tal sentido, para que una autoridad administrativa sea realmente independiente y pueda cumplir su función reguladora con éxito, es necesaria su desvinculación total con respecto al Gobierno central, de tal manera que su accionar sólo tenga como juzgador ulterior a la población, a través del legislativo y las fuerzas políticas que lo conforman.

Sin embargo, no debemos limitarnos totalmente a ello. Veremos pues, a través del presente artículo, cómo la independencia de la Administración no debe verse limitada a lo anterior, pues se deben observar los parámetros que impone la Constitución.

* El artículo fue traducido del francés por Mayra Bryce, miembro de la comisión de Proyección Académica de THEMIS, y el doctor Diego Zegarra Valdivia. Agradecemos al doctor Zegarra por su ayuda en la obtención del presente artículo inédito y al profesor Domenico Sorace por la autorización prestada para su publicación.

Las referencias en las notas siguientes observan sobre todo, leyes, instituciones y autores italianos.

** Profesor Ordinario de Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Florencia. Profesor visitante de la Universidad de Yale y de la London School of Economics. Presidente de la asociación italiana de Derecho Administrativo.

1. El panorama de las relaciones entre la política y la Administración es huidizo, y no tiene límites dada la incertidumbre que se vincula a los términos de dicha cuestión¹. En efecto, las mismas expresiones “regulación económica” y “democracia política” no tienen un sentido universalmente aceptado, de manera que no se puede abordar la cuestión de su relación sin precisar de antemano la acepción en la que van a ser utilizadas.

1.1 Así pues, para comenzar por la primera de las dos expresiones –“regulación económica”– cada uno de los dos términos que la componen exige precisiones. Con respecto al término “*regulation*” no se puede olvidar, en primer lugar, que –a pesar de sus alejados orígenes ingleses, vinculados con los *common callings*²– su uso actual se debe a una importación del otro lado del Atlántico, donde el Análisis Económico del Derecho contribuyó mucho a construir su significado.

En la acepción seguida aquí³, la regulación es heterónoma y autoritaria: se realiza, en primer lugar, a través de actos administrativos tradicionales, unilaterales, reglamentarios o individuales⁴. Es necesario añadir, por otra parte, la panoplia más moderna de los medios no formalmente autoritarios (como las ayudas financieras negociadas) y las vías informales (como el *soft law* o la *moral persuasion*) por las cuales las Administraciones de hoy imponen igualmente sus pareceres.

Esta regulación tiene una naturaleza administrativa⁵, puesto que ninguno de los actos de los reguladores tiene una naturaleza legislativa (cuando decretan normas, son reglamentos), ni jurisdiccional (cuando cortan desacuerdos, son decisiones que no tienen la fuerza de la cosa juzgada): lo que significa también que todos los actos en los cuales se traduce –así como las acciones informales, en la medida en que eso resulta posible– se supeditan a la ley y al control de los jueces.

En consecuencia, el término regulación puede verse en sí como un sinónimo genérico del conjunto de medios por los cuales las Administraciones Públicas tienen por objeto obtener por parte de los particulares (individuos o empresas) la observancia de algunas normas o principios jurídicos o de algunas orientaciones. Por lo tanto, la normativa de la

regulación sin otra calificación casi podría ser asimilada en el Derecho Administrativo⁶.

1.2 En cuanto al adjetivo “económico”, se debe decir, antes que nada, que la regulación así calificada no se refiere únicamente a dominios económicos o que tengan un impacto importante en lo económico, sino, sobre todo, a que los objetivos trazados son de naturaleza económica. En efecto –uno lo puede ver enseguida–, es posible tener dentro de un campo económico una regulación “social”. De manera más exacta, se puede decir que la regulación “económica” tiene un objetivo de eficacia económica, aquella que en el presente significa que busca la corrección de los errores del mercado, los “*market failures*”, para la cual recientemente J. B. Auby⁷ ha hecho la siguiente lista: externalidades, asimetrías informativas, cortes de transacciones sumamente importantes, falta de bienes públicos; sumados a los monopolios (los cuales son bien públicos o privados).

Acá, sin embargo, se restringirá la atención a la regulación que busca preservar la competencia (cuando ya contemos con un mercado competitivo), o bien a imponerlo o a promoverlo (cuando eso falte, por más que contemos con un mercado potencialmente competitivo), o por último a “*mimer*”, es decir, asegurarnos que los efectos que se den sean los mismos que puedan tener (cuando la verdadera competencia es imposible, por ejemplo, por la existencia de “monopolios naturales”). Teniendo esta clase de regulación, se busca actuar con los mecanismos de un mercado competitivo, o bien se busca prevenir su bloqueo o al menos compensarlo.

Sin embargo, por otro lado, tenemos regulaciones en las cuales el objetivo es, sobre todo, corregir las deficiencias sociales que existen a pesar del buen funcionamiento del mercado, y que inclusive son causadas por este mismo. Se reflexiona también, por ejemplo, respecto de aquellas regulaciones que buscan proteger los derechos sociales, tales como la salud o el medio ambiente, o aquellas que aseguren el goce universal de ciertos servicios.

Estas regulaciones pueden ser calificadas de “sociales”. Tal calificación, sumada, es también dada cuando el

¹ Como bien ha destacado MARTINELLI, E. “Autorità indipendenti e politica, in Amministrare”. Tomos 1 y 2. 2000. p. 127.

² Ver: ARTEBURN, N. F. “The Origin and First test of Public Callings”. En: University of Pennsylvania Law Review 75. 1926-1927. p. 411.

³ Ver por el contrario la diferente acepción propuesta por TIMSIT, G. “L’archipel de la norme”. Paris. 1997. pp. 161 y siguientes.

⁴ Como actos de autorización, sanción o de control, y así sucesivamente.

⁵ Ver: MORBIDELLI, G. “Procedimenti amministrativi delle Authorities”. En: PREDIERI, A. “Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici”. Florencia. 1997. pp. 145 y siguientes.

⁶ Los dos términos son generalmente considerados sinónimos por los autores anglosajones, como lo ha observado AUBY, J. B. “Régulations et droit administratif, in Études en l’honneur de Gérard Timsit”. 2004. p. 233. Por otro lado, en el mundo anglosajón “*Administrative State*” equivale en la mayoría de los casos a “*Regulatory State*”.

⁷ AUBY, J. B. Op. Cit. pp. 217 y siguientes.

objetivo es la protección de ciertas libertades constitucionales, tales como la pluralidad de la información; pero aquí se utilizará en un sentido menos amplio. Las regulaciones de diversos tipos de hechos, frecuentemente se interconectan, pero, por razones necesarias a nuestro propósito, guardaremos por el momento las distinciones que entre ellas existen.

1.3 Finalmente, es necesario precisar que la noción de regulación económica que se adopta aquí es objetiva y por lo tanto no se le adhiere como característica que sea necesaria a la actividad de una "autoridad administrativa independiente" (AAI)⁸. Aparte de otras razones⁹, tal conexión unívoca debe ser aquí aislada, puesto que contrariamente –tal como también lo observó M. Lombard¹⁰– no habría lugar para una profundización del radio de la regulación a la política democrática, el cual es precisamente nuestro tema. No obstante, ya que la tarea de ciertas AAI es justamente la regulación dentro del campo económico, conviene hacer ciertas precisiones al respecto, en concordancia con los pasos adoptados en la primera parte de nuestro tema.

Si bien el modelo de esta clase de organizaciones proviene de los Estados Unidos, se debe evitar la tentación de explicar en ello su naturaleza y razón de ser, así como el evaluar su legitimidad simplemente en referencia a la experiencia norteamericana¹¹, teniendo en cuenta las diferencias que no pueden ser subestimadas entre los derechos, instituciones, sistemas políticos, culturas jurídicas y todo aquello que viene del otro lado del Atlántico.

Se ha escrito recientemente que las AAI podrían ser comparadas metafóricamente con los ornitorrincos¹². Los ornitorrincos son los mamíferos polimórficos: tienen un amplio bozal que termina en un gran pico, un cuerpo aplanado y una cola que es también bastante larga, patas cortas y entreveradas y un pelaje "moelleuse".

Sin lugar a dudas, esta metáfora zoológica es más eficaz que la afirmación banal de que no son ni carne ni pescado. Pero todos los ornitorrincos tienen la misma morfología, a tal punto que hay sólo una especie del género "ornitorrinco"¹³, mientras que se ha clasificado dentro del género "Autoridad Independiente" a un gran número de especies y que, frecuentemente, entre ciertas especies que se dice pertenecen al mismo tipo, se encuentran diferencias que hacen dudar al respecto de la propiedad taxonómica de la denominación del género en cuestión¹⁴.

En todo caso, el significado que aquí le damos a la frase AAI¹⁵ va a suscitar las siguientes precisiones. En primer lugar, al término "autoridad" se le puede dar el sentido genérico de una organización pública, que no necesariamente esté dotada de una personalidad jurídica¹⁶.

En cuanto a la calificación de "administrativa", se le puede adherir sobre todo a la naturaleza de la función asegurada (hasta el momento se ha sostenido que la regulación económica tiene justamente una naturaleza de ese tipo).

⁸ Ver, como postura contraria: MANETTI, M. "Poteri neutrali e costituzione". Milán. 1994. p. 98; CASSESE, S. "Le regole del gioco e il gioco delle regole, Mercato, Concorrenza, Regole". Número 2. 2002. p. 265.

⁹ En Italia, en ciertos casos la regulación se refiere a las autoridades independientes (electricidad, gas); en otros casos ella se encuentra bajo la responsabilidad de un Ministerio (correo, carretera). También hay los casos en los que la regulación tiene funciones para el Ministerio y funciones para una autoridad independiente (telecomunicaciones). En fin, hay casos en que las actividades dadas en otras regulaciones son confiadas en parte a un Ministerio y en parte a las colectividades locales asociadas (servicios acusos).

¹⁰ LOMBARD, M. "La régulation dans un état de droit". En: FRISON ROCHE, M. A. (editor). "Economie et droit de la régulation". Paris. 2004. p. 29.

¹¹ Bien explicada por GRECO, N. "Le "Independent Regulatory Commissions". En: "Studi parlamentari e di politica costituzionale". Número 36-37. 1977. p. 47; SHAPIRO, M. "Independent Agencies". Florencia: EUI. Jean Monnet Chair Papers. 1996; TIBERI, G. "Le Independent Commissions nell'ordinamento statunitense". En: "Amministrare". Número 1-2. 2000. p. 167; y en: ZOLLER, E. "Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie". RFDA. 4. 2004. p. 757.

¹² GIRAUDI, G. y M. S. RIGHENTINI. "Le autorità amministrative indipendenti - dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza". Roma-Bari. 2001. p. 201.

¹³ *Ornithorhynchus anatinus*.

¹⁴ Por ejemplo, en Italia, podemos encontrar algunas veces clasificado en el género AAI, además de las autoridades a las cuales se refieren las siguientes notas, a: Banca d'Italia; Commissione nazionale per le società e la borsa - CONSOB (ver: Decreto Ley 95 de 1974, Ley 216 de 1974, Ley 281 de 1985); Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo - ISVAP (ver: Ley 576 de 1982); Commissione di garanzia per l'informazione statistica (ver: Decreto Legislativo 322 de 1989); Difensori civici (ver: Ley 142 de 1990 *et le lois pertinentes des Régions*); Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (ver: Ley 241 de 1990 y Ley 15 de 2005); Commissione di vigilanza sui fondi pensione (ver: Decreto Legislativo 124 de 1993); Autorità (maintenant: Centro nazionale) per l'informatica nella pubblica amministrazione (ver: Decreto Legislativo 39 de 1993 y Decreto Legislativo 196 de 2003); Agenzia nazionale per la protezione ambientale - ANPA (ver: Decreto Ley 496 de 1993 y Ley 61 de 1994); Commissione di garanzia dell'attuazione della legge 146 du 1999 (*qui porte sur le droit de grève dans les services publics*); Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (ver: Ley 109 de 1994); Garante per la protezione dei dati personali (ver: Ley 675 de 1996 y Decreto Legislativo 123 de 1997); Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ver: Decreto Legislativo 165 de 2001); Autorità garanti del contribuente (ver: Ley 212 de 2000); Agenzia per le organizzazioni senza scopo di lucro e di utilità sociale (ver: Ley 662 de 1996 y Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros 329 de 2001).

¹⁵ Sobre las AAI en una acepción más general pero no tan genérica y aproximada que la que resultaría de la lista de la nota que precede: D'ALBERTI, M. "Autorità indipendenti (dir. amm)". En: "Enciclopedia Giuridica Treccani". 1995; NICCOLAI, S. "I poteri garanti della Costituzione e le Autorità indipendenti". Pisa. 1996; CASSESE, S. y C. FRANCHINI. "I garanti delle regole". Bolonia. 1996; PASSARO, M. "Le Amministrazioni indipendenti". Torino. 1997; AMATO, G. "Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia". En: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico. 1997. pp. 645 y siguientes; FREGO LUPPI, S. "L'amministrazione regolatrice". Torino. 1999; MERUSI, F. y M. PASSARO. "Le Autorità indipendenti". Bolonia. 2003.

¹⁶ No la tienen ni l'Autorità garante della concorrenza e del mercato - AGCM, establecida por Ley 287 de 1990, ni l'Autorità per la regolazione dei servizi di pubblica utilità, establecida por Ley 481 de 1995, competencias para los sectores de energía (electricidad y gas) - AEEG, y telecomunicaciones. La Autoridad competente para estas últimas, después de haberle confiado también funciones para la protección del pluralismo en los sectores de radio y televisión lleva la denominación de "Autoridad para las garantías en las comunicaciones" - AGCom (ver: Ley 249 de 1997).

Pero, desde otro punto de vista, esta calificación está relacionada a aquella de "independiente", que está considerada no con respecto a los operadores de actividades económicas reguladas¹⁷, sino sólo con respecto a las autoridades.

Para establecer si se da una situación de independencia en una organización, es necesario referirse a los aspectos orgánicos y funcionales de su relación con los poderes políticos, de los cuales podríamos hacer una lista bastante larga, y aun así no podríamos decir que es realmente exhaustiva. En todo caso, es necesario referirse, de un lado, a las reglas de composición de la organización (es decir: competencia y modalidades de nominación¹⁸; vigencia, revocabilidad y renovación de mandato¹⁹; número de componentes²⁰, cualidades requeridas en los miembros²¹, regímenes de incompatibilidad²²); y, de otro lado, al hecho de que reciban o no instrucciones u orientaciones por parte del Gobierno o el Parlamento²³ y que existan ciertas formas de responsabilidad con respecto a lo último²⁴; y aun más con las fuentes de sus recursos²⁵ y grado de autonomía asegurados en la fijación de sus reglamentos internos de funcionamiento y organización de servicios²⁶.

Todos estos aspectos, numerosos y diferentes, no resultan siempre de elecciones coherentes. Por lo tanto, se debe reconocer que la frontera entre la dependencia y la independencia puede ser ciertas veces sutil e incierta.

2. Admitiendo que la "regulación económica" que aquí nos interesa es aquella de donde las características

vienen de ser señaladas, se debe ahora precisar el sentido de la expresión "democracia política".

2.1 La cita de un pasaje de Pericles se incorporó en la declaración de principios del "Tratado para instituir una Constitución para Europa": "Nuestra constitución... se le llama democrática porque el poder está en las manos no de una minoría, sino de un nombre mucho más grande". Democracia es igual al poder de la mayoría, y ¿por lo tanto?

Pongamos a un lado la pregunta acerca de si este pasaje ha sido correctamente traducido (aparentemente, en concordancia con otras traducciones, Pericles dijo que el sistema era "a favor" de la mayoría y no de una minoría²⁷, teniendo en cuenta que los derechos civiles retornaban a la mayoría²⁸) y admitamos que aquí se habla realmente del "poder". Sin embargo, el discurso de Pericles continuaba afirmando que una *igual* importancia fue reconocida en cada quien y que todo el mundo vivía *libremente*. La democracia, por consecuencia, no era solamente el poder de la mayoría, sino que comprendía también la igualdad y la libertad de cada individuo (¡esclavos excluidos, naturalmente!).

Se podría también resaltar que para los Ancianos la democracia era una experiencia de pequeñas comunidades y que, aun más recientemente, la importancia de la dimensión del territorio no fue subestimada. Será suficiente con alegar que James Madison distinguía entre "democracia pura", donde un pequeño número tomaba las decisiones en persona, y

¹⁷ Además, durante el ejercicio de sus funciones, para los miembros de las AAI antes mencionados, se aplican incompatibilidades con otras actividades que podrían dar lugar a conflictos de intereses; algunas de esas incompatibilidades permanecen hasta cuatro años después del cese de sus funciones.

¹⁸ Los miembros de la AGCM son nombrados por los Presidentes de la Cámara de Diputados y del Senado (en la época en que fue promulgada esta ley, un sistema electoral proporcional estaba vigente y de los dos Presidentes uno pertenecía a los partidos de la mayoría y el otro a los de la oposición, mientras que el sistema electoral es ahora mayoritario y los dos presidentes pertenecen a esa mayoría). Los miembros de la AEEG son nombrados por el Gobierno, pero sólo después de la aprobación de las Comisiones parlamentarias competentes, expresada por una mayoría de dos tercios de los miembros que las componen. En el caso de la AGCom se aplican las mismas reglas para el Presidente, mientras que cuatro de los ocho miembros son electos por el Senado y cuatro por la Cámara de Diputados, en ambos casos con la restricción del derecho de voto de cada senador o diputado a un sólo candidato por cada Comisión.

¹⁹ Los miembros de las AAI mencionados permanecen en sus funciones durante siete años; no pueden ser confirmados al término; su revocabilidad no está prevista por ley.

²⁰ Los miembros de la AGCM y de la AEEG son cuatro además del Presidente. La AGCom está repartida en dos comisiones (una para la infraestructura y redes, y la otra para los servicios y productos), que cuentan con cuatro miembros cada una, además del Presidente.

²¹ Las leyes prevén que sean escogidos entre personas dotadas de competencias profesionales de alto nivel y reconocidas y, en el caso de la AGMC, se requiere también que sean notoriamente independientes, precisando las categorías entre las cuales se puede escoger (miembros del Tribunal de Casación, del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas, profesor de universidad en materias económicas o jurídicas y personalidad en el ámbito económico).

²² Los miembros de las AAI mencionadas no pueden ejercer otras funciones públicas, ni funciones políticas.

²³ Las AAI, según las leyes institucionales, "operan de manera completamente autónoma y con independencia de juicio y evaluación". Pero las finalidades de la regulación de los servicios de utilidad pública deben ser seguidas por las autoridades que están a cargo, teniendo en cuenta "las políticas generales formuladas por el Gobierno". Éste debe dar a conocer en sus documentos de programas económico-financieros el conjunto de "exigencias de desarrollo de los servicios de utilidad pública que corresponden al interés del País".

²⁴ Las Autoridades deben presentar anualmente al Gobierno y al Parlamento un reporte de sus actividades.

²⁵ Los recursos de la AGCM provienen de los créditos inscritos en el presupuesto estatal, mientras que los recursos de las autoridades reguladoras de servicios de utilidad pública son contribuciones impuestas a las empresas reguladoras, en los límites impuestos por el Gobierno.

²⁶ Las AAI mencionadas pueden establecer de forma autónoma su reglamento de organización y de funcionamiento, bajo reserva de los límites referidos al número del personal que pueden contratar.

²⁷ CANFORA, L. "La democrazia - Storia di un'ideologia". Bari. 2004. p. 12.

²⁸ BOBBIO, N. "Democrazia/Dittatura". En: "Enciclopedia Einaudi". Volumen IV. Torino. 1978. p. 539.

“república”, donde era necesario recurrir a la representación²⁹.

El día de hoy no se hace más esta distinción: la democracia es sobre todo representativa y, en una medida muy limitada, directa. Se dice que la soberanía popular es respetada cuando se utiliza el diagrama simplista de los economistas³⁰: aquel *principal* (el pueblo) que delega a un *agente* (un Parlamento, o algunas veces un Presidente elegido), quien, durante su turno, juega el rol *principal* al delegar sus poderes a otro *agente* (un órgano del Gobierno) y así sucesivamente, donde el *agente* –si bien no dependiente de un mandatario imperativo, al menos cuando resulta de la primera delegación, es decir, la elección– es responsable con respecto al *principal*.

No obstante, bien se sabe que todavía no se ha encontrado ni un mecanismo electoral, ni una forma de Gobierno completamente satisfactoria, como bien testifica la continua revisión de las leyes electorales. En definitiva, la escuela del *Public Choice* solamente nos ha confirmado, a través del Análisis Económico, aquello que Benjamín Constant³¹ ya había detectado: que los delegados tienen intereses particulares diferentes a aquellos de quienes representan (al punto que usualmente se habla como de un grupo social aparte: “la clase política”). La democracia como “soberanía del pueblo” (o de la “nación”³²) no puede el día de hoy ser mitificada. Sin embargo, no se conocen –dado al menos que el voto directo y asegurado para todos– mejoras alternativas para dar bases ideológicas aceptables a los poderes públicos.

Dentro de la prolongación de ciertos filósofos políticos contemporáneos, uno se puede llegar a cuestionar la mínima base garantizada de participación en el proceso de ciertas decisiones que los delegados, o los delegados de los delegados, van a tomar; es decir, que debe ser asegurado un conocimiento suficiente de preguntas en juego y la oportunidad de hacer conocer las preferencias en cuanto a la elección final³³. Es necesario, sumado a lo anterior, que la democracia no sea solamente “representativa” sino “participativa” también.

2.2 En todo caso, la democracia, como Pericles ya nos lo ha indicado, no es tal sino son también aseguradas la libertad y la igualdad y, más aun, según los “modernos”, que somos nosotros, los derechos sociales (la “fraternidad”). El “Estado de Derecho”³⁴ es la herramienta imaginada para garantizar la igualdad (en el sentido formal) y la libertad. La idea –a menos que éste no sea el anhelo³⁵– en el fondo es aquella que desarrolló Aristóteles³⁶, según la cual “más vale el gobierno de la ley sobre todo, que el de un ciudadano y que si es necesario que ciertos gobiernen, es un hecho la necesidad de guardianes de las leyes subordinados a estas”. Pero si el Estado es democrático, el principio del Estado de Derecho se ve debilitado en vista de que sólo hay una fuente para todo poder. La idea que surge a partir de esta construcción y que es la base de un compromiso viable entre soberanía popular y Derecho es aquella de la Constitución. Por ésta, que puede solamente ser dada de una deliberación de la mayoría de sus representantes, el pueblo expresa justamente su voluntad constituyente –una especie de voluntad popular sublime–.

Es en la Constitución (rígida) que retornan las grandes elecciones de la comunidad, declinando en primer lugar los principios de igualdad y libertad –y el Estado social–, y también de “fraternidad”. Inclusive retornan a la Constitución para reglamentar la organización y el funcionamiento de los órganos públicos en coherencia con el compromiso entre la soberanía del pueblo y la supremacía del Derecho, es decir según los principios como el de legalidad y aquel de la división de poderes y de *checks and balances*.

En particular, la Constitución deberá asegurar la independencia de los jueces; en primer lugar, la de los jueces constitucionales, de los que depende que los derechos de los ciudadanos sean realmente garantizados (sobre todo en dirección a los representantes directos o indirectos del pueblo soberano) y que las leyes respeten las elecciones constitucionales, inclusive para quien vea el funcionamiento y la organización de los poderes públicos³⁷. En un Estado democrático y de Derecho contemporáneo, por lo tanto, de democracia política, bajo el significado que le da el principio de la mayoría,

²⁹ Por su parte, Montesquieu, que en “L’esprit des lois” (1748) oponía la República a la monarquía y al despotismo, señalaba que una república es democrática cuando el poder está en las manos del pueblo, mientras que si permanece en manos de una parte del pueblo, es una aristocracia y, precisaba, que es difícil la existencia de una república si su territorio es demasiado extenso (nos lo recuerdan BOBBIO, N. Op. Cit. p. 545. y DAHL, R. “How democratic is the American Constitution”. New Haven - London. 2002. pp. 159-162).

³⁰ Ver: PATRIZII, V. “Le autorità indipendenti”. En: “Economia pubblica”. Número 1-2. 2005. p. 32.

³¹ “La liberté des Anciens comparée à celle des Modernes”. 1819.

³² CHEVALLIER, J. “L’État de Droit”. Cuarta edición. 2003. Paris. p. 57.

³³ DAHL, R. “A Preface to Economic Democracy”. Berkley. 1985; traducida al italiano en: “La democrazia economica”. Boloña. 1989. p. 56.

³⁴ Ver: COSTA, P. y D. SOLO (editores). “Lo Stato di diritto: storia, teoria”. Milán: Critica. 2002.

³⁵ BIN, R. “Lo Stato di diritto”. Boloña. 2004. p. 7.

³⁶ “Politica, Costituzione degli Ateniesi”. Libro III (–). p. 16. 1287. Traducida al italiano por BARI. 1972. p. 177.

³⁷ De ahí la “sacralización de los jueces” de la que nos habla CHEVALLIER, J. Op. Cit. p. 133.

no puede desarrollarse más que dentro de los límites establecidos por el Derecho y, en particular, por la Constitución.

2.3 La historia, sin embargo, no se acaba aquí. Es necesario también considerar los fenómenos que exceden al Estado, ahí donde nace un Derecho que se transforma de interestatal a supra-estatal, junto con aparatos institucionales productores de normas, de actos unilaterales individuales, de actos de reglamento de litigios.

En ese caso, ciertos principios del Estado de Derecho parecen realizarse³⁸, por más que no sea fácil de comprender siempre, cuando hubiera sido expresada la voluntad constituyente de todos los “pueblos soberanos” que son afectados. Pero en fin, desde el punto de vista “*cyniquement réaliste*” del jurista, lo que cuenta sobre todo son los principios y normas jurídicas, el orden formal del ratio recíproco entre las leyes y los otros actos públicos, las competencias de los aparatos públicos y todas las otras herramientas jurídicas—institucionales que deben ser la traducción de una ordenanza jurídica dada de los criterios de filosofía política—, sin preocuparse mucho de saber si es y cuánto es una traducción honesta, sino para buscar dar una interpretación lo más conforme posible con estos criterios.

Por lo tanto, si bien se podría pensar que todavía hay un déficit de democracia en la Unión Europea (a pesar de la afirmación de que ésta está fundada sobre el “principio”, o “valor” de democracia³⁹), uno en adelante no podría negar los estándares del Derecho europeo, en particular aquellos del Tratado que pretenden instituir, justamente, una Constitución, una (casi⁴⁰) total primicia, dentro de la esfera de su competencia que es cada día más amplia, sobre el Derecho de los Estados miembros. En consecuencia, es necesario que se les reconozca dentro del sistema de las fuentes de Derecho un lugar análogo a aquel que se le reconoce dentro de un orden oficial de normas constitucionales.

2.4 Sumado a todo esto, los límites crecientes del Derecho son los que se juegan dentro del campo de la política. Pero la política misma no es algo sin límites, ya que la experiencia humana se desarrolla también en otras direcciones. Debe entonces recordarse que la ciencia

(junto con su hija política: la técnica) es una cosa, una teoría, completamente distinta a la política: ella no tiene como fin estar en concordancia con los múltiples intereses de un pueblo. Se puede añadir que la ciencia es una cosa diferente también del Derecho. Pero si las decisiones fundadas sobre la ciencia o sobre la técnica se imponen jurídicamente, el juez, que es también *peritus peritorum*, no puede abdicar a su rol como garante.

En resumen, el espacio de la democracia política representativa, con las correcciones participativas, es bastante amplio en un sistema de poderes que se funda sobre el principio de la soberanía del pueblo. Sin embargo, este espacio no es que no tenga límites, porque, de un lado, dicho espacio es solamente el de la política —aquella es otra cosa que aquél de la ciencia y de la técnica— y, de otro lado, porque la política no puede usurpar el sitio del Derecho, oficial y supra-oficial. Va sin decir que, aun admitiendo que estos límites sean claramente determinados en teoría, se podrían presentar como mucho más moderados en la práctica.

3. ¿Qué relación existe, entonces, entre la regulación económica y la democracia política?

3.1 Inicialmente, uno puede estar de acuerdo —sin que sea necesario recordar las normas originales o derivadamente importantes en este propósito—, si se dice *grosso modo* que dentro del ordenamiento jurídico de la Unión Europea un principio general y una compilación de normas imponen la competencia, “el juego de la competencia”, en las actividades económicas de una cierta talla y de una cierta importancia, que no cubren un interés económico general (existen también reglas más específicas a propósito de ciertos comportamientos que son defendidos porque son contrarios a la competencia).

Contrariamente, si se da una actividad de interés económico general y en la que la competencia es incompatible con los objetivos del interés público de los cuales la empresa interesada está a cargo, el principio, diferente, es que se pueden tomar las medidas que limitan la competencia justo al punto en que esto es necesario.

En vista de que, por las razones expuestas, los dos principios son de orden (para) constitucional⁴¹, no

³⁸ Y, por consiguiente, podríamos decir que las instituciones de la globalización parecen acrecentar el dominio del Derecho y, consecuentemente, de ciertos principios del mismo Estado de Derecho, pero hemos sido advertidos de no “confundir globalización del Derecho y *juridicisation* de la globalización”. Ver: AUBY, J. B. “La globalisation, le droit et l’État”. Paris. 2003. p. 128. Sobre el reporte globalización-Derecho ver también: FERRARESE, M. R. “Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale”. Bolonia. 2000. Para poder relacionar los “poderes independientes” con aspectos de la globalización distintos a los aquí propuestos, ver: CASSESE, S. “Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali”. En: “Foro italiano”. 1996. pp. 7 y siguientes.

³⁹ Ver: artículo I.2 del Tratado que instituye una Constitución para Europa: “La Unión esta fundada en los valores de respeto y dignidad humana, de libertad, de democracia, de igualdad, del Estado de Derecho, así como de respeto de por derechos del hombre”. El artículo 6 del Tratado de Ámsterdam en lugar de “valores” usaba el término “principios”.

⁴⁰ Vistas las reservas de ciertos Tribunales Constitucionales Europeos.

⁴¹ Es más, luego de revisión de 2001 (Constitución, artículo 117), la protección de la competencia es reconocida también como una tarea del Estado italiano.

pueden ser contradichos por las leyes, y aun menos por los Gobiernos. Sólo pueden, si es necesario, ser integrados por las leyes (en el sentido amplio) que sean coherentes con estos principios.

Pero, ¿qué es lo que significa el concepto de competencia? Las normas (para) constitucionales no ofrecen una definición general. Uno no se puede referir únicamente a la noción dada por la ciencia económica, es decir a lo que los discursos racionales de los economistas dicen que ella es. Y uno sólo puede decir lo mismo cuando se trata de algunos comportamientos explícitamente defendidos, tales como, por ejemplo, la explotación abusiva de una posición dominante.

De esa manera, la opción (para) constitucional de abandonar, en general, la intervención económica del Estado y de remitirse al mercado competidor implica encarar este aspecto económico como una ciencia o una técnica, y no como un tema a propósito del cual se puede tener distintas orientaciones según los intereses a los cuales en distintos momentos se les dan prioridad según el punto de vista de los gobernantes y las mayorías parlamentarias.

Es cierto, sin embargo, que sobre determinadas cuestiones se puede tener, a parte de la técnica, distintas opiniones. Pero en este caso, uno también puede confiar en la búsqueda por la solución que resulte más preferible, sin que los criterios de elección se vuelvan los intereses privilegiados de una Administración política con un tipo de orientación. En vista de esta eventualidad, es evidente que lo deseado es que las decisiones sean dadas no sólo por un científico o un técnico, sino por muchos más, elegidos según las modalidades adecuadas (como designaciones necesariamente *bipartisanas*⁴², lo que no significa repartidas entre mayoría y oposición⁴³), y que aquellos que sean puestos en una situación de poder se resistan de las presiones e influencias, como si aquellas fueran a guiarlos a tomar decisiones basadas en los criterios "*étrangers*" a la economía.

Una obligación de reportarse al Parlamento y al Gobierno⁴⁴, desde este punto de vista, puede ser visualizada como el medio de asegurarse no que su actividad no sea contradictoria a las orientaciones políticas de la mayoría, sino, sobre todo, que sus decisiones sean motivadas solamente por razones técnicas y no políticas. De otro lado, es gracias a la completa transparencia de su actividad, al debate contradictorio entre los partidos directamente interesados y a las formas eficaces de participación de los intereses difundidos en procesos de decisión que será posible asegurar que todos los hechos e intereses pertinentes hayan sido realmente evaluados⁴⁵. En fin, la garantía que estas entidades jueguen su rol de manera correcta deberá venir de un control jurisdiccional de sus decisiones ejercidas sin "*diferencia*"⁴⁶.

3.2 Pero las regulaciones técnicas, en nombre del principio de la competencia, no pueden estar siempre fácilmente aisladas de las decisiones de orden político⁴⁷. El problema crece especialmente cuando es el segundo principio señalado más arriba el que es necesario de implementar, a propósito de los servicios de interés económico en general; o la competencia que debe ser impuesta, pero solamente dentro de los límites en que ella es compatible con los objetivos públicos; y, por consiguiente, las regulaciones económicas no pueden mezclarse con aquellas que tengan un propósito social. La determinación, inclusive "individualización", de los objetivos públicos a continuar pertenecen a la autoridad política; eso es algo que no podemos poner en duda, pero las medidas que toquen al mercado y que tengan una incidencia sobre la competencia deberían ser reservadas a la autoridad técnica. Encontrar las modalidades para respetar las dos competencias no es un problema fácil, que es algunas veces resuelto dándoles a las autoridades a cargo de la regulación de servicios de interés económico en general un estatuto diferente: para ciertos aspectos, su independencia está asegurada, pero al mismo tiempo ellas son subyugadas a orientaciones políticas del Gobierno⁴⁸ (así como el deber de pagar al Gobierno y al Parlamento en este

⁴² Es decir de las modalidades tales como la responsabilidad de la elección sea conjunta a la mayoría y a la oposición. Ver: el sistema adoptado por el nombramiento de los miembros de la AEEG y del presidente de la AGM (que requiere una mayoría de dos tercios). Ver nota 18 *supra*.

⁴³ Que es resultado de adoptar la limitación del derecho de voto, adoptado por los miembros de la AGCom. Ver nota 17 *supra*.

⁴⁴ Ver nota 23 *supra*.

⁴⁵ A propósito de los procedimientos de las autoridades italianas de las que se trata aquí, se puede ver: para la AGCM, la Deliberación 217 de 1998; para la AEEG, la Deliberación 244 de 2001 y las deliberaciones de la autoridad misma, como la 115 de 2002 y 33 de 2003; para la AGCom la Deliberación 453/03/Cons. y también: "Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti, Quaderni del Consiglio di Stato". Torino. 1999. Los procedimientos tienen una importancia central para quien opone la democracia económica a la democracia representativa, caracterizada por el hecho que las AAI deben garantizar los intereses de igualdad de armas. Ver: MERUSI, F. "Democrazia e autorità indipendenti". Bolonia. 2000.

⁴⁶ Ver: TAR, Lazio. *Sez. I, del 13 de septiembre de 2001, n. 7451*. "Foro amministrativo". 2001. p. 2512 (el control jurisdiccional verifica si el acto es "lógico, conveniente, razonable, debidamente motivado e instruido") y CE, *sect. VI, del 2 de marzo de 2004, n. 926*. "Foro italiano". 2005, III, 6 (el control jurisdiccional no encuentra ningún obstáculo a la comprobación de hechos y también a la comprobación que las evaluaciones hechas por la autoridad sean "exactas, razonables proporcionales y dignas de fe").

⁴⁷ Por ejemplo, si la regulación apunta a la promoción de la competencia, qué grado de competencia y en qué lapsos dentro de un determinado sector son preguntas que no se pueden dejar sólo en las manos de técnicos.

⁴⁸ Ver nota 23 *supra*. Se puede ver también: SORACE, D. "La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale". En: Mercato, Concorrenza, Regole 3. 2003. p. 337.

**¿LA MODA NO INCOMODA?
¿O DESDE CUÁNDO LA DOTACIÓN INSTITUCIONAL ES MÁS
IMPORTANTE QUE EL MEJOR MECANISMO REGULATORIO?**

Roxana Barrantes*

¿Cuán importantes son los componentes institucionales para la regulación tarifaria? ¿Es recomendable utilizar modelos usados exitosamente por otros países y adaptarlos a nuestra realidad?

Mediante un interesante esquema que incluye las formas de regulación tarifaria existentes y las instituciones para llevarlas a cabo, la renombrada economista logra llevar a cabo un análisis crítico sobre si las nuevas "modas" en la materia resultan siendo incómodas o no, dependiendo de si los componentes institucionales que hacen viables los mecanismos de regulación son "consustanciales" o no.

En las líneas siguientes el lector encontrará un artículo tan didáctico como crítico que nos invita a analizar la importancia del marco institucional a la hora de la aplicación de normas regulatorias de tarifas.

* Economista. Miembro del Instituto de Estudios Peruanos. Este artículo se escribió en el Helen Kellogg Institute for International Studies de la Universidad de Notre Dame, a cuyos miembros se agradece la hospitalidad.

INTRODUCCIÓN

En los últimos veinte años, los países del Hemisferio Occidental han emprendido importantes reformas en sus sectores de infraestructura. Desde las grandes privatizaciones de los servicios públicos llevadas a cabo por el gobierno de Thatcher en Inglaterra en la década de los ochenta, hasta las expansiones de la telefonía móvil en los países del Este Europeo, la manera de proveer los denominados “servicios públicos” ha variado significativamente. De los monopolios estatales, grandes y poderosos, hemos pasado a empresas privadas proveedoras de servicios públicos, siendo muchas de ellas también monopolios grandes y poderosos.

Evidentemente, América Latina no estuvo al margen de este proceso. En diferentes sectores y con diferentes intensidades, los países de América Latina se embarcaron en procesos importantes de reforma regulatoria y de la estructura de propiedad y de mercado de las firmas responsables de proveer servicios públicos e infraestructura. En varios casos, las reformas de los sectores de infraestructura fueron parte de la aplicación de políticas liberalizadoras del comercio y de los mercados en general, como parte del denominado “Consenso de Washington”¹.

Debido a la historia latinoamericana de falta de credibilidad de los compromisos del Estado con las empresas privadas o extranjeras y la comunidad internacional en general², se firmaron contratos de concesión que, de hecho, limitaron la discrecionalidad del Estado. La regulación estaba contenida en los contratos y no en leyes o normas dictadas por instancias del Poder Ejecutivo. Dentro de los aspectos regulados en los contratos, se encontraba, con mayor o menor detalle, los mecanismos, o métodos, de regulación tarifaria. Siendo las tarifas uno de los componentes fundamentales de los ingresos de la empresa privatizada, siendo el otro el volumen de servicios ofrecidos, la intervención del Estado en su determinación fue un elemento crítico en los instrumentos que plasmaron la privatización y la regulación.

En este artículo, busco discutir los mecanismos de regulación tarifaria contenidos en varios de los

instrumentos jurídicos que plasmaron las concesiones, enfatizando la regulación por *price cap*, o precio tope. El punto que busco sustentar es que la aplicación ciega, es decir, no específica al contexto institucional peruano, de mecanismos regulatorios desarrollados para otros contextos y otra dotación institucional, no es eficiente y, en el largo plazo, mina la credibilidad completa de la reforma de la cual el marco regulatorio es un componente fundamental, independientemente de si la regulación propuesta es novedosa y, en el papel, contiene todos los incentivos necesarios para promover el crecimiento. Por supuesto, esta idea no es nueva y está inspirada en el trabajo de North (1994)³, Spiller y Vogelsang (1997), Guasch y Spiller (1998) y Laffont y Tirole (2000). La novedad está en la discusión de cara a tres casos de reforma regulatoria en el Perú.

El artículo comienza haciendo un poco de historia sobre el problema de regulación tarifaria, explicando de manera breve los métodos más conocidos, así como la regulación por incentivos de la cual la regla de precio tope, o *price cap*, es una aplicación. Luego, discuto componentes del marco institucional necesario para evaluar la pertinencia de algún mecanismo regulatorio específico. A partir de esta presentación, paso a analizar la aplicación de la regulación por *price cap* en tres sectores reformados de infraestructura en el Perú: telecomunicaciones, puertos y aeropuertos. Reflexiones finales cierran el texto⁴.

I. LAS MANERAS DE REGULAR TARIFAS

A. Un poco de historia

Para un abogado, “regular tarifas” podría tener una connotación reiterativa ya que, de acuerdo a la definición legal, las tarifas son los precios regulados. En economía, precio y tarifa pueden usarse indistintamente. El sesgo legal es el recogido en la Ley Marco de Organismos Reguladores (Ley 27332 de 27 de julio de 2000), que distingue la función normativa de la función reguladora, definiendo a esta última como la “fijación de tarifas”⁵. El problema con la interpretación limitada de “regulación es fijación de tarifas” es que no existe manera de fijar una tarifa si no se especifica la calidad del servicio. De esta manera, al fijar una tarifa, se está fijando (regulando) la calidad del servicio⁶.

¹ La literatura que estudia, discute y critica el contenido del Consenso de Washington, así como su implementación, es enorme. Solamente refiero aquí el artículo de quien es ahora conocido como su formulador Williamson (2000), en el World Bank Research Observer, y el libro de Sturzenegger y Tommasi (1998), que plantea varios modelos teóricos desde la economía.

² Baste recordar, para el caso peruano, las nacionalizaciones efectuadas por el gobierno militar del General Velasco Alvarado entre 1968 y 1975, o la cesación de pagos decretada por el gobierno de Alan García Pérez entre 1985 y 1990.

³ Citado en Spiller, Stein y Tommasi (2003).

⁴ El tema de la renegociación de contratos merece una atención especial por lo que no se discute en este trabajo.

⁵ La redacción de los reglamentos de los organismos reguladores enfrentó esta limitación. Un ejemplo es la regulación de calidad de los servicios.

⁶ El caso de SUNASS es el de más grave disociación entre la responsabilidad del regulador de fijar tarifas y su falta completa de competencia (formal, por cierto) para definir y supervisar los parámetros de la calidad del agua que se brinda. Existe una disociación adicional, que no trataremos en este artículo, entre la falta de competencia para regular y normar y la competencia para supervisar.

Que sea una entidad estatal la responsable de fijar el precio de un bien o servicio constituye la forma más intrusiva de intervención del Estado en un mercado. Afecta los flujos de retornos de inversiones privadas, impactando así en el corazón de los derechos de propiedad de los inversionistas. De este modo, no es el gerente de la empresa quien establece los precios a cobrar sino un empleado público. Este último, además, en la mayor parte de los casos, e independiente de cuán buen profesional sea o cuanta experiencia tenga, jamás ha sido gerente de nada⁷. ¿Qué puede explicar que la sociedad prefiera que un empleado público fije un precio en lugar de un empresario privado, quien tiene que responder a los accionistas y a sus acreedores?

Desde el punto de vista económico, la explicación es muy sencilla⁸. La gran justificación reside en la capacidad de que, por condiciones de mercado, el privado tenga poder en ese mercado, es decir, que pueda fijar sus precios con prescindencia de competidores, sea porque no existen (monopolio), o porque son muy pequeños para retar la posición de la empresa regulada (oligopolio). Si el privado tiene poder en el mercado, fijará un precio que extraiga el excedente al consumidor y genere pérdidas netas a la sociedad. El Estado así es el mejor llamado para proteger el bienestar de la sociedad, fijando tarifas que eviten que el privado perjudique a los consumidores con su política de precios, pero asegurando que los accionistas reciban los retornos adecuados a su inversión.

Hasta el momento de la reforma británica, la experiencia más extensa de fijación de tarifas a empresas privadas por parte de autoridades administrativas podía encontrarse en los Estados Unidos. Las tarifas debían reflejar el costo de brindar los servicios públicos. Las agencias reguladoras auditaban los costos de las firmas reguladas para definir qué costos eran permitidos y cuáles no. Una vez definidos esos costos, distinguiendo con claridad los costos de capital, se establecía una tasa de retorno permitida sobre esa inversión. Todos los costos reconocidos, sean los de operación o los de capital, constituían el requerimiento de ingresos para la firma. Las tarifas se fijaban de tal modo que, al cobrarlas, la firma pudiera completar su requerimiento de ingresos.

En la regulación por tasa de retorno, como se llama este método, los procedimientos eran prolongados e involucraban una activa participación de diferentes agentes, incluyendo sendas audiencias públicas. Claramente, si cualquier costo que el regulador reconociera debía luego ser pagado por los consumidores por la vía de tarifas, los consumidores tenían bastante que decir sobre qué costos podrían ser considerados razonables y cuáles no. Para los inversionistas, una vez fijada la base de capital, la tasa de retorno esperada tenía un riesgo bastante bajo⁹.

Los problemas con este método de fijación de tarifas son obvios. En tanto se trata de una regla de reembolso de costos, la ausencia de incentivos de las empresas para controlar y limitar sus costos es el primer problema. Le sigue la definición de los bienes de capital sobre los cuales se recupera la tasa de retorno¹⁰. Este problema va de la mano con la revisión sobre la prudencia de las inversiones: ¿se justifica, o no, la adopción de tecnologías de punta, o las ampliaciones de capacidad de oferta en un determinado momento? Juntamos las posibles discrepancias que pueden surgir respecto de la valorización de ciertos costos. Por ejemplo, al reconocer el costo de los gerentes: ¿se reconoce el salario realmente pagado o el salario de mercado para un profesional similar? ¿Se reconoce el precio de transferencia entre sucursales de la empresa o algún precio estimado con metodologías que no reflejen lo registrado en libros?

Los británicos trataron de encontrar una salida a estos problemas y establecieron una moda¹¹. Littlechild, en el famoso artículo de 1983¹², desarrolla el esquema básico de la regulación por incentivos, o RPI - X, que buscaba superar los problemas que enfrentaban los reguladores norteamericanos cada vez que debían resolver un "caso de tarifas"¹³.

En trabajo paralelo, tanto Sappington (1983) y Laffont y Tirole (1993)¹⁴ fueron construyendo los fundamentos estrictamente teóricos de la regulación por incentivos. Estos se basan en el reconocimiento de la asimetría de información entre regulador y regulado, o los denominados "modelos de agencia", donde cada parte tiene información diferente, deben interactuar, pero la parte con mayor información puede utilizarla de manera privilegiada y sacar ventaja de la otra parte.

⁷ Más aún, para evitar la posibilidad de captura, se prohíbe que el empleado de una empresa pase a trabajar para el Estado y viceversa.

⁸ Desde el punto de vista político, la explicación también puede ser muy sencilla pero no la discutiremos en el texto.

⁹ El punto clave era, evidentemente, reconocer la base de capital, conocida como la revisión de "prudencia" de las inversiones emprendidas por el inversionista privado.

¹⁰ El ejemplo más sencillo es la elección de muebles: ¿importados de lujo o nacionales de PYME?

¹¹ Lo que no nos debería sorprender, particularmente si somos fanáticos de los Beatles, o recordamos la "invención" de la minifalda en los años 60.

¹² Citado en Beesley y Littlechild (1989).

¹³ O "Rate Case" como suelen llamarlo y que podía tomar varios años.

¹⁴ La bibliografía citable de Laffont y Tirole y de Sappington es enorme y no la incluimos.

A partir del modelo básico de agente-principal, se desarrollan las extensiones teóricas a partir de problemas prácticos en la implementación.

B. La regulación por incentivos¹⁵

Es claro que uno de los problemas fundamentales con la regulación por tasa de retorno es la falta de incentivos para que la firma regulada controle costos, debido a que cualquier costo incurrido y sustentado terminaba siendo reembolsado, es decir, pagado por los consumidores. Debido a ello, en su formulación original, el esquema diseñado por Littlechild enfatizaba la reducción de costos como uno de sus objetivos fundamentales.

¿Cómo el esquema diseñado por Littlechild lograba el objetivo de que la firma se esforzara en reducir costos? Dándole un incentivo: el regulador debía dejar que las firmas se quedaran con las ganancias que podían hacer al reducir costos. De este modo, el precio regulado constituía un tope y las firmas no estaban autorizadas a cobrar por encima de dicho precio. El precio tope, además, podía ajustarse por la inflación, de tal modo de no afectar los retornos reales de las firmas reguladas. El regulador debía seguir fijando tarifas, pero no debía preocuparse por los costos efectivamente realizados por las empresas. Así, las ganancias efectivamente realizadas quedaban al margen de las obligaciones de cumplimiento del regulador, en claro contraste con la regulación por tasa de retorno, que se basaba en no permitir ganancias por encima de dicha tasa. Dejemos claro que el premio que la empresa recibiría por esforzarse en controlar sus costos eran ganancias.

En la vida real, esos esfuerzos de reducción de costos por parte de las empresas suelen venir acompañados de mejoras en los procesos productivos o en ampliaciones de las cantidades vendidas. De realizarse estas ganancias de productividad y al mismo tiempo permitir una indexación completa en las tarifas, el regulador también estaría permitiendo una elevación de las ganancias de las firmas por encima de lo razonable¹⁶, perjudicando a los consumidores. Para beneficiarlos, era necesario traspasarles una parte de las ganancias realizadas por la empresa, precisamente, aquellas provenientes de mejoras en la productividad,

es decir, no permitir una indexación completa de tarifas. Así, se configura la regla de RPI - X: tasa de inflación¹⁷ menos factor de productividad o X.

Este tipo de regulación debía permitir a las empresas adaptarse a los entornos regulatorios cambiantes y promotores de la competencia y entrada de nuevas empresas a sectores antes monopolizados, fenómeno que acompañó a la reforma regulatoria iniciada en los años ochenta. La manera de lograr esta flexibilidad era aplicando el tope de precios al promedio ponderado de precios de una canasta de servicios, es decir, de un grupo de servicios. Por ejemplo, con dos servicios colocados en una misma canasta, la empresa podría elevar el precio de un servicio y reducir el de otro, siempre que el promedio ponderado de los cambios no excediera el tope dado por la regla RPI - X. Cuando el regulador encontraba que su preocupación por el exceso de poder de mercado de una firma estaba en el mercado de un servicio específico, que no tenía sustitutos, podía imponer topes individuales a los cambios de precio de ese servicio. De hecho, la aplicación en Inglaterra daba al regulador poder suficiente para incluir o excluir servicios de la regulación o poner topes específicos o liberalizar¹⁸, cada vez que se revisaba el factor de productividad –periodo que también quedó a discreción del regulador en el caso inglés–.

El juego regulatorio se estructura así, con el regulador fijando un nivel de precio, o tarifa, tope, las firmas cobrando precios que no excedan el tope, y quedándose con todas las ganancias que sus esfuerzos de reducción de costos le puedan dar¹⁹. Los consumidores se benefician con los servicios ofrecidos y con parte de las ganancias de productividad de la firma.

En la implementación de este mecanismo, las ganancias posibles de productividad se pueden calcular de dos maneras: evaluando la posición de la firma en términos de ingresos y gastos, y haciendo estudios específicos de productividad²⁰. Ambos ejercicios, para tener un sustento económico, deben ser hechos *looking forward*, es decir, “mirando hacia delante”, o haciendo proyecciones²¹. La firma gana así también con los posibles errores en las proyecciones.

¹⁵ Regular por incentivos es equivalente, en psicología, a modificar la conducta con premios y castigos, es decir, conductismo.

¹⁶ “Razonable” significa similar al mercado, para el nivel de riesgos.

¹⁷ RPI es el acrónimo de *Retail Price Index*, o tasa de inflación.

¹⁸ Para el detalle de los arreglos institucionales que permitían dicha discreción regulatoria en el caso inglés, puede consultarse Spiller y Vogelsang (1997).

¹⁹ Es preciso mencionar otro de los efectos negativos de este esquema de incentivos: las empresas pueden dejar de esforzarse en proveer una calidad adecuada. La solución a este problema tiende a pasar por regulación específica de calidad.

²⁰ Las técnicas para hacer estos estudios son sofisticadas, pero no requieren alta matemática.

²¹ La aplicación de este principio económico es uno de las principales fuentes de discusión entre abogados, economistas, contadores, gerentes de firmas y reguladores. Mientras los economistas regulatorios exigen “mirar hacia delante”, es decir, olvidar el costo hundido (“lo que pasó, pasó”); las firmas, y sus abogados, exigen reconocer “los costos contables”, es decir, lo pasado (“no hay lonche gratis”).

¿Dónde está el truco técnico? En realidad, tenemos dos. De un lado, está el mecanismo de fijación de la tarifa inicial. De otro lado, está la elección de la información que servirá de base para calcular las ganancias de productividad. Es en la solución de los trucos que aparecen los problemas de incentivos o “los incentivos perversos”.

C. En el límite (del colapso)

La solución del primer truco es el cálculo de las tarifas iniciales. Es claro que no podemos alejarnos de la regla de reembolso de costos, que se utiliza para la fijación de esta tarifa inicial. Aun si queremos utilizar la regulación más eficiente, es necesario hacer este cálculo inicial que, al mismo tiempo, contiene un incentivo perverso: sobre representar los costos. Se genera así la situación paradójica de que, para superar los problemas de la fijación de tarifas por tasa de retorno, debemos partir de fijar tarifas por tasa de retorno²².

Una manera de salir del dilema es fijando las tarifas iniciales de acuerdo a comparaciones internacionales o lo que se denomina en el Perú, *benchmarking*. Pero estas comparaciones no están exentas de problemas. De un lado, está el problema de qué se compara, o, dicho de otra manera, si es posible encontrar servicios similares cuya tarifa pueda conocerse. Por ejemplo, si en el país Utopía se cobra por minuto y en el país Rebelión por segundo, ¿se puede hallar la tarifa por minuto en Rebelión multiplicando por sesenta la tarifa por segundo? Un mínimo conocimiento de regulación y de estadística nos diría que no, que lo que necesario es la duración promedio de la llamada y algunas funciones estadísticas. Así, la comparación de las tarifas en Utopía y Rebelión es más complicada que consultas simples en los tarifarios de las empresas de cada país²³.

De otro lado, está el problema de cuán comparables son los países utilizados para el *benchmarking*. Si, por ejemplo, buscamos una comparación internacional de tarifas telefónicas y miramos a nuestros vecinos, nos vamos a encontrar que no solamente los ingresos familiares son muy diferentes, también lo son los patrones de comunicación, o las áreas para las cuales las tarifas son locales, pero muchas de las empresas que vamos a comparar tienen el mismo socio, o son del mismo dueño. ¿Esto llevará las comparaciones hacia tarifas más bajas o más altas? Si, por ejemplo, utilizamos como referente a aquellos países a los que aspiramos

parecernos –Suecia, Alemania, Finlandia, Bolivia, Venezuela o Cuba, por mencionar solamente algunos grupos posibles–, vamos a encontrar que, entre otras variables, la densidad poblacional es diferente a la nuestra, así como la geografía y los costos que ello implica. Y podemos encontrar más ejemplos de lo difícil que es construir un grupo de comparación que sea razonable.

La solución del segundo truco es más complicada. Con claridad Laffont y Tirole (2000) para el caso de telecomunicaciones, discuten la dinámica de la fijación del factor de productividad y el denominado “efecto *ratchet*”²⁴, mediante el cual, la empresa regulada termina no esforzándose en reducir costos, es decir, recuperando los incentivos que tiene cualquier empresa regulada por tasa de retorno.

¿Cómo funciona el efecto *ratchet*? Recordemos que la aplicación de la metodología del factor de productividad busca *proyectar* las ganancias que una empresa eficiente puede hacer en el futuro²⁵, aplicando el principio de “mirar hacia adelante”. Sin embargo, para predecir, se necesita información. En mercados grandes, como por ejemplo, el mercado norteamericano de telecomunicaciones, calcular las ganancias de productividad es un ejercicio que puede hacerse con diferentes mecanismos de proyección, sobre la base de la información pasada, de varias empresas. En mercados pequeños, donde una empresa es el mercado, o lo domina, no se cuenta con otra información que no sea la de la propia empresa. Si se usa la información de la empresa para el cálculo del factor de productividad, claramente se está rompiendo el esquema de incentivos en lo que se conoce como el “efecto *ratchet*”: si me esfuerzo hoy, y el regulador usa esa información para limitar más el crecimiento de mis precios en el futuro, ya no tendré incentivos a controlar costos y seguir creciendo, porque seré castigada con un factor de productividad más alto en el futuro. Al tratar de ganar el premio (las ganancias), la empresa regulada termina dando información al regulador para que limite su premio. Además, en un entorno de competencia, cuanto más bajos los precios, menores los incentivos para la entrada de nuevas empresas.

La aplicación de la regulación por incentivos en la forma de RPI - X puede ser contraproducente en la medida que el regulador no se comprometa creíblemente a no

²² Y ni siquiera mencionamos los posibles problemas de error de cálculo.

²³ Alguien puede estar pensando: “para eso se le paga al regulador”. De hecho, cuando el Poder Ejecutivo limita sus presupuestos, por ejemplo, poniendo topes a sus gastos totales, a pesar de su autonomía económica, el regulador se encuentra limitado para atender su agenda.

²⁴ Una búsqueda sencilla en Google, pone en la biología la primera definición del “efecto *ratchet*”: cuando un proceso no puede dar marcha atrás.

²⁵ El tema de la empresa eficiente también ha dado lugar a amplias discusiones: es la firma regulada o una hipotética empresa eficiente –lo que subyace es la idea que la firma regulada no es una empresa eficiente. La base de la presunción es que se trata de un monopolio que no tiene incentivos para ser eficiente.

utilizar la información que la empresa genera en el tiempo. La regulación del precio tope colapsa así, en el límite, a la regulación por tasa de retorno y los problemas de incentivos que ella implica. ¿Cómo puede el regulador comprometerse creíblemente a no usar la información de la empresa para calcular el factor de productividad, limitando así, con su falta de compromiso, el poder de los incentivos contenidos en la regulación de RPI - X?

II. LAS INSTITUCIONES PARA LA REGULACIÓN

Al reformar la estructura de propiedad de las empresas, era necesario también reformar los niveles de las tarifas. Los empresarios privados no estarían dispuestos a comprometer inversiones a menos que los retornos fueran adecuados y sabemos que las tarifas que cobraban las empresas públicas generaban importantes déficit para las empresas y para el país. La manera de lograr esto, es decir, que los empresarios inviertan, era comprometer al Estado en no expropiar las inversiones una vez realizadas (o "hundidas").

Las maneras de lograr estos compromisos por parte del Estado son varias y dependen de la dotación institucional en cada país²⁶. Sin embargo, la más utilizada en el Perú fue la firma de contratos-ley, combinada con la creación de un regulador independiente de la jerarquía del Poder Ejecutivo, responsable del cumplimiento del contrato. No se trataba solamente de que "el contrato es ley entre las partes", donde las partes tienen igual importancia ante la Ley. En los casos de concesiones y privatizaciones, cuando las partes son una firma privada, generalmente extranjera, y un Estado soberano, el Estado no podía renegar de los compromisos contenidos en el Contrato suscrito, a menos que la firma estuviera de acuerdo²⁷. Los procedimientos para la modificación de los contratos-ley también estaban contenidos en ellos.

Firmar contratos-ley fue claramente una solución para contrarrestar la reputación de incumplimiento de compromisos por parte de los Estados de países en desarrollo, y atraer inversiones necesarias para mejorar la infraestructura. Además, fueron parte de un paquete de medidas de señalización de credibilidad del Estado de que honraría su compromiso de no expropiar las inversiones: el arbitraje para la solución de conflictos en lugar de recurrir al Poder Judicial, conocido o por corrupción o por su sometimiento al poder político; la

suscripción de compromisos con la Agencia de Garantía de Inversiones (MIGA) del Banco Mundial²⁸, y la creación de organismos reguladores que no dependerían directamente de la jerarquía de línea de los ministerios²⁹. Muchos contratos-ley se acompañaron de convenios de estabilidad jurídica, congelando así otros aspectos, como los tributarios, que afectaban la rentabilidad de las inversiones.

Los contratos detallaron muchos aspectos sobre la provisión de los servicios, las inversiones, la fijación de tarifas y cláusulas específicas sobre procedimientos: de modificación del contrato, de caducidad de la concesión, de renovación, etcétera. Al estar contenidos en los contratos, estos aspectos no podían modificarse por la buena, y unilateral, voluntad de un funcionario público –electo o no, experimentado o no–. Esto implicaba bastante rigidez para la aplicación de las reglas allí contenidas. La rigidez, al reducir la incertidumbre del inversionista, reducía también su riesgo y así los retornos requeridos para invertir y, con ello también las tarifas necesarias para que su inversión sea rentable. Para el Estado, por el contrario, la rigidez de las cláusulas de los contratos reducía su margen de acción y su discrecionalidad en general. En consecuencia, el regulador, responsable del cumplimiento de los contratos, se encontraba muchas veces con las manos atadas en su capacidad de acción debido a las estipulaciones ya acordadas y contenidas en los contratos, a pesar de su autonomía técnica y administrativa, a la que se recurría frecuentemente de cara a los órganos de línea del Poder Ejecutivo.

Como ya se dijo, los contratos contenían los mecanismos de regulación tarifaria. En el Perú, las reformas en la propiedad de las empresas y la regulación de los sectores de infraestructura comenzó en la década de los noventa, cuando la experiencia británica con la privatización y regulación ya se encontraba en pleno apogeo. No tendría que sorprendernos que importantes procesos de privatización, y los contratos involucrados, incluyeran la regla de RPI - X, o por *price cap*, o por factor de productividad, como el mecanismo acordado para la revisión de las tarifas. Adoptamos el mecanismo de regulación tarifaria que estaba "de moda" en el mundo.

Como hemos visto, este mecanismo tiene como base permitir que las empresas se apropien de las

²⁶ Sobre la importancia de la dotación institucional de un país para definir una senda de crecimiento, o de estancamiento, económico, ver el clásico, e imprescindible, libro de North (1990).

²⁷ La pregunta del ignorante de leyes es si el Estado puede realmente renunciar a su Poder Soberano frente a los privados.

²⁸ www.miga.org

²⁹ El análisis de los mecanismos contractuales para el fomento de inversiones en sectores de infraestructura en América Latina se encuentra en Chong y Sánchez (2003). En este libro, el trabajo de Tamayo, Barrantes, Távara y Závala (2003) analiza el caso peruano.

ganancias que realizan como resultado de su esfuerzo de reducción de costos. Así, empresas reguladas podían exhibir, en cualquier periodo específico, tasas de ganancia importantes y niveles de ganancias que podían sorprender por su tamaño, particularmente porque sus tarifas estaban sujetas a regulación. Ante los usuarios, el regulador aparecía como innecesario ya que no limitaba, en el uso de su facultad de regular tarifas, las ganancias de las firmas. Además, es importante tener presente que, aparte del mismo nivel de las ganancias de las firmas privadas, está el tema de la percepción negativa sobre las ganancias, en general, que tiene el ciudadano peruano³⁰. Al regular las tarifas por precio tope, se entraba a la situación paradójica de que las firmas privadas debían tener incentivos para hacer ganancias y el Estado debía honrar su promesa de dejarlas quedarse con ellas. Pero porque la regulación estaba contenida en contratos-ley, no era mucho lo que podía hacer. ¿Estaba la credibilidad del proceso de reforma regulatoria minada en su esencia al optar por este mecanismo de regulación tarifaria contenido en contratos-ley?

III. O DEL POR QUÉ, EN ESTE CASO, LA MODA SÍ INCOMODA

Para ilustrar el punto, vamos a revisar algunas aplicaciones de la regulación tarifaria “por factor de productividad” en el Perú. La revisión no es exhaustiva y es bien probable que el lector pueda ser capaz de encontrar casos que se opongan a algunas de las tesis discutidas³¹.

A. Telecomunicaciones

En teoría, telecomunicaciones es el sector donde mejor puede aplicarse este tipo de regulación. Las ganancias de productividad son sumamente altas. Estudios realizados en los Estados Unidos estiman que en el largo plazo, la productividad del sector ha alcanzado el 5% anual. Aquellos de nosotros que hemos visto cómo en 1990 era prohibitivo hacer una llamada de larga distancia internacional y ahora utilizamos skype³² como quien va a la bodega de la esquina, no necesitamos

ser convencidos de que las ganancias de productividad en este sector son significativas.

El contrato de concesión de Telefónica del Perú, firmado en 1994, incluyó la regulación tarifaria de RPI - X, dejando cerrados, es decir, muy detallados, algunos aspectos de su aplicación, y en el limbo otros aspectos importantes que quedaron, así, a discreción del regulador. Entre los aspectos que quedaron cerrados se encontraba el número y la composición de las canastas de servicios, el periodo para reajustar las tarifas durante la vigencia de un determinado factor de productividad, y el periodo que debía transcurrir entre revisiones tarifarias, aspectos que habían quedado a discreción del regulador en Inglaterra³³. Entre los temas que quedaron abiertos, encontramos, la metodología para calcular las ganancias de productividad, o la tasa de ganancia razonable.

Para empezar, RPI - X se aplicaría luego del periodo de concurrencia limitada de cinco años, y solamente a los servicios denominados de “categoría I”: conexión a la red local, renta mensual, llamadas locales, llamadas de larga distancia nacional y llamadas de larga distancia internacional³⁴. Estos servicios, a principios de la década de los noventa, constituían el núcleo de los ingresos de una empresa telefónica. Los servicios de categoría II, el resto de los servicios como los circuitos locales, la telefonía móvil y otros, estaría regulado por medio de tarifas máximas, o niveles tarifarios que no tendrían contemplados mecanismos explícitos de indexación.

Esta aplicación postergada de la regulación por factor de productividad podía tener aspectos positivos. Los cinco años podían dar al regulador tiempo para prepararse y hacer los estudios necesarios, dado su reducido tiempo de trabajo³⁵. De hecho, durante los primeros cinco años de la concesión se implementó el programa de rebalanceo tarifario que tuvo el objetivo de eliminar los subsidios cruzados entre los servicios de categoría I³⁶. Durante este periodo, las tarifas se ajustaron trimestralmente de acuerdo a una fórmula escrita en el contrato, de tal modo que puedan alcanzarse los niveles reales escritos en el contrato. El

³⁰ En anotaciones de clases recibidas de otro experto en asuntos de asimetría de información y regulación (Lewis, 1998), destaca el tema de la percepción de las personas respecto de las ganancias como tema clave para decidir qué tipo de mecanismo regulatorio aplicar.

³¹ No es más que una prueba más de la incapacidad del gobierno de comprometerse creíblemente a una senda de políticas el hecho que cada sector de infraestructura en el Perú tenga un esquema particular de regulación, con diferentes mezclas entre provisión privada y provisión pública directa. Sobre los problemas de crecimiento económico creados por la falta de compromiso del Estado, puede revisarse Haber (2002).

³² Skype es un programa que permite comunicaciones de voz sobre Internet. Para lograr una comunicación fluida, se requiere un ancho de banda importante.

³³ Produciendo, por ejemplo, un factor de productividad de 7.5% en un caso, y aplicando restricciones específicas a la cuota de abono mensual, en otro momento.

³⁴ La distinción entre servicios de categoría I y servicios de categoría II se encuentra solamente en el contrato de Concesión de Telefónica. Una discusión sobre lo que esto implica como garantía de inversiones puede encontrarse en Barrantes (2005).

³⁵ El regulador de telecomunicaciones se creó en 1993.

³⁶ Claro que esta afirmación recoge otras suposiciones. No se conoce públicamente algún estudio tarifario que haya permitido demostrarlo.

regulador “solamente” debía hacer los cálculos necesarios, siguiendo las fórmulas del contrato.

El término del periodo de concurrencia limitada se adelantó un año, por lo que el regulador no estaba preparado para aplicar la regulación tarifaria por factor de productividad³⁷. En consecuencia, las partes acordaron nuevos niveles tarifarios, por tres años más, que se ajustarían de acuerdo a la fórmula contenida en el contrato. Solamente al final de este periodo, recién en 2001, se aplicaría la regulación por factor de productividad.

Si alguien interpretó en 1998, que entre el 2000 y el 2001 habría la estabilidad política necesaria para sacar totalmente del ámbito político el cálculo del factor de productividad, se equivocó. La independencia y autonomía del regulador no lograron aislarlo de los avatares políticos de ese momento tan complicado. Si bien sería muy arriesgado afirmar que no se realizó un trabajo técnico que sirvió de base para la toma de decisiones regulatorias, la inestabilidad política afectó la estabilidad regulatoria a través de los cambios en la composición de los consejos directivos y de la inestabilidad en los cuadros claves en el regulador³⁸.

El primer cálculo del factor X en el Perú fue realizado por el regulador de telecomunicaciones en ese contexto. Los aspectos que quedaron abiertos en el contrato fueron utilizados por el regulador: se usó la información de la empresa para calcular sus ganancias de productividad, contra toda recomendación teórica y, además, se utilizó el método de diferencias, propuesto por Bernstein y Sappington (1999), en lugar del método más utilizado en Inglaterra que proyectaba flujos de caja y tasas razonables de ganancia para fijar el factor de productividad (Armstrong, Cowan y Vickers, 1994)³⁹.

Habiendo sido redactado por abogados, el procedimiento para el cálculo, en lo que se refiere a plazos, estaba claramente establecido. Cuando en vísperas del cumplimiento del plazo otorgado al regulador en el contrato de concesión, el regulador emitió la resolución estableciendo un factor de

productividad de 6%, a los consumidores les pareció bajo, debido a que el nivel de tarifas aparecía alto comparado con otros países, y a la empresa le pareció demasiado alto. No solamente eso, la empresa concesionaria llevó el tema a arbitraje tanto por el tema de fondo del nivel del X, como por incumplimiento de procedimientos⁴⁰.

Cuando en 2004, el regulador debía calcular nuevamente el factor de productividad, otra vez se tuvo un consejo directivo totalmente nuevo y pocos profesionales participantes en los dos procesos. Entre 2003 y 2004, además, diferentes miembros del Congreso habían emprendido iniciativas persistentes para eliminar tarifas establecidas en el contrato o, en el peor de los casos, bajarlas significativamente, cosa que el contrato no permitía.

Nuevamente, el regulador utilizó la información de la empresa concesionaria y, no solamente eso, sino que innovó la regulación de RPI - X al incluir un nuevo elemento “m” que pretendía corregir la tasa de ganancia de la empresa. Además, el factor “m” solamente se aplicó a una de las tres canastas establecidas en el contrato, precisamente aquella que contenía la renta básica, esa tarifa que había sido objeto de iniciativas legislativas para la baja. El Perú, nuevamente, pasó a tener uno de los Xs más altos del mundo: más de 10%⁴¹.

El Perú hoy exhibe, otra vez y como en 1993 antes del proceso de reforma, una tasa de penetración telefónica bastante baja comparada con los países de la región, a pesar del boom de la telefonía móvil.

B. Infraestructura: puertos

La concesión del Terminal Portuario de Matarani (TPM) fue la única parte exitosa del esfuerzo fallido de concesión de puertos emprendido en la década de los noventa. La concesión se otorgó en agosto de 1999. Como reseñan Alcázar y Lovatón (2005)⁴², antes de la privatización se hicieron un conjunto de mejoras a la infraestructura del TPM, y se incluyeron en el contrato un conjunto de obligaciones de inversión, que fueron parte de la calificación de la oferta ganadora, así como

³⁷ Otra característica de nuestra dotación institucional: postergar decisiones hasta el último momento.

³⁸ Como la gerencia general y la gerencia de políticas regulatorias. Ambas tuvieron varios encargados entre 1998 y 2002.

³⁹ Curiosamente, los lineamientos de apertura del mercado, publicados mediante Decreto Supremo 020-98-MTC, recogieron los criterios planteados para la aplicación de este método, y no de aquel finalmente utilizado.

⁴⁰ Un tema legal interesante es que el arbitraje es un mecanismo que resuelve controversias entre privados, por lo que los laudos que resuelven las materias controvertidas son privados, a menos que las partes se pongan de acuerdo en publicarlo. Los arbitrajes que resuelven materias controvertidas entre una empresa privada y el Estado tienen que ser puestos en conocimiento del público, por la propia naturaleza del Estado, pero solamente podían serlo si la empresa estaba de acuerdo.

⁴¹ Un análisis exhaustivo de la regulación tarifaria en telecomunicaciones está todavía pendiente.

⁴² Este trabajo, junto con el de Pasco-Font y Torero (2001), son de los pocos que han buscado calcular quién gana y quién pierde con los procesos de privatización y reforma regulatoria en los sectores de infraestructura en el Perú.

un pago inicial. Las obligaciones también incluyeron el pago de una retribución mensual al Estado⁴³.

El contrato de concesión del TPM estableció tarifas máximas para un conjunto de servicios portuarios, para los cinco primeros años de la concesión. Algunos de estos servicios con tarifa regulada fueron otorgados en exclusividad (amarre y desamarre, uso de amarradero y uso de muelle) y otros abiertos en un régimen de libre competencia (practicaje y remolcaje). El contrato de concesión estableció que las tarifas podrían modificarse después de los primeros cinco años, pero no estableció en el contrato la metodología para la revisión de dichas tarifas.

Si en 1999, el regulador solamente tenía poco más de un año de establecido⁴⁴, cuando en 2003 se debía fijar las nuevas tarifas, ya se contaba con un instrumento regulatorio que buscaba, de alguna manera, limitar la discrecionalidad permitida al regulador, pero que, de hecho, la amplió. Este instrumento era el Reglamento General de Tarifas que establecía que, cuando en cualquier contrato de concesión de la infraestructura bajo el ámbito de competencia del regulador, se hiciera referencia a "tarifa máxima" y no se especificara el mecanismo de ajuste o revisión, se debía entender que las revisiones de dichas tarifas debían hacerse siguiendo el método de ajuste mediante RPI - X. Si en el contrato de Telefónica, ya el concesionario sabía que se aplicaría este método y cuándo⁴⁵, el concesionario del TPM ni siquiera conocía, cuando hizo su oferta, la posible trayectoria de tarifas para el año 6 de la concesión, y en adelante.

Si en telecomunicaciones, sin duda, uno de los procesos más completos y mejor pensados de reforma regulatoria en el Perú, se dejó a total discreción del regulador la manera de calcular el factor de productividad, en el TPM ni siquiera se anunció el método, y menos se discutieron canastas o la frecuencia de los reajustes. Esto se hizo recién durante el propio proceso de cálculo del factor de productividad.

En el 2004, el regulador emprendió la tarea de calcular este factor de productividad y, sobre la base de la experiencia del regulador de telecomunicaciones, utilizó la información de la empresa para calcularlo. En el caso del TPM, con el cierre de la mina de Tintaya por un

largo periodo debido a la bajada de los precios del cobre, el concesionario recibió un golpe duro en sus ingresos. En aplicación de criterios comerciales, el concesionario buscó reemplazar esos ingresos, generando negocios nuevos, como el transporte de carga boliviana, sin renegar de los compromisos de inversión. En este caso, la reacción positiva del concesionario terminó siendo castigada con un factor de productividad más alto que si no hubiera reaccionado ante la súbita reducción de sus ingresos.

En cualquier caso, para infraestructuras específicas, como los puertos y, como veremos luego, los aeropuertos, la regulación tarifaria no puede tomar puntos de comparación razonables, por lo que el mecanismo de *benchmarking* no resulta eficiente. La regulación tarifaria tiene que basarse en el análisis de la propia infraestructura cuyas tarifas se busca regular, debido a las necesidades específicas de cada infraestructura y cada mercado que es atendido por ella. La naturaleza de la infraestructura dificulta así la aplicación y establece las condiciones para la vigencia del "efecto *ratchet*". En consecuencia, RPI - X, que se basa en que el regulador no examine los costos efectivamente incurridos, no es el método más eficiente. Además, en la medida que RPI - X es un tipo de indexación, resulta que las tarifas varían con frecuencia, por lo que los consumidores perciben, en la mayor parte de los casos, elevaciones de precios⁴⁶. Ello que contribuye a construir una percepción negativa del comportamiento de los precios de la empresa regulada, y de la credibilidad del regulador como árbitro de los intereses de las empresas y de los consumidores.

C. Infraestructura: aeropuertos

A estas alturas, no nos debería sorprender que la regulación por precio tope, o *price caps*, estuviera contemplada en el Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH). Con un poco más de experiencia, el regulador ya tenía el objetivo de utilizar RPI - X como el método óptimo de regulación tarifaria para los sectores de infraestructura. Con la fecha de subasta fijada para noviembre de 2000⁴⁷, esta fue una de las últimas concesiones grandes, y sin cofinanciamiento del Estado, que se otorgaron en el Perú⁴⁸. Esta es también una de las

⁴³ Este es uno de los secretos mejor guardados de los procesos de concesiones: la retribución que el privado paga al Estado en su calidad de socio del proyecto, ya que se mantiene como propietario de la infraestructura. Se genera así una estructura donde los usuarios de la infraestructura rentable financian el mantenimiento, modernización y expansión de la infraestructura no rentable.

⁴⁴ El regulador de la infraestructura de transporte de uso público se creó en 1998.

⁴⁵ Y logró postergar su aplicación.

⁴⁶ Siempre que la tasa de inflación sea mayor que el factor de productividad, con cada reajuste las tarifas suben en términos nominales —aun cuando bajen en términos reales. En el caso de Telefónica, los reajustes son trimestrales. En el caso del TPM, los reajustes son anuales.

⁴⁷ La subasta se realizó alrededor de los días aunque se conoció la renuncia "a la distancia" de Alberto Fujimori a la Presidencia de la República.

⁴⁸ Recordemos que tanto el Proyecto del Gas de Camisea como las obras del Proyecto Olmos involucran cofinanciamientos, sea en la forma de garantías financiadas con cargos a los usuarios, en el caso de Camisea, o en la forma de copagos por parte del Estado, en el caso de Olmos.

concesiones que destaca en el mundo por la alta retribución ofrecida al Estado: más de 47% de los ingresos brutos⁴⁹.

A diferencia del sector de telecomunicaciones, el sector de infraestructura de terminales aeroportuarios no se conoce por su alta productividad. Más aún, a la fecha del diseño de los contratos y de la subasta de los derechos de la concesión del AIJCH, ya se contaba con experiencia en países como Gran Bretaña, Australia y Nueva Zelanda. Estos habían utilizado el mecanismo de RPI - X, pero ya habían iniciado procesos de consulta y discusión sobre su pertinencia y nivel⁵⁰.

En este contrato, de manera similar al contrato con Telefónica del Perú, se realiza una clasificación de servicios. Se distinguen servicios aeroportuarios que serán prestados por el concesionario, de los servicios aeroportuarios que pueden ser brindados por terceros, y de los servicios comerciales. En el caso de los servicios aeroportuarios que serán brindados por el concesionario, se establece un cronograma inicial de ocho años para alcanzar ciertos niveles tarifarios para los servicios a pasajeros, que serían recuperados por la vía del cobro de la Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto (TUUA), y para los servicios a las aeronaves, que serían cobradas en las tarifas de Aterrizaje y Despegue y Estacionamiento. Luego de los ocho años, las tarifas se reajustarían mediante la regla de RPI - X, cada cinco años.

Estos no serían, sin embargo, los únicos servicios que prestaría el concesionario. Mientras que la regulación de los denominados "servicios nuevos" sería similar a la ya establecida en los contratos para los servicios regulados, la regulación de otros servicios vinculados a la infraestructura y prestados directamente por el concesionario, tenía otras estipulaciones. Por ejemplo, si bien el concesionario debía contratar con una empresa la provisión de combustible, la infraestructura para dicho abastecimiento debía ser construida por el concesionario, quien recibiría como pago una tarifa, que se reajustaría cada tres años. El nivel de la tarifa se estableció en el contrato, así como su reajuste de tal modo que "dicha tarifa mantenga el valor de los montos establecidos a la Fecha de Cierre". De acuerdo a la posición que se tenga, esta frase admite diversas interpretaciones, una de las cuales es que el cargo se indexa, y no se le aplica la regla de RPI - X⁵¹.

Supongamos por un minuto que el esquema regulatorio apropiado para esta infraestructura sea el de precio tope (o RPI - X), en su interpretación literal de permitir un crecimiento del nivel de precios regulados al mismo nivel de la inflación menos las ganancias calculadas de productividad. Como en los casos ya examinados, tanto quienes diseñaron el contrato y los postores que lo aceptaron, no consideraron la metodología para el cálculo del factor de productividad, y la dejaron a discreción del regulador. La discreción del regulador, que le permite lograr legitimidad frente a los usuarios, en presencia de contratos con cláusulas rígidas de interpretación cerrada, eleva los riesgos de la inversión, los costos legales y los retornos requeridos por los inversionistas –elevando así las tarifas solicitadas en cada revisión.

Los activos de los aeropuertos son muy específicos y en este contexto, resulta razonable que la fijación tarifaria deba referirse a los costos y a la naturaleza de la inversión ofrecida, realizada y requerida. Además, la inversión y los activos incorporados son indivisibles, es decir, que la inversión es bastante sobredimensionada al inicio porque, físicamente, no se puede agregar, por ejemplo, espacio en los terminales de metro cuadrado en metro cuadrado. En estas condiciones, la realización de ganancias de productividad que compartir con los consumidores actuales, atribuibles a la existencia de economías de escala, toma bastante más tiempo que cinco u ocho años, que son los periodos de referencia en el contrato de concesión del AIJCH.

La experiencia internacional ha mostrado largos periodos de aplicación de dicha regla en la regulación de aeropuertos en el mundo. Los eventos del 11 de setiembre de 2001, que elevaron significativamente los costos de seguridad en los aeropuertos, motivaron la evaluación de la pertinencia de la regla, entre otros aspectos. De un lado, algunos reguladores aceptaron un traslado casi pleno de los costos de seguridad a los usuarios, combinando así el reembolso de costos con la regla de precio tope. En otros casos, se ha establecido que la regla de RPI - X se aplica solamente a las tarifas de la infraestructura existente⁵². De otro lado, en Nueva Zelanda se abandonó por completo el esquema a favor de un mecanismo de "monitoreo de precios" que consiste, precisamente, en la observación y evaluación de cuanto los precios reflejan los costos de la provisión de servicios aeroportuarios. Así, los países que la

⁴⁹ Guasch (2004) destaca este caso. Notemos que esta retribución entra como ingreso al Tesoro Público, por lo que el Estado gana con tarifas más altas, de la misma manera que recauda más por impuesto general a las ventas. Además, en este contrato, un porcentaje de ciertas tarifas reguladas es traspasado directamente a CORPAC, empresa estatal que administra los aeropuertos regionales.

⁵⁰ Una interesante revisión de la regulación de aeropuertos puede encontrarse en Forsyth y otros (2004).

⁵¹ "Por que si las partes hubieran querido, así lo habrían establecido claramente en el contrato", podemos presumir que diría contundentemente un informe de interpretación legal.

⁵² Implícitamente reconociendo que aplicar RPI - X en periodos de construcción no tiene sentido.

utilizaban han ido adaptándose a la realidad y abandonando RPI - X para la regulación de la infraestructura de aeropuertos.

IV. REFLEXIONES FINALES

Por diferentes motivos, sean institucionales, de curva de aprendizaje, o simplemente de adaptarse a la realidad, resulta que los casos descritos muestran que “la moda puede incomodar”. En otras palabras, los componentes institucionales que hacen viables, o legítimos, los mecanismos de regulación de tarifas son consustanciales. La pretensión que aquello utilizado por nuestros vecinos, o por aquellos países que lideran un tema, es bueno para nosotros obvia un componente fundamental de la regulación, cual es su implementación por organismos que interactúan en un determinado marco institucional. El marco institucional, como bien discute North (1990), define las restricciones sobre las cuales los agentes racionales⁵³ realizan decisiones económicas y la “buena regulación” tiene que considerarlo para mantener la legitimidad del sistema regulatorio. Sin esa legitimidad, el sistema colapsa.

Al mismo tiempo, la utilización de la discrecionalidad regulatoria en el marco de los contratos de concesión firmados, no ha servido necesariamente para lograr la debida legitimidad del esquema de concesiones y privatizaciones frente a la población. Ello se junta con los diferentes tipos de iniciativas legislativas y ejecutivas que minan la capacidad del regulador para cumplir con su trabajo. Los recortes en las autorizaciones para realizar gasto –por ejemplo, para que el regulador contrate una auditoría–, las restricciones en la contratación de personal o la necesidad de que el Presidente de la República rubrique las autorizaciones de viaje de capacitación de funcionarios⁵⁴, son solamente muestras de cuán atado de manos se encuentra el regulador frente a la regulación contenida en contratos que la misma institución tiene la responsabilidad de hacer cumplir.

La alternativa, siempre abierta para un gobierno oportunista, de renegar de los compromisos de los contratos, ahora que la inversión ya está hundida, no hace más que dejar más en claro los problemas de compromiso limitado del Estado y de la incapacidad institucional de sostener tasas de crecimiento que permitan salir de la pobreza a la mayoría, y no solamente a aquellos alrededor del entorno del gobernante.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALCÁZAR, Lorena y Rodrigo LOVATÓN. “Evaluación de la concesión del Puerto de Matarani: ¿Quién ganó y quién perdió?”. En: Documento de Trabajo GRADE 27. Lima. 2005.
2. BARRANTES, Roxana. “La regulación para el desarrollo de las telecomunicaciones en el Perú: 1993-2001”. En: Japan Center for Area Studies series 25. JCAS-IEP series VIII. Osaka. 2005.
3. BARRANTES, Roxana y Patricia PÉREZ. “Regulación e Inversión en Telecomunicaciones: El caso Peruano”. Discussion Paper WDR 607esp, World Dialogue on Regulation. En: <http://www.regulateonline.org/content/view/666/31>, consultado el 31 de marzo de 2006.
4. BEESLEY, M.E. y S.C. LITTLECHILD. “The Regulation of Privatized Monopolies in the United Kingdom”. En: The Rand Journal of Economics 3. Volumen 20. 1989. pp. 454-472.
5. BERNSTEIN, Jeffrey y David SAPPINGTON. “Setting the X-factor in Price Cap Regulation Plans”. En: Journal of Regulatory Economics 16. 1999. pp. 5-25.
6. FORSYTH, Peter; GILLEN, David W.; KNORR, Andeas; MAYER, Otto G.; NIEMEIER, Hans-Martin y David STARKIE. En: The economic regulation of airports: recent developments in Australasia, North America and Europe, Ashgate Publishing Limited, Hunts-Inglaterra. 2004.
7. HABER, Stephen, editor. “Crony Capitalism and Economic Growth in Latin America”. Stanford California: Hoover Institution Press. 2002.
8. GUASCH, J. Luis y Pablo SPILLER. “Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story”. Washington DC: The World Bank. 1998.
9. GUASCH, J. Luis. “Granting and renegotiating concession contracts. Doing it right”. Washington DC: The World Bank. 2004.
10. LAFFONT, Jean-Jacques y Jean TIROLE. “A theory of incentives in procurement and regulation”. Cambridge: The MIT Press. 1993.

⁵³ Racionalidad aquí se entiende en el sentido de “más es preferido a menos”. Atribuir decisiones a la “irracionalidad” convertiría a los siquiátras en los profesionales más necesarios en una sociedad, cosa que no es corroborada por la evidencia.

⁵⁴ Otra prueba de limitada institucionalidad.

11. LAFFONT, Jean-Jacques y Jean TIROLE. "Competition in telecommunications". Cambridge: The MIT Press. 2000.
12. NORTH, Douglass C. "Institutions, institutional Change and Economic Performance". Cambridge: Cambridge University Press. 1990.
13. PASCO-FONT, Alberto y Máximo TORERO. "El impacto social de las privatizaciones y regulación de los servicios públicos en el Perú". Lima: Documento de Trabajo GRADE 35. 2001.
14. SÁNCHEZ, José Miguel y Alberto CHONG (editores). "Medios Privados para fines Públicos" Washington DC: Interamerican Development Bank. 2003.
15. SAPPINGTON, D. "Optimal Regulation of a multiproduct monopoly under imperfect information". The Bell Journal of Economics. Volumen 14. 1983. pp. 453-463.
16. SPILLER, Pablo; STEIN, Ernesto y Mariano TOMMASI. "Political Institutions, Policymaking Processes, and Policy Outcomes: An intertemporal transactions framework". IADB Research network background paper. 2003.
17. STURZENEGGER, Federico y Mariano TOMMASI (editores). "The Political Economy of Reform". Cambridge: The MIT Press. 1998.
18. TAMAYO, Gonzalo; BARRANTES, Roxana; TÁVARA, José y Verónica ZAVALA. "Las privatizaciones en una época de reforma estructural". En: "Medios privados para fines públicos. Participación privada en infraestructura en América Latina". Washington DC: Banco Interamericano de Desarrollo. 2003. pp. 179-250.
19. TAMAYO, Gonzalo; BARRANTES, Roxana y Ricardo DE LA CRUZ. "La regulación por price cap: problemas prácticos en la estimación del factor de productividad para un puerto concesionado". Trabajo presentado a la reunión anual de LACEA. San José de Costa Rica. 2004.
20. WILLIAMSON, John. "What should the World Bank think about the Washington Consensus?". The World Bank Research Observer 2. Volumen 15. 2000. pp. 251-264.

EL PERRO DEL HORTELANO: DEFINIENDO EL ROL EMPRESARIAL DEL ESTADO EN LATINOAMÉRICA*

Carlos A. Patrón**
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

En el campo político y económico, los países latinoamericanos compartimos, entre otras cosas, la presencia casi permanente del fantasma de la "nacionalización" de empresas. Fue un tema recurrente hace varias décadas; sin embargo, en la actualidad, es común oír hablar acerca de la tan temida y repudiada (por algunos sectores) "estatización" de empresas. El tema se encuentra aún más vigente hoy debido a la coyuntura política que vivimos.

En el presente artículo, el destacado autor realiza un análisis histórico del rol que ha desempeñado el Estado como empresario, tanto en el Perú como en otros países de Latinoamérica. Empírica y teóricamente demuestra por qué no resulta factible dejar en manos del sector público la actividad empresarial.

* La investigación para el presente trabajo fue realizada durante mi estancia como Profesor Visitante en la Levin College of Law de la Universidad de Florida. La conclusión del presente trabajo no hubiese sido posible sin el apoyo recibido por parte del Centro Para Responsabilidad Gubernamental de la mencionada escuela de leyes durante ese tiempo.

Valiosos comentarios a borradores del presente trabajo fueron efectuados por los profesores Meredith Femson, Cecilia O'Neill y Enrique Pasquel. Cualquier error, por supuesto, es únicamente atribuible al autor. El original del presente trabajo ha sido redactado en idioma inglés y su traducción ha estado a cargo del autor con la colaboración del señor Oscar Súmar, director de Contenido de THEMIS.

** Bachiller y Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú; Magíster en Derecho (LL.M.), Yale University; Magíster en Ciencias (M.Sc.) Políticas Públicas en Latinoamérica, University of Oxford. Profesor de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Las fuentes de agua fresca son abundantes en el Perú; sin embargo, los peruanos tienen el segundo nivel de acceso más bajo a agua potable y desagüe en Sudamérica. Sólo el 72 por ciento de los hogares tiene acceso a agua potable por cañería –no obstante, no se atreve a tomarla del grifo– y sólo el 51 por ciento tiene acceso a alcantarillados. De acuerdo a estimaciones gubernamentales, el 40 por ciento del total de agua distribuida no es facturada debido a pérdidas y conexiones informales¹. Las estimaciones actuales proyectan que el Perú requiere invertir US\$ 4.6 mil millones en infraestructura sólo para alcanzar los niveles de agua por tubería y alcantarillado de Colombia y Chile². Los opositores a la privatización del sistema estatal de agua y desagüe (principalmente los sindicatos de las empresas estatales y defensores de consumidores de clase media con acceso a agua potable y alcantarillados) sostienen que el agua es un derecho humano, no un “commodity”. Mientras tanto, por cada metro cúbico de agua que es distribuida por medio de camiones cisterna, los menos afortunados (cerca de diez millones de ellos) pagan aproximadamente diez veces más de lo cobrado por las empresas estatales a los usuarios de agua por cañería, mientras los brotes de dengue (una enfermedad *tropical*) son cada vez más comunes en los asentamientos poblacionales de bajos recursos ubicados en las zonas *desérticas* de las afueras de Lima, como producto de su falta de desagüe.

El ejemplo precedente sirve de fondo para la pregunta que deseamos discutir en el presente trabajo: ¿es el rol *empresarial* una función adecuada para el Estado en los países latinoamericanos (“PLA”)³? Sostendremos que existe una sólida base teórica y empírica para argumentar que no lo es. Mientras un sector creciente se opone a profundizar los procesos de privatización llevados a cabo en la región durante las últimas dos décadas, argumentaremos que las percepciones que alimentan esta posición están principalmente enraizadas en deficiencias derivadas de fallas de gestión en la implementación de anteriores procesos de transferencia de activos estatales que no invalidan las premisas sobre las que se sustenta la privatización de las empresas de propiedad estatal (“EPE”). Sí revelan, sin embargo, la suprema importancia de introducir políticas que

fomenten mayor transparencia y una más estricta rendición de cuentas en los procesos de transferencia de activos estatales, así como la necesidad de fortalecer el marco regulatorio e institucional bajo el cual deberán concurrir las empresas privatizadas, todo lo cual requerirá un mayor grado de participación ciudadana y la implementación de esquemas de supervisión participativos, comunicación efectiva, una mejor distribución de los ingresos percibidos, diálogo inclusivo y la construcción de consensos con las fuerzas laborales y otros grupos de interés.

El presente trabajo está organizado en cuatro secciones. En la Sección I, trazamos los principales rasgos comunes de la política económica bajo la cual las EPE emergieron, se desarrollaron y posteriormente desfallecieron en Latinoamérica, aludiendo a los fines esbozados para justificar el rol empresarial del Estado en la región, así como a las características comunes a su rendimiento con anterioridad a 1982. A su vez, en la Sección II, discutimos las deficiencias teóricas de la propiedad estatal y bosquejamos una gruesa evaluación cualitativa de los costos y supuestos beneficios de la expansión de las EPE en la región. La Sección III se centra en el proceso embarcado por la mayoría de PLA durante las últimas dos décadas para desarticular el rol empresarial del Estado, discutiendo sus motivaciones, éxitos y deficiencias. En la Sección IV, concluimos con una breve reflexión acerca del futuro del debate en torno a la propiedad “pública o privada” de los vehículos empresariales en la región.

I. LA ECONOMÍA POLÍTICA DEL ORIGEN Y DEBACLE DE LAS EPE EN LATINOAMÉRICA

Tal como ocurrió en otras partes menos desarrolladas del mundo, las EPE emergieron y se expandieron en Latinoamérica como resultado de una combinación de motivaciones políticas, económicas e ideológicas⁴. En términos generales, hacia la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, el respaldo al modelo de desarrollo exportador primario que había perseverado en Latinoamérica durante las décadas precedentes se había debilitado y menguado como resultado de las consecuencias derivadas de la exposición a los “shocks” externos que habían plagado las economías

¹ Ver: “Private Investment In Peru’s Water Industry”. En: The Economist. 16 de febrero del 2006. pp. 36-38.

² Estimaciones del Instituto Peruano de Economía.

³ En el presente trabajo, empleamos el término “empresario” y sus variaciones para referirnos al individuo que emprende la actividad de, y asume los riesgos asociados a, organizar los medios tradicionales de producción (capital, trabajo y tierra) y coordinar la producción y distribución de los bienes y servicios demandados por el mercado.

⁴ Para una breve descripción del contexto en el que emergen las EPE en países menos desarrollados en general, ver: SMITH, D. Andrew y Michael J. TREBILCOCK. “State-owned Enterprises in Less Developed Countries: Privatization and Alternative Reform Strategies”. En: 12 European Journal of Law and Economics. 2001. pp. 217-219.

de los PLA en el pasado⁵. Para entonces, el creciente consenso en la región respecto a la necesidad de moverse hacia una mayor industrialización y un papel más notorio y ubicuo del Estado como mecanismo para proveer una mayor independencia de los mercados tradicionales de exportaciones primarias –que habían demostrado ser inestables y poco dinámicos– halló respaldo teórico en el modelo de desarrollo de industrialización a través de la sustitución de importaciones (“ISI”) promovido por la Comisión Económica Para América Latina y el Caribe (“CEPAL”) de las Naciones Unidas⁶, así como apoyo en ciertos sectores empresariales locales que se encontraban relativamente cómodos con la expansión de los esfuerzos gubernamentales para acrecentar la base industrial⁷.

En resumidas cuentas, el modelo de ISI promovido por el CEPAL prescribía la promoción deliberada por parte del Estado de una industrialización “hacia dentro”, implementando industrias para producir bienes para el consumo local que anteriormente eran importados, asegurando la rentabilidad de estas industrias protegiéndolas de importaciones competidoras por medio de aranceles y otros controles gubernamentales. El proceso de industrialización, por supuesto, requería significativas inversiones de capital (tanto financiero como tecnológico), algo no tan fácilmente disponible en la región⁸.

En el frente financiero, típicamente, los PLA se caracterizaban por bajos niveles de ahorro doméstico y una inadecuada eficiencia asignativa en los mercados de capitales, al estar ausentes las instituciones (*verbi gratia*, bolsas de valores e intermediarios financieros) necesarias para facilitar su desarrollo. En adición a estas restricciones, las inversiones de capital privado en los

PLA usualmente adolecían, por otras fuentes, de fallas de mercado, en particular, cuellos de botella comerciales y de infraestructura⁹. Siendo así las cosas, por lo general, los PLA se encontraban inmersos en trampas de bajo nivel de inversión que limitaban la posibilidad de realizar inversiones rentables disponibles en países más desarrollados.

Los teóricos cepalistas eran conscientes de la “rigidez estructural” de la región –una expresión empleada para describir las imperfecciones de mercado enraizadas en deficiencias de infraestructura y provenientes de otras fuentes– y de la necesidad de contar con flujos de capital extranjero para superar estos obstáculos¹⁰. En su concepción original, se visualizaba que tales flujos provendrían primordialmente de fuentes públicas extranjeras, canalizados a través de gobiernos, principalmente el de los Estados Unidos¹¹. Sin embargo, cuando las fuentes extranjeras de dinero público comenzaron a fluir primordialmente hacia la reconstrucción europea, los PLA que perseguían modelos de desarrollo hacia adentro se vieron forzados a concebir nuevas fuentes de inversión¹².

En este contexto de insuficiente inversión de capital, una de las principales motivaciones detrás del desarrollo de las EPE era la necesidad de sostener los programas de industrialización acelerada emprendidos por los PLA¹³. Inicialmente, las inversiones públicas se encontraban principalmente orientadas hacia el desarrollo de infraestructura social (por ejemplo, ferrocarriles, energía, comunicaciones), dado que la presencia de políticas de regulación tarifaria que favorecían amplios objetivos (*verbi gratia*, tarifas reducidas para sectores industriales promocionados y sectores de la población de menores recursos) efectivamente desalentaban la inversión privada en

⁵ Para mayor detalle acerca de las limitaciones del modelo de exportación primaria en Latinoamérica, así como acerca de las causas y efectos de los *shocks* internacionales durante las primeras décadas del Siglo XX, ver, de manera general, THORP, Rosemary. “Progress, Poverty and Exclusion: An Economic History of Latin America in the Twentieth Century”. IDB. 1998. pp. 97-125; BULMER-THOMAS, Victor. “The Latin American Economies: 1929-1939”. En: *Latin America Economy and Society Since 1930*. Editor: Leslie Bethell. Cambridge University Press. 1998. pp. 65-114; BULMER-THOMAS, Victor. “The Economic History of Latin America Since Independence”. Cambridge University Press. 1994. pp. 155-193.

⁶ Para mayor detalle acerca del desarrollo de políticas ISI en Latinoamérica y el papel del CEPAL, ver, de manera general, FITZGERALD, Edmund V. K. “ECLA and the Theory of Import Substituting Industrialization in Latin America”. En: “An Economic History of Twentieth-Century Latin America”. Volumen 3: “Industrialization and the State in Latin America”. Editores: Enrique Cárdenas, José Antonio Ocampo y Rosemary Thorp. Palgrave. 2000. pp. 58-97; THORP, Rosemary. Op Cit. pp. 127-157; BULMER-THOMAS, Victor (1994). Nota 5 *supra*. pp. 276-322.

⁷ Ver: THORP, Rosemary. Op Cit. pp. 134-137; BULMER-THOMAS, Victor (1994). Nota 5 *supra*. pp. 350-352.

⁸ Ver: BULMER-THOMAS, Victor (1994). Nota 5 *supra*. p. 281.

⁹ Como explican Smith y Trebilcock: “(i)n an underdeveloped economy, investments are often not successful unless they are coordinated with other investments, *v.gr.*, an investment in a manufacturing plant would not be successful without, among other things: the energy and human capital required to operate a plant, a retail sector to sell the manufactured products, transportation to carry the products to retailers, and the infrastructure necessary to facilitate transportation”. SMITH, D. Andrew y Michael J. TREBILCOCK. Op Cit. p. 219.

¹⁰ Ver: THORP, Rosemary. Op. Cit. p. 133.

¹¹ Grandes cantidades de dinero público extranjero habían llegado a la región en durante la Segunda Guerra Mundial como consecuencia del deseo norteamericano de asegurar fuentes de abastecimiento, construir alianzas y desarrollar nuevos recursos estratégicos. Ver *Ibid*. pp. 117-120.

¹² Entre otras acciones, los PLA comenzaron a revisar su posición respecto a la inversión extranjera directa y a adoptar legislaciones para atraer empresas multinacionales en algunos sectores (*verbi gratia*, manufactura de bienes de consumo). Ver: *Ibid*. pp. 133-134; CÁRDENAS, Enrique, OCAMPO, José Antonio y Rosemary THORP. “Introduction”. En: “An Economic History of Twentieth-Century Latin America”. Volumen 3: “Industrialization and the State in Latin America”. CÁRDENAS Enrique, José Antonio OCAMPO y Rosemary THORP (editores). Palgrave. 2000. pp. 4-5; BULMER-THOMAS, Victor. Op. Cit. p. 281.

¹³ Ver: BULMER-THOMAS, Victor. Op. Cit. p. 282.

estas actividades¹⁴. Con el transcurso del tiempo, sin embargo, el rol empresarial del Estado en los PLA se expandió más allá del objetivo de mayor inversión de capital en infraestructura¹⁵, observándose la aparición de EPE en sectores de bienes intermedios “estratégicos” (a modo de ejemplo, acero)¹⁶, en el sector financiero¹⁷, en ramas de la industria que resultaban ser demasiado sensibles para ser controladas por empresas extranjeras (*verbi gratia*, petróleo)¹⁸, y en sectores de alta productividad (por ejemplo, minería)¹⁹. El número y tamaño de las EPE creció sustancialmente en el transcurso de las siguientes décadas (*verbi gratia*, se estima que para fines de 1970, Brasil contaba con 654 EPE y que para 1982, México había incorporado 1115 EPE)²⁰.

En paralelo a la expansión del rol empresarial del Estado en Latinoamérica, también se expandieron los objetivos esbozados para justificar esta mayor intervención, sin perjuicio que algunas EPE simplemente resultaban demasiado difíciles de justificar (*verbi gratia*, EPE en turismo o clubes nocturnos)²¹. Algunas justificaciones eran económicas por naturaleza, tales como el control de la inflación, otras estaban influenciadas por ideologías socialistas o nacionalistas, tales como la redistribución del ingreso, la generación de empleo o preocupaciones de índole soberana. Por lo general, el común denominador a esta variedad de objetivos era la ausencia de motivación en perseguir la rentabilidad. A su vez, estos argumentos, comúnmente, simplemente enmascaraban motivaciones políticas

perseguidas por gobiernos populistas o autoritarios que buscaban asegurar ingresos de actividades altamente productivas, concentrar su poder o emplear las EPE para otros propósitos interesados²².

Pese a la existencia de numerosas oportunidades de inversión potencialmente rentables, la rentabilidad de las EPE en los PLA normalmente se encontraba limitada como resultado de restricciones financieras, controles de precios, costos elevados y restricciones para la reinversión²³. Pese a ello, el modelo de crecimiento hacia adentro continuó atribuyendo una especial importancia al nivel de inversión pública y de acumulación de capital por el Estado, los cuales eran considerados esenciales para sostener altos niveles de inversión privada (efecto complementario o *crowding-in*)²⁴. De esta suerte, pese a sus modestas contribuciones al PBI²⁵, las EPE en los PLA, típicamente, recibían una desproporcionada cuota de inversión doméstica²⁶, incrementando el costo del capital para las empresas privadas²⁷, desplazando (*crowding-out*) así oportunidades de inversión privada socialmente rentables, un problema que, a su vez, era compensado por medio de la expansión de las EPE²⁸. Mientras la importancia de las EPE en los procesos de acumulación de capital se expandía, las contribuciones de las EPE al total de inversión bruta en activos fijos tendían a exceder sus contribuciones a la producción neta en los PLA, y la participación de las EPE en gastos de capital resultaba más alta en los PLA que en otros países menos desarrollados (y aún más alta que en países

¹⁴ Ver: BAER, Werner. “Changing Paradigms: Changing Interpretations of the Public Sector in Latin America’s Economies”. En: Public Choice 88. 1996. p. 366.

¹⁵ Ver: BULMER-THOMAS, Víctor. Op. Cit. pp. 353-358.

¹⁶ El establecimiento de fábricas de acero, normalmente, era considerado estratégico para coadyuvar con el proceso de industrialización. Ver BAER, Werner. Op. Cit. p. 366; IBID. Op. Cit. p. 355.

¹⁷ Bancos de desarrollo y bancos comerciales fueron establecidos para compensar por la falta de bolsas de valores e intermediarios financieros necesarios para sostener el proceso de industrialización (*verbi gratia*, CORFO en Chile y Nacional Financiera en México). Ver BAER, Werner. Op. Cit. p. 367.

¹⁸ Preocupaciones nacionalistas generalmente servían de justificación para la creación de EPE para la explotación de recursos no renovables (*verbi gratia*, YPF en Argentina, Petrobras en Brasil, Pemex en México, PetroPerú en Perú, PDVSA en Venezuela, etcétera). Ver Ibid. p. 366; BULMER-THOMAS, Víctor. Op. Cit. p. 355.

¹⁹ Ver: BULMER-THOMAS, Víctor. Op. Cit. p. 353.

²⁰ Ver: Ibid. p. 356; BAER, Werner. Op. Cit. p. 367.

²¹ Ver: BULMER-THOMAS, Víctor. Op. Cit. p. 356.

²² Ver, por ejemplo, RABELLO DE CASTRO, Paulo y Marcio RONCI. “Sixty Years of Populism in Brazil”. En: “The Macroeconomics of Populism in Latin America”. DORNBUSCH, R. y S. EDWARDS (editores). The University of Chicago Press. 1991. p. 157 (explicando la interacción del populismo y la economía y el uso de las EPE para promover la centralización del poder económico en Brasil bajo la administración de Vargas); LARRAÍN, Felipe y Patricio MELLER. “The Socialist-Populist Chilean Experience”. En: “The Macroeconomics of Populism in Latin America”. DORNBUSCH R. y S. EDWARDS (editores). The University of Chicago Press. 1991. pp. 192-194. (explicando los problemas gerenciales en las industrias nacionalizadas en Chile bajo el gobierno de Salvador Allende y cómo éstas no perseguían auténticas decisiones de corte social).

²³ Ver: BULMER-THOMAS, Víctor. Op. Cit. pp. 357-358.

²⁴ Ver: BULMER-THOMAS, Víctor. Op. Cit. p. 352.

²⁵ Excluyendo a Venezuela, la contribución promedio de las EPE al PBI de los PLA era más baja que el promedio en los países en desarrollo y en los países desarrollados. Ver Ibid. p. 357.

²⁶ Ver: Ibidem y THORP, Rosemary. Op. Cit. p. 161.

²⁷ Para finales de la década de los 70, el promedio ponderado de la participación de las EPE de los PLA en la inversión doméstica bruta era de 29 por ciento, comparado a un siete por ciento en los Estados Unidos, un once por ciento en Japón y un diecisiete por ciento en el Reino Unido. Ver BULMER-THOMAS, Víctor. Op. Cit. p. 357.

En un ejemplo extremo, en Venezuela, la participación de la inversión pública en el total de inversión incrementó de 24 por ciento en 1970 a 67 por ciento en 1982, y del segundo número, el 81 por ciento era canalizado a través de EPE no-financieras. Ver ASTORGA, Pablo. “Industrialization in Venezuela, 1936-83: The Problem of Abundance”. En: “An Economic History of Twentieth-Century Latin America”. Volumen 3: “Industrialization and the State in Latin America”. Op. Cit. Nota 12, *supra*.

²⁸ Ver: BULMER-THOMAS, Víctor. Op. Cit. pp. 352-353.

desarrollados)²⁹. Por lo demás, en un contexto de mercados de capitales incipientes y limitada disponibilidad de fuentes de crédito extranjeras, emplear las EPE para financiar inversiones y subsidiar la industrialización implicaba depender del crecimiento del déficit fiscal y, luego, cuando emergían consecuencias inflacionarias, cortar recursos de otros gastos sociales³⁰.

Para los años 60, el modelo de crecimiento hacia adentro disperso por Latinoamérica parecía haber llegado a un callejón sin salida. Resultado de sus contradicciones internas, los países inmersos en el modelo se encontraban caracterizados por la viciosa interacción entre restricciones a las balanzas de pagos, déficit fiscales y cuellos de botella del lado de la oferta, que se traducían en inestabilidad cambiaria y presiones inflacionarias³¹. Un creciente consenso con relación a la necesidad de implementar (poco populares) políticas de estabilización y moverse gradualmente hacia un modelo abierto de desarrollo con miras hacia afuera³², fue postergado como consecuencia de la masiva disponibilidad sin precedentes de préstamos privados internacionales a tasas de interés reales negativas que resultó luego de la cuadruplicación de los precios internacionales del petróleo de la OPEC en 1973³³.

Enfrentados con una sobreoferta de fondos internacionales baratos (e incondicionados) y alentados por pronósticos optimistas respecto a los precios de las materias primas, la mayoría de los PLA no dudaron en prestarse en abundancia para sostener nuevos niveles récord de inversiones públicas para reactivar el impulso de su crecimiento³⁴. Las grandes EPE de los PLA se convirtieron en clientes estelares³⁵, y la participación de las EPE en el gasto público típicamente

incrementó³⁶. La calidad del gasto, sin embargo, empeoró (por ejemplo, proyectos pobremente concebidos y excesivamente intensivos en bienes de capital, de la mano con insuficiente promoción de exportaciones a largo plazo), al igual que la calidad gerencial y el control financiero de las EPE (el financiamiento dio lugar a nuevas oportunidades para el cobro de comisiones y corrupción, resultando en incrementos en el gasto de las EPE)³⁷.

El creciente gasto público condujo a la acumulación de déficit gubernamentales mayores—incluso en países productores de petróleo beneficiados por precios históricos³⁸, los cuales se financiaban con mayores préstamos. Entre 1975 y 1982, el monto total de la deuda pública, privada y de corto plazo de los PLA se incrementó de US\$ 75.4 mil millones a US\$ 314.4 mil millones, mientras que la ratio del pago de deuda como porcentaje de exportaciones incrementó de 26.6% a 59% en el mismo período³⁹.

Inevitablemente, con el transcurso del tiempo, el valor de las exportaciones comenzó a declinar⁴⁰, resultando en una reducción en los préstamos y en el deterioro de los términos del intercambio comercial. Los flujos de capital internacional hacia los PLA y sus EPE fueron finalmente suspendidos luego de la moratoria de la deuda externa mexicana de 1982. Habiéndoseles cortado su fuente de financiamiento de déficit, para mediados de los años 80, las EPE se encontraban incurriendo en considerables pérdidas, imponiendo una pesada carga en las cuentas públicas (hacia la mitad de la década de los 80, las pérdidas anuales de las EPE peruanas representaban el 4.3 por ciento del PBI, contribuyendo al 40 por ciento del total del déficit fiscal peruano)⁴¹, alimentando presiones inflacionarias y

²⁹ Con anterioridad a 1970, la data de los países (excluyendo a México) revela que la participación de las empresas públicas en el total de inversión en activos fijos era más alta en Bolivia (alcanzando el 38 por ciento para 1968); seguida de Brasil, Argentina, Chile y Venezuela (alcanzando el 15 por ciento hacia finales de los años 60); y por Colombia, Panamá y Perú (entre 6 a 10 por ciento en sus picos más altos). Ver THORP, Rosemary. Op. Cit. p. 161.

³⁰ Ver: BULMER-THOMAS, Víctor. Op. Cit. pp. 285-287.

³¹ En resumen, la falta de competencia internacional y el pequeño tamaño de los mercados domésticos, de la mano con las estructuras de producción resultantes, dominadas por monopolios y oligopolios, resultó en altos costos unitarios y precios domésticos elevados. El sesgo del modelo a favor del crecimiento hacia adentro afectó negativamente el sector primario exportador y el alto costo de producción de bienes manufacturados limitó aún más las actividades exportadoras, resultando en una dependencia rígida de bienes intermedios y de capital que aún requerían ser importados para facilitar la actividad industrial. Por lo general, los términos del intercambio se deterioraron, producto de que la falta de dinamismo del sector exportador tradicional no fue compensada con mayores exportaciones industriales, resultando en constantes dificultades de balanza de pagos. Por lo demás, el acceso limitado a financiamiento doméstico e internacional, y el rol expansivo del Estado, se tradujo en déficit gubernamentales con consecuencias inflacionarias. Ver, de manera general: *Ibid.* pp. 283-288.

³² Ver, de manera general: *Ibid.* pp. 323-350.

³³ Ver, de manera general, *Ibid.* pp. 358-365; THORP, Rosemary. Op. Cit. pp. 201-216; FRENCH-DAVIS, Ricardo. "Latin American Economies: 1950-1990". En: "Latin America Economy and Society Since 1930". Editor: Leslie Bethell. Cambridge University Press. 1998. pp. 171-175.

³⁴ Ver: THORP, Rosemary. Op. Cit. p. 209.

³⁵ Ver: BULMER-THOMAS, Víctor. Op. Cit. p. 358.

³⁶ Ver: THORP, Rosemary. Op. Cit. p. 209.

³⁷ Ver: *Ibid.* pp. 207-214.

³⁸ Ver: BULMER-THOMAS, Víctor. Op. Cit. pp. 363-364.

³⁹ Ver: *Ibid.* p. 363.

⁴⁰ Los precios de las materias primas cayeron como consecuencia de la recesión resultante de las estrictas políticas monetarias adoptadas por los países desarrollados luego de la crisis de 1978.

⁴¹ Ver: OTERO BONICELLI, Carlos. "Perú: Gestión del Estado en el Período 1990-2000". Serie Gestión Pública 14. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social-ILPES. 2001. p. 17; PALIZA, Rosendo. "Impacto de las Privatizaciones en Perú". En: Revista Estudios Económicos 9. Julio de 1999. p. 18.

resultando en una extremadamente precaria provisión de servicios⁴². La crisis de la deuda desencadenó una serie de eventos que efectivamente pusieron fin al antiguo modelo de crecimiento basado en el rol central del Estado en el proceso de acumulación de capital, señalando la debacle del rol empresarial del Estado en Latinoamérica.

II. MARCO TEÓRICO DEL FRACASO DE LAS EPE

2.1. El Modelo de Derechos de Propiedad

Las contemporáneas *teoría de la firma* y *teoría de la elección colectiva*, construyendo sobre el modelo de análisis clásico de *derechos de propiedad*, nos brindan valiosas herramientas conceptuales para comprender los riesgos inherentes al control estatal de los vehículos empresariales.

Teoría de la firma

El modelo convencional de la *teoría de la firma* analiza la eficacia de estructuras de propiedad alternativas – básicamente firmas privadas controladas por sus propietarios y firmas privadas controladas por los gerentes– en términos de los incentivos gerenciales, incentivos de monitoreo y habilidades de monitoreo disponibles⁴³. La línea de razonamiento básico arguye que en estructuras en las que no hay separación entre la gerencia y la propiedad de la firma, el dueño-gerente adoptará decisiones que optimicen su utilidad, dado que todos los beneficios (las ganancias de eficiencia) de sus decisiones revertirán hacia él. A su vez, en la corporación moderna (en adelante, simplemente la “corporación”), en la que la propiedad y la gerencia típicamente se encuentran deslindadas, dado que las ganancias de eficiencias tenderán a fluir hacia los propietarios (los accionistas) más que hacia los gerentes, estos últimos tendrán menos incentivos para operar la firma de manera eficiente (o, dicho de otro modo, pueden tener incentivos para incurrir en conductas maximizadoras de su propia utilidad en detrimento de la eficiencia de la firma).

En una corporación *privada*, la divergencia entre los intereses de los accionistas y de los gerentes, que se

traduce en incentivos gerenciales reducidos para operar de manera eficiente, se encuentra hasta cierto punto atenuada (pero no eliminada) por los mercados⁴⁴. Por ejemplo, el mercado de control empresarial y el riesgo de que terceros intenten obtener control de la firma y designen una nueva gerencia, puede desalentar la ineficiencia gerencial⁴⁵; el mercado laboral y su potencial de premiar habilidades gerenciales demostradas, pueden servir de incentivo para el rendimiento de los gerentes; y la competencia en los mercados de productos puede crear incentivos al amenazar a los gerentes de firmas ineficientes con retornos reducidos y, en el extremo, castigar la gerencia ineficiente con la quiebra y el desempleo.

En adición a los incentivos de mercado, el rendimiento gerencial deficiente puede ser contrarrestado por medio de la acción de los accionistas (por ejemplo, refuerzos positivos, tales como asociar la compensación al resultado obtenido o planes de opción de acciones que alineen la utilidad de los gerentes de manera más cercana a la de los accionistas; o refuerzos negativos, tales como el despido)⁴⁶, *siempre y cuando* estos últimos cuenten con suficientes incentivos para monitorear a la gerencia⁴⁷. El concepto básico es que los accionistas monitorearán las actividades de la gerencia cuando el retorno esperado de la actividad de monitoreo exceda los costos de oportunidad en los que se incurrirá (tiempo y recursos gastados en el monitoreo). Típicamente, esto ocurre en casos de propiedad concentrada (cuando hay presencia de un accionista mayoritario o de control) o cuando inversionistas institucionales se encuentren presentes, en cuyo caso el tamaño y la importancia de los retornos sobre las inversiones en juego justificarán incurrir en actividades de monitoreo. Alternativamente, en corporaciones en las que la propiedad es muy difusa, regulaciones de buen gobierno corporativo (como la existencia de directores independientes) tenderán a compensar la ausencia de incentivos para el monitoreo.

Finalmente, para que las actividades de monitoreo resulten efectivas, los accionistas requieren tener la habilidad para realizar tales tareas. Sobre este particular, resultan especialmente cruciales las asimetrías en la información que pueden limitar la habilidad de los

⁴² Ver: EDWARDS, Sebastian. “Crisis and Reform in Latin America: From Despair to Hope”. Oxford University Press. 1995. p. 173.

⁴³ Ver, de manera general, HANSMANN, Henry. “Ownership of the Firm”. En: *Journal of Law, Economics, & Organization* 4. 1988. p. 267; JENSEN, Michael C. y William H. MECKLING. “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”. En: *Journal of Financial Economics* 3. 1976. p. 305. Para un simposio clásico, ver “Corporations and Private Property”. En: *Journal of Law and Economics* 26. 1983. p. 235.

⁴⁴ Ver EASTERBROOK, Frank H. y Daniel R. FISCHER. “The Economic Structure of Corporate Law”. Harvard University Press. 1991. p. 91.

⁴⁵ Ver, de manera general, *Ibid.* pp. 109-144. MAINE, Henry G. “Mergers and the Market for Corporate Control”. En: *The Journal of Political Economy* 73. 1965. p. 110.

⁴⁶ Ver: COUGHLAN, Anne T. y Ronald M. SCHMIDT. “Executive Compensation, Management Turnover, and Firm Performance: An Empirical Investigation”. En: *Journal of Accounting and Economics* 7. 1985. p. 43.

⁴⁷ Ver, de manera general, JENSEN, Michael C. y William H. MECKLING. Op. Cit.

accionistas de monitorear el rendimiento de los gerentes. No obstante, en corporaciones privadas, la difusión de la propiedad tiene por efecto permitir una mayor especialización entre los accionistas (abriendo la oportunidad para ventajas comparativas en la propiedad), facilitando respuestas más rápidas y seguras en caso de decisiones gerenciales ineficientes⁴⁸. Adicionalmente, las corporaciones privadas se encuentran obligadas a periódicamente revelar información sobre su rendimiento (por ejemplo, reportes de auditores independientes), mientras que los precios de las acciones cotizadas en bolsas –y los analistas de valores cotizados–, si bien no son indicadores perfectos, proveen índices respecto al rendimiento de la firma que pueden inducir a los gerentes a actuar bien a efectos de mantener los precios de las acciones altos y, a su vez, pueden permitir a los accionistas adoptar decisiones correctivas relativamente rápidas (como votar “con los pies”, vendiendo acciones de bajo rendimiento)⁴⁹.

Teoría de la elección colectiva

La *teoría de la elección colectiva*, de algún modo replicando el marco teórico antes reseñado, nos lleva un paso más allá en el intento de exponer los problemas inherentes a la propiedad estatal de los vehículos empresariales. El debate en torno a si la propiedad estatal de las empresas afecta o no su rendimiento se remonta a la predicción teórica de Alchian en el sentido que las empresas públicas (EPE) serán por naturaleza menos eficientes que las empresas privadas⁵⁰. Esta conjetura descansa sobre la premisa de que “las diferencias entre la propiedad pública y privada surgen de la inhabilidad del propietario público de vender su participación en la propiedad”⁵¹. Como resume De Alessi, “dado que ello excluye la posibilidad de especialización en la propiedad, se inhibe la capitalización de consecuencias futuras en los precios de transferencia actuales y se reduce el incentivo del

propietario de monitorear la conducta gerencial”⁵². En paralelo, la teoría de la elección colectiva convencional, modelada en torno al paradigma de la burocracia interesada⁵³, predice que en un contexto de incentivos reducidos para el monitoreo, los gerentes de las EPE maximizarán su remuneración, poder y prestigio en detrimento de la eficiencia de la firma.

Dentro de este marco conceptual, los incentivos gerenciales, las actividades de monitoreo y las habilidades de monitoreo antes discutidas, típicamente, resultarán menos efectivas en el contexto de una corporación pública (EPE) que en el de una corporación privada. Los mercados, por ejemplo, tenderán a ser menos efectivos en promover el rendimiento gerencial en empresas públicas. Dado que las acciones de una empresa estatal no pueden ser abiertamente adquiridas, las EPE se encuentran fuera del mercado de control empresarial (tomas externas no son una amenaza)⁵⁴; a diferencia del mercado de gerentes para el sector privado, que, potencialmente, está motivado por consideraciones de eficiencia⁵⁵. El nombramiento a puestos gerenciales en las EPE obedece comúnmente a motivaciones políticas, reduciéndose el impacto del mercado laboral en el rendimiento gerencial⁵⁶; y dado que los gobiernos rara vez permiten que una EPE quiebre (y tener que incurrir en el costo político de dejar a la fuerza laboral desempleada), optando más bien por subsidiarlas –aun cuando éstas tengan pérdidas– dados sus incentivos para emplear a dichas empresas para perseguir fines políticos⁵⁷, los gerentes de empresas públicas tienen menores incentivos para mejorar la eficiencia o evitar decisiones poco rentables⁵⁸.

A su vez, los incentivos de monitoreo en una EPE son pobres. Ello se deriva directamente de la aguda proposición de Alchian⁵⁹. Una EPE pertenece al Estado, por lo tanto, en cierto sentido, pertenece a todos los ciudadanos colectivamente; sin embargo, a ninguno

⁴⁸ Ver: DE ALESSI, Louis. “Private Property and Dispersion of Ownership in Large Corporations”. En: *The Journal of Finance* 28. 1973. pp. 842-843.

⁴⁹ Ver: EASTERBROOK, Frank H. y Daniel R. FISCHER. Op. Cit. pp. 96-97.

⁵⁰ Ver: ALCHIAN, Armen A. “Some Economics of Property Rights”. En: “Economic Forces at Work”. *Liberty Fund*. 1977. p. 127 (reproducido de: ALCHIAN, Armen A. “Some Economics of Property Rights”. En: *Il Politico* 30. 1965. p. 816).

⁵¹ *Ibid.* p. 138.

⁵² DE ALESSI, Louis. “The Economics of Property Rights: A Review of the Evidence”. En: ZERBE, R. “Research in Law and Economics: A Research Annual 2”. 1980. pp. 27-28.

⁵³ Para una breve reseña de la teoría de la elección colectiva convencional y sus postulados, ver MERCURO, Nicholas y Steven G. MEDEMA. “Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism”. Princeton University Press. 1997. pp. 85-97.

⁵⁴ Como explican Vining y Boardman: “[t]he only way the political market could directly replicate the market for corporate control is by imitating the takeover process, i.e., by threatening privatization”. Sin embargo, esta no es normalmente una amenaza latente. Ver: VINING, Aidan R. y Anthony E. BOARDMAN. “Ownership Versus Competition: Efficiency in Public Enterprise”. En: *Public Choice* 73. 1992. pp. 205, 212.

⁵⁵ Ver: COUGHLAN, Anne T. y Ronald M. SCHMIDT. Op. Cit.

⁵⁶ Ver: SMITH, D. Andrew y Michael J. TREBILCOCK. Op. Cit. p. 220; VINING, Aidan R. y Anthony E. BOARDMAN. Op. Cit. pp. 212-213.

⁵⁷ Stiglitz argumenta que los políticos rara vez tienen la voluntad real de poner fin a los subsidios para las EPE. Ver: STIGLITZ, Joseph E. “Some Theoretical Aspects of the Privatization: Applications to Eastern Europe”. En: “Privatization Processes in Eastern Europe: Theoretical Foundations and Empirical Results”. Editores: Mario Baldassarri, Luigi Paganetto y Edmund S. Phelps. Palgrave. 1993. pp. 179-204.

⁵⁸ Ver: SMITH, D. Andrew y Michael J. TREBILCOCK. Op. Cit. p. 220.

⁵⁹ Ver: ALCHIAN, Armen A. Op. Cit.

de ellos en particular. En otras palabras, la “propiedad” de las EPE es mucho más difusa de lo que podría resultar en las más grandes empresas privadas. Así, dado que un ciudadano no puede vender su participación (por ejemplo, acciones) en una EPE, los retornos disminuidos resultantes de la mala gerencia –o, alternativamente, las mayores ganancias de eficiencia producto de decisiones que mejoren su rendimiento– no repercutirán sobre ningún ciudadano individual sino, por el contrario, se diluirán entre el colectivo. De este modo, como explican Smith y Trebilcock, “los retornos para cualquier individuo en particular resultantes del monitoreo (a fin de determinar las fuentes de las ineficiencias de las EPE e intentar corregirlas) nunca serían mayores al costo de oportunidad en tiempo invertido en tales actividades”⁶⁰. Por lo demás, remedios alternativos para intentar solucionar este problema de acción colectiva, como la regulación de prácticas de buen gobierno corporativo, usualmente, estarán ausentes, particularmente, en países institucionalmente débiles, propensos a emplear las EPE para fines políticos.

Finalmente, las habilidades para monitorear una EPE también suelen encontrarse limitadas. Esto es, en parte, resultado de los problemas de acción colectiva antes explicados: si bien la información disponible para monitorear una empresa privada no es perfecta, los incentivos reducidos para monitorear a una EPE se traducen en aún más escasa información sobre su rendimiento, resultando en mayor discrecionalidad gerencial y rendimiento declinante. Adicionalmente, como hemos visto, dado que las EPE suelen justificarse sobre la base de objetivos no productivos, la información revelada al público puede resultar no-comparable y poco servible para determinar la eficiencia de la empresa⁶¹.

2.2. El factor de competencia

Una segunda fuente de ineficiencia ampliamente citada en el debate en torno a las EPE puede simplemente resumirse como insuficiente competencia en los mercados de las EPE. El creciente consenso, hoy en día, es que la ausencia de competencia y las estructuras de propiedad no son explicaciones mutuamente exclusivas de la problemática de las EPE⁶², sino que, más bien, son de una naturaleza complementaria⁶³.

Generalmente, la propiedad gubernamental tiende a fomentar mercados monopolísticos (o mercados dominados por oligopolios). En el pasado, por ejemplo, los gobiernos en PLA han reservado determinados sectores de la economía para sus EPE, proscribiendo la competencia privada o limitando su libertad de concurrir por medio de engorrosos esquemas regulatorios⁶⁴. En sectores de la economía en los que concurren corporaciones públicas y privadas, los gobiernos tienen un interés directo en proteger a sus EPE y son, por tanto, proclives a subsidiar o ayudar a estas últimas excluyendo efectivamente al sector privado⁶⁵. En Latinoamérica, como se explicó anteriormente, el sector privado también ha sido excluido como resultado de la desproporcionada cuota de inversión doméstica dirigida hacia las EPE, que incrementaba el costo del capital para las inversiones privadas⁶⁶.

Estando ausentes los problemas de monopolio natural, la competencia facilita la eficiencia asignativa reduciendo la habilidad de una empresa en particular de fijar sus precios a costo marginal de producción y la eficiencia productiva al alentar la reducción de sus costos. Naturalmente, fluye que, sin competencia efectiva, las prácticas de precios y costos de las EPE tenderán a reducir el bienestar social.

⁶⁰ Ver SMITH, D. Andrew y Michael J. TREBILCOCK. Op. Cit. p. 221.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Una versión extrema del argumento de competencia sostiene que la competencia en los mercados de productos, y no si la empresa es de propiedad pública o privada, es el factor determinante de la ineficiencia de las EPE. La prescripción que naturalmente fluye sería que la introducción de competencia en un mercado de EPE determinado eliminaría en gran medida la necesidad de privatizar. Sin embargo, los estudios empíricos por lo general refutan esta hipótesis, evidenciando que la propiedad sí es relevante y que el rendimiento de las EPE (e incluso de las empresas de propiedad mixta) es sustancialmente peor al de empresas privadas similares en ambientes competitivos. Ver, por ejemplo, SHESHINSKI, Eytan y Luis F. LÓPEZ-CALVA. “Privatization and Its Benefits: Theory and Evidence”. En: CESifo Economic Studies 49. 2003. p. 429 (concluyendo que la evidencia empírica, abrumadoramente, sostiene que las empresas de propiedad pública, en ambientes competitivos, no tienen un rendimiento mejor al de las empresas privadas en circunstancias similares en términos de su rentabilidad, y por el contrario su rendimiento es peor); DEWENTER, Kathryn L. y Paul H. MALATESTA. “State-Owned and Privately-Owned Firms: An Empirical Analysis of Profitability, Leverage and Labor Intensity”. En: The American Economic Review 91. 2001. p. 320 (concluyendo que las EPE son significativamente menos rentables que las empresas privadas, que las empresas gubernamentales son menos eficientes que las empresas privadas y que las empresas públicas tienden a emplear mayor fuerza laboral que las empresas privadas); BOARDMAN, Anthony y Aidan R. VINING. “Ownership and Performance in Competitive Environments: A Comparison of the Performance of Private, Mixed and State-owned Enterprises”. En: Journal of Law and Economics 32. 1989 (concluyendo que las grandes EPE y empresas mixtas industriales tienen un rendimiento sustancialmente peor al de empresas privadas similares; y que las empresas mixtas tienen un rendimiento mejor al de las EPE en términos de sus ventas por empleados, un rendimiento similar en términos de sus ventas por activos, pero usualmente tienen un rendimiento similar a las EPE en términos de sus indicadores de rentabilidad).

⁶³ Ver, de manera general, SHESHINSKI, Eytan y Luis F. LÓPEZ-CALVA. Op. Cit.; SMITH, D. Andrew y Michael J. TREBILCOCK. Op. Cit. pp. 222-223; DEWENTER, Kathryn L. y Paul H. MALATESTA. Op. Cit.; BOARDMAN, Anthony y Aidan R. VINING. Nota 54 *supra*; VICKERS, John y George YARROW. “Economic Perspectives on Privatization”. En: Journal of Economic Perspectives 5. 1991. p. 111; BOARDMAN, Anthony y Aidan R. VINING. Nota 62 *supra*.

⁶⁴ Ver EDWARDS, Sebastian. Op. Cit. p. 173.

⁶⁵ Ver SMITH, D. Andrew y Michael J. TREBILCOCK. Op. Cit. p. 222.

⁶⁶ Nota 27 *supra*.

Los problemas derivados del monopolio, por supuesto, no son exclusivos a las EPE⁶⁷. Sin un marco legislativo adecuado (por ejemplo, el caso de la legislación de competencia), las empresas privadas pueden encontrarse motivadas a maximizar su rentabilidad en detrimento del bienestar social. De manera similar, determinadas industrias –sin importar que estén en manos públicas o privadas–, se encuentran sujetas a problemas de monopolio natural (como la transmisión eléctrica). Sin embargo, estas situaciones pueden ser, en gran medida, compensadas por medio de la regulación. Los costos de implementar y hacer valer estos esquemas regulatorios no son, sin embargo, razón suficiente para justificar la propiedad estatal de tales industrias, pues un argumento de esta naturaleza omitiría tomar en cuenta las ineficiencias derivadas de las estructuras de propiedad antes detalladas⁶⁸.

2.3. Evidenciando el fracaso de las EPE

Estudios empíricos, tanto en países desarrollados como en países menos desarrollados, han confirmado las proposiciones antes descritas, evidenciando que las estructuras de propiedad sí tienen un impacto significativo en el rendimiento de la empresa (esto es, que los resultados de las EPE son sustancialmente inferiores a los de corporaciones privadas similares en circunstancias comparables) y que la introducción de competencia en mercados potencialmente competitivos dominados por EPE deriva en ganancias de eficiencia (tanto para las empresas públicas como para las privadas)⁶⁹. La experiencia de los PLA y sus EPE, así como los más recientes y exhaustivos estudios empíricos respecto a las privatizaciones llevadas a cabo en la región a lo largo de los últimos 20 años⁷⁰, que serán discutidos en la Sección III, convalidan estas conclusiones.

¿Cuánto le han costado las EPE a los PLA? Las cifras resultan abrumadoras: sólo en el Perú, se estima que entre 1968 y 1990, las EPE no-financieras acumularon pérdidas (a valor corriente) por aproximadamente US\$

29.7 mil millones, suma que excede por varios miles de millones de dólares el monto de la inversión necesaria para cerrar la brecha de infraestructura de todo el país⁷¹. Para el año 2005, las pérdidas acumuladas de las EPE no-financieras peruanas se estiman en US\$ 34.2 mil millones (suma que excede en 53% el total de la deuda externa pública del Perú)⁷². En adición a las pérdidas financieras y consecuencias en el bienestar general derivadas de la menor eficiencia de estas empresas, los infortunados resultados de las EPE, por supuesto, también conllevan costos sociales derivados que no deben ser menospreciados. En los PLA, por ejemplo, las estructuras de producción alentadas por las EPE, caracterizadas por monopolios y oligopolios, junto con otras fuentes de ineficiencia derivadas de las políticas del modelo de crecimiento hacia adentro, se tradujeron en altos costos unitarios de producción que impactaron negativamente la posibilidad de exportar bienes manufacturados, deterioraron los términos del intercambio comercial y, ulteriormente, contribuyeron a las dificultades de balanza de pagos e inestabilidad cambiaria que constantemente plagaron a los PLA durante la mayor parte de la segunda mitad del Siglo XX⁷³. A su vez, en un contexto de reducida disponibilidad de capital, emplear las EPE para financiar inversiones y subsidiar la industrialización implicó depender de que los gobiernos incurrieran en déficit de cuenta corriente (con las consecuencias inflacionarias que ya son demasiado familiares para los latinoamericanos) y, luego, a la luz del desequilibrio emergente, de que cortaran recursos de otros gastos socialmente deseables⁷⁴. De manera similar, como se discutió anteriormente, pese a sus modestas contribuciones al PBI, las EPE en los PLA típicamente recibieron una cuota desproporcionada de la inversión doméstica⁷⁵, incrementando el costo del capital para las empresas privadas (desplazando al sector privado) y desviando recursos de otros sectores de la economía en los cuales podían ser empleados de una manera más productiva⁷⁶. Fuentes estiman que las pérdidas directas e indirectas atribuibles al pobre desempeño de las EPE en un típico

⁶⁷ Es cierto que, en el apogeo de las EPE en los PLA, la insuficiente competencia era un mal que plagaba tanto a las EPE como a las empresas privadas (limitar la competencia era más bien una política central). Este hecho, sin embargo, no justifica la subsistencia de las EPE, sino más bien revela la necesidad de promover la competencia tanto en los mercados públicos como privados.

⁶⁸ SMITH, D. Andrew y Michael J. TREBILCOCK. Op. Cit. p. 222.

⁶⁹ Ver, de manera general, SHESHINSKI, Eytan y Luis F. LÓPEZ-CALVA. Op. Cit.; MEGGISON, William L. y Jeffrey M. NETTER. "From State to Market: A Survey of Empirical Studies on Privatization". En: *Journal of Economic Literature* 39. 2001. p. 321; SMITH, D. Andrew y Michael J. TREBILCOCK. Op. Cit.; DEWENTER, Kathryn L. y Paul H. MALATESTA. Op. Cit.; BOARDMAN, Anthony y Aidan R. VINING. Nota 54 *supra*; VICKERS, John y George YARROW. Op. Cit.; BOARDMAN, Anthony y Aidan R. VINING. Nota 62 *supra*.

⁷⁰ Para la data más reciente y exhaustiva respecto a los resultados de los procesos de privatización en los PLA, ver: CHONG, Alberto y Florencio LÓPEZ DE SILANES (Editores). "Privatization in Latin America: Myths and Reality". Stanford University Press. 2005.

⁷¹ Conforme a las estimaciones del Instituto Peruano de Economía, el total del déficit de infraestructura peruano en transporte (carreteras, aeropuertos, puertos y ferrocarriles), agua y alcantarillados, energía y telecomunicaciones asciende a aproximadamente US\$ 24 mil millones.

⁷² Estimaciones del Instituto Peruano de Economía.

⁷³ Ver: BULMER-THOMAS, Víctor. Op. Cit. pp. 283-285.

⁷⁴ Ver: *Ibid.* pp. 285-287.

⁷⁵ Ver: *Ibid.* p. 357; THORP, Rosemary. Op. Cit. pp. 161.

⁷⁶ Ver: BULMER-THOMAS, Víctor. Op. Cit. p. 352.

país menos desarrollado oscilan en el rango del cinco al ocho por ciento del PBI y llegan a oscilar en el rango del ocho al doce por ciento del PBI en países menos desarrollados con sectores de EPE más grandes⁷⁷.

Para ser justos, cualquier valuación de los costos sociales que las EPE pudieran haber ocasionado a los PLA sería incompleta si no intentáramos cualificar los beneficios latentes (las potenciales externalidades positivas) derivados de los fines no productivos nominalmente perseguidos por las EPE. Pese a la escasez de data relevante, resulta relativamente aparente que las EPE en los PLA, en su conjunto, no lograron los fines que nominalmente perseguían, ni asestaron los beneficios sociales que debían alcanzar.

La finalidad más citada para justificar la creación de EPE en los PLA fue la necesidad de llevar a cabo inversiones de capital en infraestructura. El hecho que para los años 80, pese a importantes mejoras en infraestructura social básica, la mayor parte de PLA aún se encontraba inmersa en trampas de bajo nivel de inversión, simplemente revela el poco éxito alcanzado en el desarrollo y extensión de infraestructura por medio de las EPE⁷⁸.

El resultado de las EPE en el logro de fines no productivos (como se ha dicho, principalmente, la redistribución del ingreso, la generación de empleo y el control de la inflación) no fue mucho mejor. Quizá, lo más perturbador es que la data existente revela que, en el período entre 1950 y 1990, la distribución del ingreso, medida tanto en términos de la participación en el ingreso del quinto inferior de la población como en términos del coeficiente Gini, en realidad, empeoró a lo largo de Latinoamérica⁷⁹. La generación de oportunidades de empleo fue una de las decepciones más grandes del modelo de industrialización hacia adentro, centrado en torno a actividades intensivas en bienes de capital que determinaron que el ritmo de crecimiento de la producción industrial fuese mucho mayor que el ritmo de crecimiento del empleo

industrial, lo que, a su vez, aunado a las altas tasas de crecimiento urbano, conllevó al desarrollo de una clase urbana informal masivamente subempleada⁸⁰. En lo que concierne al control de la inflación, no es necesario entrar en mayores detalles a la luz de las conocidas consecuencias de las políticas monetarias expansivas adoptadas para financiar los déficit incurridos y el mal manejo macroeconómico que saturó a Latinoamérica durante dicho período⁸¹.

Finalmente, no podemos concluir esta sección sin aludir a las preocupaciones de índole soberana tan comúnmente proclamadas para justificar el rol empresarial del Estado en Latinoamérica. Sin entrar a discutir los méritos (o deméritos) filosóficos de las ideologías nacionalistas, uno puede conceder que la propiedad pública puede redundar en beneficios para la sociedad cuando se encuentran en juego temas de seguridad nacional. Sin embargo, resulta discutible, por decir lo menos, que la soberanía por sí misma –un concepto invocado con demasiada frecuencia en la región– pueda servir para justificar el control gubernamental de EPE destinadas a explotar recursos no-renovables (u otras industrias) que no sirven propósitos de seguridad nacional alguno, particularmente a la luz de los pobres resultados obtenidos por las EPE en los PLA⁸². La historia política de Latinoamérica revela que, de manera casi axiomática, tales argumentos simplemente ocultan motivaciones políticas perseguidas por gobiernos populistas o autoritarios que persiguen asegurar fuentes de ingreso provenientes de actividades altamente rentables, concentrar el poder o emplear a las EPE para otros propósitos interesados en detrimento del bienestar general⁸³. En países golpeados por tasas de crecimiento insuficientes, desigualdad de ingresos y elevadas tasas de extrema pobreza, apoyar industrias ineficientes en circunstancias en que sus potenciales beneficios sociales son ambiguos, sólo sirve para desviar recursos de otras oportunidades de inversión y gasto socialmente imperativas.

⁷⁷ Ver: SMITH, D. Andrew y Michael J. TREBILCOCK. Op. Cit. p. 226, citando data de MUIR, Russel y Joseph P. SABA. "Improving State Enterprise Performance: The Role of Internal and External Incentives". World Bank. 1995.

⁷⁸ Data empírica comparativa parecería validar esta conclusión en otros países menos desarrollados. Ver SMITH, D. Andrew y Michael J. TREBILCOCK. Op. Cit. p. 226.

⁷⁹ Luego de la Segunda Guerra Mundial, mientras otras regiones del mundo experimentaron mejoras en los ingresos percibidos por el quinto inferior de la población, los PLA experimentaron una caída de este indicador (para 1970, el promedio Latinoamericano era de 3.4% comparado con 4.9% en todos los países en desarrollo). Ver: BULMER-THOMAS, Victor. Op. Cit. p. 313.

En términos del coeficiente Gini (un coeficiente Gini a la alza refleja una peor distribución del ingreso), la data existente evidencia incrementos en Argentina de 0.37 a inicio de los años 50 a 0.52 en 1990, en Brasil de 0.57 en 1960 a 0.63 en 1990, en Chile de 0.44 a inicios de la década de los 50 a 0.52 en 1978. Mejoras pueden hallarse en México (de 0.61 en 1963 a 0.52 in 1989) y Colombia (de 0.51 a inicio de la década de los 50 a 0.47 en 1988). Ver: THORP, Rosemary. Op. Cit. p. 352.

⁸⁰ Ver: CLEMENTS, Benedict J. "State Enterprises and Employment Generation in Brazil". En: Economic Development and Cultural Change 41. 1992. p. 51 (concluyendo sobre la base de data empírica que las EPE en Brasil fueron menos efectivas que el sector privado en la tarea de generar empleos para la fuerza laboral urbana); BAER, Werner. "Industrialization in Latin America: Successes and Failures". En: The Journal of Economic Education 15. 1984. pp. 124, 128-129.

⁸¹ Ver, de manera general, DORNBUSCH, Rudiger y Sebastian EDWARDS (Editores). "The Macroeconomics of Populism in Latin America". University of Chicago Press. 1991.

⁸² Ver: BULMER-THOMAS, Victor. Op. Cit. pp. 353-355.

⁸³ Nota 22 *supra*.

III. LOS LOGROS Y CONTRATIEMPOS DE LOS PROCESOS DE TRANSFERENCIA DE LAS EPE

La moratoria de la deuda externa mexicana de 1982 puso fin al flujo masivo de préstamos comerciales privados hacia Latinoamérica que, de la mano del alza de las tasas de interés, del constante debilitamiento de los precios internacionales de las materias primas y del servicio de la deuda que abrumaba los presupuestos nacionales, resultaron en una severa crisis fiscal y de balanza de pagos⁸⁴. La gravedad de la crisis aceleró la adopción en la región de una versión más comprensiva del enfoque monetarista ortodoxo tradicional de estabilización que había venido siendo promovido por la comunidad monetaria internacional desde fines de los años 50, acompañada de políticas de reforma estructural (con el tiempo, estas políticas se conocieron como el "Consenso de Washington")⁸⁵. Habiendo demostrado su efectividad para reducir el déficit fiscal, contrarrestar el desequilibrio y controlar la inflación luego de la crisis de la hiperinflación boliviana de 1985; hasta los más reacios PLA que habían optado por experimentar con políticas heterodoxas que sólo empeoraron la crisis (*verbi gratia*, Argentina, Brasil y Perú)⁸⁶, siguieron su camino.

La primera generación de políticas del Consenso de Washington se concentró en las deficiencias profundamente enraizadas en las estructuras económicas heredadas de los modelos de crecimiento pasados, resultantes de la naturaleza protectora de sus políticas y del excesivo rol del Estado, enfatizando la necesidad de reformar las políticas de balanza de pagos (por ejemplo, tipo de cambios reales, liberalización del comercio y apertura hacia la inversión extranjera directa), de adoptar estrictas políticas fiscales (*verbi gratia*, disciplina fiscal y prioridad en el gasto, reforma tributaria), de liberalizar las finanzas (por ejemplo, mercados de capitales) y promover un ambiente

competitivo (*verbi gratia*, desregulación, derechos de propiedad)⁸⁷. En este contexto, la transferencia de las EPE al sector privado era vista como una política omnicompreensiva –una manera de revertir las estructuras económicas derivadas de la presencia ubicua del Estado en las actividades económicas, incrementar los ingresos fiscales, reducir las pérdidas derivadas de empresas públicas deficitarias, cuadrar los presupuestos, mejorar la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, promover la competencia y atraer la inversión extranjera directa⁸⁸. Consecuentemente, durante los años 90, la mayoría de los PLA implementaron masivos programas de privatización cuyos resultados se discutirán a continuación⁸⁹.

3.1. Los resultados económicos de los procesos de transferencia latinoamericanos

Resulta casi una verdad de Perogrullo afirmar que la implementación de programas de privatización y de otras reformas estructurales en Latinoamérica ha contribuido a superar las fuentes de la inestabilidad macroeconómica que detonaron la crisis de la deuda de los años 80. No obstante, el escepticismo respecto a los efectos microeconómicos de las privatizaciones en Latinoamérica aún persiste⁹⁰.

Casos individuales de privatizaciones exitosas y fallidas en Latinoamérica pueden ser fácilmente identificados. No obstante, resultaría engañoso extraer conclusiones de índole general respecto a los beneficios (o ausencia de beneficios) de tales ejemplos aleatorios, pues estaríamos partiendo de una muestra sesgada. Gran parte de la literatura existente respecto al rendimiento de empresas latinoamericanas con posterioridad a su privatización adolece de este tipo y de otras fuentes de sesgos en el muestreo⁹¹, o se encuentra de algún otro modo viciada debido al empleo de data no comparable (*verbi gratia*, no pueden válidamente

⁸⁴ Ver: THORP, Rosemary. Op. Cit. pp. 217-218; BULMER-THOMAS, Victor. Op. Cit. pp. 366-369.

⁸⁵ Ver, de manera general, WILLIAMSON, John (editor). "Latin American Adjustment: How Much Has Happened?". Institute for International Economics. 1990.

⁸⁶ Pese a que la implementación y administración de políticas heterodoxas en Argentina, Brasil y Perú tuvo sus variaciones, es posible identificar algunos rasgos comunes. Estos experimentos combinaron elementos de estabilización ortodoxa (por ejemplo, la devaluación y el sinceramiento de precios) con elementos no-ortodoxos diseñados para controlar las expectativas inflacionarias (por ejemplo, fijación de precios, salarios y tipo de cambio) e incrementar los ingresos tributarios. Para mayor información respecto a las políticas heterodoxas, ver THORP, Rosemary. Op. Cit. pp. 224-225; EDWARDS, Sebastian. Op. Cit. pp. 33-39; CRABTREE, John. "Peru Under García: An Opportunity Lost". Macmillan. 1992; LAGO, Ricardo. "The Illusion of Pursuing Redistribution Through Macropolicy: Peru's Heterodox Experience 1985-1990". En: "The Macroeconomics of Populism in Latin America". Editores: R. Dornbusch y S. Edwards. The University of Chicago Press. 1991. p. 263.

⁸⁷ Ver: THORP, Rosemary. Op. Cit. pp. 226-231.

⁸⁸ Ver: EDWARDS, Sebastian. Op. Cit. p. 174.

⁸⁹ En el presente trabajo, empleamos la expresión "procesos de transferencia" para referirnos a toda forma de disposición o desarticulación de una EPE, incluyendo su privatización, su liquidación o cualquier otro medio; el término "privatización" es empleado para referirnos a toda forma de transferencia de una EPE al sector privado, incluyendo la transferencia de su propiedad, la venta de sus activos productivos, su entrega temporal o en concesión, etcétera.

⁹⁰ Ver, por ejemplo: MCKENZIE, David y Dilip MOOKHERJEE. "The Distributive Impact of Privatization in Latin America: Evidence from Four Countries". En: *Economía* 3. 2003. p. 161; BAYLLIS, Kate. "Privatization and Poverty: The Distributional Impact of Utility Privatization". En: *Annals of Public and Cooperative Economics* 73. 2002. p. 603; BIRDSALL, Nancy y John NELLIS. "Winners and Losers: Assessing the Distributional Impact of Privatization". Working Paper Number 6. Center for Global Development. 2002.

⁹¹ Ver: CHONG, Alberto y Florencio LÓPEZ DE SILANES (Editores). "The Truth About Privatization in Latin America". En: "Privatization in Latin America: Myths and Reality". Stanford University Press. 2005. pp. 9-12.

efectuarse comparaciones relevantes entre el rendimiento antes y después de una privatización cuando la EPE ha sido escindida antes de ser transferida o fusionada luego de su cambio de propiedad)⁹².

Los estudios más comprensivos respecto al rendimiento de EPE privatizadas en los siete PLA líderes en privatizaciones⁹³, efectuados por una red de investigación supervisada por Alberto Chong y Florencio López de Silanes, han sido recientemente publicados y sus resultados se reseñan a continuación. Para superar los obstáculos detallados en el párrafo precedente, los investigadores efectuaron una minuciosa tarea de recopilación de data, compilando amplia información pre y post-privatización para obtener muestras industriales horizontales casi completas de empresas privatizadas de todos los tamaños, así como información contable auditada a nivel de empresas o plantas, información financiera sucedánea y otras fuentes de información que permitieron la agregación de la data⁹⁴.

Divergiendo de la creciente percepción pública en la región, los estudios compilados por Chong y López de Silanes indican que las privatizaciones de las EPE implementadas durante las dos últimas décadas en los países analizados han resultado en incrementos de rentabilidad producto de mejoras en la eficiencia operativa, apoyadas por reestructuraciones aceleradas y mejoras de productividad (*verbi gratia*, reducciones en costos unitarios e incremento de la producción)⁹⁵, y no a expensas de ingresos gubernamentales o provenientes de la explotación laboral o de los consumidores. Por el contrario, estos estudios de manera consistente revelan un incremento de los ingresos tributarios provenientes de las EPE privatizadas⁹⁶. Del mismo modo, estos estudios revelan importantes incrementos en salarios reales y ajustados por industrias (entre 70 a 110 por ciento) y ahorros medios inmateriales provenientes de costos laborales reducidos, refutando así la hipótesis de que una fuente importante de las ganancias de productividad de las EPE privatizadas se halla en transferencias de los

trabajadores a los accionistas privados (por ejemplo, resultando de menor número de empleados o menores salarios)⁹⁷. Finalmente, estos estudios de países traen a la luz que las privatizaciones de las EPE, generalmente, han resultado en mejoras en la calidad de productos y servicios (pese a que aún se puede hacer mucho por mejorar el acceso a, y la distribución de, servicios públicos)⁹⁸, y que los cambios medios en la rentabilidad de las empresas privatizadas en industrias potencialmente no competitivas son generalmente menores a los de las empresas privatizadas en industrias competitivas (mientras que el crecimiento en la inversión, empleo y producción en las primeras ha excedido el crecimiento en las segundas), ensombreciendo así la comúnmente voceada proposición de que la rentabilidad de las empresas con posterioridad a su privatización puede ser resultado de su poder de mercado y de la explotación de los consumidores⁹⁹.

Por lo general, la evidencia empírica reseñada anteriormente confirma que el cambio en las estructuras de propiedad implementado a lo largo de Latinoamérica durante las dos últimas décadas ha tenido un impacto positivo y significativo en lo que concierne al rendimiento de las empresas y al bienestar social. Por supuesto que siempre se podrán identificar con facilidad casos aislados de privatizaciones fallidas, no obstante lo cual, la data agregada revelaría que la magnitud y severidad de tales fallas no necesariamente coinciden con las percepciones que dominan ciertos sectores de la opinión pública latinoamericana contemporánea. Las fuentes reales y potenciales de fallas en los procesos de privatización de las EPE se reseñan en la siguiente sección.

3.2. Fuentes reales y potenciales de las fallas de los procesos de privatización

Sin perjuicio de sus explicaciones y logros económicos, la privatización es, también, fundamentalmente un proceso político¹⁰⁰. Como tal, no podemos menospreciar el hecho que los efectos de las

⁹² Ver: Ibid. pp. 17-18.

⁹³ Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú.

⁹⁴ Ver: Ibid. pp. 6-18.

⁹⁵ Conforme a estos estudios, la reducción media en los costos unitarios de las EPE privatizadas en estos países se contrajo en dieciséis por ciento, la *ratio* media por país de ventas por activos se incrementó en dieciséis por ciento, la reducción media de la fuerza laboral por país fue de veinticuatro por ciento y, pese a modestos niveles de inversión y una reducción en el empleo, la producción media por empresa se incrementó en más de cuarenta por ciento. Las mejoras en las EPE privatizadas, generalmente, han sido mayores a las de las empresas privadas similares, excluyendo así la posibilidad de que las ganancias puedan ser atribuidas a cambios en las condiciones macroeconómicas, y la diferencia en la brecha de rendimiento entre EPE privatizadas y empresas privadas comparables se redujo significativamente. Ver Ibid. pp. 18-26.

⁹⁶ Ver: Ibid. pp. 27-28.

⁹⁷ Ver: Ibid. pp. 28-32.

⁹⁸ Ver: TORERO, Máximo y Alberto PASCÓ-FONT. "El Impacto Social de la Privatización y Regulación de los Servicios Públicos en el Perú". Documento de Trabajo 5. Grade. 2000.

⁹⁹ Ver: CHONG, Alberto y Florencio LÓPEZ DE SILANES. Op. Cit. pp. 32-39.

¹⁰⁰ Ver: SMITH, W. Rand. "Privatization in Latin America: How Did It Work And What Difference Did It Make?". En: Latin American Politics and Society 44. 2002. pp. 153, 155; MEGGINSON, William. "Privatization". En: Foreign Policy 118. 2000. p. 14; MANZETTI, Luigi. "Privatization South American Style". Oxford University Press. 1999. pp. 1-3.

privatizaciones pueden verse menguados por las características de la economía política bajo la cual son implementadas. Del mismo modo, no podemos perder de vista el hecho que la privatización no pone fin a la participación del Estado en la economía, sino, más bien, transforma su papel de protagonista en la producción directa de bienes y servicios hacia el de supervisor y regulador de las empresas privatizadas en un entorno competitivo, una transición algo incómoda que, de no ser adecuadamente implementada, puede incidir en los potenciales resultados de las reformas de mercado.

Cuestiones de economía política

Como se señaló anteriormente, las políticas de privatización emergieron en los PLA en el contexto de, posiblemente, la crisis económica más aguda experimentada por la región desde su independencia. El alcance y la severidad de la crisis facilitaron el desarrollo de un clima interno que favoreció la adopción de los programas de privatización y debilitó la resistencia por parte de ciertos grupos socioeconómicos de interés domésticos (*verbi gratia*, los militares, la fuerza laboral organizada). Las condiciones externas, tales como la disponibilidad de inversionistas extranjeros interesados en expandir sus operaciones en la región, de ayuda económica externa y de asistencia técnica multilateral, eran también alentadoras, contribuyendo a consolidar la oportunidad para llevar a cabo las reformas.

Las privatizaciones, por supuesto, requieren más que un ambiente favorable. Como explica Manzetti, la adopción de este tipo de políticas requiere la convergencia tanto de la oportunidad como de la voluntad de los líderes políticos¹⁰¹. El proceso de privatizaciones chileno ilustra este punto. En Chile, la oportunidad de embarcarse en programas de liberalización económica y privatización se presentó unos quince años antes del resto de los PLA luego del golpe militar de 1973. Mientras la mayoría de las empresas nacionalizadas entre 1970 y 1973 habían sido devueltas a sus propietarios originales para mediados de la década y un número significativo de las EPE que existían con anterioridad a 1970 habían sido privatizadas para 1980, el gobierno militar no tenía la voluntad de perder control sobre el cobre, la exploración petrolera y la industria del acero, como

tampoco sobre las empresas eléctricas y de servicios públicos más grandes, alegando razones de seguridad nacional e interés estratégico (por el contrario, en 1974 los militares adquirieron el control sobre la principal compañía telefónica)¹⁰². Fue sólo después de la crisis financiera de los años 1981-1983 que los militares fueron persuadidos por su equipo de tecnócratas ideológicamente motivados para privatizar el acero, las principales empresas de servicios públicos, la aerolínea nacional y otras EPE de mayor envergadura; sin embargo, aún entonces el gobierno se negó a perder control sobre el cobre (CODELCO) y el petróleo (ENAP) (para 1989, sólo diecinueve EPE anteriores a Allende eran aún controladas por el Estado)¹⁰³.

La voluntad para ejecutar reformas, por otro lado, no siempre está motivada por la convicción ideológica. En muchos casos, la voluntad de los líderes políticos se halla motivada por el pragmatismo y por intereses personales o políticos que tienen el potencial de impactar de manera directa la implementación y los resultados de las políticas ejecutadas. Por ejemplo, un repaso de los estudios de economía política contemporáneos respecto de las privatizaciones y otras reformas estructurales llevadas a cabo en Latinoamérica durante la década de los 90, revela que es más probable que existan fallas (por ejemplo, redacción contractual inadecuada, subvaluación, etcétera) en la implementación de estas políticas (o, al menos, que se perciba que tales fallas han ocurrido) ante la presencia de líderes políticos acaparadores de poder animados por motivaciones personales o políticas, o en el contexto de captura de los diseñadores de políticas públicas por parte de grupos de interés que pueden resultar en políticas sesgadas. Las experiencias peruana, argentina y mexicana son ilustrativas sobre este respecto.

En retrospectiva, los analistas concuerdan en señalar que durante su década en el poder, el presidente peruano Alberto Fujimori siguió el camino populista característico de la política peruana¹⁰⁴, emergiendo durante la década de los 90 como la personificación del poder político, reafirmando la hegemonía del Poder Ejecutivo sobre el resto de los poderes del Estado y habitualmente empleando los recursos a su disposición para fortalecer su popularidad personal ante el electorado¹⁰⁵. Los analistas han observado que la

¹⁰¹ Ver: MANZETTI, Luigi. Op. Cit. pp. 294-296.

¹⁰² Ver: FISCHER, Ronald, GUTIÉRREZ, Rodrigo y Pablo SERRA. "The Effects of Privatization on Firms: The Chilean Case". En: "Privatization in Latin America: Myths and Reality". Editores: A. Chong y F. López de Silanes. Stanford University Press. 2005. pp. 206-213; TEICHMAN, Judith A. "The Politics Of Freeing Markets In Latin America: Chile, Argentina And Mexico". The University of North Carolina Press. 2001. pp. 73-76.

¹⁰³ Ver: FISCHER, Ronald, GUTIÉRREZ, Rodrigo y Pablo SERRA. Op. Cit. pp. 197-198, 207-211; TEICHMAN, Judith A. Op. Cit. pp. 77-83.

¹⁰⁴ Ver, de manera general, CRABTREE, John. "Neo-Populism and the Fujimori Phenomenon". En: "Fujimori's Peru: The Political Economy". Editores: J. Crabtree y J. Thomas. Institute of Latin American Studies. 1998.

¹⁰⁵ Ver Ibid. pp. 17-19.

implementación de políticas de reforma bajo Fujimori fue producto de una combinación de pragmatismo económico y populismo político (la necesidad de controlar con rapidez la crisis económica heredada de los experimentos heterodoxos y de consolidar su poder personal), una combinación crítica para comprender las instituciones que florecieron y se debilitaron bajo el régimen de Fujimori¹⁰⁶. Como resultado, el programa de privatización implementado por la Administración de Fujimori se convirtió en un mecanismo para rápidamente atraer la inversión extranjera, incrementar los ingresos estatales y restar poder a potenciales enemigos políticos (principalmente, los sindicatos)¹⁰⁷. No debe sorprendernos que, en este contexto, no es poco usual encontrar alegaciones de valuaciones incorrectas, falta de transparencia, reglas inconsistentes y control insuficiente en los procesos de privatización ejecutados¹⁰⁸, o casos en los que metas fiscales de corto plazo parecen haber sido priorizadas sobre metas de eficiencia de largo plazo perseguidas por los procesos de transferencia de las EPE.

La adopción de políticas de privatización en Argentina se desarrolló paralelamente a la experiencia peruana en muchos aspectos¹⁰⁹. Los comentaristas observan que la implementación de las políticas de estabilización y de reforma estructural que conllevaron a los procesos de privatización bajo el régimen de Menem, también fueron producto de una combinación de la necesidad de controlar rápidamente la crisis económica y de consolidar el poder personal. En el caso de Menem, además de la meta de obtener resultados económicos rápidos, los analistas observan que estos instrumentos políticos fueron estratégicamente empleados para reformular al Partido Peronista a su imagen, empleando

los procesos de privatización como medios para construir nuevas alianzas con el capital doméstico y con los líderes conservadores, para debilitar las estructuras sindicalistas peronistas y para consolidar su poder personal¹¹⁰. Como resultado, se observa que las privatizaciones han sido altamente discrecionales y exentas de mecanismos de control, resultando en el pago de comisiones, corrupción, licitaciones arregladas y fugas de información privilegiada¹¹¹. La línea dura de percepción respecto a las privatizaciones ejecutadas bajo el gobierno de Menem se resume de la siguiente manera: "...El programa de Menem (...) estuvo marcado por el favoritismo, el autoritarismo y la corrupción. Específicamente, la premura de Menem, de la mano con su sesgo a favor de los grandes empresarios (mientras que la fuerza laboral era coactada o reprimida), alimento un *ethos* de privilegio ejecutivo y favoritismo amical que socavó la legitimidad política y la eficiencia económica de las privatizaciones. (...) En efecto, los conglomerados proveían los fondos para las campañas y otras comisiones para Menem y su entorno, y el Presidente devolvía el favor arreglando la venta de las EPE a tales conglomerados en términos generosos, incluyendo bajos precios de venta y grandes beneficios tributarios"¹¹².

En el caso mexicano, si bien no es notorio que el programa de privatización estuviese motivado por una necesidad de construir alianzas, los analistas argumentan que bajo la Administración de Salinas (1989-1993), en la cual el 96 por ciento de todos los activos estatales fueron privatizados¹¹³, "un pequeño grupo de poderosos empresarios gozó de fácil acceso a miembros claves del equipo de diseñadores de políticas, desarrollándose estrechos lazos y relaciones

¹⁰⁶Al inicio de la Administración de Fujimori, la economía peruana adolecía de un estancamiento con inflación ("stagflation" o recesión con inflación); una inflación mensual de alrededor del 30% y un PBI oficial negativo de 11,6% en 1989. A su vez, la legitimidad del nuevo gobierno era débil, producto de haber sido elegido de una votación táctica sin precedentes, careciendo de un partido político que lo apoyara y contando con una minoría en el Congreso. Ver, de manera general, *Ibid.* pp. 17-19. Ver, también, SMITH, W. Rand. Op. Cit. pp. 158; MANZETTI, Luigi. Op. Cit. pp. 235-236.

Así, desde un inicio, la Administración de Fujimori se apresuró en consolidar y mantener su apoyo popular, recurriendo a reestablecer el orden económico y social ausente durante gran parte de la década precedente. Desde esta perspectiva, las políticas económicas de Fujimori y su adopción de la privatización, no fueron resultado de sus preferencias ideológicas personales, sino más bien una decisión política pragmática (ver MANZETTI, Luigi. Op. Cit. pp. 246-247). No tenía tiempo para perder experimentando con políticas heterodoxas. Confrontado con una necesidad urgente de recursos financieros, habiendo sido las reservas internacionales depredadas durante el gobierno anterior, y resultados económicos rápidos para reforzar su apoyo popular, las prescripciones del Consenso de Washington era su natural y única opción. El incremento del gasto social diseñado para hacer el 'Fujishock' políticamente viable, y la velocidad en la que las políticas comenzaron a dar resultados, ayudó controlar el descontento público (ver FIGUEROA, Adolfo. "Income Distribution and Poverty in Peru". En: "Fujimori's Peru: The Political Economy". Editores: J. Crabtree y J. Thomas. Institute of Latin American Studies. 1998. pp. 146-147; MANZETTI, Luigi. Op. Cit. p. 235). Una vez controlada la hiperinflación y recobrado el crecimiento económico, también incrementó la popularidad y el poder personal de Fujimori, una correlación de la cual él se encontraba consciente. Así, mientras el programa económico adoptado mostrara resultados, él no tendría la voluntad de alterar sus prescripciones. Esta coexistencia pacífica entre el populismo político y el liberalismo económico resulta central para comprender las instituciones que se desarrollaron y se extinguieron bajo el régimen de Fujimori.

¹⁰⁷Ver: SMITH, W. Rand. Op. Cit. p. 158; MANZETTI, Luigi. Op. Cit. pp. 283-288.

¹⁰⁸Ver: SMITH, W. Rand. Op. Cit. p. 158.

¹⁰⁹En 1989, la Administración de Menem también heredó un gobierno en quiebra y una economía recesiva e inflacionaria, sin contar con un mandato contundente de perseguir políticas de reforma económica.

¹¹⁰Ver: SMITH, W. Rand. Op. Cit. p. 156; ; TEICHMAN, Judith A. Op. Cit. pp. 114-118, 127; MANZETTI, Luigi. Op. Cit. pp. 77-78.

¹¹¹Ver: TEICHMAN, Judith A. Op. Cit. pp. 116-117; SABA, Roberto y Luigi MANZETTI. "Privatization in Argentina: The Implications for Corruption". En: *Crime, Law and Social Change* 25. 1996. p. 353.

¹¹²SMITH, W. Rand. Op. Cit. pp. 156-157.

¹¹³Ver: CHONG, Alberto y Florencio LÓPEZ DE SILANES. "Privatization in Mexico". En: "Privatization in Latin America: Myths and Reality". Editores: A. Chong y F. López de Silanes. Stanford University Press. 2005. p. 354.

personales de esta interacción”¹¹⁴. Este acceso privilegiado al equipo de diseñadores de políticas dice haberse traducido en beneficios para los propietarios de estos poderosos conglomerados¹¹⁵. Más aún, la manera altamente discrecional en la que se privatizaron algunas empresas de servicios públicos, carreteras y bancos mexicanos ha contribuido a impulsar alegaciones de favoritismo amical y beneficios directos para la cúpula política del país por intermedio de testaferros¹¹⁶.

En contraste con las experiencias antes reseñadas, los procesos de privatización en Brasil, bajo Fernando Henrique Cardoso, son recurrentemente citados como procesos ejemplares. Los observadores consideran que, en el caso de Cardoso, la voluntad de llevar adelante el proceso derivó de un compromiso ideológico a favor de las reformas de mercado (un hecho algo irónico, considerando que Cardoso había sido un ferviente defensor de las políticas de ISI en su juventud)¹¹⁷. A Cardoso, también, se le reputa ser un político muy hábil que pudo llevar adelante las privatizaciones por medio de comunicación efectiva, diálogo y la construcción de consensos inclusivos con el Congreso, los gobiernos estatales y grupos de interés¹¹⁸. Resulta interesante destacar que las alegaciones de subvaluación y otras fallas de implementación usualmente se encuentran restringidas a los predecesores de Cardoso¹¹⁹.

Cuestiones de supervisión

Las políticas de reforma estructural y la transferencia de las EPE implican una profunda transformación del rol del Estado en las actividades económicas –de protagonista a supervisor. Ciertamente, esta transición es lenta, costosa y técnicamente retardadora, toda vez que requiere que Estados institucionalmente débiles con burocracias sistemáticamente endémicas pasen de administrar EPE individuales que han sido manejadas por décadas con escaso control a supervisar y regular sectores industriales completos en entornos competitivos poco familiares¹²⁰.

Pocos cuestionarían que el funcionamiento de mercados reestructurados y privatizados requiere la implementación de regulaciones horizontales (*verbi gratia*, regulación financiera y de prácticas de buen gobierno corporativo) y sectoriales consistentes, la adopción de políticas de competencia y el establecimiento de derechos de propiedad transparentes, así como reformas institucionales paralelas. Legislación antimonopolios efectiva y eficazmente ejecutada, por ejemplo, tiende a mitigar el riesgo de que el poder de mercado se traduzca en pérdidas para el bienestar de los consumidores, mientras que las regulaciones de buen gobierno corporativo facilitan tanto el acceso como la eficiente asignación del capital necesario para financiar inversiones. Sin un marco regulatorio efectivo y reguladores capaces, muchos de los beneficios esperados de las privatizaciones podrían no materializarse, al menos en el corto plazo, sobre todo en sectores sujetos a problemas de monopolio natural y limitados por competencia insuficiente en los cuales las ganancias derivadas del cambio de propiedad podrían no alcanzarse¹²¹.

La regulación y las instituciones, sin embargo, no pueden ser puestas en marcha de la noche a la mañana. La efectividad de los procesos de diseños de políticas regulatorias se encuentra condicionada por la estructura sectorial que se persigue alcanzar, así como por el conocimiento técnico, las habilidades y la experiencia que son desarrolladas en el tiempo producto del entrenamiento y el aprendizaje sobre la marcha. A su vez, la construcción de instituciones y el desarrollo de capacidades institucionales es en gran medida el resultado del diseño y de la planificación institucional, del liderazgo y de una administración creativa, de los controles y contrapesos instituidos y del respaldo político traducido en autonomía presupuestaria, técnica y de decisión efectivas, factores que, en el tiempo, determinan la consolidación institucional. Consecuentemente, los procesos de diseño regulatorio y de reforma institucional exitosos

¹¹⁴ TEICHMAN, Judith A. Op. Cit. p. 145.

¹¹⁵ Ver: Ibid. p. 146.

¹¹⁶ Ver: Ibid. p. 147.

¹¹⁷ Ver: SMITH, W. Rand. Op. Cit. p. 157.

¹¹⁸ Ver: Ibidem.

¹¹⁹ El proceso de privatización brasilero con anterioridad a Cardoso es, de algún modo, similar a los casos peruanos y argentino antes descritos. En 1990, al tomar el poder, Fernando Collor de Mello, quien se encontraba confrontado con una crisis económica similar heredada de la heterodoxia y con un Congreso dividido, ejecutó un rápido programa de estabilización y persiguió la adopción de políticas de reforma estructural y la ejecución de privatizaciones (ver MANZETTI, Luigi. Op. Cit. pp. 151-153). Sin embargo, a diferencia de los casos de Fujimori y Menem, las acciones de Collor dieron lugar a una fuerte reacción de parte del Congreso, la fuerza laboral, los estudiantes universitarios y la Iglesia Católica, quienes temían que Collor emplee las privatizaciones para consolidar su poder personal (ver SMITH, W. Rand. Op. Cit. p. 157; MANZETTI, Luigi. Op. Cit. p. 153). Luego de tan solo dos años en el poder, Collor fue removido por cargos de corrupción, siendo sucedido por Itamar Franco, un presidente interino que carecía de una base de soporte propia, el cual desaceleró el ritmo de las reformas, sólo pudiendo implementarse un puñado de privatizaciones (entre los dos, sólo 34 EPE fueron transferidas), (ver SMITH, W. Rand. Op. Cit. p. 157; MANZETTI, Luigi. Op. Cit. pp. 153-157).

¹²⁰ Ver: MEGGINSON, William. “Privatization”. En: Foreign Policy 118. 2000. p. 22.

¹²¹ Ver: MANZETTI, Luigi (editor). “Political Economy of Regulatory Policy”. En: “Regulatory Policy in Latin America: Post Privatization Realities”. North-South Center Press. 2000. p. 83.

son naturalmente de largo aliento e imperfectos, hecho que en sí mismo tiene el potencial de limitar la realización de los beneficios perseguidos por la transferencia de las EPE a manos privadas.

Por lo demás, las reformas regulatorias e institucionales pueden ser entorpecidas como productos de las peculiaridades del ambiente político en el que son implementadas. Por ejemplo, dentro del contexto de la economía política bajo la cual se implementaron los procesos de transferencia en los PLA antes descrita, los analistas sostienen que en Argentina las reformas de mercado no fueron acompañadas de una legislación antimonopolios transparente y efectiva, permitiendo el desarrollo de posibles prácticas restrictivas y abusos de posiciones de dominio por parte de empresas de servicios públicos que fueron privatizadas en condiciones monopólicas¹²². Más aún, se sostiene que el vacío institucional bajo el cual se llevaron adelante las privatizaciones en Argentina (por ejemplo, abusando de los decretos de urgencia), los fines políticos perseguidos por tales procesos (*verbi gratia*, compensar a los partidarios) y la corrupción que rodeó su implementación, contribuyeron a fomentar estructuras regulatorias débiles, instituciones regulatorias con presupuestos inadecuados e intervencionismo político en los procesos de toma de decisiones (en algunos casos, se sostiene que se trató de una política deliberada para atraer inversionistas)¹²³. Alegaciones similares de supervisión débil o insuficiente han sido efectuadas con relación a otros procesos de privatización llevados en cabo en la mayor parte de PLA¹²⁴.

IV. LA GLOBALIZACIÓN Y SUS DESCONTENTOS: LA AGENDA PENDIENTE

En junio de 2002, una protesta masiva estalló en Arequipa, la segunda ciudad más importante del Perú, en respuesta al plan del gobierno de privatizar dos empresas de generación eléctrica de propiedad estatal (EGASA y EGESUR). Conforme al *New York Times*, entre los protestantes habían “desde marxistas gritando *slogans* de los años 60, sindicalistas radicales (... hasta) Fanny Puntaca, una tendera y abuela de seis”¹²⁵. Pese al anuncio del presidente Toledo de que las privatizaciones serían llevadas a cabo sin importar la oposición, violentos y destructivos motines y saqueos eventualmente llevaron a que el gobierno suspendiera la venta. Tan sólo semanas después, mientras que los

opositores a la globalización aún celebraban el resultado como señal de la muerte de las privatizaciones, el gobierno anunció el cierre de una operación de US\$ 261 millones, licitando en concesión por 30 años a favor de un consorcio privado el derecho a operar las empresas de transmisión eléctrica de propiedad estatal ETECEN y ETESUR, también localizadas en Arequipa. El día siguiente al otorgamiento de la buena pro, representantes de los sindicatos de las EPE privatizadas emitieron un comunicado de prensa anunciando que se encontraban de acuerdo con la concesión, afirmando que sus derechos se encontraban debidamente protegidos y solicitando a terceros a no intervenir a su favor ni protestar en contra de la concesión. Explicando este inesperado resultado, el equipo legal del consorcio ganador reconoció que estaban conscientes de la necesidad de evitar los problemas de la operación de EGASA-EGESUR, indicando lo siguiente:

“Una de las principales dificultades de la operación fue negociar con los trabajadores. Teníamos que explicar a las personas los beneficios que (un operador privado) conllevaría, tales como una reducción del 10 por ciento en la tarifa de transmisión y la interconexión de los sistemas de transmisión de Perú, Ecuador y Bolivia, que le permitirían al Perú exportar energía a la Comunidad Andina. (...) Esta es la primera operación anunciada conjuntamente por los ministros del gobierno con los representantes laborales. No hubo oposición a la concesión entre los trabajadores—es más, ellos eran los primeros en defender sus beneficios. Creemos que si el proceso es adecuadamente comunicado a la fuerza laboral, y ellos lo aceptan, las cosas corren más fáciles para todos”¹²⁶.

El ejemplo antes reseñado revela que las opiniones contrarias a la privatización voceadas en ciertos segmentos de la sociedad latinoamericana no necesariamente se encuentran enraizadas en un tema de propiedad, sino más bien en deficiencias derivadas de fallas en la economía política y en la supervisión de la implementación de anteriores procesos de transferencia de activos estatales antes discutidas. Estas deficiencias, sin embargo, no invalidan las premisas teóricas y empíricas sobre las que se sustenta la privatización de las EPE. Por el contrario, sí revelan la suprema importancia de introducir políticas que fomenten mayor transparencia y una más estricta rendición de cuentas en los procesos de transferencia

¹²² Ver, por ejemplo: SABA, Roberto. “Regulatory Policy in an Unstable Legal Environment: The Case of Argentina”. En: “Regulatory Policy in Latin America: Post Privatization Realities”. Editor: L. Manzetti. North-South Center Press. 2000. p. 257.

¹²³ Ver: MANZETTI, Luigi. Nota 100 *supra*. p. 328.

¹²⁴ Ver: CHONG, Alberto y Florencio LÓPEZ DE SILANES. Nota 91 *supra*. pp. 52-55; MANZETTI, Luigi. Nota 100 *supra*. pp. 318-321, 328.

¹²⁵ FORERO, Juan. “Still Poor, Latin Americans Protest Push for Open Markets”. En: *New York Times* del 19 de julio del 2002. p. A1.

¹²⁶ “Peruvian Privatisation Runs Protest Gauntlet”. En: *Latin Lawyer Magazine*. Octubre-Noviembre del 2002. p. 1.

de activos estatales, así como la necesidad de fortalecer el marco regulatorio e institucional bajo el cual deberán concurrir las empresas privatizadas.

Smith y Trebilcock argumentan que métodos alternativos para implementar la transferencia de activos estatales a manos privadas, tales como los contratos de gerencia o la subcontratación, pueden ser más adecuados en el contexto de democracias institucionalmente débiles azotadas por climas políticos inestables, corrupción e insuficiente competencia¹²⁷. El actual movimiento observado en Latinoamérica hacia métodos alternativos a la privatización, tales como las asociaciones públicas privadas, es en parte un reflejo de este punto de vista. No obstante, sin importar el nombre que les pongamos o cómo las empaquetemos, cualquier intento por profundizar los esfuerzos privatizadores y consolidar sus beneficios,

no puede ser concebido y ejecutado en un vacío político. Por el contrario, necesariamente, requerirá un mayor grado de participación ciudadana y la implementación de esquemas de supervisión participativos, comunicación efectiva, una mejor distribución de los ingresos percibidos, diálogo inclusivo y la construcción de consensos con las fuerzas laborales y otros grupos de interés, temas demasiadas veces omitidos en la región.

La evolución de la aprobación de las políticas de reforma estructural en general, usualmente sigue la forma de una curva "J", inicialmente declinando y luego recuperándose cuando las políticas comienzan a madurar¹²⁸. Si la aprobación de las privatizaciones en muchos PLA se encuentra actualmente en un punto bajo de la curva, retroceder en esta etapa simplemente sería un despropósito.

Carlos A. Patrón

¹²⁷Ver: SMITH, D. Andrew y Michael J. TREBILCOCK. Nota 4 *supra*. pp. 238-244.

¹²⁸Ver: CHONG, Alberto y Florencio LÓPEZ DE SILANES. Nota 91 *supra*. p. 1.

LOS REGULADORES DE ELECTRICIDAD, SANEAMIENTO Y TELECOMUNICACIONES EN SU ESPACIO: ¿CAPTURA O ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS DISPERSOS? * **

Eduardo Quintana Sánchez***

Actualmente se sostiene la postura que señala que los reguladores poseen el monopolio de las capacidades y decisiones de la regulación y, en concordancia con ello, serían proclives a ser capturados por la industria regulada.

No obstante, a través del siguiente artículo, el autor hace una aproximación del Espacio Regulatorio, demostrando que, lejos de lo que se piensa, el regulador no es más que un agente dentro del proceso regulatorio, que comparte poder con diversos agentes poseedores de semejante capacidad regulatoria; lo cual le impide monopolizar la regulación y por ende, ser capturado.

De esta manera, el autor hace un recorrido exhaustivo analizando este fenómeno en la regulación de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones, a fin de desmitificar tal postura.

* A Tita, constante norte para mí.

** Agradezco los comentarios de Martha Martínez y Paul Phumpiu al presente trabajo. Cualquier inexactitud que pudiera mantenerse es de mi responsabilidad.

*** Master en regulación de Servicios Públicos por la London School of Economics. Profesor de la Maestría de Derecho de la Empresa Especialidad de Servicios Públicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociado Senior, Estudio Ferrero, Lema, Solari & Santibañez

I. INTRODUCCIÓN

En un primer momento la idea predominante era que la intervención del Estado en las actividades económicas, a través de la regulación, era un medio efectivo para corregir las fallas del mercado y lograr el objetivo del mayor bienestar de la población. Se partía del supuesto de que el regulador no sólo estaba convencido de las virtudes de ese objetivo, sino de que una vez en funcionamiento trataría de lograrlo.

La lógica de la captura –fuertemente respaldada por la denominada Teoría Económica de la Regulación– nació como respuesta a la falta de comprobación empírica de los supuestos antes mencionados. La idea básica de esta línea de razonamiento es que el regulador se guía por sus propios intereses y siguiéndolos termina beneficiando a las empresas reguladas. Por ello plantea la proclividad del regulador a ser “capturado”¹ por la industria, dejando de lado el objetivo de limitar los excesos que pueden cometer las empresas y desamparando a los demás grupos de interés.

El coherente despliegue de conceptos que respalda este razonamiento ha llevado a que sea la aproximación más conocida para analizar el desempeño de los organismos o agencias reguladoras. Sin embargo, existen planteamientos alternativos que confrontan sus postulados y explican bastante mejor la compleja realidad de los procesos regulatorios. Una de estas aproximaciones es la del Espacio Regulatorio.

La aproximación del Espacio Regulatorio busca desmitificar la supuesta proclividad de los reguladores a ser capturados por la industria regulada. Su planteamiento básico es que si bien es un actor principal, el regulador es uno más de los agentes que participa en el proceso regulatorio. Por ende, el regulador no monopoliza todas las capacidades y decisiones de tal proceso, pues en el mismo participan una variedad de agentes con gran poder proveniente de la tenencia de valiosos recursos que les otorgan capacidades regulatorias no derivadas necesariamente de la ley. Consecuentemente, la “captura” no es siempre el objetivo primordial de la industria, dado que el regulador no monopoliza el poder, ni tampoco resulta una opción libre de complicaciones ya que ante la superposición de capacidades regulatorias es complejo identificar a quien se tendría que “capturar”. De esta forma, más que relaciones de captura lo que se plantea son relaciones de interdependencia, en las que los distintos agentes deben “negociar” posiciones para tomar una decisión.

La perspectiva del Espacio Regulatorio trata de dirigir la atención hacia el complejo proceso de toma de decisiones regulatorias donde no hay relaciones verticales jerárquicas, en el que el regulador impone sus decisiones a todos los regulados, sino mutua dependencia entre los agentes involucrados. Desde esta perspectiva, la reforma regulatoria debe dirigirse a crear procedimientos que exploten el potencial de cada uno de los actores de modo que los haga partícipes en el proceso regulatorio considerando los recursos que poseen. Así, en vez de aislar al regulador para que no sea capturado, se buscan procedimientos que faciliten la participación de actores que supervisen y contrapesen el ejercicio de la discrecionalidad del regulador.

Este marco conceptual permite analizar el desempeño de los organismos reguladores adentrándose en la superposición de poderes y capacidades que usualmente confluyen en el proceso regulatorio. Dadas sus características, el Espacio Regulatorio puede ser una excelente forma de hacer un diagnóstico sobre el funcionamiento del diseño institucional cuando las capacidades del regulador se encuentran bajo cuestionamiento y su autoridad es inestable, como sucede en el Perú.

En tal sentido, sin ánimo de ser concluyentes, en este trabajo se busca analizar el desempeño más reciente de los organismos reguladores peruanos en los ámbitos de energía eléctrica, saneamiento y telecomunicaciones, presentando ejemplos que permitan evaluar si existe centralización o dispersión de los recursos que otorgan capacidades regulatorias, y si dichos organismos son uno más de los actores con poder dentro de cada sector, generándose así relaciones de interdependencia. Esto con la finalidad de evaluar si en la práctica el Espacio Regulatorio constituye una herramienta de análisis igual o mejor que la lógica de la captura para estudiar el desempeño de los reguladores.

II. EXPLICANDO EL DESEMPEÑO DE LOS REGULADORES

A. La teoría normativa de la regulación

La denominada teoría normativa incluye aquellas posiciones que señalaban que la regulación tiene por objetivo resolver los problemas derivados de la existencia de las fallas de mercado, es decir, monopolios naturales, externalidades, información asimétrica, etcétera. El postulado básico de estas posiciones era que una vez creados y en funcionamiento, los organismos reguladores tenían como principal finalidad buscar la eliminación o

¹ Nota del editor: la captura del regulador se da en tanto prevalezcan los objetivos de quien ejerce presión, sobre los objetivos propios de la regulación, en contradicción a estos.

reducción de las ineficiencias producidas por las fallas del mercado. Esta fue la teoría que primó hasta los primeros años de la década del 60. En ese tiempo nada parecía más claro que los efectos benignos que tenía la regulación¹.

La teoría normativa asumía que la intervención del Estado en las actividades económicas era un medio efectivo para lograr mayor bienestar para toda la población. La idea era que el regulador estaba convenido de las bondades de ese objetivo y que su principal razón de ser era el logro del mismo. Pero este postulado no había sido corroborado en los hechos. No existían estudios económicos empíricos que lo respaldaran y que probaran que la regulación había sido efectivamente un remedio adecuado para enfrentar las fallas del mercado.

Dentro de este contexto, Stigler y Friedland publicaron en 1962 un importante estudio sobre los efectos de la regulación de tarifas eléctricas en Estados Unidos², cuya principal conclusión fue que la regulación no había dado lugar a menores precios en esa industria. Este trabajo estimuló la aparición de una gran cantidad de estudios sobre los efectos de la regulación. Como consecuencia de ello se encontró que, en diversos casos, la regulación no había logrado eficiencia en la asignación de recursos, pues no había permitido que los consumidores se beneficiaran con la intervención del Estado en las actividades económicas. En otras palabras, la regulación no había generado una efectiva reasignación de la riqueza como se esperaba que actúe ante circunstancias de falla de mercado.

Considerando los distintos estudios sobre los efectos de la regulación que concluían que la misma no había mejorado los precios ni las condiciones existentes en los sectores en que se había aplicado; en 1972 Jordan resumió las opiniones existentes en lo que luego se ha calificado como la teoría de la captura³. De un lado, señaló que en mercados competitivos como el de transporte terrestre o aéreo, la regulación había llevado a que se elevaran los precios y a que hubiera menos competidores en tanto que había limitado la posibilidad de entrada de nuevos operadores. De otro lado, en industrias con características de monopolio natural, la regulación no había permitido que se eviten los mayores precios que aplica el monopolista. En tal sentido, el principal argumento de Jordan fue que la regulación servía a los intereses de los productores, ya sea creando las condiciones necesarias para que

se formaran carteles donde no tenían porqué existir –aprovechando la seguridad de que no ingresarían nuevos competidores debido a las limitaciones regulatorias– o fallando al tratar de evitar los efectos negativos del monopolio.

B. La teoría económica de la regulación

El primer y más relevante aporte conceptual para la Teoría Económica de la Regulación proviene de George Stigler⁴. El premio Nóbel reconoció que los estudios empíricos realizados indicaban que la regulación terminaba beneficiando a las empresas, pero planteó con visión innovadora que tales hechos debían evaluarse desde una perspectiva económica de oferta y demanda. Según Stigler los actores políticos –organismos reguladores y otras autoridades– son agentes maximizadores de sus propios intereses, entre los que se incluye mantener y asegurar su propio poder. En tal sentido, los reguladores actúan de forma similar que los políticos –que hacen ofertas electorales– y “ofrecen” a los grupos de interés decisiones tales como fijar el nivel de los precios, reducir o ampliar el número de firmas que pueden actuar en el mercado, redefinir las actividades que los agentes están autorizados a realizar, entre otras. De esta manera, el regulador define su función de utilidad, según sus intereses, sobre la base de dos criterios de elección: votos y recursos.

Stigler sostiene que los grupos de interés que pueden verse afectados por las decisiones del regulador son impulsados “a votar” en su favor o en su contra, es decir, a apoyar o cuestionar sus decisiones según respondan o no a sus objetivos. De esta forma, los reguladores con sus propios intereses y los grupos de interés intercambian bienes de utilidad, por ejemplo, un determinado nivel de precios o la posibilidad de entrada en una industria, a cambio de votos o recursos. Cada actor se guía por su propia utilidad y busca su propio bienestar, sin interesarse necesariamente por el bienestar social agregado.

Para Stigler son dos los elementos que influyen prioritariamente en la capacidad de los grupos de interés para “votar” en favor o en contra: información y organización. Los costos en que se incurre para tener información oportuna y adecuada sobre las decisiones que va a adoptar el regulador, y los de organizarse para influir en el sentido de tales decisiones, llevan a que sean los grupos de interés que enfrentan menores costos

¹ PELTZMAN, Sam. “The economic theory of regulation after a decade of deregulation”. En: BALDWIN, SCOTT y HOOD (editores). “A reader on regulation”. New York: Oxford University Press. 1998. pp. 95-96.

² STIGLER, George y Claire FRIEDLAND. “What can regulators regulate? The case of electricity”. En: Journal of Law and Economics 5. 1962.

³ JORDAN, William. “Producer protection, prior market structure and the effects of government regulation”. En: Journal of Law and Economics 15. 1972.

⁴ STIGLER, George. “The theory of economic regulation”. En: Bell Journal of Economics and Management Science 1. Volumen 2. 1971.

los que tengan preeminencia en el proceso regulatorio. Usualmente son las empresas quienes tienen menores costos para obtener información y para organizarse, con lo cual resultan privilegiadas en la pugna.

Sam Peltzman profundizó en los planteamientos de Stigler y ofreció un mayor desarrollo para la teoría económica de la regulación. Su principal argumento es que los grupos de interés que tienen influencia en las decisiones del proceso regulatorio son varios y no sólo las empresas⁵. Según Peltzman, el político maximizador de utilidad asigna los beneficios que puede otorgar a través de sus decisiones de forma óptima entre los distintos grupos de interés. De esta forma, siempre existe la posibilidad de que grupos de consumidores u otras organizaciones que no representan a la industria (como por ejemplo los grupos protectores del medio ambiente) ofrezcan algunos votos o recursos en favor del regulador, logrando así la opción de recibir también ciertos beneficios.

En otras palabras, los reguladores aceptan beneficios de todos los que pueden dárselos en la medida en que no afecten muy notoriamente a aquellos grupos que más les ofrecen⁶. Así, el regulador trata de que todos se beneficien tanto como puede pero siempre con las limitaciones que le impone, de un lado, la demanda y, de otro, las funciones de costos de la industria regulada.

Resumidamente las líneas matrices de la teoría económica de la regulación son las siguientes:

- Los grupos de interés compactos y bien organizados tienden a beneficiarse más de la regulación que los grupos amplios y difusos. Esto puede dar lugar a la preponderancia de los grupos de productores, porque ellos usualmente están mejor organizados que los grupos de consumidores u otras organizaciones similares.
- La política regulatoria tiende a preservar una distribución óptima de rentas entre los miembros del entorno o actividad productiva correspondiente y en el tiempo dará lugar a nuevas distribuciones en función a cambios en la demanda o condiciones de costos de los grupos de interés.
- Como los beneficios de la regulación se derivan de la distribución de riqueza, el proceso regulatorio

tenderá a evitar pérdidas de bienestar significativas⁷.

Según se advierte, la idea básica de la Teoría Económica de la Regulación es que el regulador se guía por sus propios intereses y siguiéndolos termina beneficiando a la industria. De ello surge la idea de la proclividad del regulador a ser "capturado" por la industria, dejando de lado el objetivo de limitar los excesos que pueden cometer las empresas y desamparando a los demás grupos de interés. Por ello, los seguidores de esta teoría plantean que el mejor remedio son aquellas medidas destinadas a aislar al regulador para que realice sus labores sin la tentación de caer en la captura.

El coherente despliegue de conceptos económicos que respalda a esta teoría ha permitido que hasta la actualidad la lógica de la captura sea la aproximación más conocida para analizar el desempeño de los organismos o agencias reguladoras. Sin embargo, existen planteamientos alternativos e innovadores que confrontan satisfactoriamente los postulados de la captura y, además, demuestran ser explicaciones más acordes con la realidad de los procesos regulatorios. Uno de esos planteamientos es el que se ha denominado genéricamente como el Espacio Regulatorio.

C. El Espacio Regulatorio

La aproximación del Espacio Regulatorio desmitifica la supuesta proclividad de los organismos reguladores a ser capturados por parte de la industria regulada. Su planteamiento básico es que, si bien el regulador es uno de los principales actores del proceso regulatorio, no monopoliza todas las capacidades y decisiones de tal proceso. Ello se debe a que la regulación se desenvuelve en un espacio donde intervienen una variedad de agentes con gran poder derivado de la tenencia de valiosos recursos que les otorgan importantes capacidades regulatorias formales o "informales" no derivadas de la ley. Consecuentemente, ante la superposición de capacidades regulatorias la "captura" no es siempre el objetivo primordial de la industria, ni explica adecuadamente los resultados del proceso regulatorio.

Hancher y Moran plantearon en 1989 las líneas fundamentales de la aproximación del Espacio Regulatorio⁸. Para ellos el funcionamiento del Estado

⁵ PELTZMAN, Sam. "Toward a more general theory of regulation". En: *Journal of Law and Economics* 2. Volumen 19. 1976.

⁶ La racionalidad detrás del razonamiento de Peltzman es la idea de cómo asigna sus recursos un sujeto o entidad maximizadora de beneficios. Un consumidor, por ejemplo, compra mayormente alimentos pero también destina parte de su presupuesto a otros bienes tales como ropa o medicinas. Una empresa también reparte de forma similar sus recursos en tanto que si bien adquiere bienes de capital e insumos también requiere mano de obra para su proceso productivo.

⁷ PELTZMAN, Sam. Op. cit. p. 103.

⁸ HANCHER, Leigh y Michel MORAN. "Organizing regulatory space". En: HANCHEN, Leigh y Michael MORAN (editores). "Capitalism, culture and regulation". Oxford: Clarendon Press. 1989.

moderno se da sobre la base de dos principios: (i) todo gobierno se sustenta en las reglas de la democracia y responde a la voluntad popular; y (ii) el ejercicio de poder público del gobierno se sustenta en él respecto de la ley. De estos principios se deriva la concepción de que la regulación es el control del poder público (popular) sobre actividades del poder privado en el mercado. Luego surge la creencia instintiva –en la que se sustenta la lógica de la captura– de que toda influencia privada en el proceso regulatorio o los eventuales beneficios que pueden obtener los privados con la regulación son necesariamente ilegítimos asumiendo que ello distorsiona el objetivo de la regulación que es representar el interés público.

Sin embargo, el proceso regulatorio está compuesto por un conjunto de actividades, como son el diseño de reglas, la creación o identificación de instituciones para aplicarlas, la interpretación de tales reglas en el caso concreto, el control de su cumplimiento, etcétera. Estas actividades no son realizadas solamente por organismos y agencias estatales, sino también por grupos de interés organizados, tales como asociaciones de consumidores, grupos defensores del medio ambiente, gremios empresariales, o las empresas mismas. En tal virtud, la distinción entre el ámbito público y el privado va haciéndose más difusa cuando se trata del proceso regulatorio, y lo que empieza a primar son las relaciones entre organizaciones poderosas y sofisticadas, relaciones que no se limitan a la subordinación de los regulados al regulador sino que suponen negociación e interdependencia.

Hancher y Moran señalan que los grupos de interés, sean empresas, asociaciones de consumidores u otros, cuentan con importantes recursos que son necesarios dentro del proceso regulatorio, tales como información valiosa, experiencia en el ramo, personal calificado y, en último término, dinero. La posesión de estos recursos hace de dichos agentes centros de poder en el proceso regulatorio, a la par que las entidades –agencias y organismos reguladores– usualmente etiquetadas como públicas. Así, la lógica del proceso regulatorio es una en que las distintas partes negocian, cooperan, se amenazan y actúan según los roles que les corresponden. Además, la asignación de roles –creadores de reglas, guardianes de su cumplimiento y portavoces de intereses sectoriales– está en constante cambio. De esta manera, los agentes dejan de ser portadores exclusivos de intereses privados o públicos, para convertirse en actores de un espacio compartido.

Lo importante es comprender la naturaleza del espacio regulatorio en cuestión. Tratándose de un espacio, el

mismo no sólo está disponible para ser ocupado, sino que puede ser dividido entre actores mayores y menores; además su alcance puede variar según el tema materia de la regulación⁹. Los temas clave que deben evaluarse de acuerdo con esta teoría son:

- El acceso al espacio regulatorio: ¿cuáles son las reglas de admisión?; ¿quiénes participan en el mismo y quiénes fueron excluidos?; ¿por qué sucedió así?
- Las relaciones existentes y el poder relativo de cada actor: ¿cuáles son las capacidades de cada participante en función a los recursos disponibles para cada uno de ellos?
- La agenda reguladora: ¿cuáles son los temas incluidos y excluidos del proceso regulatorio?; ¿cuál es la prioridad en el caso de los primeros?

En virtud de lo expresado, puede afirmarse que la aproximación del espacio regulatorio busca ofrecer una visión institucional que trata de aproximarse al contexto en que se desempeñan efectivamente los organismos reguladores. Para ello, asume que el proceso regulatorio no es un fenómeno que se impone verticalmente desde el regulador hacia los regulados –y que por ende es pasible de captura–, sino que se perfila y transforma en función de las capacidades y roles que cumple cada participante de dicho espacio.

Si bien resulta una aproximación sugerente, las ideas del Espacio Regulatorio pueden aparentar ser abstractas y difíciles de aplicar en los hechos como herramienta de análisis del comportamiento de los reguladores. No obstante, como se comprobará más adelante al analizar el desempeño de los reguladores peruanos estas ideas terminan siendo un reflejo bastante fiel de los hechos.

D. El Espacio Regulatorio: recursos dispersos e interdependencia

El análisis derivado del Espacio Regulatorio ha sido ampliado y enriquecido recientemente por Scott, dándole trazos más precisos y definitivos a esta teoría¹⁰. De acuerdo con este autor, el proceso regulatorio, entendido en su acepción lata, está compuesto por tres funciones: (i) establecimiento de reglas; (ii) monitoreo o supervisión de su cumplimiento; y (iii) control de desviaciones o incumplimientos. La principal idea de la metáfora del Espacio Regulatorio es que los recursos clave para

⁹ Mientras que en un ámbito como la actividad farmacéutica el alcance de la regulación podría estar relacionado no sólo con la seguridad de los medicamentos, sino también con sus precios, en la actividad de producción y comercialización de autos probablemente la regulación sólo se concentre en materias relacionadas con la seguridad.

¹⁰ SCOTT, Colin. "Analyzing regulatory space: fragmented resources and institutional design". En: Public Law. 2001.

mantener el poder regulador y ejercer tales funciones, están dispersos o fragmentados.

Estos recursos no se restringen a la autoridad formal del Estado derivada de la ley, de los contratos de concesión u otros instrumentos de carácter normativo, sino que también se encuentran en el control de información, riqueza y capacidades organizativas. La posesión de estos recursos está dispersa en distintos organismos estatales y también se distribuye entre entidades estatales y no estatales. Por ello, los organismos reguladores carecen del monopolio sobre la autoridad, pues las capacidades derivadas de la posesión de esos recursos clave no se ejercen necesariamente de modo jerárquico. Más bien, lo que existen son relaciones de interdependencia negociada entre los actores que poseen dichos recursos.

En cuanto a los **recursos dispersos**, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que los recursos gubernamentales necesarios para el proceso regulatorio no se limitan a la autoridad legal, sino que también incluyen la riqueza (o el tesoro público), la información (o los medios para centralizar datos, estadística, evaluaciones y pronósticos especializados, etcétera), y las capacidades organizativas (o la estructura de gobierno). Incluso la autoridad legal está más dispersa de lo que usualmente se cree, pues no se concentra únicamente en el regulador, sino que por lo general es compartida con el Ejecutivo, quien se reserva importantes cuotas de poder regulatorio, como por ejemplo la facultad de otorgar las autorizaciones o permisos para operar en el mercado o para imponer las sanciones más graves como sería la anulación de dichas autorizaciones. Asimismo, si bien el regulador está encargado de velar por el cumplimiento de las normas y sancionar las desviaciones, las atribuciones para otorgarle mayores facultades o elevar los montos de las multas que puede imponer se mantienen en el Poder Legislativo.

De ello se deriva que el desempeño de los reguladores no siempre pueda mantenerse en un ámbito técnico, en tanto

que deben responder a la tendencia menos técnica del Ejecutivo o del Legislativo, que se guían por objetivos adicionales y distintos a los netamente técnicos, que pueden haber sido impulsados por las empresas reguladas u otros grupos de interés organizados que tienen influencia sobre el Ejecutivo o Legislativo.

Adicionalmente, otras organizaciones también cuentan con recursos clave que les otorgan cierto grado de poder dentro del proceso regulatorio. La posesión de recursos distintos a la autoridad legal formal –información, riqueza y capacidad organizativa– confieren autoridad informal que puede estar dispersa entre organizaciones estatales y no estatales. Así, la posesión de información clave puede permitir que la firma regulada cuestione o domine las decisiones sobre cuándo se ha cumplido con la regla exigida¹¹. La posesión de capacidades organizativas como el *marketing*, la capacidad de *lobby* y la asesoría profesional, pueden permitir a algunos actores dominar el proceso de creación de normas, el monitoreo del cumplimiento de las mismas, o la sanción en caso de desviaciones, pese a que no cuenten con autoridad legal formal. En el extremo, la posesión de riqueza puede permitir a los grupos de interés corromper el proceso regulatorio directa o indirectamente.

La posesión de esos recursos por entidades no estatales puede dar lugar a que se les adjudique la autoridad formal legal. En efecto, en ciertos casos el marco legal otorga poderes regulatorios específicos a entidades privadas, reconociendo que se encuentran en mejor posición para evaluar el cumplimiento de las reglas por los obligados y, de ser el caso, para adoptar medidas correctivas en caso de incumplimiento. Esto sucede, por ejemplo, con los Colegios Profesionales pues dada su experiencia y conocimiento pueden evaluar mejor si sus agremiados cumplen cabalmente con los estándares de conducta de la profesión; asimismo, dada su naturaleza de entidad gremial, cuentan con mayor legitimidad para imponer eventuales sanciones a sus miembros¹².

¹¹ Como señala Scott, la asimetría de información entre empresa regulada y regulador se ha reconocido hace mucho como uno de los retos de la regulación pero no se ha desarrollado suficientemente, en la lógica de considerarla como un recurso clave que otorga poder informal, como para poner en tela de juicio que el regulador siempre esté en capacidad de imponer jerárquicamente sus decisiones a los regulados y que cuando no lo hace se deba a una situación de supuesta captura.

¹² En nuestro medio, por ejemplo, el Colegio de Abogados de Lima cumple varias funciones de carácter regulatorio, pues no sólo ha emitido un Código de Ética que define normas de conducta obligatorias para sus miembros, sino también cuenta con dos instancias –Consejo de Ética y Tribunal de Honor– que investigan y, de ser el caso, sancionan el incumplimiento de dichas reglas. Ver al respecto: <http://www.cal.org.pe/> (visitada el 22 de abril de 2006). En el ámbito de la publicidad también se presenta un caso similar. Los gremios de empresas del sector publicitario o de medios de comunicación (ANDA, ARTV, APAP) han adoptado un Código de Ética Publicitaria, es decir, han producido reglas para una de sus actividades más importantes. Adicionalmente, se ha creado el Consejo de Autorregulación Publicitaria-CONAR, entidad privada cuyo objeto es promover el uso adecuado de la publicidad y cuyos miembros son los gremios antes indicados. El CONAR –a través de su Comisión Permanente de Ética– resuelve denuncias referidas a publicidad supuestamente infractora del Código de Ética Publicitaria. Adicionalmente, el CONAR –a través del Sub Comité de Ética Publicidad Comercial– también realiza una labor preventiva identificando piezas publicitarias que infringirían esas normas, para reunirse con la empresa anunciante e informarle de tal situación. El CONAR ha logrado que sus decisiones y recomendaciones sean atendidas por los anunciantes. Ver: “El control de la publicidad comercial”. En: Revista Anda. 2005. p. 15. Los ejemplos de capacidades regulatorias en manos privadas no se limitan al ámbito de actividades no sujetas a regulación explícita. Así, por ejemplo las empresas del sector financiero han tenido la iniciativa de institucionalizar un Defensor del Cliente Financiero, como entidad privada, independiente tanto de la industria como del Estado, que tiene la capacidad de resolver las quejas y conflictos entre los usuarios del sistema y las entidades financieras. Por su parte, estas entidades han asumido el compromiso –en una forma típica de autorregulación– de aceptar las decisiones del Defensor de los Servicios Financieros. Así, esta institución privada cumple una función regulatoria en el ámbito de la solución de conflictos y puede sustituir la intervención del Estado en un sector típicamente sujeto a regulación. Ver al respecto: <http://www.asbanc.com.pe/DefensorDelClienteFinanciero/Defensor.htm> (visitada el 25 de marzo de 2006).

Más aún, así como la autoridad regulatoria no sólo se encuentra en entidades estatales, los sujetos bajo control regulatorio tampoco son únicamente entidades privadas. Los organismos reguladores también son supervisados o controlados por otras entidades del propio Estado¹³ e incluso pueden ser supervisados ocasionalmente por agentes no estatales¹⁴.

En opinión de Scott, la dispersión de recursos clave que otorgan poder y capacidades regulatorias a diversos actores genera **relaciones de interdependencia** entre ellos. En efecto, los participantes del Espacio Regulatorio muchas veces deben negociar sus posiciones, pues son mutuamente dependientes y carecen del poder suficiente para imponer directa y verticalmente sus decisiones a los demás.

La tónica de la interdependencia obliga a reevaluar la posibilidad de captura del regulador. Si se asume que el regulador es todopoderoso y que su capacidad de toma de decisiones es amplia y con pocos límites, la opción de la captura parece adquirir mayor fuerza. Sin embargo, si se considera que los recursos que otorgan capacidades regulatorias se encuentran dispersos y no centralizados en el regulador, la percepción del problema cambia. En primer lugar, se verifica que el regulador no tiene tanta libertad como se supone, pues debe explicar y sustentar su posición casi a diario no sólo frente a las empresas reguladas, sino también frente a grupos de usuarios y otras entidades del Estado, incluyendo la sombra permanente de fiscalización por parte del Poder Legislativo, con lo cual existe una suerte de rendición de cuentas extendida. En segundo lugar, si las capacidades regulatorias están dispersas, la posibilidad de captura se hace más complicada, no sólo en lo que se refiere a identificar a quién tendría que capturarse, sino también para lograr la captura efectiva en un contexto en que la autoridad regulatoria se encuentra superpuesta entre varias entidades.

Para Scott, la perspectiva del Espacio Regulatorio no cuestiona la existencia de regulación basada en la autoridad formal jerárquica, sino que busca dirigir la atención hacia la regulación indirecta que se produce a través de complejos procesos en los que no existe un ente controlador claramente identificable. Por ello, antes que dar por sentado que todos los recursos clave están en manos del regulador, propone verificar si tales recursos están dispersos, pues, de ser así, puede

diseñarse un sistema regulatorio más sensible frente a la asignación actual de esos recursos.

Consecuentemente, desde esta perspectiva la reforma regulatoria es mejor entendida como la creación de un diseño institucional que explote el potencial de cada uno de los actores, de modo que los haga partícipes en el proceso regulatorio considerando los recursos que poseen. Esta teoría plantea entonces que, en vez de tratar de aislar al regulador, lo que debe establecerse son procesos que faciliten la confluencia de capacidades regulatorias múltiples y sobrepuestas, permitiendo así el acceso de participantes que supervisen y contrapesen el ejercicio de la discrecionalidad del regulador.

III. IDENTIFICANDO RECURSOS DISPERSOS EN EL ESPACIO REGULATORIO PERUANO

El marco conceptual derivado de la aproximación del Espacio Regulatorio permite analizar el desempeño de los organismos reguladores adentrándose en la superposición de poderes y capacidades que usualmente confluyen en el proceso regulatorio. Esta aproximación ya ha sido utilizada para estudiar no sólo el contexto en que se desenvuelven reguladores concretos, sino la forma en que evolucionan y se perfeccionan¹⁵. Dadas sus características y postulados, el Espacio Regulatorio puede ser una excelente forma de hacer un diagnóstico sobre el funcionamiento del diseño institucional cuando las capacidades del regulador se encuentran bajo cuestionamiento y su autoridad es inestable, como sucede en países como el Perú.

Por ello, a continuación se analizará varios aspectos del desempeño más reciente de los organismos reguladores peruanos en los ámbitos de energía eléctrica, saneamiento y telecomunicaciones, presentando ejemplos que permitan evaluar si existe centralización o dispersión de los recursos que otorgan capacidades regulatorias, y si dichos organismos son uno más de los actores con poder dentro de cada sector, generándose así relaciones de interdependencia.

No se pretende efectuar aquí un estudio individual y completo del desempeño de cada uno de dichos reguladores en todo el tiempo que vienen funcionando, pues ello requeriría un artículo específico para cada caso. Más bien, lo que se busca es determinar si las

¹³ En el caso peruano, por ejemplo, está el control que ejercen no sólo las instancias del sistema nacional de control, es decir, la Contraloría General de la República y los auditores internos; sino también la fiscalización que realizan cada vez de forma más continua las diversas Comisiones del Congreso.

¹⁴ A manera de ejemplo puede considerarse lo que sucede con las empresas internacionales calificadoras de riesgo, del tipo Standard and Poors, que evalúan el desempeño de las entidades de los estados o incluso de los gobiernos para elaborar *rankings* sobre su credibilidad.

¹⁵ Por ejemplo, la aproximación del Espacio Regulatorio ha sido utilizada con acierto y maestría para el estudio del desempeño del famoso regulador británico de las telecomunicaciones, la Office of Telecommunications-OFTEL (hoy Office of Communications-OFCOM). Ver: "OfTel in space: interdependence and accountability". En: HALL, SCOTT y HOOD. "Telecommunications regulation: culture, chaos and interdependence inside the regulatory process" London: Routledge. 2000.

hipótesis del Espacio Regulatorio pueden explicar la actuación de los reguladores con igual o mayor solidez que la lógica de la captura.

Cabe aclarar que las secciones posteriores no buscan debatir o cuestionar la conveniencia o no de las decisiones o propuestas regulatorias que se presentan como ejemplo, sino más bien describirlas con el fin de evaluar si pueden ser calificadas como manifestaciones de lo que propone la aproximación del Espacio Regulatorio.

A. Autoridad legal fragmentada

1. Ministerio del sector: ¿contrapeso o enemigo declarado?

Dentro del marco legal peruano, el Ministerio del sector representa la autoridad política del Ejecutivo dentro de cada industria sujeta a regulación. Parte importante de la autoridad formal para ejercer capacidades regulatorias se mantiene en manos del Ministerio. Ejemplo de ello es que en todos los casos el Ministerio es la autoridad concedente y como tal administra la posibilidad de entrada de los operadores al mercado a través del otorgamiento de los títulos habilitantes para prestar los servicios. En otras palabras, el regulador sólo cumple sus labores una vez que las empresas han sido autorizadas por el Ministerio para operar en el mercado.

En la industria eléctrica, el Ministerio de Energía y Minas (en adelante MEM) es quien otorga las concesiones para las actividades de generación superior a 10 MW de potencia, de transmisión, y de distribución de electricidad para demandas superiores a 500 KW. Asimismo, es el encargado de establecer servidumbres en favor de los operadores eléctricos que lo requieran para el desarrollo de sus actividades¹⁶. En el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante MTC) se encarga de otorgar las concesiones para prestar servicios portadores, finales y de difusión; así como de la administración y asignación de recursos escasos (espectro radioeléctrico y numeración) entre los operadores interesados¹⁷. En el caso del sector de saneamiento, el Ministerio de Vivienda, Construcción

y Saneamiento (en adelante MVCS) es el organismo rector de la industria y la autoridad concedente –junto con las municipalidades– encargada del otorgamiento de los derechos de explotación de los servicios de saneamiento (agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial, y disposición sanitaria de excretas)¹⁸.

Las distintas competencias que mantiene el Ministerio del sector y no son trasladadas al regulador evidencian que la autoridad legal formal se encuentra fragmentada. Producto de la distribución de funciones y capacidades existente se generan relaciones de diversa naturaleza entre Ministerio del sector y regulador.

Un tipo de relación que puede instaurarse es la de contrapeso en que existe una convivencia pacífica pero con momentos de enfrentamiento, de manera que cada quien aporta las capacidades regulatorias que posee para lograr los objetivos regulatorios. Un ejemplo de ello se dio en el sector de telecomunicaciones, como parte del procedimiento seguido en los años 2004 y 2005 para que el MTC autorice la transferencia de las concesiones y espectro radioeléctrico entre las empresas Telefónica Móviles S.A.C. y Bellsouth Perú S.A. como consecuencia de la fusión entre ambas¹⁹.

Como se sabe, el MTC decidió aprobar la transferencia de las concesiones, pero sujetando la aprobación al cumplimiento de varias condiciones. Una de ellas fue que la empresa resultante de la fusión no cobre tarifas diferentes para las llamadas dentro de la red que se formaría al unir ambas empresas (llamadas *on-net*) y para las llamadas originadas en su red y con destino en otras redes (llamadas *off-net*), sujetando dicha prohibición a que el Organismo Supervisor de Inversión en Telecomunicaciones-OSIPTEL fije el cargo por terminación de llamadas en redes móviles y se pronuncie sobre los efectos de la referida diferencia entre tarifas *on-net* y *off-net*²⁰.

La aplicación de tarifas *on-net* y *off-net* diferenciadas era una práctica comercial usual dentro del mercado de telefonía móvil, pero el MTC optó por limitar la capacidad de la empresa resultante de la fusión –que sería la más grande del mercado– de utilizar dicha

¹⁶ Artículos 3, 25 y 111 de la Ley de Concesiones Eléctricas. Decreto Ley 25844 y artículos 29 y 216-222 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas. Decreto Supremo 009-93-EM.

¹⁷ Artículo 75 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones. Decreto Supremo 013-93-TCC y artículos 113-115 y 122-124 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones. Decreto Supremo 006-94-TCC.

¹⁸ Artículos 2, 5 y 8 de la Ley General de Servicios de Saneamiento, Ley 26338 y artículos 4 y 139 del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento. Decreto Supremo 023-2005-VIVIENDA.

¹⁹ De acuerdo con el artículo 122 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, las concesiones y asignaciones de espectro radioeléctrico otorgadas a un operador sólo pueden transferirse a otro si es que existe aprobación previa del MTC.

²⁰ Artículo 2.4 de la Resolución Viceministerial 160-2005-MTC/03. Procedimiento de transferencia de concesiones de Telefónica Móviles S.A.C. a Comunicaciones Móviles del Perú S.A. (ex Bellsouth Perú S.A.), publicada en el Peruano el 08 de abril de 2005.

práctica comercial hasta que el regulador se pronunciara sobre los efectos que ello podría ocasionar²¹.

Es otras palabras, el MTC decidió sobre un aspecto que es parte del ámbito de competencia exclusiva del regulador, cual es el de las tarifas y condiciones tarifarias aplicadas por los operadores móviles. No obstante, limitó temporalmente las consecuencias de su injerencia, dejando en manos del regulador el tiempo que tendría vigor tal decisión. En efecto, luego del proceso correspondiente, el OSIPTEL fijó los cargos de terminación de llamadas en redes móviles y también se pronunció señalando que la diferenciación de tarifas *on-net* y *off-net* por parte de la empresa fusionada era una modalidad de discriminación de precios que podía resultar eficiente, por lo que no debía limitarse a *priori*²².

También como parte de la relación de contrapeso entre Ministerio y organismo regulador, se pueden encontrar episodios de enfrentamiento ocasional por materias sensibles. Este fue el caso del intercambio de opiniones entre el Organismo Supervisor de Inversión en Energía-OSINERG y el MEM debido al reajuste de tarifas que tendría que haber aplicado el regulador en octubre de 2005, a raíz del incremento del precio internacional de los insumos para la generación eléctrica (gas natural, diesel y petróleo residual).

El problema se desencadenó cuando el OSINERG anunció que las tarifas finales de electricidad se incrementarían alrededor de 3%. El MEM no sólo afirmó que no había razones para dicho incremento, sino que indicó que pediría explicaciones al regulador. Por su parte, el OSINERG manifestó que ya había advertido al MEM sobre la posibilidad de tener que efectuar ese reajuste debido a los efectos que podía tener el huracán Katrina que asoló Estados Unidos sobre el precio de los insumos mencionados. Además, el regulador agregó que había presentado al MEM un proyecto de modificación del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, para evitar que los precios internacionales de los insumos afecten directamente

las tarifas eléctricas, pero que no se le había hecho caso²³.

Posteriormente la tensión se redujo. El MEM y el OSINERG comenzaron a evaluar como alternativas de solución del problema tanto la modificación del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas como pedir a Pluspetrol –empresa concesionaria de la explotación del Gas de Camisea– la reducción del precio de venta de gas natural a las generadoras eléctricas²⁴. Finalmente, luego de lograr un acuerdo con Pluspetrol, el MEM adoptó una decisión para resolver el problema, estableciendo vía resolución ministerial que el OSINERG no tome en cuenta el desenvolvimiento de los precios de los combustibles de los meses de septiembre y octubre en su reajuste mensual de las tarifas eléctricas²⁵.

La relación entre Ministerio y regulador también puede ser tirante y, en el extremo, convertir al primero en “enemigo declarado” del segundo. Esto es lo que ha sucedido en el sector de saneamiento.

En el año 2000 la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento-SUNASS aprobó el plan maestro y financiero de SEDAPAL, la mayor empresa de servicios de saneamiento del Perú, que se encuentra bajo la autoridad del MVCS. En esa oportunidad, la SUNASS aprobó un incremento del 18% de las tarifas de SEDAPAL y no el 41% que ésta pedía. En el 2002 el regulador encontró que la empresa no había cumplido con las metas previstas, por lo cual no autorizó el incremento tarifario de 5.6% que aún faltaba aplicar. Asimismo, la SUNASS decidió que SEDAPAL debía crear una cuenta especial intangible para colocar los recursos que serían destinados a las inversiones²⁶. Posteriormente, la empresa no pudo cubrir el servicio de su deuda y solicitó a la SUNASS reducir el monto de recursos destinado al fondo intangible, del 31% al 11% de sus ingresos, lo cual no fue aceptado por el regulador. Ante esta situación, el MVCS emitió un decreto supremo desautorizando al regulador y permitiendo que SEDAPAL utilice el fondo intangible para cubrir gastos distintos a inversiones²⁷.

²¹ Esta aprobación condicionada a la opinión posterior del OSIPTEL fue ampliamente comentada en los medios de prensa escrita: “Telefónica no podrá modificar tarifas de celulares: Mientras OSIPTEL no se pronuncie sobre este tema y fije los cargos de terminación en redes móviles”. Diario Gestión. 11 de abril de 2005; “En la víspera del festejo por el lanzamiento de Movistar: El MTC aprobó la fusión de Telefónica, pero le impuso fuertes restricciones”. Diario El Comercio. 09 de abril de 2005; “MTC aprueba fusión con Bellsouth bajo ciertas condiciones: Telefónica devolverá banda de servicio móvil”. Diario Perú 21. 09 de abril de 2005.

²² Resolución 070-2005-CD/OSIPTEL de 24 de noviembre de 2005 (fija cargos de interconexión tope por terminación de llamadas en las redes de los servicios móviles). Resolución 071-2005-CD/OSIPTEL de 27 de noviembre de 2005 (diferenciación entre las tarifas *on-net* y las tarifas en el mercado de telefonía móvil).

²³ “OSINERG y el Ministerio de Energía se enfrentan por aumento de tarifas”. Diario El Comercio. 05 de octubre de 2005.

²⁴ “Tomarán medidas para revertir aumento de tarifas eléctricas”. Diario El Comercio. 06 de octubre de 2005.

²⁵ Resolución Ministerial 450-2005-MEM/DM de 29 de octubre de 2005 (establecen disposiciones para la aplicación de la Segunda Disposición Transitoria del Decreto Supremo 038-2005-EM). “MEM evitaría alza de electricidad tras lograr acuerdo con Pluspetrol: OSINERG definirá reajuste el viernes”. Diario El Comercio. 02 de noviembre de 2005.

²⁶ Este “Fondo Intangible” se creó mediante Resolución 013-2002-SUNASS-CD de 11 de abril de 2002.

²⁷ Decreto Supremo 007-2005-VIVIENDA. “Las aguas están movidas en la relación SEDAPAL y SUNASS”. Diario La República. 19 de mayo de 2005. “SUNASS vs. SEDAPAL: La verdad detrás del enfrentamiento”. Diario El Comercio. 11 de junio de 2005.

Luego de ello, el enfrentamiento entre ambos se ha mantenido. El MVCS creó una comisión de trabajo encargada de elaborar una propuesta de modificación del Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento, la cual estaba encabezada por el vicepresidente de SEDAPAL y no contaba con participación de la SUNASS, pese a que el regulador había presentado antes una propuesta de modificación del mencionado reglamento al MVCS²⁸. La SUNASS planteó que la propuesta que elaborara dicha comisión debía publicarse para recibir comentarios, pues se estaban tocando aspectos tarifarios que eran de competencia del regulador; pero el MVCS manifestó que no tenía obligación alguna de publicar la propuesta²⁹. El propio Ministro del sector sostuvo no solamente que se estaba evaluando la necesidad de reformar al regulador para mejorar su nivel técnico, sino que los cambios que se estaban evaluando eran de competencia del MVCS y no del regulador, y que si esto disgustaba a alguien dentro de la SUNASS, podían renunciar³⁰.

Los cambios introducidos en el MVCS no mejoraron la tensa situación, pues el nuevo titular del ramo también incluyó dentro de su agenda la reforma de la SUNASS y, además, mantuvo el mismo tono de crítica hacia el regulador, señalando por ejemplo que no colaboraba para que las empresas de servicios de saneamiento sinceraran sus tarifas³¹. Más aún, en el contexto de la decisión de SEDAPAL de no pagar el aporte por regulación que le corresponde abonar a la SUNASS –tema que se describirá con detalle más adelante–, el MVCS no sólo apoyó la posición de la empresa, sino que habría tratado de impulsar en el Consejo de Ministros una propuesta para declarar en emergencia al regulador y tomar su control temporalmente³².

Como se advierte de los ejemplos antes descritos, tanto el Ministerio del Sector como el regulador cuentan con

roles y capacidades regulatorias propias. El ejercicio de dichas capacidades puede dar lugar a una relación amistosa pero con enfrentamientos ocasionales, o muy tensa entre ambos, llegando incluso al extremo en que el Ministerio trata de ahogar al regulador.

Así, los ejemplos del sector de telecomunicaciones y del sector electricidad indican una relación de contrapeso, en que pueden existir pugnas esporádicas donde Ministerio y regulador miden fuerzas, pero donde el primero reconoce que el segundo cuenta con recursos importantes –tales como experiencia e información– que le dan la capacidad de emitir juicios técnicos y finalmente avalar su autoridad. Por el contrario, el ejemplo del MVCS y la SUNASS no sólo muestra un supuesto en que la autoridad legal del regulador no es cabalmente reconocida por el Ministerio, sino además que éste trata de dejarlo de lado o incluso de reducirlo a su mínima expresión.

2. Congreso de la República: ¿legislador o regulador sustituto?

La autoridad legal del regulador también se ve atenuada por la insistente participación del Congreso de la República en el Espacio Regulatorio. En efecto, no es extraño encontrar que el Congreso proponga iniciativas legislativas contrarias a la opinión técnica del regulador o que invaden fueros que por su naturaleza son de su exclusiva competencia, partiendo de un supuesto incumplimiento de sus funciones. Inclusive, en ciertas ocasiones, el Congreso también trata de legislar sobre materias cuyo desarrollo corresponde al Ministerio del Sector.

Un primer ejemplo de lo anterior es el proyecto de ley de la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso (en adelante CODECO) que disponía que las

²⁸ “¿Iniciativas de último momento?: Proceso de concesión de empresas de saneamiento podría postergarse”. Diario El Comercio. 14 de abril de 2005.

²⁹ “Pugna entre SUNASS y Vivienda por modificación a la ley de Saneamiento”. Diario La República. 08 de junio de 2005.

³⁰ “Reformarán Superintendencia de Servicios de Saneamiento: Para facilitar reajustes tarifarios anunció Bruce”. Diario Gestión. 08 de junio de 2005. En este artículo periodístico se señala lo siguiente: “El ministro de Vivienda, Construcción y Saneamiento, Carlos Bruce afirmó que es necesario reformar y tecnificar a la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) para elevar su nivel técnico a fin de que pueda regular también a entidades privadas de saneamiento. (...) Consultado sobre la crítica de la SUNASS en el sentido de que el Ministerio de Vivienda no está actuando de manera transparente en la modificación del reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento, en vista de que en este tema no participa dicho ente regulador, el ministro afirmó que es su sector al que compete revisar ese tema, por ser el ente normativo en el mismo”. De igual manera, se indica que el ministro habría expresado lo siguiente: “Yo no me meto con las funciones del Organismo Regulador, y éste no se mete con las funciones normativas (...) Si a algunos dentro de la SUNASS les disgusta, pueden renunciar”. (subrayado agregado).

³¹ “Nuevo ministro de Vivienda insistirá con reforma de SUNASS”. Diario Gestión, 18 de agosto de 2005. “Ante observaciones del ministro de Vivienda: SUNASS se defiende y sostiene que siempre ha apoyado a SEDAPAL”. Diario Gestión. 21 de noviembre de 2005.

³² “Vega apoya a SEDAPAL y crítica sueldos de burocracia de SUNASS”. Diario. La República. 21 de febrero de 2006; “Se agrava la disputa entre SEDAPAL y la SUNASS por fijación de tarifas”. Diario El Comercio. 18 de febrero de 2006. En esta última nota periodística se indica que: “La SUNASS se vio forzada ayer a publicar un aviso advirtiendo a la opinión pública que SEDAPAL ha incumplido con trasladarle el dinero que cobra a los usuarios para la supervisión del sector, equivalente al 1% del monto facturado a cada cliente. (...) Lo extraño de este caso es que el regulador haya tenido que recurrir a un aviso publicitario para llamar la atención. Al parecer, el regulador considera que cuenta con pocos “amigos” en el Ejecutivo. Es más, según pudo conocer este diario, la semana pasada, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento habría impulsado en el Consejo de Ministros un decreto de urgencia para declarar en emergencia al regulador, aduciendo que no había sido capaz de cumplir con sus funciones –a juicio del Ministerio–, establecer las tarifas de todas las empresas de saneamiento del país (a la fecha sólo se ha terminado un proceso, el de Arequipa). La propuesta del Ministerio habría incluido la toma del regulador por parte de sus funcionarios, algo que no fue aceptado por la PCM y el MEF, que exigieron a SEDAPAL que cumpla con el pago por supervisión a SUNASS” (subrayado agregado).

empresas prestadoras de servicios de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones, asumieran el costo de la comisión que cobran los bancos y entidades financieras a los usuarios por el pago de los recibos de dichos servicios. Es decir, el proyecto establecía que las empresas prestadoras de los servicios públicos que contrataran con terceros el cobro, recepción o recaudación del pago de los recibos asumieran la comisión que cobrarán esos terceros al usuario que llegaba a pagar su recibo³³. Esta iniciativa fue aprobada por la CODECO pese a que la Superintendencia de Banca y Seguros y los organismos reguladores de los sectores involucrados advirtieron que las empresas prestadoras de servicios públicos trasladarían igual al usuario el referido costo a través de la tarifa de los servicios, con lo cual lo único que ocasionaría el proyecto era el incremento de las tarifas³⁴.

También puede considerarse el intento del Congreso de asumir funciones reguladoras a través de la iniciativa legislativa de la CODECO que planteaba modificar los contratos de telefonía fija suscritos por los usuarios, debido a que los mismos contenían supuestas cláusulas abusivas, en particular, por el hecho de que los planes tarifarios ofrecidos por Telefónica del Perú S.A.A. eran por montos de pago predeterminados que no permitían a los usuarios pagar sólo por los consumos que efectivamente

realizaban³⁵. Según el Presidente de la CODECO, este proyecto tenía por finalidad suplir el vacío que había dejado el regulador al no establecer las normas correspondientes oportunamente³⁶. La pretendida intervención del Congreso en una materia propia del ámbito del regulador de telecomunicaciones originó el pedido público del Ministro del Sector para que el Congreso no interfiriera en la regulación de estas materias, por tratarse de cuestiones que deben ser estudiadas y definidas por el Organismo Regulador especializado³⁷.

Un tercer ejemplo se encuentra en el proyecto de ley para modificar el artículo 92 de la Ley de Concesiones Eléctricas³⁸, con la finalidad de que las empresas distribuidoras de electricidad devolvieran a los usuarios los montos facturados por errores de procesamiento o por falta de una adecuada medición³⁹. En este caso, el MEM tenía opinión contraria a la referida iniciativa, por considerar que su aplicación era muy complicada y que además podía dar lugar a que las empresas distribuidoras apliquen un incremento en las tarifas que cubra los costos en que tendrían que incurrir para contrastar mensualmente los medidores eléctricos y evitar así cobros mayores que el consumo exacto de electricidad. Al respecto, el Viceministro de Energía habría señalado que este tipo de iniciativas respondía principalmente a un afán populista del Congreso⁴⁰.

³³ Proyecto de Ley 13531/2005-CR. Ley que establece que las empresas proveedoras de los servicios de agua, luz, teléfono, cable e internet deben asumir el costo de las comisiones que cobren las empresas del sistema financiero y demás establecimientos autorizados, a los usuarios y consumidores por el pago de sus recibos por consumo. Ver: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf> (visitada el 08 de abril de 2006).

³⁴ "Aprueban proyecto que podría aumentar tarifas de servicios públicos: Comisión de Defensa del Consumidor insiste en iniciativa pese a advertencias de organismos reguladores". Diario Gestión. 17 de noviembre de 2005.

³⁵ Proyecto de Ley 13279/2004-CR. Ley complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de servicios públicos de telefonía fija y tarjetas pre-pago. Ver: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf> (visitada el 08 de abril de 2006).

³⁶ En un artículo periodístico aparecido sobre esta iniciativa legislativa se señalaba lo siguiente: "El presidente de la referida comisión parlamentaria, Yohny Lescano, considera que los contratos de telefonía fija contienen cláusulas lesivas a los derechos de los usuarios por lo que urge que se adopten medidas que eviten esto. (...) Por ello señala que "la exclusión de estipulaciones abusivas no significa intervenir ni limitar los contratos sino, mas bien, reponer el equilibrio contractual basado en la buena fe entre las partes". Por lo demás, refiere que la iniciativa legal llena un vacío normativo provocado por el Organismo Regulador que no ha emitido hasta la fecha las cláusulas generales de contratación respectivas y mantiene vigente una norma obsoleta del año 1998 que ha sido sobrepasada por el contenido de los 44 planes tarifarios de la empresa monopólica" (subrayado agregado). "Congreso busca evitar abusos en telefonía fija: Comisión de Defensa del Consumidor considera que persisten cláusulas abusivas en los contratos de usuarios". Diario Gestión. 11 de julio de 2005.

³⁷ Una nota periodística señalaba lo siguiente sobre este tema: "Sobre el particular el viceministro de Comunicaciones, Juan Pacheco, manifestó que no es necesaria la intervención del Legislativo en temas de regulación de servicios, si se tiene en cuenta que ya existen en el país instituciones que cumplen estas facultades como el OSIPTEL". "Las iniciativas del Congreso son bienvenidas pero hay que estudiarlas adecuadamente", indicó. En ese sentido recomendó a la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso realizar un debate técnico y objetivo sobre el proyecto de ley que propone "la eliminación de las cláusulas abusivas en los contratos de telefonía fija y de las tarjetas prepago para no perjudicar a los inversionistas". Agregó que "en una actividad tan dinámica y especializada, lo recomendable es dejar a los organismos especializados que se dediquen a ese asunto, y no apresurar opinión sólo con el fin de defender los derechos de los usuarios" (subrayados agregados). "Gobierno pide al Congreso que no interfiera en regulación telefónica". Diario Gestión. 12 de julio de 2005.

³⁸ El referido artículo de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley 25844, establece lo siguiente:

"Artículo 92.- Cuando por falta de adecuada medición o por errores en el proceso de facturación, se considere importes distintos a los que efectivamente correspondan, los concesionarios procederán al recupero o al reintegro según sea el caso. El monto a recuperar por el concesionario se calculará a la tarifa vigente a la fecha de detección y considerando un período máximo de 12 meses anteriores a esta fecha. El recupero se efectuará en 10 mensualidades iguales sin intereses ni moras. El reintegro al usuario se efectuará, a su elección, mediante el descuento de unidades de energía en facturas posteriores o en efectivo en una sola oportunidad, considerando las mismas tasas de interés y mora que tiene autorizadas el concesionario para el caso de deuda por consumos de energía".

³⁹ Proyecto de Ley 01919 de 2002. Ley que modifica el artículo 92 de la Ley de Concesiones Eléctricas y los artículos 171, 177, 181 y 202 de su Reglamento. Ver: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf> (visitada el 08 de abril de 2006).

⁴⁰ Al respecto, el Viceministro de Energía habría señalado lo siguiente: "Las compañías podrían solicitar un aumento de tarifas porque las empresas, para evitar incurrir en esos reintegros, van a tener que contratar a un ejército para contrastar los medidores, si es posible todos los meses". "Efectos de la ley que pide reintegrar a usuarios: Amenazan con subir la tarifa de electricidad". Diario Expreso. 11 de mayo de 2005. Asimismo, habría afirmado lo que sigue: "Creo que se han dejado llevar algunos congresistas por el hecho de que parece muy favorable que las empresas puedan devolver una cantidad de plata importante a los usuarios por consumos mal medidos, pero creemos que se está cayendo en un error, un exceso de populismo por favorecer a unos, de manera que no suena muy favorable" (subrayado agregado). "Próxima semana Ejecutivo presentará cambios a la Ley de Concesiones Eléctricas" Diario Gestión. 11 de mayo de 2005.

Un caso más evidente de intervención del Congreso en el ámbito de competencia del regulador y del Ministerio del Sector se produjo con ocasión de la fusión entre Telefónica Móviles S.A.C. y Bellsouth Perú S.A., y en paralelo a la tramitación del procedimiento para que el MTC autorice la transferencia de las concesiones y espectro radioeléctrico entre dichas empresas. El Congreso tuvo injerencia en el tema cuando menos a través de tres iniciativas legislativas de distinto calibre y también mediante otras acciones directas.

De un lado, la CODECO aprobó un proyecto que “interpretaba” dos artículos de la Ley de Telecomunicaciones⁴¹ y, en función de ello, establecía que estaban prohibidos los acuerdos de fusión entre operadoras de telecomunicaciones competidoras que crearan una posición de dominio en el mercado⁴². Este proyecto fue ampliamente comentado en los medios de prensa escrita, señalándose que con este proyecto los congresistas pretendían impedir –haciendo aplicable la norma hacia atrás– la concentración de las referidas operadoras de telefonía móvil⁴³. La CODECO buscaba solucionar por esta vía el supuesto problema de concentración del mercado de telefonía móvil que en su opinión habían permitido tanto el MTC como el OSIPTEL, al asumir –erradamente, según la referida Comisión del Congreso– que el marco legal peruano no prohibía ni limitaba la posibilidad de que a través de ese tipo

de operaciones se crearan empresas con posición de dominio en el mercado⁴⁴.

De otro lado, el Congreso también emitió dos proyectos de ley sobre aspectos relacionados con la concentración de las empresas de telefonía móvil. Uno de ellos definía criterios asimétricos para el pago de cargos por terminación de llamadas entre las empresas de telefonía móvil, de modo que se beneficiara a los operadores que iban a competir con la empresa fusionada. Esta iniciativa señalaba que la empresa dominante –es decir la que naciera de la referida concentración– debía pagar a los demás operadores móviles el 100% del cargo por terminar llamadas en sus redes, mientras que éstos últimos sólo debían pagar a la dominante una parte del cargo que correspondía por terminar llamadas en su red, encargándose al OSIPTEL que defina el porcentaje de reducción del cargo que gozarían los otros operadores móviles⁴⁵. El autor de este proyecto señaló abiertamente que su iniciativa era la forma en que el Congreso enfrentaba la –supuesta– inoperancia y demora del OSIPTEL en fijar los cargos de terminación en redes móviles⁴⁶.

El otro proyecto de ley mencionado establecía la obligatoriedad de la portabilidad numérica, es decir, que los usuarios tuvieran el derecho de seguir utilizando el mismo número de teléfono móvil pese a que utilizaran los servicios de un operador distinto a aquel

⁴¹ Los artículos del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo 013-93-TCC, objeto de la referida interpretación eran los siguientes: “Artículo 6.- El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado”. “Artículo 69.- Se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Estas prácticas dan lugar a la adopción de medidas correctivas por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras”.

⁴² Proyecto de Ley 12155/2004-CR. Ley de interpretación de los artículos 6 y 69 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones. Ver: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf> (visitada el 08 de abril de 2006).

⁴³ “Aprueban proyecto que impediría fusión de Telefónica con Bellsouth”. Diario Gestión. 28 de enero de 2005; “Proyecto del Congreso: Frenan unión de Telefónica con Bellsouth”. Diario Perú 21. 28 de enero de 2005; “Aprueban proyecto en Comisión de Defensa del Consumidor: Congresistas impiden fusión de Telefónica con Bellsouth” Diario Expreso. 28 de enero de 2005; “Luz roja: Prohibirán fusión de Telefónica”. Diario El Comercio. 28 de enero de 2005. En esta última nota periodística se señalaba lo siguiente: “Antes de que el Poder Ejecutivo se pronuncie acerca de la fusión de Telefónica Móviles y Bellsouth, en el Congreso ya se cocinaba una ley para impedir esta operación. La Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos aprobó por mayoría un proyecto de ley que impide la fusión o adquisición entre empresas competidoras cuyo efecto sea la “manifiesta” posición dominante de la nueva empresa” (subrayado agregado).

⁴⁴ Al respecto, en una columna de opinión, el Presidente de la CODECO, Congresista Yonhy Lescano, manifestó lo siguiente: “Tanto el Ministerio de Transportes como OSIPTEL, y hasta el Indecopi, han señalado que si bien la operación tendría sus bemoles, no existe en el Perú una ley de control previo de fusiones y adquisiciones en telecomunicaciones y por tanto no había cómo impedir esta operación. Esto no es cierto, los artículos 6 y 69 de la Ley de Telecomunicaciones ordenan respectivamente que “se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado” y la prohibición de acuerdos que produzcan o puedan producir el efecto de restringir la competencia. (...) La negligencia del MTC y OSIPTEL ha permitido que la operación avance y a la fecha tenemos que Telefónica Móviles opera de facto y al margen de la ley a Bellsouth bajo el nombre de Comunicaciones Móviles, sin esperar la resolución del MTC (que sigue deshojando margaritas) (...). Ante la inacción del MTC y la pasividad de OSIPTEL en defender el interés de los usuarios conforme al mandato del artículo 65 de la Constitución, la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso ha tenido que actuar aprobando una iniciativa legislativa para precisar los alcances de los artículos 6 y 69 de la Ley de Telecomunicaciones (...)” (subrayados agregados). “Fusiones y matrimonios peligrosos”. Diario La República. 28 de febrero de 2005.

⁴⁵ Proyecto de Ley 12118/2004-CR. Ley que establece disposiciones sobre los cargos de interconexión en el sector de la telefonía móvil. Ver: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf> (visitada el 08 de abril de 2006).

⁴⁶ En una entrevista sobre el particular, el Congresista Jacques Rodrich, a la sazón Presidente de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso, manifestó lo siguiente: “Correo: ¿Pero la telefonía móvil se rige por la competencia del mercado? JR: Ahora que ha variado la composición del mercado –por la fusión de Telefónica y Bellsouth–, el Grupo Telefónica tiene casi el 70% de participación del mercado, por lo que se necesita poner ciertas normas. Correo: ¿Pero significa regular un mercado que no lo está? JR: En buena hora, porque si el mercado de telefonía móvil se sigue manteniendo asimétrico se favorecerá el monopolio. Correo: ¿Significaría asumir una función que es de OSIPTEL? JR: No. Significa decirle a OSIPTEL que el camino es así (como lo hace el Congreso), que la inoperancia no es parte de las reglas de juego. OSIPTEL se demora tres años hasta decidirse qué hacer y lo hace cuando lo presiona la opinión pública” (subrayado agregado). “Ante inoperancia del Organismo Regulador: Proponen regular telefonía móvil para evitar monopolio”. Diario Correo. 24 de abril de 2005.

con el que contrataron originalmente⁴⁷. Este proyecto buscaba facilitar que los usuarios cambien de operador de telefonía móvil si es que no querían mantenerse con la nueva operadora nacida de la concentración entre Telefónica Móviles y Bellsouth. Con esta iniciativa legislativa el Congreso intervenía también en el ámbito de funciones del MTC, en tanto que la definición de este tipo de políticas de telecomunicaciones corresponde a dicha autoridad según el marco legal vigente. Esta intervención del Congreso se dio pese a que el MTC ya venía evaluando los costos y beneficios de la portabilidad numérica a profundidad para definir si era conveniente establecerla⁴⁸.

Finalmente, cuando el MTC decidió autorizar la transferencia de las concesiones y espectro radioeléctrico de las empresas fusionadas⁴⁹, el Presidente de la CODECO anunció que impugnaría tal decisión, por considerar que violentaba las normas reglamentarias que había emitido el propio Ministerio sobre los límites de concentración de espectro radioeléctrico en manos de una empresa y que la referida decisión constituía un retroceso en materia de protección del usuario⁵⁰.

Todos los ejemplos descritos son muestra del ímpetu con que el Congreso trata de intervenir en materia de regulación de servicios públicos. Las iniciativas legislativas planteadas a manera de ejemplo tienen como elemento común ser la “respuesta” del Congreso –principalmente a través de la CODECO– para proteger al usuario ante la supuesta inoperancia de los reguladores en esta materia o para tomar oportunamente decisiones que éstos demoran demasiado en adoptar. Adicionalmente, en ciertos casos también muestran su inclinación por la defensa de ciertos intereses empresariales frente a otros (por ejemplo, las otras empresas frente al dominante). Igualmente, representan una forma de legitimar su existencia como ente fiscalizador del desempeño de los reguladores.

Un tema de importancia que merece ser destacado es que la respuesta del Congreso no está orientada a transformar el diseño institucional de la regulación para que funcione en los términos esperados –ámbito en que el Congreso sería el llamado naturalmente a

intervenir por el nivel jerárquico de sus normas–, sino que busca ejecutar la agenda reguladora del sector. En tal sentido, la intervención del Congreso en el Espacio Regulatorio diluye la autoridad legal del regulador e incluso, en ciertos casos, trata de suplantarlos en sus funciones.

3. Poder Judicial: ¿instancia de revisión o regulador potencial?

El Poder Judicial tiene la función de revisar la validez de las decisiones de la administración, incluyendo en ella a los organismos reguladores. Esta función se sustenta en la garantía legal que permite cuestionar judicialmente los actos y decisiones que emiten las entidades públicas. No obstante, ocasionalmente el Poder Judicial termina actuando como una instancia de regulación directa y no únicamente de revisión. De esta manera, sus decisiones acaban superponiéndose a las medidas adoptadas por el regulador.

Un ejemplo muy reciente de ello es el caso de las compensaciones fijadas por OSINERG por el uso de las líneas de transmisión secundaria de Eteselva S.R.L. El regulador fijó las compensaciones que debían pagarse por las líneas de transmisión secundaria L-251 y L-252 de Eteselva, estableciendo que el pago en el caso de la primera línea correspondía íntegramente a Termoselva S.R.L. y en el caso de la segunda a los generadores del Sistema Interconectado Nacional en función de uso físico de las instalaciones⁵¹.

Eteselva pidió la reconsideración de esta decisión señalando que las compensaciones por las líneas L-251 y L-252 debían ser asumidas al 100% por la demanda que se beneficiaba con ellas, es decir, en ambos casos, generadores y consumidores. OSINERG declaró infundada esta reconsideración señalando que no correspondía que las referidas compensaciones fueran pagadas por la demanda y confirmó su decisión original⁵².

En enero del 2002, Termoselva interpuso acción de amparo contra las dos resoluciones de OSINERG antes mencionadas, por vulneración de sus derechos a la propiedad, al debido proceso y a la no discriminación, y solicitando que se declare la ineficacia de dichas

⁴⁷ Proyecto de Ley 12117/2004-CR. Ley de portabilidad numérica en el sector de telefonía móvil. Ver: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf> (visitada el 08 de abril de 2006).

⁴⁸ El MTC conformó junto con el OSIPTEL un grupo de trabajo sobre esta materia. Este grupo elaboró un estudio que luego fue publicado para dar a conocer los resultados y los comentarios que se habían recibido de parte de las empresas operadoras. Documento de Trabajo 1: Implementación de la Portabilidad Numérica en el País de diciembre de 2004.

⁴⁹ Resolución Vice-Ministerial 160-2005-MTC/03. Procedimiento de transferencia de concesiones de Telefónica Móviles S.A.C. a Comunicaciones Móviles del Perú S.A. (ex Bellsouth Perú S.A.), publicada en el Diario El Peruano el 08 de abril de 2005.

⁵⁰ “Impugnación”. Diario Gestión. 12 de abril de 2005.

⁵¹ Resolución 1449-2001-OS/CD de 15 de agosto de 2001.

⁵² Resolución 1797-2001-OS/CD de 26 de septiembre de 2001.

resoluciones y se ordene la expedición de una nueva resolución donde se determine que las compensaciones por uso de las líneas L-251 y L-252 deben ser pagadas por los generadores y consumidores. Esta demanda fue declarada fundada en primera y segunda instancia, declarándose inaplicables respecto de la demandante las resoluciones antes mencionadas del OSINERG y ordenándose al regulador expedir nueva resolución con arreglo a ley⁵³.

Conociendo el resultado a nivel judicial, el OSINERG advirtió públicamente que el fallo de la Corte Superior ocasionaría un incremento de hasta el 7% en las tarifas de suministro eléctrico para los usuarios finales, como consecuencia de que se ordenó que las compensaciones de las líneas de transmisión de Eteselva también sean pagadas por los consumidores⁵⁴. Asimismo, llamó la atención sobre la injerencia que estaba teniendo el Poder Judicial en el ámbito de la regulación de tarifas⁵⁵.

Estos hechos colocaron en una complicada situación al regulador pues la aplicación de la sentencia implicaba cobrar mayores tarifas a los usuarios desde el año 2001. Ante ello, el OSINERG optó por una salida formal. Señaló que la sentencia ordenaba que no se cobre todo el costo de la línea de transmisión a Termoselva, pero no definía a quién debe cobrarse lo que se deja de cobrar a esta empresa, por lo cual OSINERG iba a acatar la sentencia en aquella parte que era posible aplicar de forma directa, aunque con ello quien iba a recibir un menor pago era Eteselva. En otras palabras, OSINERG afirmó que no trasladaría el costo de esa línea a los usuarios⁵⁶. Esto quedó materializado finalmente en una resolución del Consejo Directivo del OSINERG que estableció la parte de las compensaciones por el uso de las líneas L-251 y L-252 que debía pagar Termoselva por el período de agosto de 2001 a julio de 2002⁵⁷.

Esto dio lugar a que Termoselva solicitara al Poder Judicial que emita una sentencia ampliatoria para sustituir la omisión en que según ella había incurrido el OSINERG al no definir quién debía correr con el costo restante de las líneas antes referidas. El Poder Judicial consideró que el contenido de la resolución expedida por el OSINERG no se adecuaba a lo dispuesto por la sentencia judicial ni en el período considerado ni en los responsables del pago, por lo cual expidió la sentencia ampliatoria solicitada. En tal sentido, resolvió que el pago de las compensaciones en cuestión debía ser sufragado por los generadores y consumidores, y ordenó que el OSINERG establezca los montos específicos a pagar por dichos agentes desde agosto del 2001 hasta octubre del 2005⁵⁸.

Ante ello, la única opción que le quedó al OSINERG fue establecer los montos de compensación que debían pagar los generadores y los consumidores por concepto de compensaciones por el uso de las líneas L-251 y L-252, con efectos hacia atrás para cubrir el período señalado por el Poder Judicial⁵⁹.

Este ejemplo demuestra que la intervención del Poder Judicial puede dar lugar a que se establezca una forma alternativa para crear regulación fuera del ámbito de acción del regulador e inclusive en contra de lo que su evaluación técnica podría haber concluido.

4. A manera de resumen

Los ejemplos presentados son evidencia de que la autoridad legal formal no está centralizada en el regulador sino distribuida entre varios agentes estatales, tales como el Ministerio del Sector, el Congreso de la República y el Poder Judicial. El Ministerio puede ser un contrapeso –más o menos rígido según la industria y materia en cuestión– de las posiciones adoptadas por el regulador; aunque

⁵³ Resolución de 10 de noviembre de 2004 de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima (Expediente 2002-2710-0-0100-J-CI-50).

⁵⁴ "Fallo judicial contra OSINERG podría aumentar tarifas eléctricas hasta en 7%. Organismos regulador cerca de perder juicio con Termoselva y teme que se puedan generar demandas similares". Diario Gestión. 18 de abril de 2005.

⁵⁵ "Continúa controversia entre organismos regulador y el grupo energético Aguaytía: OSINERG pide nulidad de sentencia judicial que elevaría tarifas eléctricas". Diario Gestión. 27 de abril de 2005. En este último artículo se señalaba que el gerente legal del OSINERG había manifestado lo siguiente: "Además, si bien coincidió en que, como señala dicho comunicado, el efecto inmediato para los usuarios finales será un aumento de las tarifas de hasta aproximadamente 0.2%, dijo que lo más preocupante es la injerencia del Poder Judicial en la regulación de tarifas, señalando que dicho poder está interviniendo en fueros netamente técnicos de los organismos reguladores" (subrayado agregado).

⁵⁶ Pese a decisión del Poder Judicial: OSINERG no trasladará a usuarios mayor costo de transmisión eléctrica". Diario Gestión. 10 de junio de 2005. En este artículo se señala lo siguiente: "El presidente de OSINERG, Alfredo Dammert, afirmó que ese organismo no va a trasladar a los usuarios finales del servicio eléctrico, el mayor costo en la transmisión de energía que significará la aplicación de una sentencia que diera el Poder judicial en favor de la empresa transmisora (sic) Termoselva. (...) Dammert dijo ayer que OSINERG va a cumplir lo que dictaminó el juez, aunque observó que el problema que tiene ese regulador es que hay vacíos en la resolución de dicha autoridad judicial, que no establecen que ese mayor costo sea asumido directamente por los usuarios. "La resolución indica que no se le puede cobrar a la generadora Termoselva, la parte que le correspondía a la transmisión, que es más o menos la mitad del costo, sino que había que ajustarlo a un cobro que representa un porcentaje menor", acotó. Además insistió en que la resolución del juez no indica a quien se le debe cobrar el resto. (...) Anotó que como OSINERG no puede desobedecer una resolución judicial, ese organismo va a aplicarla en lo que dispone la misma, es decir que se le cobrará menos a la empresa Termoselva, y el resto, acotó, queda sin saber a quien cobrarle. "La que va a recibir menos que antes, a menos que salga una forma legal de hacerlo, es la transmisora Eteselva", explicó" (subrayados agregados).

⁵⁷ Resolución 156-2005-OS/CD de 30 de junio de 2005.

⁵⁸ Resolución del 20 de octubre de 2005 del 50 Juzgado Civil de Lima (Expediente 2002-2710-0-0100-J-CI-50).

⁵⁹ Resolución 446-2005-OS/CD, del 07 de diciembre de 2005

también puede convertirse en opositor exacerbado que se enfrenta frontalmente al regulador, como sucedió en el caso de los servicios de saneamiento. La intervención del Congreso puede debilitar las capacidades del regulador con innumerables iniciativas legislativas relacionadas con su ámbito de funciones, e incluso tratar de enmendarle la plana para asumir las funciones que tiene asignadas con carácter exclusivo, como indican los ejemplos del sector de telecomunicaciones. El Poder Judicial también puede terminar ejerciendo funciones regulatorias directamente a través de su labor de revisión de las decisiones del regulador, como sucedió en el ejemplo del sector eléctrico citado.

B. Recursos regulatorios clave en manos no estatales

Como ya se ha señalado, existen recursos clave dentro del proceso regulatorio y que otorgan poder informal. Tales recursos incluyen la capacidad organizativa, que engloba el *marketing*; el control de mecanismos de gestión de intereses, la asesoría profesional, entre otros. Asimismo, la información, es decir el acceso a información valiosa y privilegiada, o la oportunidad en la que se utiliza. También está la riqueza que permite actuar sin limitaciones presupuestarias y, en el extremo, corromper el proceso regulatorio directa o indirectamente.

1. Empresas reguladas: ¿capacidad regulatoria implícita?

Las empresas que operan en cada una de las industrias de redes consideradas son reservas importantes de aquellos recursos, como lo demuestran los siguientes ejemplos.

Un caso indicativo del poder que detentan las empresas debido a la tenencia de **información**

relevante es el ocurrido en materia de fijación tarifaria del período 2006-2010 en el sector de saneamiento. De acuerdo con el marco legal vigente a mediados del 2005, las empresas prestadoras de servicios de saneamiento debían presentar a la SUNASS sus planes maestros optimizados para que el regulador apruebe las fórmulas tarifarias aplicables para los siguientes 5 años⁶⁰.

Luego de haber sido requerida por la SUNASS para que entregue su plan maestro, finalmente SEDAPAL hizo entrega de dicho documento a mediados de junio del 2005. No obstante, la referida empresa no entregó su plan financiero. Mientras el primero incluye las metas de inversión de la empresa en el período siguiente, el segundo comprende la propuesta tarifaria que permitirá alcanzarlas. Según la SUNASS ambos planes debieron ser entregados conjuntamente, para analizar la correspondencia entre metas de inversión y propuesta tarifaria de la empresa, de forma que le permitiera aprobar a tiempo la fórmula respectiva. Si bien las normas no exigían que SEDAPAL presente el plan financiero conjuntamente, lo cierto es que con ello la empresa dilataba el proceso de fijación tarifaria, que de por sí ya se encontraba retrasado por no haber entregado en fecha previa su plan maestro⁶¹.

Esta situación generó un altercado entre el regulador y la empresa, pues colocaba al primero en una difícil situación frente a los plazos que debía cumplir. En la pugna no sólo buscó intervenir el MVCS para reunirlos y tratar de que llegaran a un acuerdo⁶², sino también el Congreso⁶³. La complicada situación en que se encontraba el regulador, lo llevó a proponer en la reunión propiciada por el MVCS que la alternativa para superar el incumplimiento de las empresas de presentar sus planes maestros y financieros, era que se otorgue a la SUNASS la facultad de calcular y fijar de oficio las metas y tarifas, utilizando para ello un

⁶⁰ Ley 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento.

⁶¹ "Artículo 31.- Las fórmulas tarifarias deben reflejar los costos económicos de prestación del servicio. Estos costos consideran la eficiencia en la gestión de las entidades prestadoras, en cada uno de los sistemas. En el cálculo se tomará en cuenta las variaciones estacionales y los planes maestros optimizados, los que originan los respectivos cargos tarifarios".

⁶² "Propuesta de inversiones que remitió SEDAPAL a SUNASS estaría incompleta". Diario Gestión. 16 de junio de 2005. "Mientras el regulador es atacado por las empresas, SEDAPAL entregó su plan maestro, pero se "olvidó" del plan financiero". Diario El Comercio. 18 de junio de 2005. En este último artículo se indicaba lo siguiente: "Parece que la calma no llegará aún al sector saneamiento. Si bien se creía que los problemas que enfrentan a la SUNASS y a SEDAPAL se resolverían esta semana con la entrega de los planes maestro y financiero de la empresa, no fue así. ¿Qué paso? Aunque fuentes ligadas al Ministerio de Vivienda, entidad a la que está adscrita SEDAPAL, indican que el plan maestro –que incluye las metas y los compromisos de inversión de la empresa para el período 2006-2030– fue aprobado por el directorio de SEDAPAL de forma conjunta con el plan financiero (propuesta tarifaria que permite alcanzar las metas), la empresa sólo ha enviado al regulador el primero. Y ello ha molestado a la SUNASS, pues así es imposible que los dos planes sean aprobados antes de octubre, la fecha límite. Y es que el regulador necesita entre seis y nueve meses para aprobar las propuestas tarifarias. ¿Esta es su derecho SEDAPAL? Si, pues no existe en el reglamento de la Ley de Saneamiento, ningún tipo de cronograma o exigencia específica de cómo debe entregar sus planes. Con su actitud, la compañía sólo retrasa el proceso, pues una vez que la SUNASS entregue sus observaciones, tendrá que enviarle de todas maneras sus dos planes" (subrayados agregados).

⁶³ "Titular de Vivienda busca poner fin a enfrentamiento público: Ministro Bruce da "jalón de orejas a SUNASS y SEDAPAL: Reunirá a las partes esta semana con el fin de terminar con "guerrilla mediática"". Diario Perú 21. 19 de junio de 2005.

⁶⁴ "Congreso intervendrá: Disputa entre SUNASS y SEDAPAL genera bomba de tiempo para próximo gobierno". Diario Gestión. 22 de junio de 2005. En esta nota se señala lo siguiente: "El presidente de la Comisión de Vivienda y Saneamiento del Congreso, José Luis Risco, señaló que próximamente invitará a los directivos de SEDAPAL y SUNASS para tratar de resolver el problema surgido en torno al incremento de tarifas de agua potable. (...) Recordó que el problema generado es que mientras SEDAPAL cree haber dado toda la información necesaria para justificar el incremento de tarifas, SUNASS cree que falta información. Esta discrepancia puede generar una bomba de tiempo para el próximo gobierno dado que el Plan Estratégico a aprobarse durará hasta el año 2011", subrayó Risco a Gestión" (subrayado agregado).

plan maestro simplificado que unifique en un sólo documento el plan maestro y financiero⁶⁴.

Si bien la propuesta de la SUNASS fue vista con buenos ojos y posteriormente dio lugar a una modificación del Reglamento de la Ley de Saneamiento⁶⁵, ello no solucionaba la situación en que la había colocado SEDAPAL con su manejo de los flujos de información hacia el regulador, pues igual se encontraba retrasado en los plazos de aprobación de las fórmulas tarifarias. Por ello, la SUNASS no encontró otra opción que señalar que no iba a poder cumplir con los plazos previstos y, de acuerdo a lo dispuesto en la modificación del Reglamento de la Ley de Saneamiento, otorgó un plazo adicional de 60 días a SEDAPAL para que presente su plan maestro optimizado en sustitución del plan financiero⁶⁶.

Por otro lado, la fijación del Factor de Productividad en el ámbito de los servicios de telefonía fija y de larga distancia ofrece una muestra de utilización efectiva de **capacidades organizativas** por parte de una empresa⁶⁷. En mayo del 2004 OSIPTEL publicó su propuesta de Factor de Productividad para el período 2004-2007, planteando que el mismo fuera poco más del 10% para llamadas locales y renta básica (canasta D) y de poco menos del 8% para llamadas de larga distancia (canasta E)⁶⁸.

Como empresa sujeta a la aplicación del referido factor de productividad Telefónica del Perú S.A.A. procedió a oponerse a través de los canales formales existentes, por considerarlo sumamente elevado y un obstáculo para mayores inversiones en ampliación de su cobertura de red. En efecto, la empresa remitió sus comentarios en contra de la referida propuesta y, en su oportunidad, impugnó la resolución en la que OSIPTEL fijó definitivamente el factor de productividad del período⁶⁹. Pero además, Telefónica del Perú también hizo un gran despliegue de capacidad organizativa, para perfilar el ámbito del debate y definir los alcances de la interpretación en materia regulatoria. Producto de ello diversos agentes y líderes de opinión ya familiarizados con esta materia –que es de por sí bastante compleja– plantearon su posición a favor de la empresa, cuestionando el proceder del regulador, que según ellos había actuado bajo presiones políticas.

Así, por ejemplo, la Asociación de Empresas Peruanas de Servicios Públicos- ADEPSEP, señaló que el regulador había fijado el factor de productividad introduciendo un nuevo elemento no considerado en fijaciones tarifarias anteriores, lo cual respondía a presiones políticas y demandas de los usuarios. En tal sentido, dicha asociación afirmó que ello provocaría que las tarifas finales se reduzcan en una proporción muy grande, poniendo en riesgo la capacidad de la

⁶⁴ "La solución al conflicto: SUNASS aprobará de oficio metas de gestión y tarifas de empresas de agua". Diario El Comercio. 24 de junio de 2005. En este artículo se señala que: "La reunión que el lunes pasado sostuvieron los representantes de SEDAPAL, el Ministerio de Vivienda, la Asociación Nacional de Empresas Públicas de Saneamiento (Anepsa) y el ente regulador, SUNASS, habría sido fructífera. (...) todos salieron satisfechos con las promesas realizadas por el regulador. Por su parte, al día siguiente de la reunión, al SUNASS cumplió con su palabra y les envió al resto de participantes sus tres propuestas para salir del problema que han tenido las empresas para presentar sus planes maestro y financiero. De acuerdo con el contenido de la carta enviada por el regulador (...) se facultará a la SUNASS a iniciar procesos de fijación tarifaria de oficio en aquellos casos en los que las empresas no cumplan con los plazos establecidos. Así, será la SUNASS la que defina las metas de gestión y los incrementos tarifarios de las incumplidas (...). Para realizar los procesos de fijación tarifaria de dichas empresas, la SUNASS usará el mecanismo del plan maestro optimizado simplificado (...). Dicho mecanismo consiste básicamente en unificar en uno solo los planes maestro y financiero" (subrayado agregado).

⁶⁵ La referida modificación se introdujo a través del Decreto Supremo 016-2005-VIVIENDA.

"Artículo 96.- La Superintendencia definirá y aprobará la fórmula tarifaria que corresponde a cada EPS, para cada quinquenio, en función al Plan Maestro Optimizado que presenten las EPS, de conformidad con la directiva que para tal efecto se encuentre vigente. Excepcionalmente, en caso las EPS no cumplan con presentar su Plan Maestro Optimizado dentro de los plazos establecidos para tal fin, la Superintendencia podrá establecer la fórmula tarifaria, estructura tarifaria y metas de gestión de oficio, de acuerdo con la directiva que para tal efecto apruebe".

⁶⁶ En un artículo periodístico se indica lo siguiente: "El gerente de regulación tarifaria de la SUNASS, Bruno Bustamante, informó que en vista de que SEDAPAL no cumplió con presentar a ese ente regulador un estudio completo que sustente una nueva tarifa para el servicio de agua potable en Lima, la fijación de la tarifa se tendrá que postergar más allá de octubre, fecha límite para culminar ese proceso Regulatorio. Cabe recordar que el viceministro de Saneamiento, Jorge Villacorta, había dicho que SEDAPAL había planteado un alza en sus tarifas entre 32% y 41% para los usuarios domésticos, y que eso estaba sustentado en su plan maestro presentado a la SUNASS. No obstante Bustamante señaló ayer a Gestión que el documento denominado plan maestro que recibió de parte de SEDAPAL está incompleto, porque si bien contiene la relación de inversiones que proyecta la empresa en el próximo quinquenio, no indica cómo se van a financiar las inversiones, lo que es lo más importante, a lo que sumó que nunca presentó tampoco su plan financiero. (...) Pero ante el inminente cambio en el reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento para unificar el Plan Maestro y el Plan Financiero en el Plan Maestro Optimizado, refirió que SUNASS otorgará un plazo de 60 días para que SEDAPAL presente su Plan Maestro Optimizado en lugar de su Plan Financiero" (subrayados agregados). "SUNASS otorga 60 días a SEDAPAL para presentar estudios de nuevas tarifas". Diario Gestión. 27 de julio de 2005.

⁶⁷ En aras de simplificar, el factor de productividad se utiliza como mecanismo para promover mejoras en la eficiencia de la empresa cuyas tarifas se regulan. El mencionado factor funciona como un porcentaje en que deben reducirse las tarifas de determinados servicios públicos de telecomunicaciones en un período establecido. De esta forma, la empresa proveedora debe tratar de reducir sus costos al menos hasta el nivel del factor de productividad y si los reduce en una proporción mayor, este ahorro se queda para la empresa. En tal sentido el factor de productividad promueve eficiencia ya que premia a las empresas que logran mayores ahorros de costos reconociéndoselos como una ganancia.

⁶⁸ Resolución 042-2004-CD/OSIPTEL. Proyecto de Resolución que establezca el valor del "Factor de Productividad Trimestral", aplicable en contratos de concesión de los que es titular Telefónica del Perú S.A.A., publicada en el Diario El Peruano el 15 de mayo de 2004.

⁶⁹ Resolución 060-2004-CD/OSIPTEL. Establece valor del "Factor de Productividad Trimestral", aplicable al Sistema de Fórmula de Tarifas Tope establecido en los contratos de concesión de los que es titular la empresa Telefónica del Perú S.A.A. publicada en el Diario El Peruano el 21 de julio de 2004.

empresa para invertir en ampliación de la cobertura de servicios, en un país con baja densidad telefónica como el Perú⁷⁰. De otro lado, reconocidos economistas—miembros algunos de importantes firmas consultoras— también presentaron una opinión similar, afirmando que parecía que OSIPTEL carecía de independencia pues había determinado el factor de productividad introduciendo un elemento nuevo dentro del modelo —el factor M— que no se había utilizado previamente, ello con el único objetivo de bajar las tarifas respondiendo a presiones políticas y de la opinión pública⁷¹. En cierto caso, incluso se planteó que el propio Ministro de Economía había expresado opinión favorable a la posición de Telefónica del Perú, pues habría manifestado que el factor fijado era muy alto y debía reconsiderarse⁷².

Otro caso de ejercicio de **capacidades organizativas** se produjo también en el mercado de telecomunicaciones, pero esta vez en el ámbito de los servicios móviles. Desde los inicios del mercado de telefonía móvil los cargos por terminación de llamadas en redes móviles se habían venido fijando a través de la libre negociación entre las partes. En junio del 2003 Nextel del Perú S.A. solicitó al OSIPTEL que regule dicho cargo, debido a que el mismo era bastante elevado en comparación con los cargos existentes en la región,

pero luego de la evaluación correspondiente el regulador descartó el pedido de Nextel⁷³. No obstante, en julio del 2004 el OSIPTEL decidió iniciar un procedimiento de oficio para revisar el valor de los cargos antes referidos y determinar si correspondía regularlos⁷⁴.

Además de la complejidad de las materias que debían ser analizadas, este proceso estaba sujeto a plazos específicos y a varios requisitos, incluyendo la publicación de un proyecto para recibir comentarios así como la realización de audiencias públicas⁷⁵. No obstante, Nextel buscaba que los cargos se fijaran rápidamente. En su intento esta empresa desplegó notorias capacidades organizativas para tratar de acelerar la toma de decisiones en el proceso regulatorio y presionar al regulador por diversos flancos. Por ejemplo, Nextel aprovechó su condición de empresa norteamericana para reclamar ante la Oficina del Representante de Comercio de Estados Unidos (USTR) por inequidad en el sistema regulatorio peruano de telefonía móvil⁷⁶. Asimismo, pese a haberse interesado inicialmente en el proceso de licitación de la cuarta banda de telefonía móvil que estaba llevando a cabo el MTC, posteriormente Nextel dio marcha atrás y culpó de su desánimo a la demora de OSIPTEL para fijar el cargo de terminación⁷⁷.

⁷⁰ En un artículo periodístico de esa época se señalaba lo siguiente: “La Asociación de Empresas Peruanas de Servicios Públicos (Adepsep) afirmó que el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), fijó el valor del nuevo factor de productividad (FP) por presiones políticas y demandas de los usuarios. Al respecto el presidente de la Adepsep (...) señaló que hubo otros factores que se incluyeron en el cálculo del valor del nuevo FP, que arrojaron un coeficiente alto de productividad (de la empresa) y que podría llevar a bajar las tarifas en un nivel muy elevado. Comentó que si bien esto sería de total satisfacción para los usuarios, el país es deficitario en servicios de telecomunicaciones, a pesar de que se ha mejorado, porque hay un porcentaje bajo de densidad telefónica, lo que puede mejorar con una mayor inversión, “pero ésta se puede retraer cuando no hay un equilibrio en la rentabilidad de la empresa”. (...) Refirió que concretamente de la fijación del nuevo FP, OSIPTEL habría calculado el nuevo valor introduciendo elementos nuevos, que no se emplearon en la definición del anterior factor, “lo cual es totalmente inadecuado” (subrayados agregados). “Adepsep acusa a OSIPTEL de falta de transparencia en determinación de factor de productividad”. Diario Gestión. 28 de mayo de 2004.

⁷¹ Una nota periodística presentaba las opiniones que se habrían vertido: “La actuación de OSIPTEL frente al tema de la fijación del factor de productividad—concepto que determina en qué porcentaje deben reducirse anualmente las tarifas en telefonía fija, local y larga distancia— parece demostrar una falta de independencia frente a las presiones, opinaron los economistas Pablo Secada y Gianfranco Castagnola. “El regulador parece estar bajo una suerte de presión política y esto podría estar llevándolo a tener como objetivo principal bajar las tarifas” dijo Castagnola, agregando que la inclusión del “factor M” (una variable que simula competencia en el sector) significa que OSIPTEL quiere regular la tasa de retorno de la empresa cuando, según la legislación actual, esto no está sujeto a regulación. (...) Secada, por su parte, consideró que “el regulador ha demostrado que no es independiente, ni del poder político ni de la opinión pública” (subrayados agregados). “OSIPTEL actuaría bajo presión”. Diario Correo. 26 de junio de 2004.

⁷² En una columna de opinión, el Congresista Javier Diez Canseco afirmó lo siguiente: “En setiembre debe aplicarse un nuevo factor, que OSIPTEL calcula en 10.38% para llamadas locales y renta básica y 7.87% para larga distancia nacional e internacional. Telefónica no quiere oír de reducir tarifas y ha iniciado una feroz campaña en la prensa para que el nuevo factor sea apenas 4% argumentando, falazmente, que OSIPTEL ha usado metodología errónea y que desincentivan inversiones. OSIPTEL se ha mantenido firme y no se ha dejado atropellar por Telefónica (...). Al ver que no pueden asustar a OSIPTEL, TELEFÓNICA está jugando sus últimas cartas de presión: El ministro de Economía y Finanzas (...) ya está declarando que el factor de productividad “es demasiado alto” y que necesita reconsiderarse (...)” (subrayados agregados). “Telefónica monopolista”. Diario La República. 20 de agosto de 2004.

⁷³ Resolución 048-2004-CD/OSIPTEL. Declaran infundada la solicitud de fijación de cargo único de terminación de llamada en las redes móviles presentada por la empresa Nextel del Perú, publicada en el Diario El Peruano de 04 de junio de 2004.

⁷⁴ Resolución 052-2004-CD/OSIPTEL. Inician Procedimiento de Oficio para la fijación del cargo o cargos de interconexión tope por terminación de llamadas en las redes de servicios móviles de 04 de julio de 2004.

⁷⁵ Resolución 123-2003-CD/OSIPTEL. Procedimiento para la Fijación o Revisión de Cargos de Interconexión de 25 de diciembre de 2003.

⁷⁶ “EEUU acoge preocupación de Nextel sobre tema regulatorio”. Diario Correo. 01 de abril de 2005; “Nextel presenta reclamo contra Perú en EE.UU.”. Diario Gestión, 01 de abril de 2005.

⁷⁷ En una nota periodística se señalaba lo siguiente: “Miguel Rivera, presidente ejecutivo de Nextel Perú, explicó que la falta de definición de lo que se cobra por terminación en redes móviles fue el motivo por el que no participaron en el proceso de concesión de la cuarta banda de telefonía celular, realizado el último miércoles. (...) “Queremos un resultado por parte del regulador. No debe haber mayores retrasos”, demandó” (subrayados agregados). “Se desanimó: Nextel se queja por costo de conexión”. Diario El Comercio, 01 de abril de 2005. En otro artículo periodístico se expresaba lo siguiente: “Al respecto, indicó que precisamente la falta del informe de OSIPTEL sobre el cargo de terminación tope en redes móviles orientado a costos para llamadas móvil a móvil en el Perú, fue la causa principal por la que Nextel del Perú no participó en la licitación pública de la cuarta banda móvil que se adjudicó el miércoles la empresa mexicana Sercotel” (subrayados agregados). “Nextel presenta reclamo contra Perú en EE.UU.”. Diario Gestión, 01 de abril de 2005.

Más aún, Nextel también utilizó sus capacidades organizativas para negarse a reducir sus precios al usuario final aduciendo que ello se debía a que el regulador no había fijado aún los cargos antes referidos. En efecto, esto sucedió con ocasión de las rebajas paulatinas que se estaban produciendo en los precios de las denominadas llamadas fijo-móvil. Al respecto, según el marco legal vigente, el precio de las llamadas de un teléfono fijo a un teléfono móvil es determinado por los operadores de telefonía móvil, es decir, por la empresa de la red de destino de la llamada⁷⁸.

Luego del estudio realizado entre el 2003 y el 2004, el OSIPTEL concluyó que no existían incentivos para la reducción del precio de las llamadas fijo-móvil, pues las únicas que podían decidir reducir los precios eran las empresas móviles y al no haber competencia en la terminación de llamadas en sus redes, no veían la necesidad de hacerlo. En tal sentido, era necesario adoptar alguna medida para que dichos precios se redujeran. No obstante, dado que se trataba de un mercado que no había estado sujeto a regulación de precios hasta ese momento, el regulador prefirió utilizar una herramienta indirecta para impulsar la reducción voluntaria por parte de las operadoras móviles. En efecto, el regulador planteó en qué niveles debían reducirse esos precios y señaló que si ello no se lograba en determinadas etapas procedería a intervenir en el mercado regulando las tarifas⁷⁹.

Las empresas móviles decidieron seguir la recomendación del regulador y fueron reduciendo paulatinamente los

precios de las llamadas fijo-móvil, sin embargo cuando llegó el momento de aplicar la última reducción, Nextel optó por no aplicarla pese a que las demás operadoras móviles sí lo hicieron. La razón que esgrimió fue que no podía reducir ese precio si OSIPTEL aún no fijaba el cargo por terminación de llamadas en redes móviles⁸⁰. Esta negativa de Nextel puso al regulador ante la difícil posición de tener que decidir si regulaba la tarifa o no, pues los otros operadores sí habían efectuado la reducción. La salida que finalmente encontró el OSIPTEL fue únicamente difundir el efecto que tenía sobre los usuarios la negativa de Nextel⁸¹.

Un ejemplo adicional correspondiente al sector de saneamiento evidencia muy gráficamente cómo la **riqueza** constituye un recurso de vital importancia y puede servir no sólo para dar capacidades regulatorias a los privados sino incluso, en el extremo, para otorgar a las empresas el poder de bloquear las capacidades del propio regulador.

Como es sabido, el marco legal peruano ha optado por el financiamiento de los organismos reguladores a través de ingresos recaudados por las empresas reguladas. En efecto, las empresas y entidades reguladas deben entregar como aporte por regulación un monto de hasta el 1% del valor de su facturación anual⁸². A comienzos del 2006, el directorio de SEDAPAL acordó suspender el pago del aporte por regulación a la SUNASS desde enero de dicho año, lo cual fue puesto en conocimiento del regulador. Ante ello, la SUNASS consideró necesario

⁷⁸ Resolución 005-96-CD/OSIPTEL de 26 de febrero de 1996, Sistema de Tarifas aplicable a las comunicaciones cursadas entre usuarios de los servicios de telefonía fija y de telefonía móvil celular de 27 de febrero de 1996.

⁷⁹ OSIPTEL. "Regulación de las Llamadas Locales Fijo-Móvil". Documento de Trabajo. 2004. Las consideraciones finales de este documento señalaban: "En este contexto, la aplicación de la política de regulación que se ha sugerido para el caso de las llamadas fijo-móvil implica que OSIPTEL deberá intervenir en este mercado. Tomando en cuenta la dinámica que ha ido adquiriendo el mercado móvil peruano, el nivel de inversiones que se está realizando y el crecimiento que ha experimentado la penetración de los servicios móviles, y dado que es prioritario para el país que dicha penetración siga creciendo, sería recomendable que sean las propias empresas quienes ejecuten la reducción tarifaria planteada en este documento y se mantenga así el actual régimen tarifario. Esta forma de intervención puede ser calificada como un tipo de regulación por incentivos. Para OSIPTEL es prioritario que las tarifas fijo-móvil se reduzcan permanentemente en beneficio de los usuarios, siendo menos prioritario quién conduce el proceso de reducción. Si la tendencia actual de las tarifas fijo-móvil no se modifica en el corto plazo, y si a fines del mes de julio de 2004 las tarifas no se han reducido hasta 0,0067 dólares por segundo incluido IGV, entonces, OSIPTEL deberá intervenir con una regulación complementaria". Para mayor información ver: <http://www.OSIPTEL.gob.pe/Index.ASP?T=T&IDBase=2752&P=%2FOSIPTELDocs%2FGCC%2FNOTICIAS%5FPUBLICACIONES%2FPUBLICACIONES%2Ffijo%2DMovil%2Ehtm> (visitada el 22 de abril de 2006).

⁸⁰ Un artículo periodístico indicaba que: "Luego de conocerse la decisión de la empresa de telefonía celular y radio trunking, Nextel, de no proceder a la rebaja de 18% en la tarifa fijo-móvil que los operadores habían acordado realizar el 1 de agosto, para completar una rebaja total de 30% en un año, quedaron muchas dudas sobre las razones que tendría la empresa para tal negativa. El Diario La Primera tuvo acceso a la carta GL-669/05 que envió el mencionado operador al ente regulador de telefonía (...) "En la medida que aún no se ha implementado la fijación de un cargo tope de terminación de llamadas en redes móviles basado en costos, nos será imposible efectuar en la fecha prevista la tercera reducción tarifaria en el escenario fijo-móvil", indica la misiva. (...) "Nextel aceptó la propuesta de OSIPTEL de reducción voluntaria de las tarifas fijo-móvil en el entendido que la fijación a costos de los cargos de terminación en redes móviles se produciría a fines del 2004 o, a más tardar, en junio del 2005", agregó la carta" (subrayado agregado). "Nextel pide una tarifa por otra: No cumple con bajar la tarifa fijo-móvil porque no han bajado aún el cargo por terminación de llamadas". Diario La Primera. 09 de agosto de 2005.

⁸¹ En nota periodística se señaló lo siguiente: "La decisión de Nextel Perú de no reducir su tarifa fijo-móvil en agosto último, tal como estaba estipulado, podría hacer que OSIPTEL entre a regular la tarifa, pero poner en práctica esta alternativa demorará debido a que éste observa que las demás empresas sí cumplieron con su compromiso, informó Jaime Cárdenas, gerente general del Organismo Regulador. (...) "En este caso no hay una falta porque no se trata de ninguna norma, lo que se puede decir es que Nextel incumplió no con OSIPTEL sino con los usuarios. En este momento evaluamos qué medida se puede adoptar y lo importante es que el usuario conozca que llamar a números de esta empresa resulta más caro", comentó" (subrayado agregado). "Nextel no cumplió con medidas: Empresa no redujo su tarifa fijo-móvil en agosto. OSIPTEL podría entrar a regular el mercado". Diario La República. 29 de agosto de 2005.

⁸² Ley 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de Inversión Privada en Servicios Públicos.

"Artículo 10.- Aporte por regulación. Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas".

emitir un comunicado a la opinión pública informando sobre la gravedad de la situación pues la negativa de pago de SEDAPAL no sólo constituía incumplimiento de una obligación legal, sino que ponía en riesgo el cumplimiento de las funciones que tenía encomendadas el regulador en tanto que este aporte representaba aproximadamente el 70% de sus ingresos⁸³.

Las razones de la empresa para suspender el pago del referido aporte estaban relacionadas con la falta de recursos derivada, entre otros, de que la SUNASS no hubiera aprobado aún el incremento tarifario solicitado. Lo crítico de la situación y los cuestionamientos planteados contra el proceder de SEDAPAL dieron lugar a una rápida intervención del Fondo de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado-FONAFE, que informó que estaba haciendo una transferencia de recursos a la referida empresa para que financie sus proyectos y que con ese dinero podría cumplir con efectuar el aporte por regulación que adeudaba a la SUNASS. El mismo presidente del Consejo de Ministros señaló que SEDAPAL cumpliría en los próximos días con su obligación frente al regulador⁸⁴.

Al respecto, cabe mencionar que tanto la titular del FONAFE como el presidente del Consejo de Ministros trataron de minimizar lo ocurrido indicando, respectivamente, que la falta de pago del aporte no se debía a un problema personal entre ambas entidades sino a la falta de liquidez de la empresa, y que el retraso sólo había sido de un mes por lo que no era tan grave. Lo cierto en todo caso es que estos hechos fueron la culminación de una larga pugna entre regulador y empresa regulada, y que de haberse extendido la falta de pago del aporte la capacidad regulatoria de la SUNASS se habría visto seriamente afectada.

Finalmente, un quinto ejemplo, del sector eléctrico esta vez, muestra cómo el uso conjunto de **información y riqueza** otorgaron suficiente poder a la empresa generadora estatal más grande del país para seguir sus propias reglas, apartándose de la línea regulatoria diseñada por el propio Estado para enfrentar la crisis ocasionada por la escasez de agua que sufrió el sistema

eléctrico peruano en el año 2004; comportamiento que fue abiertamente criticado por el regulador, pero respecto del cual reconoció que no tenía capacidades para actuar.

La producción de energía eléctrica en el Perú depende en gran medida de la generación hidráulica. Desde fines del año 2003 hubo una escasez de lluvias que dio lugar a la sequía más severa registrada en los últimos 10 años. Esta sequía obligó a que se tuviera que producir energía con otras fuentes más costosas. Como consecuencia de ello, los precios de la energía en el mercado *spot* se incrementaron notoriamente en el 2004, alejándose de las tarifas reguladas por OSINERG para la venta de energía de generadores a distribuidores para el servicio público de electricidad⁸⁵.

Derivado de esta situación, la renovación de contratos entre generadoras y distribuidoras quedó en riesgo, pues las primeras preferían no comprometerse a vender a un precio regulado bajo cuando podían esperar que las distribuidoras sin contrato fueran al mercado *spot* y venderles en ese momento a un precio mayor. Esto fue efectivamente lo que ocurrió, pues desde inicios del 2004 las empresas distribuidoras comenzaron a hacer retiros del sistema sin contar con contratos de respaldo, con lo cual en principio debían pagar el precio *spot* por sus retiros de energía.

Frente a estos hechos, en julio de 2004 el gobierno emitió un decreto de urgencia por el cual dispuso que las empresas generadoras del Estado asumieran los retiros de energía sin contrato que se produjeran entre julio y diciembre de 2004⁸⁶. Posteriormente, se emitió la Ley 28447 a través de la cual se dispuso que los retiros de energía del sistema por empresas distribuidoras sin contratos fueran asumidos por todos los generadores a los precios regulados por OSINERG, hasta finalizar el año 2007⁸⁷.

Si bien la aplicación de las referidas normas parecía haber dado solución al problema, la situación volvió a complicarse cuando desde inicios del 2006 Electro Perú S.A. decidió no renovar el contrato que tenía con cuatro

⁸³ "SUNASS-Comunicado: SEDAPAL suspende pago del aporte por regulación". Diario Correo. 17 de febrero de 2006.

⁸⁴ "SEDAPAL podrá pagarle a SUNASS con la transferencia de fondos del Fonafe". Diario El Comercio. 22 de febrero de 2006. "Fonafe apaga el fuego entre SEDAPAL y SUNASS". Diario La República. 24 de febrero de 2006. "PPK confirma que SEDAPAL cumplirá pago". Diario Perú 21. 26 de febrero de 2006.

⁸⁵ Las empresas distribuidoras de electricidad están obligadas a tener contratos de suministro de energía con generadores por 24 meses adelantados para asegurar el suministro del servicio público de electricidad. OSINERG fija la tarifa aplicable a las ventas de energía a través de estos contratos. El mercado *spot* es aquel que corresponde a las transferencias de energía entre generadores, derivadas de las ventas que se hacen entre ellos cuando alguno vende más energía de la que produce y tiene que compensar a aquel que la proveyó al sistema. Este mercado fija sus precios en función al costo marginal de la última central eléctrica que despacho energía al sistema, es decir, el de la más costosa. Si el precio del mercado *spot* sufre incrementos importantes, puede resultar mucho más rentable vender la energía en este mercado que a través de los contratos que tienen un precio regulado por el OSINERG.

⁸⁶ Decreto de Urgencia 007-2004. Resuelve contingencia en el mercado eléctrico originada por la existencia de empresas concesionarias de distribución sin contratos de suministro de electricidad.

⁸⁷ Ley 28447. Ley que modifica la Ley de Concesiones Eléctricas. Esta norma dejó sin efecto el Decreto de Urgencia 007-2004.

empresas distribuidoras estatales (el Grupo Distriluz) y luego manifestó que tampoco renovarían el contrato con Luz del Sur S.A.A. que estaba próximo a vencerse. Esta decisión se debía a un pronóstico de sequía y, por ende, de menor generación hidráulica, con lo cual si Electro Perú contratara nuevamente tendría que vender al precio regulado pero teniendo que comprar en el mercado spot la energía que no llega a producir. A fin de evitar esto, esta empresa habría decidido dejar sin contrato a esas distribuidoras para que los retiros que efectúen sean asumidos por todos los generadores y no solamente por ella⁸⁸.

En principio, la decisión de Electro Perú parece razonable desde la perspectiva de cuidar la rentabilidad de la empresa; pero también puede resultar paradójica si se considera que se trata no solamente de la generadora más grande del país, sino especialmente de una empresa estatal. Es decir, en vez de ir en sintonía con las medidas adoptadas por el Estado para afrontar una crisis como la existente en el 2004, la empresa estatal decidió actuar de forma independiente y privilegiar sus intereses comerciales, pese a que con ello revivía una situación de crisis.

La reacción del OSINERG no se hizo esperar, pues señaló que no podía asegurarse que el 2006 fuera a ser un año de sequía y, en tal sentido, criticó la incertidumbre que estaba generando Electro Perú en el mercado al no renovar los contratos. No obstante, reconoció que el regulador no podía intervenir en materia de contratos

de venta de energía, pues se trataba de un aspecto sujeto a la libre negociación⁸⁹.

Todos los casos previamente comentados son evidencia tangible de que los recursos clave para el proceso regulatorio no se encuentran centralizados en manos del regulador, sino que también son poseídos por agentes no estatales, en virtud de los cuales detentan importantes capacidades regulatorias.

2. El COES: ¿regulador privado apoyado por el Estado?

La posesión de recursos clave para el proceso regulatorio por parte de empresas privadas ha sido explícitamente reconocida por el diseño regulatorio del sector eléctrico. Dados los recursos clave –particularmente capacidades organizativas e información– que poseen algunas empresas de este mercado ha dado lugar a que el diseño regulatorio les reconozca un papel principal en la operación del sistema.

En efecto, la regulación eléctrica creó el Comité de Operación Económica del Sistema-COES, como entidad conformada por generadores y transmisores, y encargada de la operación física de despacho de energía al mínimo costo y de la operación económica del mercado de transferencias de energía entre generadores. El marco legal no sólo le atribuye facultades para establecer reglas obligatorias para sus integrantes y fiscalizar su cumplimiento⁹⁰, sino que

⁸⁸ En un artículo periodístico se señalaba al respecto: "La falta de contratos en que incurrirían las empresas distribuidoras de electricidad para comprar energía podría generar una nueva crisis en el sector eléctrico similar a la afrontada hace dos años. Electro-Perú decidió no renovar los contratos de suministro eléctrico a las empresas de distribución Hidrandina, Electronoroeste, Electrocentro y Electronorte, y a ellos se sumaría la no renovación, por parte del mismo generador, a Luz del Sur, cuyo contrato vence en octubre. (...) ¿Por qué Electro-Perú no quiere renovar contrato con las distribuidoras? Según Gutiérrez, el precio del mercado marginal está subiendo en los últimos meses por encima del precio regulado. Entre las razones de este incremento se encuentra la escasez de agua (...) Lo que significaría que electro-Perú no querría asumir riesgos y esté trasladando la factura a los demás operadores del sector". "Desacuerdo entre operadores genera crisis en sector eléctrico". Diario El Comercio. 01 de marzo de 2006.

De otro lado, en una entrevista publicada en el diario El Comercio el gerente general de Luz del Sur expresó lo siguiente: "En el 2004 todos los operadores se reunieron en la Comisión Pro Inversión del Congreso para ver como manejábamos esta crisis hasta el 2008. Hubo acuerdos que firmaron todos los operadores. (...) Todos se han cumplido hasta ahora, el único que ha decidido incumplir es Electro-Perú. (...) cuando ocurre una situación de escasez de agua como la que ahora se cree que habrá, despachan a precios sumamente altos, con lo cual el precio spot (...) se va a las nubes y es mucho mayor que el precio regulado (para las distribuidoras). Esa gran diferencia hace que todos los operadores prefieran vender a precios spot. Ese es el caso de Electro-Perú que ha decidido jugar a la especulación". "Se hizo lobbies en el Congreso". Diario El Comercio. 08 de marzo de 2006.

⁸⁹ En un artículo periodístico se glosaron las siguientes opiniones de altos funcionarios del OSINERG: "La situación de los contratos entre las generadoras y distribuidores eléctricos se agrava, particularmente en el caso que involucra a Electroperú. (...) Es así que ahora el presidente de OSINERG, Alfredo Dammert, sostiene que Electroperú está creando incertidumbre en las empresas del sistema eléctrico, al negarse a renovar contratos con las empresas distribuidoras (...) En opinión de Dammert, Electroperú, en su análisis, considera que, a pesar del actual período de lluvias, posteriormente (en lo que resta del 2006) se va a volver un año seco, lo cual constituye su reocupación. (...) Sobre este último tema, el gerente general de OSINERG, Edwin Quintanilla, señaló a Gestión, que hay que distinguir los problemas. (...) Sobre el problema contractual existente, Quintanilla consideró que las negociaciones son entre generadores y distribuidores, en las cuales no interviene OSINERG. (...) En todo caso para Quintanilla nadie puede asegurar si este año será seco". "OSINERG: Electroperú crea incertidumbre al no renovar contratos". Diario Gestión. 13 de marzo de 2006.

⁹⁰ Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas.

"Artículo 39.- Los titulares de las centrales de generación y de sistemas de transmisión, cuyas instalaciones se encuentren interconectadas conformarán un organismo técnico denominado Comité de Operación Económica del Sistema (COES) con la finalidad de coordinar su operación al mínimo costo, garantizando la seguridad del abastecimiento de energía eléctrica y el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos. Para tal efecto, la operación de las centrales de generación y de los sistemas de transmisión se sujetarán a las disposiciones de este Comité".

Decreto Supremo 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

"Artículo 83.- Las disposiciones de coordinación que, en virtud de la Ley y el Reglamento emita el COES, serán de cumplimiento obligatorio para todos sus integrantes, tanto para sus propias unidades como para aquellas unidades que tenga contratadas con terceros".

"Artículo 92.- La operación en tiempo real de las unidades generadoras, de los sistemas de transmisión, de distribución y de los clientes libres de un sistema interconectado, será efectuada directamente por sus titulares, bajo su propia responsabilidad. Para los alcances del presente Artículo, en los sistemas interconectados donde exista un COES, dicha operación se hará ciñéndose a los programas establecidos por la Dirección de Operaciones [del COES], siendo de cumplimiento obligatorio para todos los integrantes del sistema. Entiéndase por "Integrante del Sistema" a las entidades que conforman un COES, a los distribuidores, a los clientes libres a los generadores no integrantes de un COES".

además le garantiza el apoyo de la capacidad coercitiva del Estado para castigar las desviaciones a dichas reglas⁹¹.

Si bien es claro que el marco legal reconoce las capacidades regulatorias de dichos agentes privados, también lo es el hecho de que recientemente se ha planteado un ambicioso proyecto de modificación de la Ley de Concesiones Eléctricas que incluye entre otros una nueva conformación del COES. Esto no significa un retroceso en el principio básico de reconocer las capacidades regulatorias que poseen los privados en este mercado, pues según el referido proyecto el COES sigue siendo una entidad conformada por privados, aunque ya no sólo incluye generadores y transmisores sino también distribuidores y clientes libres. Pero sí indica que se ha considerado necesario incluir al Estado, a través del OSINERG, como participante adicional. Además, el proyecto otorga igual peso específico a todos los participantes, pues crea un directorio de 5 miembros designados vía concurso público de méritos en representación de cada uno de grupos de empresas o usuarios miembros así como por el OSINERG⁹².

La idea del MEM al proponer esta nueva estructura del COES habría sido dotarlo de mayor independencia al dejar de lado la conformación sólo por generadores y transmisores e introducir con igual peso a otros agentes⁹³. La propuesta no ha dejado de tener detractores, como por ejemplo aquellos que advertían sobre los riesgos de incluir dentro del COES intereses de agentes que no están directamente vinculados con la industria eléctrica, como los clientes libres⁹⁴.

Más allá de cualquier juicio valorativo sobre la bondad o no de la propuesta, lo interesante es que indica cierta desconfianza hacia la conformación previa del COES que sólo incluía a generadores y transmisores. Asimismo, evidencia la convicción sobre la necesidad de mayor control por parte del Estado sobre una entidad previamente manejada casi totalmente por las empresas.

Tal vez esto también sea manifestación de los nuevos tiempos en que parte importante de los miembros del COES han dejado de ser empresas públicas, a raíz de los procesos de privatización y concesión.

3. A manera de resumen

Los casos expuestos previamente demuestran que recursos clave tales como la capacidad organizativa, la información y la riqueza –cuya posesión otorga capacidades regulatorias– se encuentran dispersos en distintas manos no estatales, principalmente las empresas reguladas.

La posesión de tales recursos otorga a las empresas cierto grado de autoridad “informal” en el ámbito regulatorio, pues les permite, entre otros: (i) perfilar el ámbito y alcances del debate, o definir los criterios de interpretación, como parecería indicar la campaña de Telefónica del Perú contra el factor de productividad aplicable a llamadas locales y de larga distancia; (ii) priorizar temas dentro de la agenda reguladora o generar demanda por nuevas decisiones del regulador, como evidenciarían las medidas adoptadas por Nextel para que el regulador fije los cargos de terminación en redes móviles; (iii) conducir al regulador a adoptar decisiones sin todos los elementos de juicio necesarios, como podría haber ocurrido con la aprobación de fórmulas tarifarias de servicios de saneamiento debido a que SEDAPAL entregó su plan maestro sin incluir información financiera; (iv) desviarse de los designios del regulador, como habría sucedido con la decisión de Electro Perú de no renovar contratos de venta de energía a distribuidores eléctricos; o incluso (v) bloquear las capacidades del regulador, como podría haber ocurrido debido a la suspensión del pago del aporte por regulación por parte de SEDAPAL.

Estos recursos no se encuentran únicamente en manos de empresas dominantes, sino que todas las poseen

⁹¹ Decreto Supremo 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

“Artículo 201.- El OSINERG sancionará a los concesionarios (...) en los siguientes casos según corresponda: (...); c) Por incumplimiento de sus obligaciones como integrante de un sistema interconectado, referidas a: (...); ii) Operar sus unidades generadoras y sistemas de transmisión sin sujeción a lo dispuesto por el Coordinador de la Operación del Sistema; (...); iv) El incumplimiento de cualquier otra disposición vinculada a la operación que emita el COES y/o el coordinador de la Operación del Sistema; v) No efectuar los pagos por Transferencias y Compensaciones dispuestas por el COES. (...)”.

⁹² Proyecto de ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica. Para mayor detalle ver: <http://www.minem.gob.pe/archivos/dge/legislacion/proyectoley/Volumen1.pdf> (visitada el 29 de abril de 2006).

⁹³ “MEM busca mayor competencia en generación eléctrica mediante licitación de energía. También plantea incluir en el COES a distribuidores y clientes libres”. Diario Gestión 15 de abril de 2005. En este artículo se señala que: “La inclusión de representantes de los distribuidores y clientes libres en el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES), en tanto se reestructura la composición de dicho ente a fin de contar con un Operador Independiente y planificar la transmisión eléctrica, figura entre las principales propuestas para la modificación de la Ley de Concesiones Eléctricas. Así lo hizo saber el viceministro de Energía (...)”.

⁹⁴ Por ejemplo, puede citarse la posición que tenía Electro Perú: “El presidente de Electroperú expresó su desacuerdo con que en el proyecto para modificar la Ley de Concesiones Eléctricas se haya planteado introducir cambios en la conformación del Comité de Operaciones del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (COES-SINAC), que actualmente agrupa a las empresas generadoras de energía. (...) Recordó que las funciones del COES son, además de programar el despacho diario de energía, así como las transacciones de esta, calcular las tarifas de generación y proponerlas a OSINERG. “En la medida en que no se vuelva el COES una lucha de sindicatos (esta bien)”, anotó, y explicó que si se pone a un delegado del Defensor del Pueblo en ese comité, a otro de los usuarios, y a otro de las empresas, nunca se podrán de acuerdo, y nunca podrán hacer un análisis técnico y adecuado”. “Electroperú cuestiona proyecto para modificar ley de concesiones eléctricas: Rechazan incluir a usuarios en COES”. Diario Gestión. 30 de junio de 2005.

en distinto grado, como indica el ejemplo de Nextel en el ámbito de los servicios de telefonía móvil. Asimismo, tales recursos tampoco se concentran en las empresas privadas, sino que también son detentados por empresas estatales, como evidencia el caso de Electro Perú en el sector eléctrico.

C. Nuevos roles y participantes

No sólo los recursos regulatorios clave se encuentran en manos no estatales, como ya se ha visto, sino que además entidades que tradicionalmente cumplen otras funciones adquieren nuevos roles que les permiten ejercer capacidades regulatorias, incorporándose de esta manera como actores del Espacio Regulatorio.

1. Tribunal Constitucional: ¿estrenando una faceta de control?

Usualmente, el Tribunal Constitucional cumple una función revisora de última instancia de las decisiones de los entes administrativos que infringen los derechos garantizados por la Constitución. Pero más recientemente, esta instancia de revisión ha adoptado una nueva faceta como interlocutor del proceso regulatorio y controlador de los actos del regulador que pudieran afectar a los usuarios y consumidores.

Al respecto, puede señalarse como caso emblemático el de la acción de amparo planteada por Leyler Torres del Águila como usuaria del servicio de telefonía móvil. La referida usuaria adquirió un teléfono celular y pese a que el mismo no funcionó por aproximadamente tres meses (diciembre de 2001 y enero a febrero de 2002) la empresa continuó emitiendo los recibos de dichos meses. Por tal razón la usuaria presentó el reclamo correspondiente y la empresa lo declaró procedente por lo que ajustó y redujo el monto de la deuda vencida.

Considerando que no debía pagar por ningún concepto durante los meses en que el equipo no funcionó, la

usuaria apeló ante el OSIPTEL y éste declaró infundado el recurso considerando que el agravio causado ya había cesado cuando la empresa declaró procedente su reclamo y dispuso la reducción de la deuda⁹⁵. Descontenta con esta decisión, la usuaria presentó una acción de amparo ante el Poder Judicial, siendo desestimada en las dos instancias. Ante ello, presentó un recurso extraordinario de agravio constitucional.

El Tribunal Constitucional señaló que OSIPTEL había convalidado la existencia de una deuda pese a conocer que la empresa de telefonía móvil no había prestado el servicio. En tal sentido, evaluó si el regulador estaba llamado constitucionalmente a realizar algún tipo de labor como mediador entre empresas reguladas y usuarios y, de ser así, si la forma en que había actuado OSIPTEL violentaba algún derecho constitucional. Luego del análisis respectivo, el Tribunal Constitucional entendió que el regulador tenía un “deber especial de protección” de los derechos fundamentales de los usuarios, siendo una forma de cumplir con ese deber impedir que las empresas proveedoras abusen de los derechos que puedan derivarse de la suscripción de contratos para la prestación del servicio público en cuestión. En tal sentido, el Tribunal concluyó que OSIPTEL no había cumplido adecuadamente con el referido deber, al convalidar una deuda pese a que no se hizo efectivo el servicio por causas imputables a la empresa proveedora. Como consecuencia de ello ordenó que OSIPTEL y la empresa operadora paguen una indemnización a la usuaria⁹⁶.

Este pronunciamiento no sólo fue comentado en la prensa como una sentencia sin precedentes en defensa de los usuarios y que castigaba ejemplarmente al regulador⁹⁷, sino que también fue presentado por uno de los miembros del Tribunal Constitucional como manifestación de una nueva corriente sancionadora que surgía para la defensa de los usuarios y como un jalón de orejas para el regulador por haber permitido que el caso llegue hasta esa instancia⁹⁸.

⁹⁵ Resolución 1 de fecha 18 de junio de 2002. Expediente 3901-2002TRASU7GUS7RA (Leyler Torres del Águila contra Telefónica Móviles S.A.C.).

⁹⁶ Sentencia de fecha 24 de marzo de 2004. Expediente 0858-2003-AA/TC. En esta sentencia se señaló lo siguiente: “En el ámbito de la prestación del servicio público de telefonía, el genérico deber especial de protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, está en manos de OSIPTEL. (...) Una de las maneras de cumplir ese deber especial de protección es impidiendo que los agentes económicos dedicados a la prestación del servicio público de telefonía abusen de los derechos que se puedan derivar de la suscripción de contratos para la prestación de este servicio público y, muy particularmente, del contenido desproporcionado de ciertas cláusulas de contratación que en ese ámbito se insertan en tales contratos. (...) A juicio del Tribunal Constitucional, precisamente en el incumplimiento de ese deber especial de protección ha caído OSIPTEL en el caso de la recurrente. Y es que no se puede decir que haya cumplido adecuadamente su deber especial de protección de los derechos e intereses de la usuaria, cuando por una situación enteramente imputable a la empresa prestadora del servicio público de telefonía – no brindar en óptimas condiciones el teléfono celular-, ha convalidado la existencia de una deuda que, aunque reducida, jamás se debió aceptar, precisamente por no haberse hecho efectivo servicio público alguno”.

⁹⁷ “En una sentencia sin precedentes contra el abuso de la empresa y la inoperancia del organismo público, TC ordena a Telefónica y OSIPTEL indemnizar a cliente maltratada”. Diario La República. 11 de abril de 2004. “Sancionan a Telefónica y OSIPTEL por agraviar a usuario: Mientras la primera cobró por un servicio de telefonía que nunca prestó, la segunda aceptó que el agravado poseía una deuda” Diario Liberación. 12 de abril de 2004.

⁹⁸ “Tribunal falla en contra de OSIPTEL y Telefónica: “Nueva corriente sancionadora surge para la defensa de los consumidores”, dice magistrado”. Diario Correo. 11 de abril de 2004. En esta nota periodística se incluyen las siguientes declaraciones que habría emitido uno de los miembros del Tribunal Constitucional: “Esta es la primera vez que el TC sanciona a Telefónica y OSIPTEL y aunque la multa no es muy alta para ellos, la importancia de este caso es que es una nueva corriente sancionadora que surge para la defensa de los usuarios”, dijo a Correo el magistrado Víctor García Toma. (...) “Este fallo es un jalón de orejas sobre todo para OSIPTEL, porque es un caso que nunca debió llegar al TC, sino solucionarse por la vía administrativa”, agregó García Toma (subrayados agregados).

Como se advierte, la intervención del Tribunal Constitucional somete al regulador a una nueva forma de rendición de cuentas y que cuenta incluso con vías de sanción efectiva de comportamientos considerados inadmisibles por dicha instancia de revisión.

2. Defensoría del Pueblo: ¿el nuevo censor?

En los últimos tiempos, la Defensoría del Pueblo se ha convertido en un participante muy activo del Espacio Regulatorio en todas las industrias de red. Sustentándose en su atribución de vigilar los derechos constitucionalmente reconocidos a los usuarios de servicios públicos, la Defensoría ha elaborado diversos estudios relacionados con el funcionamiento de la regulación en varios sectores⁹⁹. Como parte de sus labores en este ámbito, la Defensoría ha pasado a ser un censor de las decisiones de los reguladores y ha buscado plantear recomendaciones de política regulatoria a los Ministerios correspondientes.

Por ejemplo, en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, la Defensoría emitió diversas opiniones en los medios de prensa sobre aspectos relacionados con la fusión entre Telefónica Móviles y Bellsouth. En primer lugar, señaló que la implementación de la portabilidad numérica era esencial para garantizar una mayor competencia en el mercado, por lo que recomendó al MTC la conveniencia de tomar una decisión al respecto en el corto plazo¹⁰⁰. Asimismo, manifestó que no sería conveniente que el MTC permita la fusión total de dichas empresas y que más bien se debía evitar una concentración pues ello alejaría a nuevas empresas de entrar al mercado¹⁰¹. También planteó su opinión sobre la necesidad de llevar a cabo en breve plazo el concurso para otorgar la banda de espectro radioeléctrico que devolvería Bellsouth, para permitir el ingreso de un nuevo operador y promover mayor competencia; además cuestionó que el MTC hubiera decidido que la devolución de la banda de Bellsouth se produjera en 24 meses cuando debió ser en un año¹⁰².

De otro lado, la Defensoría también ha asumido posiciones distintas u opuestas a la del regulador. Así, cuando OSIPTEL publicó su proyecto de listado

enunciativo de información que, de acuerdo con la experiencia ganada, debía ser considerada reservada o pública sin necesidad de un pronunciamiento expreso del regulador en cada caso particular¹⁰³, si bien la Defensoría reconoció que era positivo que los criterios tenidos en cuenta se difundieran, cuestionó que algunos rubros de información hayan sido considerados reservados pues no encontraba razón para ello¹⁰⁴.

De forma similar, la Defensoría planteó una opinión distinta a la del regulador sobre la forma de resolver el problema de la fijación de las tarifas de agua potable para el período 2006-2010. En este caso, la Defensoría manifestó que según el estudio que habían elaborado la solución no era el incremento de tarifas exigido por las empresas prestadoras, sino la eliminación de los subsidios, ya que las empresas estaban cobrando menos de lo que realmente les costaba brindar el servicio. La posición del regulador coincidía en que no era necesario el incremento solicitado, pero porque en su opinión lo que se debía mejorar eran los niveles de eficiencia de las empresas, pues las tarifas actuales sí cubrían los costos de explotación¹⁰⁵.

Finalmente, cabe mencionar que la participación de la Defensoría también ha adoptado un cariz distinto en ciertas ocasiones, cuando la institucionalidad del regulador se ha visto en peligro. Por ejemplo, se mostró como espectador preocupado por la crisis por la que pasaba la SUNASS y la respaldó frente a la decisión de SEDAPAL de suspender el pago del aporte por regulación¹⁰⁶.

3. Asociaciones de comercio y de usuarios: ¿cohesión que otorga poder regulatorio?

Las asociaciones ya sea de empresas, de usuarios u otras también son importantes repositorios de recursos clave para el proceso regulatorio y, dada su capacidad de aglutinación, muchas veces funcionan como un mejor instrumento para ejercer las capacidades derivadas de la posesión de tales recursos.

Un ejemplo interesante de intervención de una asociación de empresas en el espacio regulatorio es el de la Asociación

⁹⁹ Para mayor información ver: http://www.ombudsman.gob.pe/inf_def.html (visitada el 29 de abril de 2006).

¹⁰⁰ "Para generar mayor competencia: Defensoría pide a MTC aplicar portabilidad numérica". Diario Correo. 16 de junio de 2005.

¹⁰¹ "Defensoría del Pueblo: No conviene la fusión total de Bellsouth". Diario Perú 21. 12 de marzo de 2005.

¹⁰² "Postigo: El gobierno debería licitar la banda de Bellsouth en breve plazo". Diario La República. 05 de abril de 2005; "Defensoría del Pueblo: Banda B debería devolverse en un año". Diario Gestión. 16 de junio de 2005.

¹⁰³ Resolución 005-2004-CD/OSIPTEL. Proyecto de Lista Enunciativa de Información Pública y Reservada de 29 de enero de 2004.

¹⁰⁴ "OSIPTEL pretende fijar como información reservada algunos ingresos de las empresas de telefonía. Defensoría del Pueblo cuestiona proyecto presentado por Organismo Regulador". Diario Gestión de 30 de enero de 2004.

¹⁰⁵ "Polémica por tarifas de agua. Frente a frente: Empresas prestadoras piden reajustes para ampliar cobertura; Defensoría del Pueblo considera que se debe eliminar subsidios indiscriminados; SUNASS opina que se trata de ser eficientes para no afectar al usuario y descarta alza generalizada". Diario La República. 26 de julio de 2005.

¹⁰⁶ "Advierten sobre inestabilidad en la SUNASS" Diario Perú 21. 02 de septiembre de 2005; "Defensoría recomienda a SEDAPAL pagar a SUNASS". Diario La República. 22 de febrero de 2006.

Nacional de Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento del Perú-ANEPSSA. Esta asociación señalaba que la realización de dos audiencias públicas para la aprobación de las fórmulas tarifarias de las empresas de saneamiento, la primera para que la empresa sustente su posición y la segunda para que el regulador informe los resultados de su evaluación del plan maestro y plan financiero presentados por las empresas, generaba tal oposición de parte de la población –porque se proponía el incremento de las tarifas– que era muy difícil realizarlas, lo cual impedía que el proceso tarifario llegue a su fin. Adicionalmente, señalaba que la SUNASS tenía un doble estándar, pues tratándose de empresas en procesos de concesión sólo se realizaba una audiencia. Pero no sólo eso, como medida de presión ANEPSSA decidió informar al regulador que si no solucionaba este problema, procedería a suspender el pago del aporte por regulación¹⁰⁷.

Más tarde, ANEPSSA volvió al ataque y en un comunicado a la opinión pública requirió que la SUNASS fije de oficio las tarifas en un plazo de 6 meses, porque sus excesivos trámites y demora las había llevado a una crisis financiera. Adicionalmente, requirió que sea reorganizada y fiscalizada por la Presidencia del Consejo de Ministros, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo, para que evalúen su gestión y emitan los correctivos sancionándose a los responsables de los supuestos efectos nocivos de su actuar sobre los servicios de saneamiento¹⁰⁸.

También puede mencionarse el caso de la Sociedad Nacional de Industrias, que salió a la palestra en defensa de los intereses de sus agremiados que eran clientes libres del mercado eléctrico, para instar al Congreso de la República a que apruebe el proyecto de modificación de la Ley de Concesiones Eléctricas que proponía la variación de la composición del COES incluyendo la representación de los clientes libres. En opinión de dicho gremio, la propuesta daría mayor transparencia al mercado eliminando las inequidades existentes actualmente en favor de los generadores¹⁰⁹.

Finalmente, puede agregarse el ejemplo de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios-

ASPEC que cuestionó duramente la propuesta del OSIPTEL de establecer un listado de información que tendría carácter público o reservado sin necesidad de pronunciamiento previo de parte del regulador. Según ASPEC, esta propuesta estaba calificando como reservada información que es relevante para el usuario, impidiéndole el acceso a la misma, pese incluso a que alguna de esa información era considerada pública por las propias empresas¹¹⁰.

4. A manera de resumen

Este último grupo de ejemplos evidencia que actores tradicionales con nuevos roles y nuevos actores se convierten en fuentes de control sobre el regulador y operan como mecanismos adicionales de rendición de cuentas. Algunos ejercen dicho control y supervigilancia a través de la revisión de los actos de los reguladores (Tribunal Constitucional), mientras que otros lo hacen como interesados legitimados por el marco legal para opinar (Defensoría del Pueblo), y finalmente, otros aprovechan su capacidad de aglutinación de intereses individuales para tratar de influir en el proceso de toma de decisiones (asociaciones de comercio o de usuarios).

IV. REPENSANDO LA CAPTURA BAJO LA LÓGICA DE LA INTERDEPENDENCIA

Luego de haber verificado la fragmentación de la autoridad legal formal y la dispersión de recursos regulatorios clave, cabe preguntarse qué tan adecuado es analizar el desempeño del regulador desde una perspectiva unidimensional basada en la lógica de la captura. En especial, cuando el regulador actúa en un espacio con tantos agentes que pueden ser igualmente poderosos y respecto de los cuales no sólo tiene que cuidarse para que no intenten modificar sus decisiones en vía de revisión o suplantarlo en sus funciones, sino a quienes debe explicar sus decisiones cotidianamente para convencerlos de haber obrado como correspondía.

Los ejemplos comentados en la segunda sección indican que las potestades del regulador no son ilimitadas y, además, que no puede ejercer con absoluta libertad

¹⁰⁷ “Empresas amenazan no pagar cuota a SUNASS”. Diario La República. 17 de junio de 2005. “SUNASS denuncia presión de empresas de saneamiento. Asegura que buscan que se apruebe nuevas tarifas de agua sin necesidad de audiencias públicas”. Diario La República. 20 de junio de 2005. En esta segunda nota periodística se señala lo siguiente: “La Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) rechazó que quiera politizar la regulación de los servicios de agua y desagüe y negó que busque la quiebra de las empresas de saneamiento. Fue en respuesta a Anepssa Perú (...) que asegura que SUNASS hace distinciones al considerar una audiencia pública para la aprobación de tarifas en empresas en concesión, y dos para las empresas municipales. A través de un comunicado, SUNASS afirma que Anepssa Perú, al condicionar el pago del aporte, pretende presionarla para que apruebe incrementos de tarifas sin pasar por los procedimientos establecidos en la Ley de Transparencia (...)”.

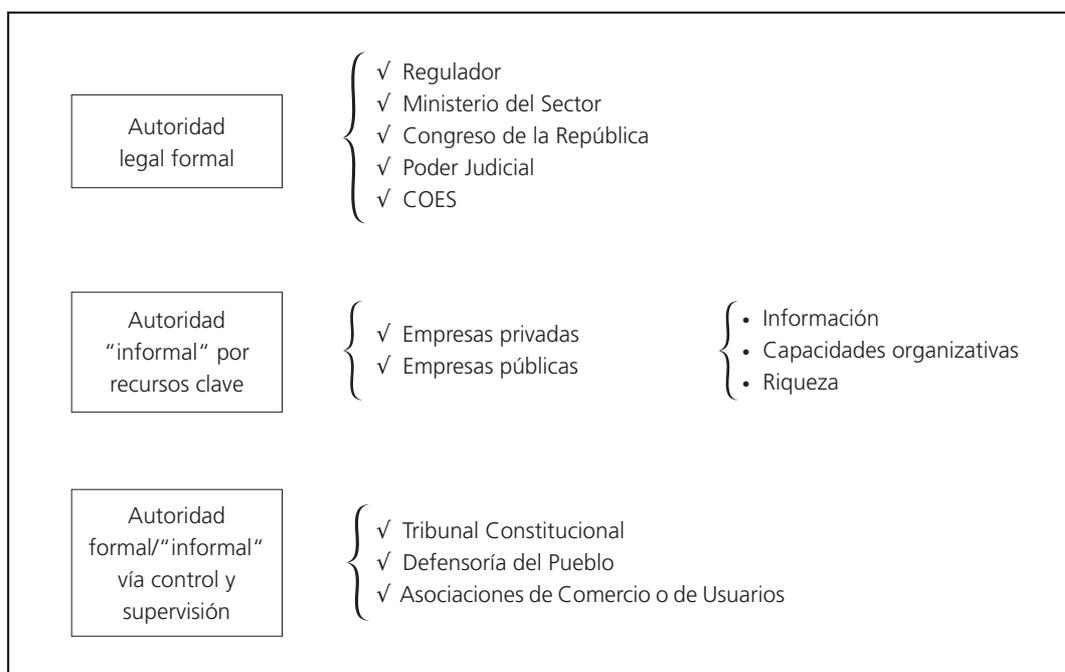
¹⁰⁸ ANEPSSA: “Empresas de agua y alcantarillado de todo el país exigen reorganización de SUNASS y mejora de políticas del Sector”. Diario La República. 02 de febrero de 2006.

¹⁰⁹ “Demanda aprobar cambios en la Ley de Concesiones Eléctricas”. Diario La República. 27 de junio de 2005. Sobre el proyecto en referencia, ver: nota 83, *supra*.

¹¹⁰ “Aspec: OSIPTEL propicia ocultamiento de información en perjuicio de los usuarios”. Diario La República. 01 de febrero de 2004. Sobre la propuesta del OSIPTEL ver nota 103, *supra*.

aquellas que tiene. En efecto, su poder se encuentra limitado por las capacidades legales de otras entidades estatales (Ministerios del Sector, Congreso de la República y Poder Judicial) o no estatales cuya autoridad es reconocida por el marco legal (el COES en el sector eléctrico es un buen ejemplo). Asimismo, las capacidades legales del regulador se encuentra acotadas por las capacidades regulatorias “informales”

que tienen otros agentes no estatales, en particular las empresas públicas y privadas, como consecuencia de la posesión de importantes recursos clave. Finalmente, la participación de otros actores estatales y no estatales como censores o entes de vigilancia también diluye la posibilidad de que el regulador ejerza sus potestades sin limitación (Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo, asociaciones de comercio o de usuarios).



Consecuentemente, sin dejar de ser parte central del Espacio Regulatorio, la agencia u Organismo Regulador tiene necesariamente que debatir y “negociar” sus decisiones y posiciones con los demás actores de dicho espacio. Producto de ello son las distintas relaciones de interdependencia que se constituyen en elemento característico del escenario en que actúan los organismos reguladores.

En primer lugar, existe interdependencia entre el regulador y las otras entidades estatales que detentan capacidades legales formales. Un ejemplo de ello se encuentra en la relación entre regulador y Ministerio del Sector. El regulador puede lograr una más fácil implementación de sus decisiones si cuenta con el apoyo de la autoridad legal que tiene el Ministerio, de lo contrario si establece una relación tirante con el Ministerio la aplicación de sus medidas puede verse seriamente limitada, como ocurrió con SUNASS y la pretendida intangibilidad del fondo para inversiones que tenía SEDAPAL. A su vez, el Ministerio también requiere apoyarse en el conocimiento y experiencia técnica del regulador para adoptar medidas específicas, por ejemplo, cuando requiere superar etapas de crisis

como la ocurrida en el sector eléctrico derivada del incremento de los precios internacionales de insumos para la generación que podía afectar el mercado interno; o para decidir sobre aspectos tan importantes como la autorización de la transferencia de concesiones derivada de la fusión entre Telefónica Móviles y Bellsouth.

Otro supuesto de dependencia mutua se presenta con el Poder Judicial. El regulador depende del Poder Judicial cuando éste revisa el fondo de sus decisiones, pues existe la posibilidad de que las varíe sustancialmente en contra de su opinión técnica y lo obligue a acatar el fallo. Esto fue lo que sucedió con la sentencia que ordenó al OSINERG definir las compensaciones por uso de líneas de transmisión eléctrica que se debían pagar a Eteselva. Por su parte, el Poder Judicial también necesita de la colaboración del regulador para ejecutar una sentencia que rectifique su decisión. Así lo demuestra la resolución que emitió el Poder Judicial ampliando lo dispuesto en la sentencia antes mencionada, donde dejó en claro cómo debía proceder el OSINERG dado que en su opinión las medidas que había adoptado hasta ese momento no se adecuaban a lo dispuesto por dicha sentencia.

En tercer lugar, existe interdependencia entre regulador y empresas reguladas. A manera de ejemplo, puede mencionarse el caso de la aprobación de tarifas de servicios de saneamiento. SEDAPAL requería que la SUNASS apruebe el incremento de sus tarifas, mientras que la segunda requería de la primera la entrega de mayor información para evaluar la correspondencia entre metas y propuesta tarifaria para cumplirlas. La empresa no entregó la referida información y el regulador no aprobó el incremento de tarifas. Posteriormente, el regulador necesitaba el pago del aporte por regulación de SEDAPAL para garantizar el cumplimiento de sus funciones, pero esta empresa decidió suspender dicho pago manifestando no contar con recursos precisamente por la falta de aprobación del incremento de sus tarifas.

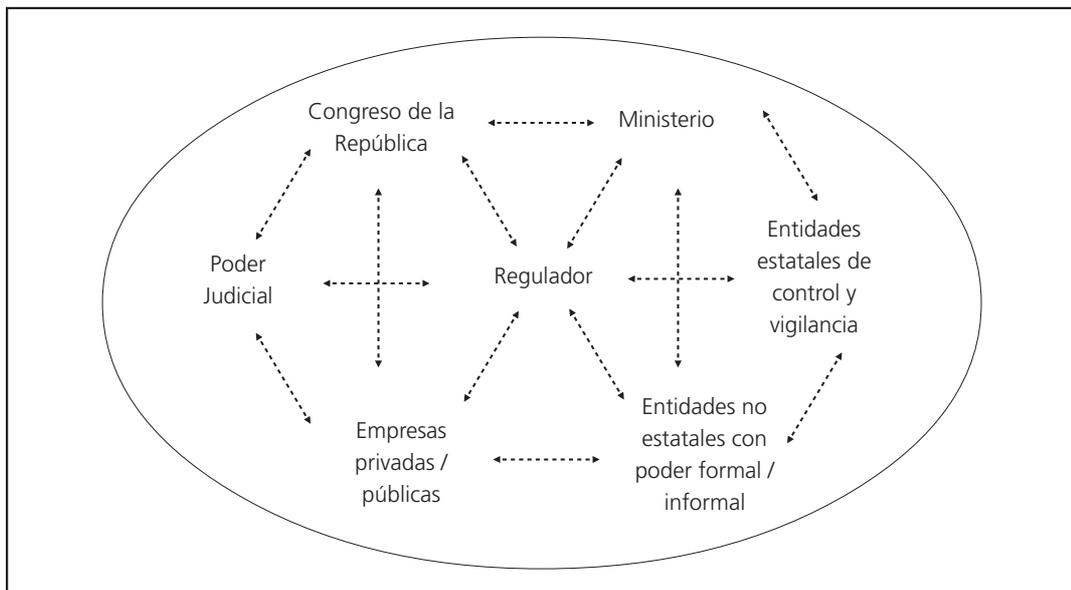
Otro ejemplo interesante es el del COES. En este caso, el marco legal reconoce la conveniencia de involucrar en el despacho a los generadores y transmisores eléctricos, por ello les otorga funciones regulatorias que complementan las labores del regulador. Adicionalmente, el marco legal garantiza el respeto del ejercicio de dichas funciones otorgándole al COES el respaldo de las sanciones que puede imponer el regulador. En otras palabras, se conjuga el otorgamiento de autoridad legal formal a una entidad no estatal –en reconocimiento de la información y capacidades organizativas que maneja– con el soporte de la autoridad legal formal existente en el regulador. Así, el regulador depende del COES para la administración económica del despacho, mientras que el COES depende del regulador para la sanción de las desviaciones a las reglas que dispone para organizar el despacho.

En cuarto lugar, existe interdependencia entre regulador y otras entidades estatales o no estatales que actúan

como censores o vigilantes de su labor. El regulador tiene que explicarles sus decisiones cotidianamente para convencerlas sobre su correcta actuación o para evitar que intenten suplantarlos en sus funciones. En cuanto a lo primero, puede mencionarse la vigilancia cotidiana que ejerce la Defensoría del Pueblo, opinando y ofreciendo recomendaciones de política regulatoria, así como la participación de asociaciones de comercio o de usuarios que buscan influir en el proceso de toma de decisiones (incluyendo desde la presión explícita de ANEPSSA para que la gestión de la SUNASS sea fiscalizada por la Contraloría General de la República, hasta los cuestionamientos puntuales de ASPEC a las propuestas del regulador). Como ejemplo de lo segundo está el constante escrutinio que realiza el Congreso sobre los actos del regulador y que llega incluso al punto de tratar de suplantarlos en sus funciones a través de iniciativas legislativas.

Inclusive las relaciones de interdependencia pueden darse entre más de dos agentes, como sucede con la interacción del MVCS y SEDAPAL como bloque de oposición frente a la SUNASS o entre el MTC y OSIPTEL actuando complementariamente respecto de la solicitud de aprobación de transferencia de concesiones derivada de la fusión entre Telefónica Móviles y Bellsouth. Adicionalmente, las relaciones de interdependencia pueden presentarse directamente entre los otros actores del Espacio Regulatorio sin necesidad de que en todas ellas intervenga el regulador, como podría ser, por ejemplo, la interacción que ocasionalmente ocurre entre las empresas reguladas y el Congreso de la República como consecuencia de la propuesta de ciertas iniciativas legislativas.

La interdependencia que existe en el Espacio Regulatorio demuestra la complejidad de procesos y



conflictos que se producen en su interior. Ello permite comprender a cabalidad que la dispersión de recursos no permite al regulador imponer sus decisiones y, por ende, hace menos interesante la captura y más atractiva la “negociación” de posiciones entre los distintos agentes, en particular considerando los distintos y poderosos intereses que suelen estar en conflicto en el Espacio Regulatorio. Piénsese únicamente en el interés por que se reduzcan las tarifas para beneficiar al usuario y el interés por que la tarifa sea más elevada para garantizar la inversión en ampliación de cobertura de servicios; o el interés por cargos de acceso o interconexión más reducidos para promover la entrada de competidores y el interés por que dichos cargos se mantengan elevados para no desincentivar la inversión de los incumbentes en el largo plazo.

Una vez reconocido lo anterior, se entiende la conveniencia de modificar la perspectiva de análisis del desempeño del regulador, entendiendo su función como una de mediación y balance entre los diversos intereses en conflicto de los actores del Espacio Regulatorio¹¹¹, más que como una de potencial promotor de intereses de las empresas reguladas. Bajo esta lógica adquiere sentido pensar en una reforma regulatoria que defina procedimientos que permitan la participación –ordenada pero a la vez fluida– de agentes distintos al regulador que puedan aportar o actuar como controles y contrapesos en el proceso de toma de decisiones. Para ello, es necesario identificar que entidades estatales y no estatales poseen recursos clave y en qué medida, de manera que pueda garantizarse su participación en dicho proceso.

Por último, un aspecto importante a señalar es la dimensión estática y dinámica del Espacio Regulatorio. Una descripción estática del Espacio Regulatorio de cada una de las industrias de las que se han tomado ejemplos en la segunda sección indicaría lo siguiente¹¹²:

- El OSINERG se relaciona con empresas públicas y privadas, existiendo una entidad conformada por empresas reguladas que tiene capacidades regulatorias reconocidas legalmente (el COES). Existe un grado importante de complementariedad entre las labores del regulador y del COES. La relación del OSINERG con el MEM no es de abierta contraposición, aunque se registran enfrentamientos ocasionales. Además, se registra un grado moderado de intervención del Congreso de la República y el potencial riesgo de revisión de

las decisiones del regulador por parte del Poder Judicial.

- La SUNASS se relaciona preponderantemente con empresas públicas, siendo la principal de ellas SEDAPAL. La relación del regulador con el MVCS es de abierta oposición, en la que este último parece haber creado un bloque con SEDAPAL para oponerse a las decisiones del regulador. En este campo no se registra una intervención notoria del Congreso o de otras entidades estatales.
- El OSIPTEL se relaciona únicamente con empresas privadas de distinta envergadura, aunque una de ellas –Telefónica– es considerada como dominante en el mercado. De otro lado, la relación entre el regulador y el MTC sólo presenta enfrentamientos ocasionales. La intervención del Congreso y de otras entidades estatales, como por ejemplo la Defensoría del Pueblo, es notoria y continua.

Entre los elementos de semejanza o diferencia que podían mencionarse preliminarmente está que la relación entre regulador y Ministerio parece más tirante cuando las empresas son públicas que cuando son solamente privadas. El Ministerio puede tener mayores incentivos a cuestionar las decisiones del regulador cuando la empresa regulada depende de su sector. De otro lado, cuando las empresas son privadas, y especialmente si hay una considerada como dominante, otras entidades estatales –como el Congreso o la Defensoría– parecen más proclives a intervenir en el Espacio Regulatorio y a cuestionar las decisiones del regulador. Además, las estrategias que adoptan las empresas privadas para oponerse al regulador parecen más sutiles –o que aprovechan más las vías legales– que las que utilizan las empresas estatales quienes, tal vez precisamente por serlo, resultan más agresivas, como indicaría la suspensión del pago del aporte por SEDAPAL o la negativa de Electro Perú a renovar contratos de suministro eléctrico con distribuidoras.

No obstante, debe tenerse en cuenta también que el Espacio Regulatorio puede ir variando en el tiempo, con la aparición de nuevos actores o la salida de alguno de los existentes. Piénsese por ejemplo en la industria de las telecomunicaciones antes y después de la apertura, es decir, antes y después del monopolio temporal otorgado a Telefónica del Perú. Asimismo, el Espacio Regulatorio se modifica en función a la

¹¹¹ Sobre la visión del regulador como mediador de intereses en conflicto que hace un balance de los mismos, puede verse el siguiente trabajo: SCOTT, Colin”. Services of general interest in EC law: matching value to regulatory technique in the public and private sectors”. En: European Law Journal 4. Volumen 6. 2000.

¹¹² Este ejercicio es eminentemente enunciativo y queda sujeto a posterior investigación y confrontación, pues hacerlo en toda su extensión implicaría un estudio especial para cada caso, como se ha indicado previamente.

distribución de la autoridad legal formal existente en cada etapa. Téngase en cuenta, por ejemplo, los distintos momentos por los que ha pasado la autoridad reguladora en el sector eléctrico desde la publicación de la Ley de Concesiones Eléctricas, esto es, cuando sólo existía como regulador la Comisión de Tarifas Eléctricas o de energía, luego el período en que ésta convivió con el OSINERG –que tenía principalmente funciones fiscalizadoras– y, finalmente, la etapa en que ambas entidades se han fusionado introduciéndose la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria –ex CTE– dentro del OSINERG.

El carácter dinámico del espacio regulatorio hace más complicada la posibilidad de captura, puesto existen

tantos intereses en juego como participantes actúen en determinada etapa, con lo cual son más los que podrían estar dispuestos a tratar de “capturar” al regulador. Asimismo, las capacidades regulatorias formales de los agentes no sólo se encuentran superpuestas sino que tienden a variar en el tiempo, con lo cual es más difícil identificar a quien tendría que “capturarse”.

En tal sentido, la configuración y características propias de cada industria en un momento del tiempo definen relaciones de poder diversas, pero dicha configuración y características también se modifican en el tiempo y todo ello impacta en la configuración del espacio regulatorio.

REGULANDO EL CAMBIO DE LA MATRIZ ENERGÉTICA DEL PAÍS LA REGULACIÓN DEL GAS NATURAL EN EL PERÚ

Jorge Liceti Hilbck*
Giancarlo Guardia Gonzalez**

Actualmente vivimos en un escenario en el que la utilización y explotación de los recursos naturales por parte de las empresas privadas se ve amenazada en nuestro país, y viene siendo gravemente afectada en la región. Desde ese punto de vista, los temas abordados en este artículo, son de una importancia gravitante para entender de manera cabal qué derechos asisten, tanto al Estado como a las empresas privadas, en sus relaciones contractuales y legales, para la explotación y comercialización de gas natural.

En ese sentido, los autores analizan todo el proceso legal que lleva consigo el tratamiento de este recurso tan importante, desde su exploración y explotación, hasta su distribución final a los consumidores y exportación. Visto desde una perspectiva contractual y administrativa, este artículo resulta de gran utilidad práctica.

* Jorge Liceti Hilbck es Gerente Legal del Grupo Pluspetrol en el Perú. Profesor del Curso de Derecho de la Energía en la Universidad de Lima. Presidente del Comité Legal Petrolero de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía.

** Giancarlo Guardia Gonzalez es abogado del Grupo Pluspetrol. Profesor Adjunto del Curso de Derecho de la Energía en la Universidad de Lima.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto realizar una exposición respecto de los principales aspectos regulatorios relativos a la industria del gas natural en el país.

De tal forma, en las siguientes líneas analizaremos la regulación aplicable a las actividades de exploración y explotación, transporte y distribución de gas natural, los contratos mediante los cuales se otorga a los particulares el derecho a realizar tales actividades, la regalía, el canon gasífero, y la comercialización de gas natural.

Resulta innecesario resaltar la importancia del gas natural para el país, bastando para ello indicar que dicho producto constituye la base para el futuro desarrollo energético del país. Como veremos en las líneas siguientes, la regulación actual de dicho producto constituye una garantía de que dicho desarrollo se realizará en forma segura y ordenada.

2. UNA NECESARIA PRECISIÓN

Para iniciar, nos gustaría realizar una primera aclaración para aquellos que no están relacionados con la industria, en relación a la naturaleza del gas natural, y su diferencia con el gas licuado de petróleo (en adelante GLP).

El gas natural es un hidrocarburo conformado predominantemente por metano, que se encuentra en el subsuelo conjuntamente con el petróleo (gas natural asociado), o en forma independiente (gas natural no asociado).

El GLP es un producto que se obtiene luego de procesar el petróleo o el gas natural, y que se encuentra compuesto básicamente por propano y por butano.

Respecto de sus usos en el país, el gas natural tiene su principal aplicación en la generación de energía eléctrica por parte de las empresas termoeléctricas. Asimismo, es usado en diversos tipos de industrias, sobre todo en las cerámicas, empresas petroquímicas y, en general, como insumo para generar energía.

Asimismo, el gas natural puede ser utilizado para consumo doméstico, proveyendo combustible a las termas, cocinas, lavadoras, secadoras, etcétera. Finalmente, puede ser utilizado en vehículos, a través del denominado "gas natural vehicular".

Por su parte el GLP es un producto utilizado desde cocinas hasta industrias a través de balones

especialmente diseñados para tal efecto, o a granel, mediante tanques. Asimismo, el GLP puede ser utilizado como combustible para automóviles.

Hemos querido realizar esta primera distinción en la medida que, lamentablemente, es usual que se confundan tales productos, cuando en realidad poseen una naturaleza completamente distinta, así como mecanismos de producción, transporte y comercialización completamente distintos.

3. EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE GAS NATURAL

3.1. Propiedad de los hidrocarburos

De acuerdo con el artículo 66 de la Constitución Política del país, los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento.

En consecuencia, los hidrocarburos, como cualquier otro recurso natural, pertenecen al Estado, el cual, tal como lo establece el precepto constitucional, puede definir cómo se realiza la explotación de dicho recurso.

Al respecto, el mencionado artículo 66 señala que el Estado fijará las condiciones de utilización de los recursos naturales mediante Leyes Orgánicas, en las cuales, asimismo, se establecerá los mecanismos para el otorgamiento de tales derechos a particulares.

En tal sentido, la Constitución no reserva la explotación de los recursos naturales al Estado, sino que establece que dicha actividad podrá ser desarrollada por los particulares en el marco que se establezca por Ley Orgánica. Ello resulta concordante con lo indicado en el artículo 60 de la Constitución, según 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 tal forma, en agosto del año 1993 se promulgó la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley 26221, norma que regula con carácter general las actividades relacionadas con el sub sector hidrocarburos que se realizan en el país.

La Ley Orgánica de Hidrocarburos desarrolla el precepto constitucional estableciendo lo siguiente:

- Los hidrocarburos *in situ* son de propiedad del Estado.

- El Estado otorga a Perupetro S.A.¹ el derecho de propiedad sobre los hidrocarburos extraídos, a efectos de que pueda celebrar contratos de exploración y explotación o explotación de éstos.
- El derecho de propiedad de Perupetro S.A. sobre los hidrocarburos extraídos, será transferido a los licenciatarios al celebrarse los contratos de licencia.

En tal sentido, dicha norma dispone que los hidrocarburos *in situ*, es decir, aquellos que no han sido objeto de labores de explotación, y, por tanto, permanecen en el subsuelo, son de propiedad del Estado.

Para poder extraer dichos hidrocarburos, Perupetro S.A. tiene la facultad de celebrar contratos con particulares, mediante los cuales, los mismos asumen el compromiso de realizar tales actividades, a cambio de una retribución (contrato de servicios) o a cambio de obtener la propiedad sobre los hidrocarburos extraídos (contrato de licencia), abonando una determinada regalía al Estado.

Sobre la base de lo expuesto en forma previa, resulta incorrecto que actualmente se sostenga la tesis de la *nacionalización de los hidrocarburos*, por cuanto, tal como hemos mencionado anteriormente, los hidrocarburos pertenecen al Estado, con lo cual, resultaría imposible otorgarle al mismo un derecho de propiedad sobre algo que ya es suyo.

Sin embargo, si dicha frase se encuentra referida a la necesidad de dejar sin efecto los contratos de licencia ya suscritos por el Estado, estaríamos ante un grave atentado contra la seguridad jurídica, por cuanto se estaría pretendiendo desconocer contratos libremente suscritos por el Estado, cuya intangibilidad se encuentra consagrada en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú.

Este tema es particularmente sensible en el sector hidrocarburos, ya que las inversiones requeridas para desarrollar un lote petrolero son elevadas (la realización de un pozo exploratorio puede costar entre 10 y 50 millones de dólares), con lo cual, se requieren largos períodos de operación, para poder recuperar las inversiones llevadas a cabo. Por tanto, si nuestro país no cuenta con la estabilidad necesaria para permitir estas inversiones a largo plazo, y no respeta las reglas de juego que posibilitaron tales inversiones, muy difícilmente los particulares van a decidir llevar a cabo una operación petrolera.

3.2. Contratos de licencia y de servicios

En un yacimiento se pueden realizar dos tipos de actividades, la exploración y la explotación de hidrocarburos.

Las actividades exploratorias comprenden el planeamiento, ejecución y evaluación de todo tipo de estudios geológicos, geofísicos o geoquímicos, la perforación de pozos exploratorios, y, en general, todo tipo de actividades necesarias para el descubrimiento de hidrocarburos.

Por su parte, la explotación comprende las actividades de Desarrollo y Producción. El Desarrollo incluye todas las labores necesarias para la producción de hidrocarburos, tales como la perforación de pozos, las actividades posteriores a la perforación necesarias para que el pozo comience a operar, así como el diseño, construcción e instalación de las tuberías para la recolección de los hidrocarburos, así como los tanques de almacenamiento.

La producción es la actividad cuya finalidad es el flujo y manipuleo de hidrocarburos, y que incluye, principalmente, la operación de los pozos, equipos, tuberías e instalaciones de tratamiento y medición de hidrocarburos.

Sin embargo, no cualquier particular que desee desarrollar dichas actividades puede iniciar unilateralmente la ejecución de las mismas, sino que, para poder hacerlo, deberá suscribir un contrato con el Estado, el cual, como hemos analizado en forma previa, es el titular de los hidrocarburos que aún no han sido extraídos.

En tal sentido, la Ley Orgánica de Hidrocarburos establece dos modalidades contractuales a través de las cuales el Estado, a través de Perupetro S.A., puede otorgar a los particulares el derecho a realizar actividades de exploración o explotación de hidrocarburos:

- a) Contrato de Licencia.- Es el contrato celebrado entre la empresa que pretende realizar la exploración y explotación de los hidrocarburos ("Contratista") y Perupetro S.A., en virtud del cual, el segundo otorga al primero la autorización de explorar y explotar los hidrocarburos en un área determinada. Mediante dicho acuerdo, Perupetro S.A. transfiere al Contratista el derecho de propiedad de los hidrocarburos extraídos por éste, el cual, por su

¹ Perupetro S.A. es una empresa estatal de Derecho Privado del Sector Energía y Minas, creada por la propia Ley Orgánica de Hidrocarburos, cuyas funciones son básicamente promover la inversión en las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos y negociar, celebrar y supervisar los contratos para la realización de estas actividades (a los cuales nos referiremos en el punto 3.2 del presente artículo).

parte, se compromete a pagar una regalía al Estado por los mismos.

- b) Contrato de Servicios.- Es el contrato celebrado entre Perupetro S.A. y el Contratista, en virtud del cual, el segundo se encarga de llevar a cabo las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en una determinada área, recibiendo a cambio una retribución en función a la producción obtenida en la misma.

Luego, ambos contratos autorizarán al Contratista a desarrollar labores de exploración y explotación de hidrocarburos; sin embargo, en uno de los casos, el Contratista adquiere los hidrocarburos que haya extraído, y es libre de realizar la comercialización de los mismos, y, en el otro, el titular de los hidrocarburos extraídos es Perupetro S.A., y el Contratista exclusivamente recibe una retribución por las labores realizadas.

Cabe indicar que la Ley Orgánica de Hidrocarburos establece que el Ministerio de Energía y Minas podrá autorizar otras modalidades de contratación. Sin embargo, hasta la fecha, ello no se ha producido.

Los indicados contratos pueden celebrarse, a criterio de Perupetro S.A., mediante negociación directa o por licitación pública. En forma previa a su suscripción, los contratos deben ser aprobados mediante un Decreto Supremo refrendado por los Ministros de Economía y Finanzas y de Energía y Minas.

Finalmente, debemos mencionar que los contratos de licencia o de servicios no se encuentran sujetos a la Ley de Contrataciones del Estado, de acuerdo a lo expresamente previsto por la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

3.3. El Contratista

En la medida que las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos requieren la realización de grandes inversiones para desarrollarse, así como específicos conocimientos técnicos para llevarse a cabo, no cualquier empresa puede encargarse de las mismas.

Por ello, si una empresa pretende suscribir un contrato de licencia o de servicios, debe seguir un proceso ante Perupetro S.A. denominado "proceso de calificación", en virtud del cual, Perupetro S.A. analiza la capacidad legal, técnica, económica y financiera de una empresa para dar cumplimiento a las obligaciones contractuales que se derivarían de un contrato de licencia o de servicios, en función de las características del área solicitada y las inversiones previsiblemente requeridas.

Una vez que Perupetro S.A. ha comprobado la existencia de dichos requisitos, la empresa se encuentra habilitada para suscribir un contrato de licencia o servicio. Sin embargo, dicha calificación no otorga derecho alguno al Contratista para exigir la suscripción de los mismos.

Por otro lado, debemos indicar que, en un contrato de licencia o de servicios, la condición de Contratista puede ser asumida por más de una empresa. En dicho supuesto, una de ellas deberá ser nombrada como la responsable de conducir la operación u "Operador", sin perjuicio de que todas las empresas que conforman el Contratista sean solidariamente responsables frente a Perupetro S.A. por las obligaciones contenidas en el Contrato, salvo en materia tributaria y contable, en cuyo caso la responsabilidad es individual frente al Estado.

En dicho supuesto, asimismo, entre las empresas que componen el Contratista se deberá suscribir un Acuerdo de Operación Conjunta (o "JOA" por sus siglas en inglés), mediante el cual se regulen las obligaciones y derechos del operador, y, en general, se establezcan los principales términos y condiciones bajo los cuales se llevará a cabo la operación del lote por parte de tales empresas. Este acuerdo es presentado a Perupetro S.A.

Finalmente, debemos resaltar que, en caso el Contratista se encuentre integrado por alguna empresa extranjera, la misma deberá establecer una sucursal en el país o constituir una sociedad en el Perú. El contrato de licencia o servicios será suscrito con dicha sucursal o con la nueva sociedad constituida en el país.

3.4. Principales estipulaciones de los contratos de licencia y servicios

3.4.1. Objeto del contrato

Los contratos de licencia o servicios tienen por objeto autorizar al Contratista a realizar las operaciones necesarias para la exploración y explotación, o la explotación exclusivamente, de los hidrocarburos existentes en un determinado lote.

Así, las diversas áreas para la explotación de hidrocarburos en el país, se encuentran divididas en bloques o lotes definidos por Perupetro S.A. La delimitación del área se realiza en función al potencial hidrocarburífero del área y el programa de trabajo mínimo garantizado que le correspondería a la misma.

Sin perjuicio de ello, se puede solicitar a Perupetro S.A. la celebración de un contrato de licencia o de servicios en cualquier lugar del territorio nacional, incluyendo

el área comprendida dentro de los cincuenta (50) kilómetros de fronteras.

No obstante que en el contrato se establece un área determinada para realizar las actividades propias del mismo, el Contratista se encuentra facultado para reducir dicha área, hasta llegar a la superficie bajo la cual se encuentren las zonas productoras, más un área circundante de seguridad técnica (proceso que se denomina "suelta de área").

3.4.2. Plazo del contrato

Los plazos máximos de duración de los contratos de licencia o servicios son los siguientes: a) para la fase de exploración hasta 7 años (se podrá autorizar una extensión del plazo por 3 años adicionales, siempre que el contratista haya cumplido con su programa mínimo y se comprometa a la ejecución de un programa de trabajo adicional que justifique la extensión del plazo y que esté garantizado con una fianza); b) para la fase de explotación, tratándose de gas natural no asociado y de gas natural no asociado y condensados (líquidos de gas natural), hasta cuarenta años.

No obstante dichos plazos, el Contratista puede solicitar a Perupetro S.A. un período adicional (período de retención) cuando no existan las facilidades de transporte necesarias para explotar los hidrocarburos descubiertos, o con el propósito de desarrollar el mercado. La suma de los períodos de retención no podrá ser mayor de 10 años.

3.4.3. Plan Mínimo

De acuerdo a la Ley Orgánica de Hidrocarburos, cada período de la fase de exploración deberá tener un programa de trabajo mínimo obligatorio.

El Programa Mínimo normalmente consiste en la ejecución de pozos exploratorios o el levantamiento de información mediante trabajos de sísmica.

Los trabajos del Plan Mínimo se encuentran garantizados con una fianza. Dicha fianza se entrega al inicio de cada período de exploración, garantizando los trabajos correspondientes al mismo.

El monto de la fianza se establece en el contrato. Normalmente, la fianza será solidaria, incondicional, irrevocable, de realización automática en el Perú, sin beneficio de excusión y emitida por una entidad del Sistema Financiero debidamente calificada y domiciliada en el país.

Para la fase de explotación, el Contratista deberá presentar a Perupetro un plan inicial de desarrollo, que

cubra un quinquenio, el mismo que será actualizado anualmente.

El Contratista debe proporcionar, a su propio riesgo, todos los recursos técnicos, económicos y financieros que se requieran para la ejecución de los contratos, siendo de su exclusiva responsabilidad y cargo todas las inversiones, costos y gastos en que incurra por dichos conceptos.

3.4.4. Garantías a la inversión

En los contratos de licencia y de servicios, el Estado garantiza a los contratistas que los regímenes cambiarios y tributarios vigentes a la fecha de celebración del respectivo contrato permanecerán inalterables durante la vigencia del mismo.

Esta estipulación resulta sumamente importante para el Contratista en la medida que las actividades del sector hidrocarburos importan la realización de inversiones que únicamente pueden ser rentables a través de una operación que se extienda a lo largo de muchos años. Por tanto, es importante que las condiciones económicas bajo las cuales se realizó dicha inversión no se vean alteradas, ya que ello podría modificar la economía del negocio y, por tanto, volverlo no rentable.

En tal sentido, si el Estado no le proporciona al inversionista la seguridad de que el régimen tributario aplicable al mismo no va a ser modificado durante el plazo de vigencia del contrato, se reduciría considerablemente el número de inversionistas dispuestos a participar en el sector hidrocarburífero del país, ya que, sin ello, se vería expuesto a la creación de nuevos impuestos o la modificación de los impuestos existentes, lo cual es un riesgo demasiado grande para un negocio a largo plazo.

Lamentablemente, ello es particularmente relevante en una región como la nuestra, en la cual la inestabilidad política es un riesgo que el inversionista debe tratar de mitigar. Sin ello, el inversionista simplemente decidirá invertir en otro país que le otorgue mayores seguridades a su inversión, negando al nuestro los beneficios propios de las inversiones del sector (impuesto a la renta, regalías, canon, generación de empleo, etcétera).

Otro punto importante respecto del otorgamiento de garantías tributarias por medio de los contratos de licencia y de servicios, es el hecho que, en caso el Estado no cumpla con dichas garantías, el Contratista tendrá la posibilidad de demandar al Estado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), a fin de solicitar que cumpla las obligaciones asumidas, o que le indemnice por los daños que le haya podido generar.

Finalmente, cabe indicar que en los contratos de licencia y servicios, el Estado también garantiza al Contratista lo siguiente: a) la libre disposición del 100% de las divisas generadas por sus exportaciones de hidrocarburos; b) el derecho a convertir libremente a divisas el 100% de la moneda nacional resultante de sus ventas de hidrocarburos en el mercado nacional; c) el derecho a convertir libremente a divisas el 100% de su retribución pagada en efectivo en los contratos de servicios; d) el derecho a mantener, controlar y operar cuentas bancarias en cualquier moneda, tanto en el país como en el exterior, tener el control y libre uso de tales cuentas, y a mantener y disponer libremente en el exterior de tales fondos sin restricción alguna; y, e) el derecho a disponer libremente, distribuir, remesar o retener en el exterior, sin restricción alguna, sus utilidades netas anuales, después de impuestos.

Para tal efecto, en los contratos mencionados, interviene el Banco Central de Reserva del Perú, a fin de garantizar el cumplimiento de dichas obligaciones por parte del Estado.

3.4.5. Regalía

Quizá una de las principales características de los contratos de licencia lo constituye el hecho de que el Contratista se encuentra obligado al pago de una regalía al Estado.

El monto a pagar en calidad de regalía se calcula aplicando un determinado porcentaje al valor del gas natural producido por el Contratista. Dicho porcentaje se determina de acuerdo a lo indicado en los párrafos siguientes.

Por su parte, el valor del gas natural se determina sobre la base de los precios de venta en el mercado nacional o de exportación, según sea el caso.

En tal sentido, si, por ejemplo, el porcentaje de regalía asciende a 30%, y el precio de venta de gas natural en las operaciones realizadas por el productor en el mercado interno ascienden a US\$ 1.00 por Millón de BTU (British Thermal Unit), la regalía ascenderá a US\$ 0.30 por cada Millón de BTU que se produzca en dicho lote.

Cabe precisar que no toda la producción del lote se encuentra afecta al pago de regalías, sino únicamente aquella que pase por el punto de fiscalización instalado por Perupetro S.A. en el lugar de las operaciones. Así, por ejemplo, el gas natural que el Contratista pueda utilizar en sus operaciones, y que, por tanto, no pasa por el punto de fiscalización, no paga regalías.

La determinación del porcentaje de regalía se realizará bajo las metodologías siguientes:

- Metodología del Factor "R".
- Metodología de Producción Acumulada.
- Metodología por Escalas de Producción.
- Metodología por Resultado Económico.

La más usual es la metodología del Factor "R", la cual tiene por objetivo compensar las desviaciones en los supuestos de producción, inversión, costos operativos, incertidumbre en cuanto a los precios de los hidrocarburos en el mercado internacional, crecimiento del mercado nacional de Gas Natural y posibilidades de éste último en el mercado internacional.

Sin perjuicio de lo anterior, para el caso del gas natural proveniente de los yacimientos de Camisea (Lote 88), el monto a pagar en calidad de regalía se estableció sobre la base de las ofertas presentadas por los postores en el Concurso Público Internacional convocado para otorgarlos en explotación.

Con motivo de la creación de las regalías mineras, surgió la discusión en torno a la naturaleza jurídica de las regalías, discusión en la cual se podían identificar, básicamente, dos posiciones, la primera, que la regalía es un tipo particular de impuesto, y la segunda, que la regalía es una contraprestación por la extracción de recursos naturales.

La primera teoría era abonada por el hecho de que la regalía no cuenta con una contraprestación específica por parte del Estado (lo cual coincide con la definición de impuesto) y por el hecho de que haya sido creada en virtud del *ius imperium* del Estado.

La segunda se encontraría abonada por el hecho de que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, lo cual implica que los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto. Así, de acuerdo con dicha teoría, al igual que con cualquier otro bien, sería irracional que los recursos naturales sean traspasados gratuitamente. Por tanto, las acciones que el Estado lleve a cabo respecto a los bienes que son patrimonio de la Nación, únicamente se encuentran legitimados en la medida que impliquen un beneficio para el bien común.

Esta última posición ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional al momento de resolver sobre la acción de inconstitucionalidad que se planteara en contra de la norma que aprobó las regalías para el sector minero.

3.5. El Canon

El canon gasífero es la participación de la que gozan los gobiernos regionales y locales en los ingresos y rentas obtenidos por el Estado por la explotación económica del gas natural.

El canon es distribuido entre los gobiernos regionales y locales de acuerdo a los porcentajes establecidos legalmente y los índices de distribución que fije el Ministerio de Economía y Finanzas. Los índices se elaboran en base a criterios de población y pobreza.

Los recursos que los gobiernos regionales y gobiernos locales reciban por concepto de canon deben ser utilizados exclusivamente para el financiamiento o cofinanciamiento de proyectos u obras de infraestructura.

Asimismo, los gobiernos regionales deben entregar el 20% del total percibido por canon a las universidades públicas de su circunscripción, monto que deberá ser destinado exclusivamente a la inversión en investigación científica y tecnológica que potencien el desarrollo regional.

El canon gasífero se compone del 50% del Impuesto a la Renta percibido por el Estado de las empresas que realizan actividades de explotación de gas natural y del 50% de las regalías por la explotación de dicho recurso natural.

Cabe indicar que, en el año 2004, el Estado ha creado el Fondo de Desarrollo Socioeconómico del Proyecto Camisea (en adelante FOCAM), un fondo intangible destinado a contribuir al desarrollo sostenible de los departamentos por donde pasa el sistema de transporte a cargo de Transportadora de Gas del Perú S.A. (en adelante TGP).

El FOCAM se encuentra compuesto por el 25% de las regalías que abonan al Estado los lotes en los cuales se produce el gas que es transportado por el Sistema de Transporte a cargo de TGP.

Resulta necesario resaltar la importancia del canon gasífero y el FOCAM para las localidades que reciben dicho beneficio. Así, solamente entre enero y setiembre de 2005, se distribuyó en calidad de canon más de 71 millones de dólares en calidad de canon y cerca de 17 millones de dólares en calidad de FOCAM.

4. TRANSPORTE DE HIDROCARBUROS POR DUCTOS

Por su naturaleza, el gas natural solamente debe ser transportado de dos formas, mediante ductos especialmente diseñados para conducir dicho hidrocarburo, o mediante proyectos de gas natural licuefactado, a los cuales nos referiremos posteriormente cuando analicemos los procesos de exportación de gas natural.

En tal sentido, existen dos clases de ductos para el transporte de hidrocarburos: los ductos de uso propio,

en los cuales, como su nombre lo indica, solamente se transporta el gas natural del titular de dicha instalación, y las concesiones de transporte, en las cuales, el titular de la infraestructura presta el servicio de transporte a terceros. A continuación realizaremos una breve exposición de dichas concesiones.

4.1. La Concesión de transporte

La concesión de transporte se otorga mediante un contrato a ser celebrado entre una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, interesada en prestar el servicio de transporte y el Ministerio de Energía y Minas.

El procedimiento para la suscripción de un contrato de concesión se puede iniciar a través de un concurso o licitación pública, a través de la solicitud del propio interesado.

Los contratos de concesión no otorgan exclusividad geográfica al titular del sistema de transporte sobre una determinada área, por lo cual, nada impediría que exista más de un concesionario de transporte en una misma zona. Sin embargo, ello sería poco razonable si el concesionario original tiene capacidad de transporte suficiente para atender los requerimientos de dicha área (Capacidad Disponible), toda vez que, tal como veremos más adelante, los concesionarios se encuentran obligados a prestar el servicio de transporte a todo aquel que lo solicite.

4.2. El contrato de concesión

Mediante el contrato de concesión, el Estado otorga al concesionario el derecho de prestar el servicio de transporte de gas natural por ductos, en una determinada zona.

El plazo de dicho contrato no podrá ser mayor a 60 años, incluyendo prórrogas, ni menor a 20 años. Ello es así, toda vez que, al igual que en el caso de los contratos de licencia o de transporte, la implementación de un sistema de transporte requiere la realización de cuantiosas inversiones que solamente pueden ser recuperadas a través de muchos años de operación.

En el contrato de concesión, el concesionario se obliga a realizar la ejecución de un determinado sistema con sus propios recursos técnicos y financieros, para lo cual deberá entregar al Estado una garantía de fiel cumplimiento de dicha obligación.

Una vez concluida la ejecución del sistema de transporte por parte del concesionario, el mismo se encontrará obligado a mantenerlo y operarlo durante todo el plazo de vigencia del contrato de concesión.

Por otro lado, en los contratos de concesión se establece que el concesionario deberá asumir las pérdidas de hidrocarburos por encima del 1% del volumen transportado, y a responder por cualquier daño que pudiera generar a terceros durante su operación. En este punto, adicionalmente, el concesionario se compromete a relevar de responsabilidad al Estado respecto de cualquier reclamación que se pueda realizar con relación al sistema de transporte. Ello en la medida que, eventualmente, algún tercero afectado por las operaciones del concesionario podría decidir demandar al Estado en su calidad de concedente del servicio de transporte.

El contrato de concesión concluirá, entre otras, por las siguientes causas: a) vencimiento del plazo del contrato; b) si el concesionario no ejecuta las obras comprometidas; c) si el concesionario deja de operar el sistema de transporte sin causa justificada por 876 horas acumuladas durante un año calendario, afectando como mínimo al 25% del volumen transportado promedio del año anterior; d) en caso de quiebra o disolución del concesionario; e) en caso de la imposición de multas durante un año que superen el 10% de los ingresos anuales de la empresa; y, f) en caso de aceptación de la renuncia a la concesión.

Producido alguno de dichos eventos, el Estado nombrará un interventor de la concesión, el cual se encargará de asegurar la continuidad de las operaciones del sistema de transporte, mientras se adjudica la concesión a un nuevo concesionario.

4.3. Tarifas del sistema de transporte

Las tarifas a ser cobradas por la prestación del servicio de transporte pueden ser libremente establecidas por el concesionario y su cliente. Sin embargo, dicha compensación no podrá superar la tarifa máxima aprobada por OSINERG para el correspondiente sistema de transporte.

En líneas generales, la tarifa de transporte para un período de regulación es determinada por OSINERG mediante el cociente entre el ingreso total aplicable a ese servicio y el valor presente correspondiente a la demanda prevista para ese servicio.

A su vez, el ingreso total se calcula teniendo en consideración, entre otros criterios, los siguientes: a) la amortización del capital de inversión realizado por el concesionario; b) la amortización de la inversión en nuevas instalaciones durante el período de regulación; y, c) el costo de operación y mantenimiento incurridos en la prestación del servicio.

De tal forma, teniendo en consideración que probablemente el concesionario será el único prestador del servicio de transporte de gas natural, al momento de calcular las tarifas, OSINERG tratará de establecer cuál sería la retribución que le correspondería al concesionario en un mercado competitivo.

Así, la tarifa que reciba el concesionario no debería cubrir las ineficiencias del concesionario (como exceso de personal o sobrecostos innecesarios para la prestación del servicio), sino que únicamente debería generar un ingreso que sea suficiente para cubrir los costos eficientes involucrados en la prestación del servicio, y a lograr una operación segura y confiable del sistema de transporte, más una utilidad de alrededor de 12% anual.

4.4. La Garantía de Red Principal

La Ley de Promoción a la Industria del Gas Natural estableció una serie de mecanismos específicos para la promoción de la industria, entre ellos, creó la Garantía por Red Principal (en adelante GRP).

Por red principal se debe entender la red de ductos destinada al transporte de gas natural y a la distribución de gas natural en alta presión. Sin embargo, no cualquier proyecto de red principal puede acceder a la garantía prevista por la norma, sino que éste debe cumplir los siguientes requisitos:

- a) Que sea de uso público.
- b) Que por lo menos 50% de la capacidad garantizada esté destinada a generadores eléctricos.
- c) Que promueva el desarrollo de la competencia energética.

Así, dicha norma fue emitida con la finalidad de posibilitar el desarrollo del Proyecto Camisea, de forma tal que a los inversionistas en dicho proyecto, el Estado les aseguró la recuperación de la inversión realizada para la prestación del servicio de transporte y distribución en alta presión, garantizándoles un determinado nivel de ingresos anuales.

En tal sentido, mediante la GRP el Estado garantiza al concesionario unos determinados ingresos anuales, de manera que, si con la prestación del servicio de transporte el concesionario no llega a cubrir dicho monto, el Estado le abona al concesionario dicha diferencia. La racionalidad de dicha garantía se encuentra en el hecho de que la demanda del servicio de transporte en el mercado peruano no resulta lo suficientemente significativa como para cubrir el monto

de la inversión necesaria para desarrollar un determinado sistema de transporte, así como sus costos de operación y mantenimiento. Luego, a fin de posibilitar la existencia del mismo, el Estado garantiza temporalmente unos determinados ingresos al concesionario, de forma tal que dicha garantía pueda desaparecer una vez que la demanda del servicio de transporte pueda cubrir directamente los costos e inversiones del concesionario.

Los fondos necesarios para que el Estado pueda cumplir con dicha obligación son obtenidos de los usuarios del servicio eléctrico. Así, las empresas generadoras de electricidad cobran una suma adicional a cada usuario eléctrico, que sirve para cumplir con el pago de la garantía otorgada por el Estado.

El fundamento de dicho cobro se encuentra en el hecho de que los usuarios del servicio eléctrico se benefician con la existencia de un sistema de transporte de gas natural, toda vez que el mismo posibilita el abastecimiento de gas natural a las empresas de generación termoeléctrica, las cuales producen electricidad a un costo mucho menor que las empresas que generan electricidad con combustibles de costos variables más altos (diesel, carbón, residuales, etcétera.), permitiendo de esta manera que el precio promedio de la potencia y la energía se reduzcan de manera significativa.

En consecuencia, en la medida que los grandes beneficiados con la entrada en operación de un sistema de transporte y distribución de gas son los usuarios eléctricos, ya que obtienen una rebaja considerable en las tarifas correspondientes al servicio de electricidad, resulta razonable que sean ellos los que contribuyan al financiamiento de la garantía otorgada por el Estado.

4.5. El servicio de transporte

El servicio de transporte puede ser contratado en las siguientes modalidades: a) firme y b) interrumpible.

En el Servicio Firme, el usuario contrata una determinada capacidad diaria de transporte (Capacidad Contratada), la cual queda reservada por el transportista a favor de dicho usuario. Como contraprestación por dicho servicio, el usuario debe abonar al concesionario el denominado "cargo por reserva de capacidad", el cual deberá ser abonado por el usuario independientemente del uso efectivo de la capacidad de transporte contratada. En tal sentido, sea que el usuario utilice o no la totalidad de la capacidad contratada, deberá abonar el monto total correspondiente a la misma.

Por su parte, el Servicio Interrumpible es aquel en el cual el usuario únicamente paga por los volúmenes de

gas natural efectivamente transportados por el concesionario, mediante una retribución denominada "cargo por uso". El inconveniente de esta clase de contratos reside en que el servicio se encuentra sujeto a reducción o interrupción en caso se requiera de capacidad de transporte para atender al Servicio Firme.

En tal sentido, cuando no exista una demanda considerable, y existe suficiente capacidad de transporte no utilizada, los usuarios preferirán realizar contratos interrumpibles, por cuanto no será necesario que abonen el monto total de la capacidad reservada, sino que únicamente pagarán el transporte efectivamente realizado. Por otro lado, cuando la capacidad disponible en el sistema de transporte sea escasa, los usuarios tenderán a suscribir contratos firmes, a fin de garantizar que el servicio de transporte recibido no sufra reducciones o interrupciones.

De acuerdo con la legislación nacional, la contratación del servicio de transporte se debe realizar sobre la base del volumen de gas natural a ser transportado, el cual será medido en m³ standard en el Punto de Entrega (lugar donde el transportista devuelve el gas natural al usuario).

El volumen de gas natural que el concesionario deberá entregar al usuario en el Punto de Entrega será el que corresponda a la energía que le fue entregada en el Punto de Recepción (lugar donde el usuario le entrega al transportista el gas natural a ser transportado). En tal sentido, el transportista no necesariamente entregará al usuario el mismo volumen recibido, sino que podría existir una diferencia de volumen si el gas natural recibido tiene un poder calórico (energético) diferente al entregado. La ley no establece una solución para dichas diferencias de volumen, indicando que las mismas deberán ser resueltas en el correspondiente contrato.

A efectos de la ejecución del contrato de transporte, el usuario deberá presentar al concesionario, en forma diaria, una solicitud de transporte indicando los volúmenes de gas natural que pretende entregarle en el Punto de Recepción. El mismo día, antes de una determinada hora, el concesionario deberá evaluar la solicitud de transporte y dar su conformidad al usuario. En caso el usuario omita presentar la solicitud de transporte diaria, el transportista considerará como válidos los volúmenes requeridos en la última solicitud.

El Concesionario está obligado a permitir el acceso no discriminatorio por parte de los solicitantes a la capacidad de transporte contenida en el ducto (Principio de Acceso Abierto), siempre que sea económica y técnicamente viable, y el solicitante haya suscrito el correspondiente contrato de transporte.

A fin de garantizar el cumplimiento de ello, la asignación de capacidad de transporte se realiza mediante una oferta pública, la cual deberá efectuarse cada 12 meses como mínimo, en caso de existir capacidad disponible en el sistema de transporte.

Asimismo, en dichas ofertas públicas se propondrá la realización de ampliaciones al sistema de transporte, las cuales serían llevadas a cabo de existir interesados en contar con el correspondiente servicio.

Sin perjuicio de ello, a fin de posibilitar el desarrollo del Proyecto Camisea, la legislación nacional ha establecido que durante los 10 primeros años contados a partir de la puesta en operación comercial de Sistema de Transporte de Gas Natural a cargo de Transportadora de Gas del Perú S.A., toda la capacidad de la red de transporte de dicho concesionario deberá ser destinada a transportar el gas natural producido en el Lote 88 (Camisea).

Igualmente, se ha previsto que las ofertas públicas que se realicen durante dicho período se efectuarán como mínimo en forma semestral.

5. LA DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL POR DUCTOS

5.1. Concepto

La Distribución de Gas Natural por Ductos consiste en el suministro de gas natural por red de ductos a través de un determinado Sistema de Distribución. Así, mientras que el objetivo del concesionario de transporte de gas natural es exclusivamente posibilitar que el gas natural llegue a los mercados en los cuales se encuentran los usuarios de dicho producto, el distribuidor tiene por objetivo realizar el suministro efectivo de gas natural a tales consumidores.

En tal sentido, si el concesionario de transporte tiene como función llevar el gas natural hasta la entrada de una determinada ciudad (*City Gate*), el distribuidor es el encargado de llevar dicho producto a las viviendas o instalaciones industriales que componen la misma.

El Sistema de Distribución se encuentra conformado por las estaciones de regulación de puerta de ciudad o *City Gate* (lugar en el cual el concesionario de transporte entrega el gas natural al concesionario de distribución), las redes de distribución, las estaciones reguladoras y las acometidas (instalación que permite el suministro de gas desde las redes de regulación hasta las instalaciones internas existentes en cada inmueble).

La distribución de gas natural, al igual que la distribución de energía eléctrica, es un servicio público,

y al igual que éste, para poder llevarse a cabo requiere de un contrato de concesión.

La concesión de distribución se otorga respecto de un área determinada, en la cual el distribuidor tendrá el derecho exclusivo de prestar el servicio de distribución.

La concesión se otorga por un plazo determinado, el mismo que no podrá ser mayor de 60 años (incluyendo prórrogas), ni menor de 20 años.

5.2. Otorgamiento de la Concesión

Al igual que en el caso del concesionario de transporte, el contrato de concesión de distribución se suscribe con el Ministerio de Energía y Minas.

La concesión del servicio de distribución puede ser otorgada por licitación, concurso público o a solicitud de parte. Si la solicitud es admitida, el solicitante deberá publicar un aviso para que puedan formularse oposiciones a la solicitud de concesión dentro de los 10 días contados a partir de la publicación.

Para la procedencia del otorgamiento de la concesión, OSINERG deberá haber emitido un informe técnico favorable respecto de las instalaciones a ser ejecutadas por el solicitante, y aprobado las tarifas aplicables al nuevo sistema de distribución.

Posteriormente, el respectivo contrato será aprobado mediante Resolución Suprema y se procederá a su suscripción. Luego de ello, el concesionario gestionará la inscripción de la concesión en el Registro de Concesiones para la Explotación de los Servicios Públicos.

Cabe indicar que, a la fecha, únicamente existe un distribuidor de gas natural, el correspondiente a la ciudad de Lima y Callao. Sin embargo, se encuentra en proceso de licitación el otorgamiento de concesiones de distribución en Ica, Ayacucho y Junín.

5.3. El Contrato de Concesión

El Contrato de Concesión deberá contener un calendario de ejecución de las obras a cargo del nuevo distribuidor, las cuales se encontrarán debidamente respaldadas por una garantía de fiel cumplimiento equivalente al 1% del presupuesto de las obras. Para tal efecto, el concesionario tendrá a su cargo el diseño, construcción, operación y mantenimiento del sistema de distribución.

El concesionario se encontrará obligado a prestar el servicio de distribución a quien lo solicite dentro del área de concesión, en un plazo no mayor de 60 días

en caso existiera la infraestructura necesaria en la zona, o de un año si no la hubiera, siempre que el suministro se considere técnica y económicamente viable (de acuerdo a los criterios aprobados por OSINERG).

Sin perjuicio de ello, el concesionario de distribución deberá permitir la utilización de su sistema por parte de terceros, en la capacidad no comprometida del mismo, pero siempre y cuando esta utilización no afecte el sistema, ni las condiciones de calidad y confiabilidad del servicio.

A fin de asegurar el abastecimiento de gas a los usuarios del sistema, el concesionario deberá haber suscrito contratos con productores de gas natural, que le garanticen el suministro de dicho producto por 24 meses como mínimo.

El concesionario también se encuentra obligado a mantener al Estado indemne de cualquier responsabilidad que pudiera originarse del ejercicio del derecho de concesión, y a mantener vigentes seguros de responsabilidad civil extracontractual y contra daños a los bienes de la concesión.

El Contrato de Concesión caducará, entre otros casos, cuando: a) el concesionario no ejecute las obras e instalaciones en los plazos establecidos; b) el concesionario deje de operar el sistema de distribución, sin causa justificada, por 876 horas acumuladas durante un año calendario, afectando como mínimo al 25% del consumo promedio del año anterior; c) el concesionario, luego de habersele aplicado una determinada sanción, no cumpla con las obligaciones relacionadas con la misma; d) el concesionario no acredite la garantía de suministro de gas por parte de los productores; o, e) la imposición de multas durante un año calendario al concesionario, por un monto total que supere el 10% de sus ingresos anuales del año anterior.

A la terminación de la concesión, el sistema de distribución y los derechos que son indispensables para prestar el servicio de distribución serán transferidos o devueltos al Estado. Junto con la caducidad se nombrará un interventor de tales bienes, a fin de asegurar la continuidad de sus operaciones, y el Estado convocará a subasta pública para transferir la concesión. De la suma obtenida en la subasta y hasta donde dicha suma alcance, el Estado pagará al concesionario hasta un máximo equivalente al valor contable de los bienes de la concesión.

5.4. El servicio de distribución

Previo al inicio de la prestación del servicio de distribución, el cliente deberá suscribir un Contrato de

Suministro con el concesionario. Dicho contrato es un contrato de adhesión, cuyo modelo ha sido previamente aprobado por la Dirección General de Hidrocarburos (en adelante DGH) del Ministerio de Energía y Minas. El contrato suscrito por un consumidor que no se sujete al modelo aprobado por la DGH carece de validez.

El Contrato de Suministro debe contener, entre otros, los requisitos siguientes: a) la ubicación del punto en que se realizará el suministro; b) la capacidad contratada, es decir, el volumen de gas que será transportado por el distribuidor en las redes de distribución y entregado al usuario; c) el plazo de vigencia y las condiciones de suministro; y, d) la tarifa aplicable.

El concesionario está autorizado a suspender el servicio de distribución a los usuarios que no cumplan con el pago de dos facturas, y a resolver el contrato, si dicha situación se prolongara por un período superior a 6 meses.

Cuando el consumidor considere que la prestación del servicio de distribución no cumpla con adecuados estándares de calidad o cuando no esté de acuerdo con los montos que le han facturado, puede presentar sus reclamaciones al concesionario. Si el usuario no estuviese conforme con el pronunciamiento del concesionario, podrá acudir a OSINERG a fin que éste emita pronunciamiento como última instancia administrativa.

Como contraprestación por el servicio de distribución, el concesionario cobrará una tarifa de distribución. La tarifa puede ser libremente acordada por el consumidor y el distribuidor, sin embargo, respecto de cada sistema de distribución, OSINERG establece una tarifa máxima que no puede ser superada por el concesionario.

La tarifa de distribución estará compuesta por el Margen de Distribución y el Margen Comercial.

El Margen de Distribución se determinará, básicamente, teniendo en consideración el Valor Nuevo de Reemplazo de las Inversiones destinadas a prestar el servicio de distribución, y el costo de operación y mantenimiento de las redes y estaciones reguladoras.

El Valor Nuevo de Reemplazo de las Inversiones representa la retribución que garantiza la recuperación y la rentabilidad de las inversiones destinadas a prestar el servicio de distribución.

Los costos de operación y mantenimiento corresponderán a costos eficientes de la distribución y comercialización, comparables con valores estándares internacionales.

El Margen Comercial se determinará, básicamente, teniendo en consideración el Valor Nuevo de Reemplazo que se requiere para el desarrollo de la actividad comercial, los costos de operación y mantenimiento asociados a la atención del consumidor y los costos de facturación y cobranza (lectura, procesamiento, emisión de recibos, reparto y cobranza).

Cabe indicar que las facturas que el distribuidor emita a los consumidores deberán expresar separadamente los rubros correspondientes al precio del gas natural, la tarifa de transporte, el cargo por Margen de Distribución, el cargo por Margen Comercial y cargo por la acometida. Asimismo, se expresará por separado los impuestos aplicables e intereses compensatorios y moratorios cuando corresponda, a fin de que el consumidor pueda determinar cuál es la retribución que abona por cada uno de dichos rubros, y pueda realizar el reclamo correspondiente, de ser el caso.

6. COMERCIALIZACIÓN DE GAS NATURAL

6.1. Clases de consumidores

La legislación nacional ha establecido que existen dos tipos de consumidores en el mercado de gas natural:

- El Consumidor Regulado, el cual adquiere gas natural por un volumen igual o menor a treinta mil Metros Cúbicos Estándar por día (30 000 m³/día).
- El Consumidor Independiente, el cual adquiere gas natural en un volumen mayor a treinta mil metros cúbicos estándar por día (30 000 m³/día) y por un plazo contractual no menor a seis (6) meses.

La diferencia entre ellos reside en que el consumidor regulado exclusivamente puede comprar gas natural del concesionario de distribución o a los comercializadores. Los comercializadores son empresas que se dedican a la intermediación de gas natural. Por expresa disposición legal, dichas actividades no podrán realizarse hasta el año 2012.

Por su parte, el consumidor independiente puede adquirir gas natural directamente del productor de gas natural (el Contratista), el concesionario de distribución, o los comercializadores.

Dicho tratamiento diferenciado reside en el hecho de que los consumidores independientes, por el volumen a adquirir y su eventual experiencia en el mercado de gas natural, se encuentran en mejores condiciones que los consumidores regulados para negociar el suministro de gas natural con los productores del mismo y, por tanto, podrán adquirir mejores condiciones de suministro.

6.2. La Ley de Promoción de la Industria del Gas Natural

La Ley de Promoción de la Industria del Gas Natural declaró de interés nacional y necesidad pública el fomento y desarrollo de la industria del gas natural, en sus componentes de explotación, transporte de gas y distribución. Dicha norma y su reglamento establecen una serie de condiciones que regulan la comercialización del gas natural en el país.

En primer lugar, establecen que en los contratos para el otorgamiento de derechos de explotación de las reservas probadas de gas natural, deberán incluir un precio máximo del gas natural en boca de pozo. En tal sentido, la norma prescribe que, cuando se vaya a suscribir un contrato de licencia o de servicio respecto de un área en la cual se haya comprobado la existencia de gas natural, en el mismo deberá incluirse un precio máximo para la venta del gas natural producido en dicho lote. Por tanto, en los contratos de exploración de hidrocarburos, en los cuales aún no existe certeza sobre la existencia de gas en un determinado lote (por cuanto las reservas son posibles o probables), no será necesario incluir este precio tope.

Evidentemente ello no implica que el precio del gas natural quede congelado durante todo el plazo de vigencia del contrato de licencia, sino que en el contrato se incluirá una fórmula de reajuste de dicho precio. Al respecto, cabe indicar que en el contrato de licencia del Lote 88 (Camisea) dicho ajuste se realiza teniendo en consideración una canasta de precios internacionales de hidrocarburos.

Al respecto, debemos resaltar que el precio máximo es establecido en boca de pozo, es decir, en el yacimiento productor. Ello por cuanto, de acuerdo al propio reglamento de la Ley de Promoción a la inversión, los usuarios de la Red Principal que adquieran el Gas Natural al productor lo deberán hacer en boca de pozo. En tal sentido, todos aquellos consumidores que vayan a utilizar una red principal (transporte o distribución de gas natural en alta presión), deberán adquirirlo en el propio yacimiento, y el transporte de dicho gas hasta sus instalaciones correrá por cuenta de ellos.

Asimismo, a fin de asegurar que no se violen las disposiciones sobre libre competencia, las normas bajo comentario han establecido que los productores, comercializadores o distribuidores no podrán aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

La excepción a dicha regla la constituyen los consumidores iniciales que participaron en el proceso

de licitación correspondiente al Proyecto Camisea, a los cuales se les otorgó una serie de beneficios comerciales en los correspondientes contratos de suministro de gas (como descuentos en el precio del gas natural o mayores plazos para la recuperación de los volúmenes de gas natural pre-pagados). Ello por cuanto dichos consumidores iniciales sirvieron para asegurar a las empresas que invirtieron en el desarrollo del Proyecto Camisea y al Estado la existencia de un mercado mínimo para el consumo de gas natural.

Con la finalidad que el Estado pueda controlar que en los contratos que celebre el Contratista, el Distribuidor o el Comercializador se cumpla con las condiciones indicadas en forma previa, se encuentra prohibida la inclusión de cláusulas de confidencialidad en dichos acuerdos y, asimismo, aquellos deben ser entregados a la DGH del Ministerio de Energía y Minas, Perupetro S.A. y OSINERG, a más tardar 15 días después de su suscripción

3.3. Exportación del gas

De acuerdo a los contratos de licencia y la Ley Orgánica de Hidrocarburos, el Contratista tendrá la libre disponibilidad de los hidrocarburos que le correspondan conforme a un contrato de licencia. En tal sentido, el Contratista es libre de decidir entre comercializar el gas natural producido en su lote o exportar el mismo.

El proceso de exportación de gas natural comprende la construcción de una planta de licuefacción, el transporte del producto licuefactado mediante buques tanque y la construcción de una planta regasificadora.

La planta de licuefacción tiene por objetivo someter al gas natural a temperaturas bajo cero (menos de 163°C) para convertirlo en líquido, y así poder almacenarlo. Ello por cuanto el gas natural licuado ocupa un volumen de aproximadamente 1/600 del volumen equivalente de gas natural, con lo cual solamente en dicho estado sería posible almacenarlo.

Posteriormente, el producto es embarcado en grandes barcos metaneros, los cuales mantienen el gas natural en estado líquido. Finalmente, el producto llega a una planta regasificadora, en la cual el gas natural es regresado a su estado original y comercializado en dicho mercado.

Sin embargo, la exportación de gas natural se encuentra sujeta a ciertas limitaciones. Así, de acuerdo a la Ley de Promoción de la Industria del Gas, en los contratos para el otorgamiento de

derechos de explotación de las reservas probadas de gas natural, se deberá garantizar el abastecimiento al mercado nacional de dicho producto por un período mínimo definido en el respectivo contrato. El cálculo de dicho abastecimiento se realizará de acuerdo a los pronósticos incluidos en el Plan Referencial de Hidrocarburos elaborado por el Ministerio de Energía y Minas que se encuentre vigente al momento de la suscripción del correspondiente contrato de suministro de gas.

Luego, en la medida que de acuerdo a las proyecciones de demanda del mercado local exista un excedente de dicho producto, no se presentaría una restricción legal para que se desarrollen proyectos de exportación de gas natural en el país.

Finalmente, cabe indicar que, a fin de apoyar el desarrollo de los proyectos de exportación de gas, el Estado emitió la Ley de Promoción en Plantas de Procesamiento, mediante la cual se les otorga a los titulares de tales plantas las mismas garantías de estabilidad tributaria y cambiarias que a los titulares de los contratos de licencia.

La emisión de dicha norma resulta razonable si tenemos en consideración las inversiones que se requieren para desarrollar un proyecto de esta naturaleza. Así por ejemplo, el proyecto de exportación que actualmente se desarrolla en el país, tiene un componente de inversión de aproximadamente 2150 millones de dólares en el Perú (y aproximadamente 1150 millones de dólares adicionales para las demás etapas del mismo como transporte marítimo y regasificación), inversión que no podría realizarse de no encontrarse mitigado el riesgo tributario y cambiario sobre la misma.

7. CONCLUSIÓN

Una exposición sobre la regulación del gas natural quedaría incompleta si no advirtiésemos al lector que dicha regulación resulta muy vulnerable a las tendencias políticas nacionales.

Así, tal como se puede apreciar en toda la región, la regulación del sector hidrocarburos en cada país dependerá en gran medida de la línea política del gobernante de turno, haciendo que la misma se convierta en una promotora de la inversión privada en el sector, o fortaleciendo la participación estatal en desmedro de aquella.

La actual regulación del sector hidrocarburos resulta concordante con la concepción constitucional de la subsidiariedad de la actuación estatal en la actividad empresarial.

SECTOR AGUA Y REGULACIÓN EN EL PERÚ: LINEAMIENTOS PARA UNA REFORMA INSTITUCIONAL

Sergio Salinas Rivas*
Mauro Gutiérrez Martínez**

La provisión de agua en el país es un problema bastante grave y que nos afecta a todos en mayor o menor medida. En ese sentido, representa un tema sumamente delicado puesto que tiene implicancias vitales para la población.

En este interesante artículo, los autores tratan acerca de la regulación del sector agua y saneamiento en el Perú. Comenzando por presentarnos una fotografía actual de la realidad de este sector, pasan a exponernos los principales problemas del mismo que, más que técnicos o regulatorios, cuentan con un origen político. Asimismo, proceden a realizar propuestas de reforma del marco institucional, tomadas de gestiones y experiencias exitosas, de modo que se logre una modernización del sector y, por tanto, la tan esperada cobertura a nivel nacional.

* Abogado. Profesor de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente del Consejo Directivo de SUNASS.

** Economista. Gerente de Supervisión y Fiscalización de SUNASS.

El sector agua, en el Perú, representa un desafío pendiente para nuestra sociedad. Cerca de 6,9 millones de peruanos no tienen acceso directo a una conexión de agua domiciliar y cerca de 11,8 millones de habitantes no tienen acceso a conexión de alcantarillado¹. Estas carencias generan, a su vez, externalidades negativas en salubridad y mortalidad infantil, principalmente, en las comunidades de menores ingresos del país.

La inversión requerida para alcanzar una cobertura nacional de 95% en agua potable y de 80% en alcantarillado, sólo en el sector urbano nacional, se estima en el orden de 3,800 millones de dólares. Sin embargo, cualquier esfuerzo tarifario y de inversión que se lleve adelante será insuficiente y reversible si no va acompañado de una modernización institucional que genere incentivos apropiados para un manejo técnico y sostenible de los servicios de agua en el país. Recordemos que, en la década de los 90, se invirtieron cerca de 2400 millones de dólares en el sector²; sin embargo, en la actualidad, los indicadores están empezando a retroceder.

Este ensayo plantea la problemática que explica la situación actual del sector y esboza los lineamientos

centrales que debe contener una reforma del marco institucional del mismo. El trabajo se basa en desarrollos recientes de las teorías del análisis económico neoinstitucionalista y del gobierno corporativo de empresas.

En la primera parte del artículo, se presenta data que refleja la situación actual del sector; en la segunda, se evalúa el actual marco institucional del sector; en la tercera, se plantea la agenda para una modernización del sector, y, en la cuarta, se esbozan algunas conclusiones finales.

1. LA SITUACIÓN ACTUAL: ¿DÓNDE ESTAMOS?

América Latina y el Caribe presentan, en la generalidad de los casos, un significativo déficit en la provisión de los servicios de agua potable y saneamiento. Al año 2000, el promedio regional de la población atendida con agua potable era de 85.41%, mientras que sólo 71.96% recibía el servicio de alcantarillado³. Como puede apreciarse en el cuadro siguiente, el nivel de cobertura de agua potable, en el Perú, se encuentra por debajo del promedio regional y el nivel de alcantarillado, ligeramente por encima.

Cuadro 1
Ranking Latinoamericano de Servicios de Agua y Alcantarillado

Nº	Países	Población Servida	Cobertura de agua potable (%)	Cobertura de Alcantarillado (%)
1	Uruguay	3,143,121	97.76	89.13
2	Costa Rica	3,173,400	94.99	76.44
3	Chile	14,051,000	94.18	92.07
4	Cuba	10,342,100	92.86	85.99
5	Colombia	36,941,120	90.61	78.39
6	Brasil	144,017,000	89.01	75.78
7	República Dominicana	7,200,600	87.61	99.00
8	Panamá	2,398,885	86.85	95.00
9	México	82,902,100	86.54	67.96
10	Venezuela	17,532,000	83.08	64.64
11	Honduras	4,846,034	80.91	46.26
12	Jamaica	2,061,193	80.52	75.32
13	Guatemala	8,899,000	80.26	67.27
14	Argentina	28,733,000	78.55	75.20
15	Perú (*)	18,703,600	82.40	73.80
16	Bolivia	5,840,000	73.46	43.41
17	Ecuador	8,555,000	70.27	50.23
18	Nicaragua	3,118,600	66.50	41.77
19	El Salvador	3,654,372	59.36	50.63
20	Haití	3,556,273	45.98	0
21	Paraguay	2,358,088	43.62	17.78
Promedio ponderado			85.41	71.96

Fuente: OPS-OMS. 2000. (*) SUNASS.

¹ Fuente: SUNASS, Dirección Nacional de Saneamiento, Banco Interamericano de Desarrollo.

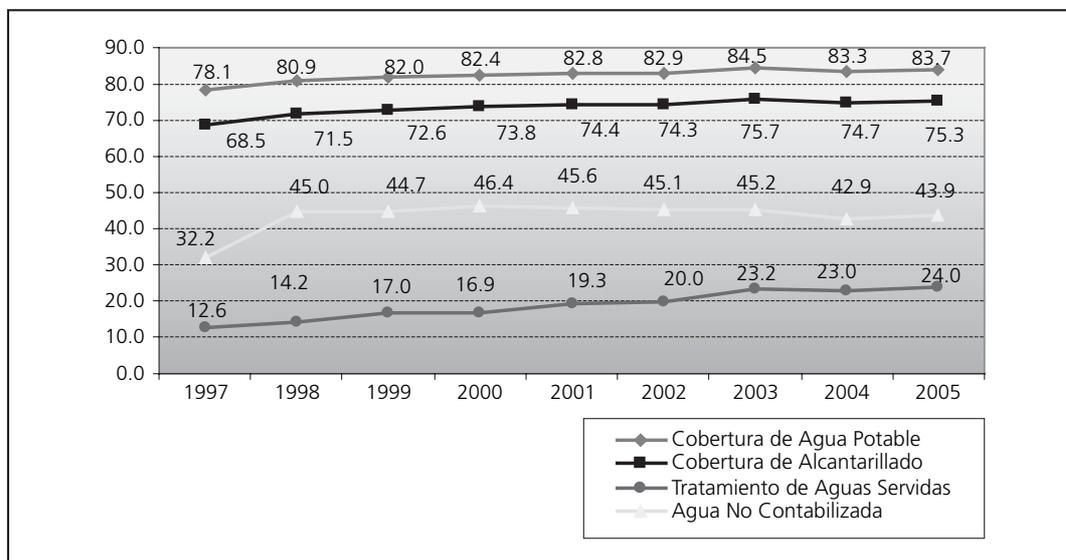
² Fuente: Plan Nacional de Saneamiento aprobado por Decreto Supremo 007-2006-Vivienda.

³ Datos de la Organización Panamericana de la Salud, año 2000. No hemos encontrado data regional más reciente.

Es importante señalar que, la tendencia en dichos indicadores, en el Perú, es aún más preocupante,

debido a que, a lo largo de los últimos 4 años, estos valores han evidenciado un claro estancamiento.

Gráfico 1
Evolución de los Indicadores Promedio Nacionales 1997-2005



Fuente: Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento.
Elaboración: SUNASS.

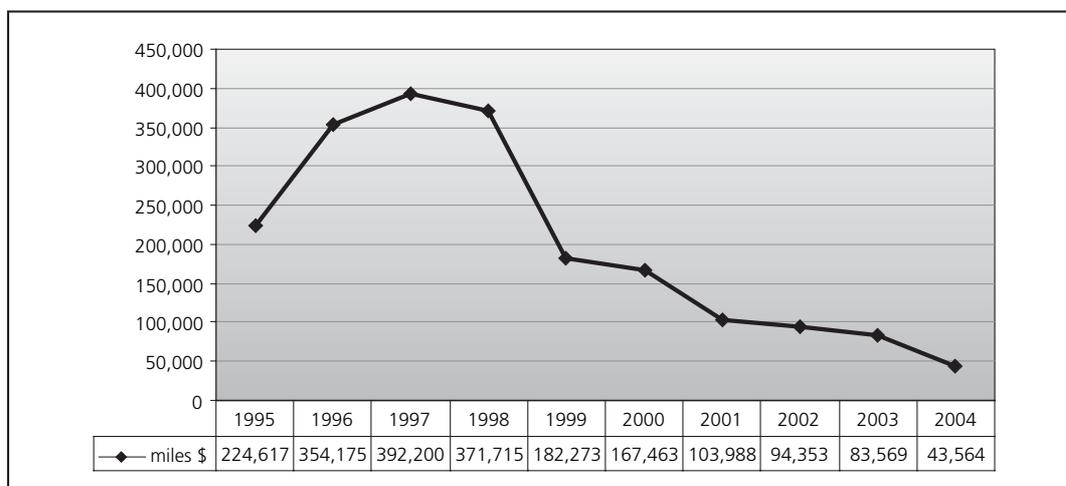
Este estancamiento se debe, principalmente, a la significativa reducción en los niveles de inversión y a la ausencia de un marco institucional que genere incentivos para la mejora en la eficiencia de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (en adelante, EPS).

nivel de inversiones. Así, por ejemplo, entre los años 2000 y 2004, la inversión total (fundamentalmente pública) fue de US\$ 493 millones, representando tan sólo un tercio de la inversiones realizadas durante el periodo 1995-1999 (US\$ 1,525 millones). Esta tendencia refleja el agotamiento de la caja fiscal para destinar recursos públicos a financiar este déficit.

Inversión

El Perú muestra una tendencia decreciente en el

Gráfico 2
Inversiones Históricas 1995- 2004



Fuente: PRONAP (1995-1998). SIAF - MEF - EPS (1999-2004).
Nota: Dólares corrientes de cada año.

Sergio Salinas Rivas
Mauro Gutiérrez Martínez

De acuerdo a estimaciones realizadas por la SUNASS, peruano presenta un déficit de inversiones que alcanza los US\$ 3,789 millones.

Cuadro 2
Estimación del requerimiento de inversiones en saneamiento para el sector urbano nacional
(En Millones de US\$ ^{1 2 3})

	%	US\$ millones
Agua Potable	100.0%	1,900
EPS Grandes	90,6%	1,722
EPS Medianas	8.1%	153
EPS Pequeñas	1.3%	25
Alcantarillado	100.0%	1,890
EPS Grandes	91,9%	1,737
EPS Medianas	6.9%	130
EPS Pequeñas	1.2%	23
Total General	100%	3,789

¹ Inversiones estimadas para el 2005-2015 sobre la base de los Planes Maestros.

² Las inversiones previstas permitirán alcanzar el 95% de cobertura de agua potable, el 80% de cobertura de alcantarillado y el 100% de tratamiento de aguas servidas.

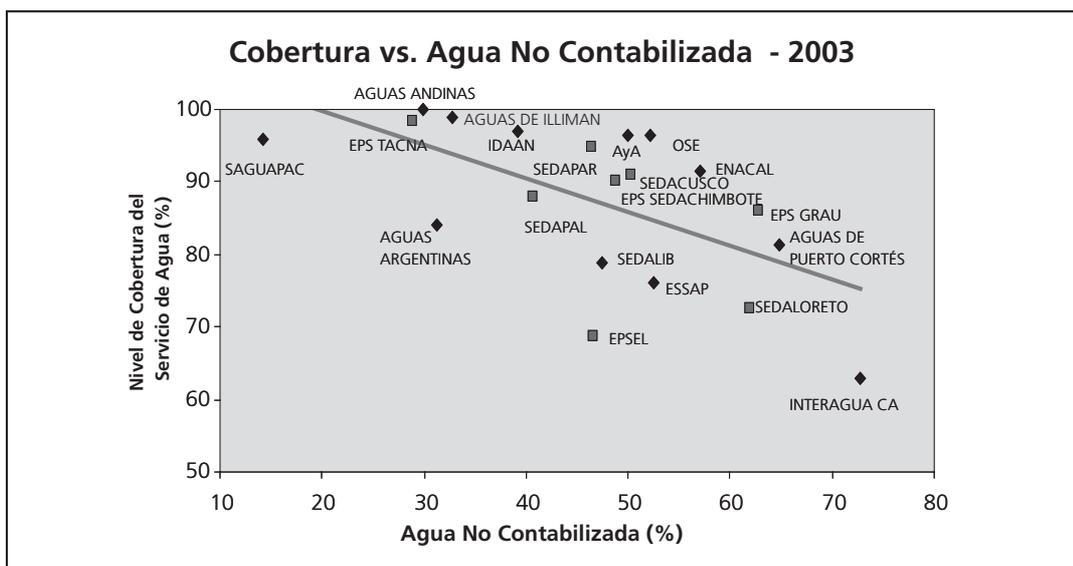
³ No se incluye el sector rural ni el 13% de la población urbana que no es administrada por las EPS.

Eficiencia en la gestión

La gestión de las empresas públicas de agua es el otro componente del problema. El gráfico siguiente muestra como

las EPS que presentan menores niveles de agua no facturada están asociadas a mayores niveles de cobertura, tanto debido a una mayor disponibilidad de agua como a mayores ingresos tarifarios para destinarlos a expansión del servicio.

Gráfico 3



El promedio de agua no facturada de las cinco mejores EPS de la región es de 25%, mientras que el promedio nacional es de 43.9%, lo que muestra que existe espacio para ganancias de eficiencias sustantivas. De hecho, la recuperación de pérdidas comerciales

(conexiones clandestinas, submedición, manejo inapropiado de estructuras tarifarias) no requiere inversiones importantes, sino mejoras en la gestión comercial de la empresa, y genera ingresos que contribuyen directamente a la caja de la empresa.

Cuadro 3
Agua No Facturada ⁴

LATAM	ANC		
Saguapac (Bolivia) ¹	14%		
Aguas de Santiago S.A (Argentina) ¹	15%		
Aguas Andinas (Chile) ²	29%		
Aguas Argentinas (Argentina) ¹	31%		
ESBBIO (Chile) ²	37%		
Promedio EPS	25%		
Empresa ³	2005	2004	2003
Total	43.9%	42.8%	45.2%
SEDAPAL	41.1%	38.0%	40.7%
EPS EMFAPATUMES	67.9%	67.8%	70.2%
EPS GRAU	57.4%	55.2%	62.4%
EPS Mayores	46.4%	48.0%	50.8%
EPS Medianas	48.2%	48.9%	50.7%
EPS Menores	50.5%	52.8%	55.1%

¹ ADERASA. Cifras al año 2003.
² Superintendencia de Servicios Sanitarios (Chile). Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (Colombia).
³ Gerencia de Supervisión y Fiscalización de la SUNASS.
⁴ Mide la proporción del volumen producido que no es facturado por la empresa prestadora.

El cuadro siguiente compara el costo medio administrativo de las empresas de agua peruanas con el de las cinco empresas más eficientes de la región⁴. En promedio, el costo medio administrativo de las cinco empresas más

eficientes de la región es 0.08 centavos de dólar por metro cúbico, mientras que en el caso peruano estamos en 0.14, lo que confirma que existe espacio importante para mejoras en la gestión de las empresas.

Sergio Salinas Rivas
Mauro Gutiérrez Martínez

⁴ Es importante destacar que, este indicador no considera el costo de producción y mantenimiento dado que éste puede ser muy heterogéneo entre las empresas en función a la fuente de captación de agua disponible (pozos, aguas superficiales o reservorios), y, por lo tanto, no comparable. El indicador sólo toma en cuenta costos administrativos por unidad de facturación.

Cuadro 4
Costo Medio Administrativo ⁵ (US\$/m³)

LATINOAMERICA	Costo medio Administrativo US\$/m ³		
Aguas Argentinas (Argentina) ¹	0.06		
Aguas de Illimani (Bolivia)	0.09		
IDAAN Panamá	0.05		
EPPP Medellín (Colombia)	0.09		
SEMAPA (Chile)	0.09		
Promedio EPS	0.08		
Empresa ³	2005	2004	2003
Total	0.14	0.14	0.15
SEDAPAL	0.14	0.13	0.14
EPS EMFAPATUMES	0.21	0.23	0.25
EPS GRAU	0.17	0.19	0.21
EPS Mayores	0.16	0.16	0.17
EPS Medianas	0.14	0.16	0.16
EPS Menores	0.14	0.15	0.18

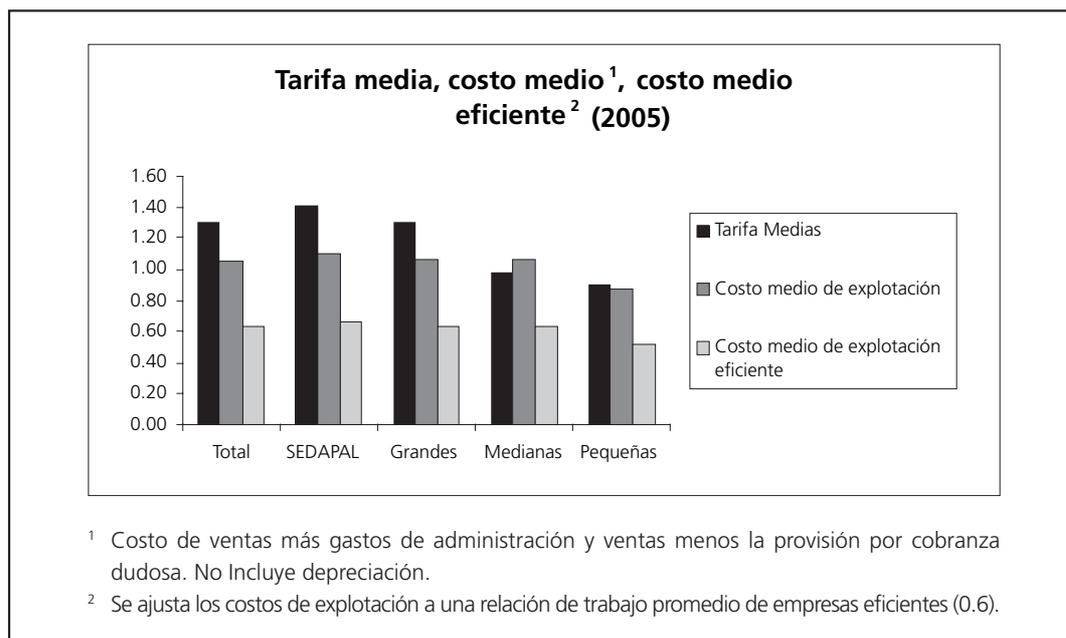
¹ ADERASA. Cifras al año 2003.
² Superintendencia de Servicios Sanitarios (Chile). Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (Colombia).
³ Gerencia de Supervisión y Fiscalización de la SUNASS.
⁴ Mide la proporción del volumen producido que no es facturado por la empresa prestadora.
⁵ Mide el gasto incurrido en administración y ventas que tiene cada empresa prestadora por cada unidad de volumen facturado.

Niveles tarifarios

El siguiente cuadro muestra el nivel tarifario de las empresas comparando la tarifa media promedio de la totalidad de las empresas de agua con el costo medio

promedio actual y el costo medio promedio "eficiente"⁵. Aun cuando este análisis debe efectuarse por cada empresa por separado, podemos apreciar que el problema de las empresas no es necesariamente tarifario, sino fundamentalmente de gestión.

⁵ Para calcular el costo medio promedio eficiente, se considera una relación de trabajo de 60% (aún superior a la media de las empresas más eficientes de la región) que "resuma" las ganancias de eficiencia potenciales de las empresas.



Estructuras tarifarias

distinguen tarifas de acuerdo a la actividad económica (categorías), localidades y volumen de consumo

Las estructuras tarifarias que utilizan las EPS peruanas⁶

(rangos).

Cuadro 5
Estructuras Tarifarias de las EPS

Concepto	Cantidad
Número de precios	1002
Máximo	217
Mínimo	1
Promedio precios por EPS	22
Número de estructuras tarifarias	104
Número de categorías tarifarias	5

En el cuadro adjunto se muestra que, en la actualidad, existen 1002 precios distintos por el agua en el Perú en las 45 EPS reportadas a SUNASS al año 2005, 104 estructuras tarifarias y cinco categorías tarifarias. Esta proliferación de tarifas resulta claramente inmanejable tanto para la empresa como para el Regulador y genera espacio para manejos arbitrarios y, eventualmente, corrupción⁷.

2. EL MARCO INSTITUCIONAL ACTUAL: PROBLEMAS Y CONTRADICCIONES

El origen del problema de gestión descrito radica, desde nuestro punto de vista, en el actual marco institucional del sector agua y desagüe, que presenta un conjunto de problemas y contradicciones, los cuales generan una falta de incentivos adecuados para una gestión eficiente de estos servicios.

⁶ Para el análisis, se utiliza las estructuras tarifarias de 45 EPS. Con la derogatoria de la Directiva de Reconocimiento de Empresas, son 50 Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento.

⁷ Una multiplicidad de tarifas hace más probable que un usuario se encuentre ubicado en una categoría tarifaria que no le corresponda, ya sea por una equivocación provocada o casual.

A continuación, presentamos las principales características y efectos del actual marco institucional.

2.1. Regulando empresas públicas

El sector agua, en el Perú, recién se está abriendo a la participación del sector privado. En el 2005⁸, se otorgó la primera concesión regional de agua, en el departamento de Tumbes, y, para junio de este año, está prevista la buena pro de la concesión de los servicios en Piura y Paita. Si bien, es previsible que la participación privada en el sector vaya aumentando progresivamente a medida que se concreten los procesos de concesión u otras modalidades de asociación público-privada (APP), la presencia de empresas públicas de agua es, hoy en día, mayoritaria y, probablemente, continuará siendo así por algunos años más.

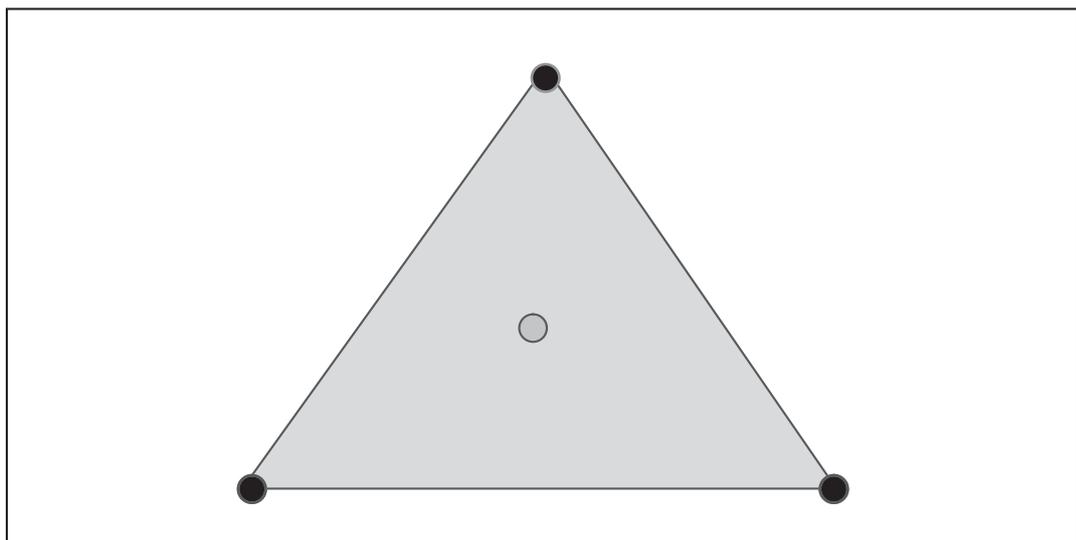
Esta composición del mercado condiciona, de manera significativa, el actual comportamiento del sector y, a la vez, el diseño de políticas públicas sectoriales. Por ejemplo, la administración estatal puede estar tentada a incorporar a la empresa funcionarios provenientes de las filas del partido de gobierno o afines, postergando los méritos técnicos; también, ha sido frecuente que el manejo tarifario de la empresa obedezca, en mayor medida, a intereses políticos coyunturales antes que a criterios empresariales; asimismo, ocurre que las empresas públicas, por su

condición de tales, se encuentran sujetas a controles y requerimientos que hacen más difícil los procesos de inversión y contratación de servicios necesarios o programados.

Sin embargo, lo expuesto no debe llevarnos hacia una regulación diferenciada entre empresas privadas y públicas. La regulación debe ser neutral para todas las operadoras sin distinguir en función de su estructura de propiedad. Una mayor flexibilidad en el tratamiento de las empresas públicas no sólo sería discriminatorio⁹, sino que trasladaría al usuario los costos de las ineficiencias del Estado al asumir un rol empresarial. Una adecuada política pública no debe adaptar las normas al comportamiento ineficiente de los agentes, sino, por el contrario, incentivar a los agentes a adoptar una conducta eficiente.

En este orden de ideas, subsisten las razones que sustentan una intervención reguladora del Estado en el mercado de servicios de agua y saneamiento, al igual que en el sector eléctrico o en el sector transportes. De hecho, el sector agua muestra condiciones monopólicas aún más marcadas que el resto de servicios públicos (electricidad o telecomunicaciones), lo que justifica la regulación al menos en dos aspectos claves: i) la fijación de precios que reflejen el costo económico eficiente de la prestación de los servicios de agua y desagüe, ii) la supervisión de la calidad del servicio a brindar a los usuarios, asociada al nivel tarifario vigente.

Gráfico 5
El papel del Regulador



⁸ Con fecha 22 de julio del 2005, ProInversión otorgó la buena pro de la concesión al consorcio internacional Latin Aguas –CONCYSA– y se estableció como fecha de cierre de la concesión el 30 de septiembre del 2005.

⁹ El último párrafo del artículo 60 de la Constitución Política del Perú establece que la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

El triángulo anterior muestra la relación conceptualmente deseable en un marco regulatorio: el Regulador se encuentra equidistante de los distintos participantes del mercado –Estado, empresa y usuarios– arbitrando su interacción, generando incentivos adecuados para la inversión en la expansión y mantenimiento de las redes, y protegiendo al usuario frente a deficiencias en la calidad del servicio de manera que se maximice el bienestar de la población.

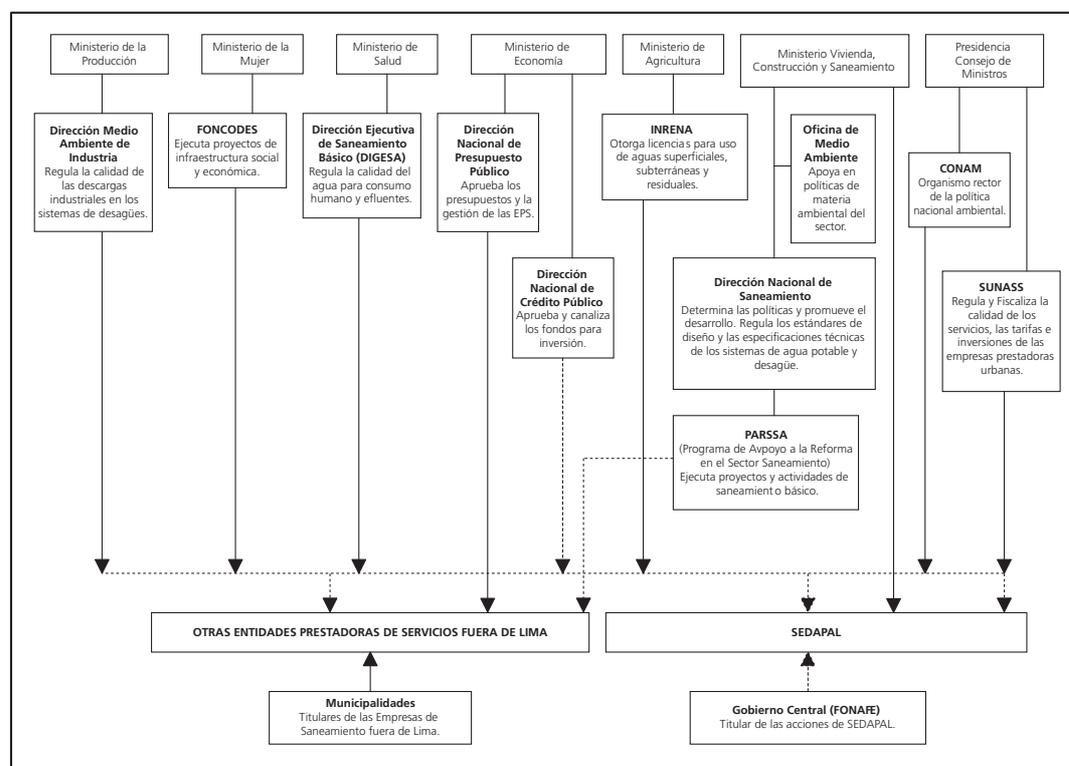
Sin embargo, en la práctica, el Poder Ejecutivo y la empresa pública se encuentran en el mismo punto del triángulo, impidiendo una operación autónoma

del servicio. Esta confusión de roles determina que el poder político perciba al Regulador como un fiscalizador de su propia actuación y no de la actuación de la empresa operadora.

2.2. Multiplicidad de actores

En el proceso regulatorio, participan o interactúan diferentes agentes, tanto del sector público como del sector privado. El desempeño de las EPS, así como el contenido y dinámica de los procesos regulatorios en un sector determinado, puede ser afectado positiva o negativamente por las distintas relaciones que se establecen entre los distintos agentes.

Cuadro 6
Participantes y relaciones del sector saneamiento



Fuente: Cannock (2003) y SUNASS.
Elaboración: Roxana Barrantes. 2003.

El cuadro anterior muestra el mapa institucional del sector. Esta red de participantes, cada uno con funciones y responsabilidades distintas, implica cruces funcionales e incentivos cruzados que, si no son adecuadamente coordinados, neutralizan los efectos positivos que cada uno pretende generar.

Por ejemplo, las EPS responden a varias entidades cuyos objetivos, hoy en día, no están necesariamente alineados: los alcaldes, el Ministerio de Economía y

Finanzas (MEF), la Contraloría General de la República (CGR) y la SUNASS, para mencionar sólo los principales. Los alcaldes, como actores políticos, intentan maximizar la renta política de la prestación de los servicios locales (expandir los servicios sin elevar las tarifas); el MEF, como responsable de la Hacienda Pública, intenta optimizar el gasto público de las empresas de agua; la CGR intenta controlar el uso indebido de los fondos públicos en las empresas; y SUNASS intenta elevar los estándares de servicio para incrementar el bienestar de los usuarios,

Sergio Salinas Rivas
Mauro Gutiérrez Martínez

definiendo una tarifa que refleje el costo económico eficiente de la prestación del servicio. Si bien, no necesariamente estos objetivos son contrapuestos (excepto el primero de ellos con el resto¹⁰), la probabilidad de descoordinaciones, interagencias y duplicación de tareas a cargo de las EPS es significativa, aumentando los costos de transacción y reduciendo la eficiencia en la gestión de la EPS.

Es importante destacar que, los controles y restricciones no son indeseables *per se*, en tanto se trata de empresas públicas. El Estado, como cualquier accionista, tiene el derecho –y la obligación– de velar por el adecuado uso de los recursos utilizados por las EPS. Lo que debe evitarse son las duplicidades innecesarias y las contradicciones entre objetivos de política de las distintas entidades involucradas.

2.3. Duplicidad de Funciones

Como hemos dicho, las empresas de agua públicas se encuentran sujetas al régimen legal del sector público, con las mismas limitaciones y controles a las que se encuentran sujetas todas las entidades del sector público: manejo de recursos; gestión de la empresa; manejo de niveles de ingreso y planes de inversiones; políticas de personal y de contrataciones y adquisiciones.

Se pueden distinguir tres tipos de duplicidades aplicables a las empresas de agua públicas que son particularmente relevantes: i) en el proceso de selección de proyectos de inversión; ii) en el proceso de establecimiento de metas de gestión; y, iii) en el proceso de supervisión.

2.3.1. Duplicidades en la selección de proyectos de inversión

Los proyectos de inversión de las empresas de agua están sujetos a los siguientes controles: i) Sistema Nacional de Inversión Pública, y, ii) Plan Maestro Optimizado.

i) Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP)¹¹

El proceso presupuestal del sector público impone restricciones de austeridad y rigideces en el gasto, que limitan significativamente el acceso a financiamiento de las EPS y, en consecuencia, sus posibilidades de

inversión, dado que el flujo de caja del negocio, usualmente, no permite cubrir las inversiones en obras de infraestructura de agua y desagüe, dada su magnitud significativa.

El SNIP es un sistema administrado por el MEF diseñado para optimizar el uso de recursos públicos en proyectos de inversión a nivel nacional. Es importante señalar que, el SNIP efectúa una evaluación social del proyecto de inversión. En líneas generales, si el beneficio es superior al costo del proyecto, se otorga la conformidad.

Así, para ejecutar un proyecto de inversión, la EPS debe obtener la aprobación del MEF, del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento y de la municipalidad correspondiente. El procedimiento es más complejo si el proyecto incluye un componente de crédito público con garantía del Estado Peruano, en cuyo caso se requiere también la opinión favorable de la Dirección General de Crédito Público del MEF y de la Contraloría General de la República.

ii) Plan Maestro Optimizado (PMO)¹²

El PMO es la herramienta regulatoria utilizada para calcular las tarifas quinquenales por la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento en cada empresa. Esta herramienta permite determinar simultáneamente las metas de servicio a alcanzar, en un quinquenio, las inversiones necesarias para lograrlo, y las tarifas requeridas para financiar las inversiones previstas.

La EPS debe proponer al Regulador su PMO, incorporando los proyectos de inversión que estime adecuados. El Regulador evalúa si estos proyectos representan la mejor solución técnica para satisfacer las necesidades de servicio de la población atendida, su dimensionamiento, su calendarización y su impacto tarifario. De ser así, aprueba los proyectos y los tarifica, asociándolos al cumplimiento de metas de gestión específicas.

Sin embargo, en la actualidad el SNIP establece un conjunto de requisitos y criterios de evaluación distintos a los presentados por el PMO, que no asegura que los resultados a los que puedan llegar sean los mismos. A continuación, presentamos una comparación de sus características.

¹⁰ Expandir los servicios requiere efectuar inversiones cuya recuperación normalmente requiere un incremento tarifario. Es posible, sin embargo, que el impacto tarifario sea menor, en la medida que deficiencias en la gestión de la empresa dejen espacio para generar mejoras de eficiencia.

¹¹ Ley 27293, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 28 de junio del 2000.

¹² La Resolución de Consejo Directivo 033-2005-SUNASS-CD del 7 de noviembre del 2005 aprobó la Directiva sobre el Procedimiento de Aprobación de la Fórmula Tarifaria, Estructuras Tarifarias y Metas de Gestión en los Servicios de Saneamiento y la Directiva para la Formulación de los Planes Maestros Optimizados.

Cuadro 7
Comparación entre el SNIP y PMO

	SNIP	PMO
PARÁMETROS DE EVALUACIÓN		
Tasa de Descuento	Calculada en el 2000 sobre la base de estimaciones de elasticidad de la inversión y del ahorro, la tasa de interés de ahorro y la tasa de ganancia de la inversión a esa fecha.	Se calcula para cada Fórmula Tarifaria, actualizando los parámetros del WACC ¹³ a esa fecha.
Horizonte de Evaluación	General: 10 años. Proyectos de saneamiento: 20 años.	En función a la vida económica del activo.
Valor de recuperación	Si el activo no se ha terminado de depreciar y no tiene uso alternativo, su valor de recuperación es cero.	Al final del horizonte de evaluación, el activo está completamente depreciado, por lo que su valor es cero.
PRECIOS DE MERCADO VERSUS PRECIOS SOCIALES		
Precios	Evaluación con precios sociales.	Evaluación con precios eficientes.
EVALUACIÓN DEL PROYECTO		
Costos	Los costos en la evaluación social son menores a los costos en la evaluación a precios de mercado debido a los factores de corrección empleados.	Los costos están calculados en términos de eficiencia, a precios de mercado.
Beneficios	Los beneficios en la evaluación social se cuantifican considerando los efectos del proyecto en la sociedad. Por ejemplo, la valorización de los menores tiempos de acarreo del agua, valorización de la mayor disponibilidad de agua, entre otros.	Los beneficios están calculados por los ingresos derivados del proyecto: tarifa por cantidad.
Selección	Se acepta el proyecto en el cual la evaluación a Precios Sociales genera un mayor VAN ¹⁴ o si el Índice de Efectividad es mayor. La metodología de Índice de Efectividad es usada cuando no es posible cuantificar fácilmente los beneficios, generalmente en los proyectos de alcantarillado.	Se seleccionan los proyectos de mayor VAN.

Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas, Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

Finalmente, un aspecto importante a destacar es que, a diferencia del SNIP, la aprobación del Regulador del PMO incluye el programa de inversiones proyectadas por la EPS para el quinquenio tarifario, y no por proyecto como en el caso del SNIP. Ello reduce sustantivamente el costo de tramitación burocrática de los expedientes.

2.3.2. Duplicidades en el proceso de establecimiento de metas de gestión

El Convenio de Administración por Resultados (CAR) es un instrumento utilizado por el MEF para incentivar el cumplimiento de las metas y objetivos empresariales, atando a su logro, una recompensa

¹³ WACC: Weighted Average Cost of Capital (Costo de Capital Promedio Ponderado).

¹⁴ VAN: Indicadores de Valor Actual Neto.

para los funcionarios de la empresa¹⁵. Los CAR, luego de suscritos por las partes, generan para la EPS la obligación de alcanzar determinadas metas, cuyo cumplimiento la habilita para acceder a determinadas “recompensas” (bono de productividad para los trabajadores de la entidad).

En el caso del Regulador –SUNASS–, no se utilizan “mecanismos contractuales”. El control de la gestión

se efectúa a través de la aprobación de los PMO, así como de la fiscalización posterior del cumplimiento de las metas¹⁶. En este caso, el incentivo al cumplimiento de las metas se logra a través de la autorización para efectuar aumentos tarifarios o directamente a través del establecimiento de sanciones por el incumplimiento. En el cuadro siguiente se muestra las principales diferencias de estos dos mecanismos.

Cuadro 8
Comparación entre el PMO y CAR

	Convenio de Administración por Resultados (CAR)	Plan Maestro Optimizado (PMO)
Agencia	MEF	SUNASS
Horizonte Temporal	Corto plazo: Periodos anuales.	Largo Plazo: Periodo de cinco años.
Incentivos	Cumplimiento: incremento salariales para los trabajadores (Bonos de Productividad).	Cumplimiento: Incrementos tarifarios. Incumplimiento: Sanciones a las EPS.

2.3.3. Duplicidades en el proceso de supervisión

La supervisión del cumplimiento de la gestión de las EPS se encuentra a cargo de diversas entidades, cada una dentro de su ámbito de competencia. En algunos casos, FONAFE, en su condición de accionista, o la Dirección Nacional de Presupuesto Público (DNPP), en su condición de autoridad presupuestal del sector público, establecen metas presupuestales –e incluso operativas– a cumplir por las empresas; por otro lado, el Regulador fija metas técnicas a cumplir por las EPS en el proceso tarifario, estando facultado a imponer sanciones en caso de incumplimiento¹⁷. A dicha supervisión se suma la que ejerce de manera *ex post* la CGR¹⁸.

Si bien este sistema no tiene porqué incrementar indebidamente los costos de regulación¹⁹ (en el sector privado existen también mecanismos de control y supervisión de la gestión directiva, tales como auditorías, balances y memorias), la falta de consistencia entre las metas fijadas por las distintas

agencias intervinientes sí es un problema que debe corregirse. Por un lado, genera duplicidades e, incluso, señales contradictorias a las EPS que afectan el desenvolvimiento operativo de las EPS; por otro, puede generar, si los objetivos y prioridades institucionales de cada entidad no son adecuadamente coordinados, discrepancias y conflictos entre las agencias involucradas que repercuten negativamente en la eficacia del marco regulatorio aplicable al sector agua.

2.4. Confusión de roles: la autoridad política como operador del servicio

Bajo el actual diseño institucional, la propiedad de las EPS recae en agentes políticos (los municipios y el Gobierno Central), aspecto que favorece la interferencia política en su gestión. En efecto, en su condición de accionistas, tanto las municipalidades como el Gobierno Central tienen el derecho a designar a los directores de las empresas de agua de sus respectivos ámbitos de competencia. La práctica, en estos últimos cinco años, nos muestra que la mayoría de los directores de las

¹⁵ Resolución Directoral 007-2006-EF/76.01 que aprueba la Directiva 005-2006-EF/76.01 –Directiva para la Formulación, Suscripción, Ejecución y Evaluación de los Convenios de Administración por Resultados para el Año Fiscal 2006, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el día 17 de febrero del 2006.

¹⁶ Artículo 6 del Reglamento de Supervisión y Fiscalización de la Prestación de los Servicios de Saneamiento, aprobado por Resolución de Consejo Directivo 015-2004-SUNASS-CD publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 13 de junio del 2004.

¹⁷ Artículos 106 y 107 del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento, aprobado por Decreto Supremo 023-2005-VIVIENDA publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el día 1 de diciembre del 2005.

¹⁸ Artículo 9 del Decreto Supremo 187-2003-EF publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el día 21 de diciembre del 2003.

¹⁹ En este sentido, no parece muy sólido concluir que estas regulaciones constituyen en sí mismas duplicidades injustificadas que obligan a las EPS a destinar recursos hacia el cumplimiento de estas exigencias, incrementando así innecesariamente los costos de regulación.

EPS han sido seleccionados en función de criterios políticos antes que técnicos, lo que se traduce en falta de independencia y sujeción a presiones políticas de las autoridades de turno.

2.4.1. Conflicto de incentivos

En el marco actual, las autoridades políticas (Gobierno Central y municipios provinciales) asumen un doble rol: un rol político, en su condición de responsables de la prestación de un servicio público básico, y un rol operativo en la medida que controlan la gestión misma de la empresa de agua. Estos roles son, a menudo, contradictorios y, en esa medida, generan un severo conflicto de incentivos que se traduce –como hemos visto– en una deficiente gestión de las empresas públicas de agua.

Dado que los alcaldes y el Gobierno Central son agentes políticos, su comportamiento está orientado a maximizar la “renta política” derivada de su control sobre la prestación de los servicios de agua potable, sobre todo considerando que el agua potable y el alcantarillado son servicios públicos esenciales para la vida humana y altamente valorados por la sociedad, especialmente en los estratos socioeconómicos de menores ingresos, donde usualmente se concentra la mayor proporción de votantes.

Este conflicto de incentivos afecta el proceso de toma de decisiones de las empresas de agua, particularmente en el manejo de las tarifas. Así, en el proceso tarifario, los propietarios de las EPS deben decidir entre dos opciones:

1. Aplicar la fórmula tarifaria aprobada por la SUNASS: En este escenario, la EPS tendrá los recursos suficientes para cubrir los costos de explotación y las nuevas inversiones eficientes que le permitan lograr las metas de gestión que son consistentes con la fórmula tarifaria, con efectos de mejora de la calidad y cobertura del servicio, en beneficio directo de los usuarios. Sin embargo, la autoridad política debe asumir el “costo político” que implica un incremento tarifario, perjudicando –al menos en una visión cortoplacista– sus proyecciones electorales futuras.
2. No aplicar la fórmula tarifaria aprobada por la SUNASS: En este escenario, se afecta la viabilidad financiera de la EPS y no se logra los efectos positivos

anteriormente señalados, perjudicándose la calidad del servicio y su sostenibilidad en el mediano plazo, ya que la empresa no dispone de los recursos para realizar nuevas inversiones. Sin embargo, el alcalde (el Gobierno, para el caso específico de SEDAPAL S.A.) se beneficia en el plano estrictamente político: gana el apoyo de los electores que no van a resultar “perjudicados” por el incremento de la tarifa que pagan por los servicios de saneamiento, viendo incrementado su nivel de aceptación.

Por lo general, este conflicto se resuelve mediante la subordinación de los criterios técnicos a los criterios políticos. Esta situación ha generado una inercia tarifaria en el sector agua en el Perú: desde el 2001, de 45 empresas de agua sólo cinco²⁰ han presentado propuestas tarifarias, poniendo en riesgo la sostenibilidad financiera del servicio en distintas localidades del país.

2.4.2. Ejemplos de interferencia política en la gestión de las EPS

1. A inicios del año 2005²¹, SEDAPAR (Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Arequipa) presentó su Plan Financiero a la SUNASS, solicitando cinco incrementos tarifarios de 16% para el 2005, 15% para el 2006, 15% para el 2007 y 0.5% para el 2008 y 2009 respectivamente. Luego del estudio tarifario correspondiente, y de conformidad con el procedimiento de aprobación tarifaria (que incluyó la realización de dos audiencias públicas, y un esfuerzo de comunicación importante por parte del Regulador con la sociedad civil local para explicar las razones y la conveniencia del incremento tarifario), el Regulador aprobó incrementos de 16% para el año uno, 14% para el año dos, 6.9% para el año tres y 0% de incremento para los años cuatro y cinco, respectivamente; así, como un incremento en las metas de gestión a exigir a la EPS. Sin embargo, la Junta General de Accionistas (JGA) de SEDAPAR decidió, posteriormente, no aplicar la fórmula tarifaria, las estructuras tarifarias y las metas de gestión que aprobó la SUNASS²², a pesar que el Directorio de esta EPS manifestó estar de acuerdo con la propuesta del Organismo Regulador. Ante la negativa de la JGA, el Organismo Regulador solicitó a SEDAPAR las razones técnicas que sirvieron de sustento para su decisión sin recibir respuesta alguna.

Sergio Salinas Rivas
Mauro Gutiérrez Martínez

²⁰ EMSAPUNO, SEDAPAR, SEDAPAL; mientras que EMFAPATUMBES y EPS GRAU lo han realizado dentro de un proceso de concesión.

²¹ El 9 de febrero de 2005, por Resolución de la Gerencia de Regulación Tarifaria, se admitió a trámite la solicitud de la EPS SEDAPAR de determinación de la fórmula tarifaria para el periodo 2005-2009.

²² Resolución de Consejo Directivo 030-2005-SUNASS-CD del 4 de octubre del 2005.

2. A mediados de 2005²³, EMSAPUNO (Empresa Municipal de Saneamiento Básico de Puno S.A.) presentó a la SUNASS su Plan Financiero, solicitando incrementos tarifarios diferenciados para cada una de las localidades durante el quinquenio²⁴. Sin embargo, antes de la conclusión del estudio tarifario correspondiente, EMSAPUNO solicitó en más de una oportunidad la suspensión del proceso de aprobación de fórmula tarifaria, específicamente, la postergación de la realización de la audiencia pública en la cual debía exponerse su propuesta. El motivo, al parecer, sería el temor a la reacción de la población frente a posibles incrementos tarifarios. Dicha audiencia no se realizó y ante el injustificado retraso en el proceso, el Organismo Regulador lo dio por finalizado.
3. En octubre de 2005, venció la fórmula tarifaria de SEDAPAL aprobada en el 2000. Sin embargo, recién el 2 de diciembre del año 2005, y luego de reiterados requerimientos del Regulador, SEDAPAL presentó su Plan Maestro Optimizado (PMO), conteniendo su propuesta de fórmula tarifaria, estructuras tarifarias y metas de gestión para el quinquenio 2006-2011. La solicitud fue admitida a trámite²⁵, y puesta en conocimiento de la ciudadanía de acuerdo al procedimiento legal vigente. El PMO presentado por SEDAPAL contenía un único incremento de la tarifa media de 136.9% en el primer año del periodo quinquenal. Sin embargo, posteriormente, la empresa solicitó formalmente el retiro del PMO remitido a la SUNASS, "ante la ola de críticas desatada, (que) obligaron al Gobierno a ordenar a Sedapal que retire dicha solicitud"²⁶. Frente a esta situación, la SUNASS dispuso iniciar el procedimiento de aprobación de oficio de la fórmula tarifaria, estructuras tarifarias y metas de gestión de SEDAPAL S.A. para el siguiente periodo quinquenal²⁷.

2.5. Los límites de la política sectorial 2001-2005

Frente a esta situación, la política sectorial 2001-2005 ha consistido, fundamentalmente, en una política de oferta, de carácter clientelista, en la cual el Gobierno Central ha asumido el financiamiento público de obras públicas de infraestructura de agua, sin exigir a cambio compromisos de mejoras de gestión sustantivas. Si bien ello puede ser "políticamente correcto" en el

corto plazo, en el largo plazo, resulta insostenible si no hay mejoras en la gestión de la empresa: cualquier esfuerzo fiscal que se realice va a terminar revirtiéndose en pocos años.

3. AGENDA PARA UNA REFORMA INSTITUCIONAL

Los principales aspectos que deben contemplarse para una reforma institucional del sector agua y saneamiento son los siguientes:

3.1. Objetivos y visión pragmática de mediano plazo

El punto de partida para una reforma es identificar claramente el objetivo de la misma. En tal sentido, es vital tener una visión pragmática de mediano plazo sobre adónde debe dirigirse el sector y cuál es el papel de la regulación en ese contexto.

En un horizonte de tres a cinco años, es probable que coexistan un conjunto de localidades atendidas por operadores privados, a medida que se vayan concretando los procesos de participación del sector privado impulsados por el Gobierno, con otro conjunto de localidades atendidas por operadores públicos.

Este escenario nos sugiere la necesidad de que la política sectorial contemple dos grandes líneas de acción: por un lado, continuar con un programa de concesiones –u otra modalidad de Participación del Sector Privado (PSP)– que ayude a atraer inversiones en el sector, en coordinación con las autoridades locales responsables del servicio, y, por otro lado, diseñar e implementar urgentemente un programa de mejoramiento del gobierno corporativo de las empresas públicas de agua. Concentrarse sólo en lo primero y descuidar lo segundo significa, en los hechos, desatender el servicio a un segmento importante de la población.

La regulación, por su parte, debe responder a este contexto probable. En nuestra opinión, no existe razón para diferenciar en el tratamiento a empresas públicas o privadas. La razón final de la regulación es procurar que el servicio se preste en condiciones que garanticen su sostenibilidad en el mediano plazo a un precio que refleje el costo económico de prestar el servicio. Una regulación diferenciada que "tome en cuenta" restricciones institucionales actuales sólo sirve para trasladar al usuario los costos de la ineficiencia de estas

²³ Mediante Oficio 252-2005 EMSAPUNO-GG de fecha 27 de junio del 2005, EMSAPUNO remitió a SUNASS su plan financiero a fin de dar inicio al trámite de fijación de la fórmula tarifaria para el periodo 2005-2009.

²⁴ El incremento acumulado solicitado para el quinquenio fue el siguiente: Puno, 55.25%; Ilave, 46.74%; Juli, 46.74% y Desaguadero, 61.75%.

²⁵ Resolución de la Gerencia de Regulación Tarifaria 001-2006-SUNASS-GRT de fecha 6 de enero del 2006.

²⁶ Editorial del diario Gestión del 04 de marzo del 2006.

²⁷ Resolución de la Gerencia de la Regulación Tarifaria 003-2006-GRT.

empresas, y la incapacidad del Estado para corregir esta situación.

3.2. El programa de concesiones y participación del sector privado

El programa de concesiones y, en general, las distintas modalidades de PSP constituyen instrumentos potentes para revertir progresivamente el déficit de infraestructura que actualmente enfrenta el sector. La PSP puede atraer o comprometer nuevas inversiones en aquellas zonas en las que el negocio sea atractivo desde un punto de vista privado para recuperar las inversiones a través de tarifas. De otro lado, la PSP puede aportar mejoras significativas en la gestión misma de las empresas, elemento sustantivo para garantizar la sostenibilidad de las inversiones. En esta línea, mediante esquemas de asociación público-privadas, el Estado puede asumir parte del financiamiento para las inversiones requeridas en localidades no rentables, desde el punto de vista privado, encargando al sector privado la gestión del negocio. Estos esquemas pueden reducir la presión sobre las tarifas en la medida que las condiciones concesionales de crédito se incorporan en el modelo tarifario vía una reducción de la tasa de descuento utilizada en los cálculos, y las donaciones, a su vez, no forman parte de la base de capital regulatorio.

Sin embargo, la PSP tiene límites. En efecto, por un lado, es posible que restricciones de carácter económico impidan la concreción de procesos de concesiones en ciertas regiones del país. Por ejemplo, localidades con bajos niveles de ingreso de la población pueden hacer inviable la recuperación a través de tarifas de las inversiones requeridas, limitando el interés privado de participar en estos procesos aun bajo esquemas de asociación público-privada; o mercados de tamaño reducido pueden no ser atractivos para una empresa privada de cierta experiencia y envergadura.

Por otro lado, restricciones de carácter institucional, tales como la propia resistencia de la población a la incorporación del sector privado en estos servicios – considerados por muchos como estratégicos o como

un derecho esencial que no puede ser entregado al “interés privado” – pueden hacer impracticable cualquier solución privada. No olvidemos que estos procesos son voluntarios y su éxito depende de manera sustantiva del apoyo de las autoridades locales²⁸.

Experiencias internacionales²⁹ muestran que si la población no es adecuadamente satisfecha con el servicio, la sostenibilidad de la concesión es incierta, razón por la cual debe evaluarse detenidamente la conveniencia de llevar adelante un proceso de PSP sin un respaldo apropiado por parte de la población³⁰.

3.3. Gobierno corporativo de las EPS

Como hemos visto en la sección anterior, las autoridades políticas controlan la gestión de las empresas de agua³¹, confusión de roles que genera la subordinación de los criterios técnicos a los criterios políticos de las autoridades de turno.

Este problema estructural del marco institucional debe ser corregido de manera urgente, de lo contrario, cualquier esfuerzo tarifario o de captación de inversiones que se lleve adelante será insostenible en el mediano plazo.

La respuesta de política pública debe consistir en generar mecanismos para introducir criterios privados de gestión en las empresas públicas de agua, eliminando el tratamiento de entidades gubernamentales que, hoy en día, predomina. Para ello, se requiere asegurar el profesionalismo y la independencia técnica de los órganos de gestión de las empresas de agua respecto de las autoridades políticas de turno. Kingdom y Van Ginneken³² sugieren cuatro principios básicos de buen gobierno corporativo que deben cumplirse para institucionalizar una buena performance en las empresas públicas de agua: autonomía (independencia de los gestores profesionales sin interferencias arbitrarias de terceros); rendición de cuentas (mecanismos de control ante terceros de las decisiones de política empresarial, del uso de los recursos y de los resultados obtenidos); orientación al cliente (atender y escuchar las

²⁸ En el caso del proceso de concesión de los servicios de saneamiento de las provincias en las que opera la EPS GRAU S.A., sólo las provincias de Piura y Paita decidieron entrar al proceso, mientras que las provincias de Sullana, Talara y Morropón decidieron no participar.

²⁹ La concesión de Cochabamba en Bolivia fracasó a los pocos meses de su otorgamiento debido a desbordes populares frente a incrementos tarifarios.

³⁰ En el caso de los procesos de concesión de Tumbes y Piura, SUNASS realizó un trabajo de convencimiento de la opinión pública local que implicó reuniones separadas con más de 50 líderes de opinión locales en Tumbes, y 70 en el caso de Piura y Paita.

³¹ SEDAPAL se encuentra adscrita funcionalmente y bajo el ámbito del Viceministerio de Construcción y Saneamiento conforme a la Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 27792, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 25 de julio del 2002 y a la Primera Disposición Complementaria del Decreto Supremo 002-2002-VIVIENDA, Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el día 9 de setiembre del 2002.

³² KINGDOM, William y Meike VAN GINNEKEN. “From Best Practice to Best Fit: Reforms to Turn Around and Institutionalize Good Performance in Public Utilities”. Banco Mundial-Water Aid Workshop. 2004.

demandas de los usuarios de los servicios de agua); y orientación al mercado (recorrir al mercado cuando ello sea posible e introducir incentivos de mercado en la gestión de la empresa). Ninguno de estos principios se cumple hoy en día en las empresas públicas de agua peruanas.

En este contexto, una referencia a evaluar es el caso de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito³³, que operan bajo supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros. Estas empresas tienen la misma estructura de propiedad que las empresas de agua municipales, sin embargo muestran resultados sustancialmente superiores. ¿A qué se debe la diferencia? En nuestra opinión, la razón radica en una estructura de gobierno corporativo diferente, que permite aislar los órganos de dirección de las Cajas de la injerencia de las autoridades locales.

En efecto, la composición del directorio de las cajas restringe, por un lado, la presencia de las autoridades municipales a una participación minoritaria y, por otro, asegura la participación de representantes de la sociedad civil local³⁴ que obedecen a criterios institucionales de otra índole. Ello garantiza que el directorio no responda a motivaciones políticas a pesar del régimen de propiedad municipal que mantiene. El mecanismo de selección previsto garantiza que sean las propias entidades de la sociedad civil las que efectivamente elijan a su representante, limitando la participación de la municipalidad a la formalización del nombramiento.

Por el contrario, el directorio de las empresas de agua municipales está compuesto íntegramente por miembros designados por los alcaldes³⁵, lo que hace que dependan y respondan casi exclusivamente a sus intereses políticos³⁶. Inclusive, se observan casos de miembros del directorio que han sido removidos cuando asumen una posición contraria a la promovida por los alcaldes³⁷.

En el caso de SEDAPAL, la definición política del Gobierno respecto a la estrategia de mejoramiento de los servicios que desee implementar es clave: si se pretende mantener a SEDAPAL como empresa pública de agua, es de aplicación el mismo análisis antes expuesto; si se decide entregarla en concesión, no. En la actualidad, los órganos de gobierno de la empresa están directamente controlados por las autoridades políticas, aspecto que es necesario revertir. FONAFE es la responsable de la designación del directorio de la empresa, dado que el accionista es el Gobierno Central. Sin embargo, el directorio de FONAFE está integrado por cinco miembros del Consejo de Ministros, careciendo por ello de la autonomía necesaria para garantizar un manejo técnico de las empresas que controla. En los últimos cinco años, los presidentes del directorio de la empresa han sido todos vinculados al Ministerio de Vivienda³⁸.

El modelo de gobierno corporativo debe contemplar medidas destinadas a evitar el reemplazo del directorio en caso de desacuerdo con las directivas políticas de las autoridades políticas. De otro lado, un mecanismo apropiado de gobierno corporativo debe también contemplar esquemas de remuneración por resultados, que aseguren los incentivos adecuados para los gestores de estas empresas. En tal sentido, atar la remuneración de los principales funcionarios de las empresas de agua a la consecución de las metas regulatorias resulta de vital importancia. Existen diversos mecanismos para ello, y abundante literatura de consulta³⁹; en cualquier caso, es preferible que el mecanismo sea transparente y conocido por la población a fin de evitar cuestionamientos posteriores que afecten el desempeño de los funcionarios.

3.4. Gobierno regional versus gobierno local⁴⁰

Un aspecto clave en el diseño de un modelo institucional para los servicios de agua potable y desagüe es el referido a la determinación del nivel del

³³ Ver Decreto Ley 23039, Decreto Legislativo 770 y Decreto Supremo 157-90-EF.

³⁴ Ver Decreto Supremo 157-90-EF, que norma el funcionamiento de estas instituciones.

³⁵ En el caso de la EPS de Ayacucho, el alcalde decidió nombrar como miembro del directorio a un pariente suyo, lo que generó fuertes críticas de la población. El directorio fue removido en poco tiempo.

³⁶ Cabe anotar que, la reciente modificación del Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento promovida por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento no resuelve este problema. En ella se señala que "ninguna municipalidad puede tener más de dos directores", sin embargo, no se asegura la presencia de directores independientes que eviten la interferencia de las autoridades políticas. Ver el artículo 40 del Decreto Supremo 016-2005-VIVIENDA publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 6 de agosto del 2005. El caso reciente de EPS Selva Central confirma lo señalado. De acuerdo a información periodística en sesión a puerta cerrada en el municipio de San Ramón, la Junta de Accionistas de la empresa designó al nuevo directorio por tres años, designación cuestionada por los usuarios de esa ciudad y por el municipio provincial argumentando que se trata de representantes políticos de las autoridades locales. Diario Correo Selva Central del 30 de marzo del 2006.

³⁷ En el caso de SEDAPAL, el directorio de la empresa fue removido luego de expresar su conformidad con la fórmula tarifaria aprobada por SUNASS en el año 2005.

³⁸ Durante la administración Toledo, el entonces viceministro de saneamiento, miembro del entorno presidencial, fue a la vez presidente de SEDAPAL. Posteriormente, fue designado presidente el director nacional de saneamiento.

³⁹ Ver MILGROM, Paul y John ROBERTS. "Economics, Organization and Management". Prentice Hall. Parte V. 1992.

⁴⁰ Ver FOSTER, Vivien. "Policy Issues for the Water and Sanitation Sectors". Banco Mundial. 1996.

Estado al cual debe encargarse la responsabilidad por su prestación. ¿Cuál es el nivel estadual óptimo para garantizar una organización apropiada de los servicios?

Si bien encargar a las municipalidades provinciales el servicio, como sucede actualmente, puede tener como justificación la proximidad del gobierno local con la población, lo que permitiría una identificación más rápida y certera de las necesidades a satisfacer, también genera dificultades que es preciso evaluar.

En efecto, la titularidad a favor de las municipalidades genera los siguientes problemas: i) elevados costos de transacción en la toma de decisiones colectivas al interior de las empresas de agua debido a las divergencias de intereses entre las municipalidades involucradas, ii) desaprovechamiento de economías de escala y sinergias generadas en los casos en los que la infraestructura de saneamiento excede la jurisdicción de una municipalidad provincial, y iii) tendencia a la atomización de las empresas de agua municipales.

En efecto, la presencia de diversas autoridades políticas, en el ámbito de servicio de una misma empresa, entorpece la toma de decisiones. Cada autoridad puede tener objetivos distintos, sobre todo si representan a partidos políticos distintos, lo cual hace muy difícil o costosa la adopción de acuerdos. Más aún, los acuerdos, muchas veces, son frágiles y de corto plazo, pues están basados en alianzas de carácter político y no en estrategias empresariales de mejoramiento del servicio. La renovación de autoridades en cada elección y la nueva distribución del poder político supone una revisión de los acuerdos vigentes y la adopción de nuevas alianzas. Este vaivén complica seriamente la posibilidad de fijar estrategias o políticas de largo alcance, imprescindibles en sectores cuyas inversiones son de magnitud elevada y lenta maduración, y que, por lo tanto, requieren de estructuras de financiamiento de largo plazo. Ello limita las posibilidades de expansión del servicio y su sostenibilidad misma.

Un ejemplo de lo anterior es el caso del proceso de concesión de Piura y Paita. La empresa prestadora EPS Grau (predecesor del concesionario privado) atendía a cinco jurisdicciones provinciales (Piura, Paita, Sullana, Talara y Morropón); sin embargo, sólo dos de ellas han consentido en llevar adelante el proceso, obligando a escindir la empresa. Si bien del proceso de concesión se espera ganancias de eficiencia importantes y mejoras en la provisión del servicio, es cierto, también, que la escisión de la empresa ha conllevado pérdidas de economías de escala.

Aún más, de acuerdo a ley, las municipalidades distritales de cada localidad atendida por la EPS son también accionistas, lo que multiplica las dificultades antes descritas para la adopción de acuerdos al interior de las EPS. Así, pueden observarse casos en los que existen más de veinte municipalidades representadas en la Junta General de Accionistas, como Piura⁴¹ y Arequipa⁴², por citar sólo algunos ejemplos. El propio criterio para determinar la participación accionarial de cada municipalidad resulta en sí mismo una fuente de conflictos: depende de la población existente en cada localidad, variable que de por sí es dinámica y difícil de calcular. En los hechos, esta regla no se cumple.

De otro lado, en monopolios naturales –como es el caso de los servicios de agua y desagüe– una mayor población servida por la empresa de agua permitiría reducir costos medios de producción, en la medida que la misma red de infraestructura (plantas de tratamiento de agua cruda, plantas de tratamiento de aguas servidas, represas y reservorios, etcétera) pueda atender apropiadamente distintas localidades. Sin embargo, si estas localidades no coinciden con el ámbito jurisdiccional de las municipalidades provinciales respectivas, se crean dos empresas diferentes, incurriéndose en mayores costos totales en la prestación del servicio, lo que se traduce en mayores requerimientos tarifarios.

Tampoco son desdeñables los beneficios de incluir dentro del ámbito de servicio de una empresa de agua zonas de menores ingresos *per capita* junto con zonas de niveles socioeconómicos más altos (aun cuando no existan ahorros o sinergias significativas), pues ello permite transferencias interlocalidades (subsidio cruzado), que financien el acceso al servicio de poblaciones en riesgo.

Finalmente, esta titularidad también produce iniciativas recurrentes de las municipalidades para “independizar” sus servicios de agua, mediante la escisión u alguna otra forma de separación de la empresa de agua provincial. Entre 1999 y 2005 se han producido aproximadamente treinta y ocho⁴³ comunicaciones por parte de las empresas referidas a la escisión.

La falta de cobertura de los servicios en sus localidades –así como su escaso “peso relativo” en las decisiones de las juntas de accionistas– empujan a estas municipalidades a intentar buscar resolver por su cuenta los problemas de abastecimiento que enfrentan. Sin embargo, el remedio puede ser peor que la

⁴¹ Veinticinco municipalidades distritales y provinciales.

⁴² Treinta y tres municipalidades distritales y provinciales.

⁴³ Fuente: SUNASS.

enfermedad, pues en muchos casos la creación de nuevas empresas de agua de ámbito más reducido (incluso distritales) es económica y financieramente inviable, por lo que el resultado probable de estas decisiones es un deterioro aún más acelerado de los servicios de agua. Una sana estrategia empresarial sugiere, más bien, promover la consolidación de las empresas de agua en unidades de mayor alcance para aprovechar las economías de escala.

En este orden de ideas, la asignación de la titularidad sobre el servicio de agua y alcantarillado al gobierno regional puede ayudar a: i) facilitar el proceso de consolidación de empresas de agua en empresas de agua regionales permitiendo el aprovechamiento de economías de escala, ii) frenar la tendencia a la atomización y desintegración de las empresas de agua, iii) facilitar los procesos de concesión en la medida que permitiría concentrar en una sola autoridad el poder concedente.

Naturalmente, la implementación de una medida de este tipo requiere un fuerte apoyo político. Los cambios institucionales drásticos siempre generan ganadores y perdedores, por lo que es necesaria una evaluación apropiada del contexto político para preparar respuestas adecuadas a las resistencias que planteen los perdedores y generar alianzas eficaces con los ganadores.

3.5. Coordinación intergubernamental: MEF - SUNASS: PMO y SNIP, PMO y CAR

Si bien es incuestionable que existan distintos niveles de control de las empresas públicas de agua (como por ejemplo, a nivel de contraloría o a nivel presupuestal), resulta necesario eliminar las inconsistencias entre las distintas agencias del Estado involucradas.

En esta línea, la armonización de los siguientes dos procesos puede generar un impacto positivo inmediato y se puede lograr sin mayores dificultades:

i) PMO - CAR

Como hemos visto, el PMO es la herramienta regulatoria utilizada para calcular las tarifas por la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento en cada empresa. En el PMO, se determinan las metas de servicio a alcanzar por la empresa de agua en cada uno de los cinco años del intervalo tarifario.

A su vez, el CAR es un instrumento utilizado por el MEF para incentivar el cumplimiento de las metas y objetivos de las entidades públicas. El logro de las metas genera el derecho a una recompensa para los funcionarios de la empresa.

Es necesario que las metas fijadas en los CAR recojan o sean compatibles con las fijadas por el Regulador a través del proceso tarifario⁴⁴ –normalmente asociadas a niveles de cobertura y calidad del servicio– de manera que estos instrumentos converjan hacia la consecución de las metas técnicas regulatorias y se evite la generación de señales confusas o contrapuestas.

ii) PMO - SNIP

Como hemos visto, el proceso de autorización de los proyectos de inversión pública requiere el visto bueno del SNIP. Del mismo modo, el PMO contempla una definición de las soluciones técnicas apropiadas para cada empresa de acuerdo al balance hídrico que presente y el cálculo del impacto tarifario de las inversiones requeridas. Por tal razón, resulta clave armonizar estos mecanismos, de tal manera que las inversiones públicas sean atadas a un programa de tarificación de las empresas de agua receptoras de la inversión.

Este proceso de tarificación de inversiones públicas ofrece la ventaja de que permite determinar en función del balance hídrico proyectado: i) la conveniencia de la solución técnica propuesta; ii) el adecuado dimensionamiento de la inversión pública a ejecutar; iii) la calendarización y programación apropiada de las inversiones tomando en cuenta la oferta y demanda de agua proyectadas; iv) el impacto tarifario de la inversión; y v) la sostenibilidad y recuperación de las inversiones, evitando el posterior deterioro de la infraestructura construida por falta de mantenimiento.

Conviene anotar que, las evaluaciones del PMO son complementarias a las del SNIP antes que opuestas. En efecto, mientras que el SNIP se concentra en una evaluación social de los proyectos de inversión pública, el PMO utiliza un enfoque de flujo de caja descontado para determinar la tarifa que refleje el costo económico de la prestación del servicio bajo parámetros de eficiencia. En todo caso, al momento de armonizar ambos instrumentos es conveniente tomar especial cuidado para evitar duplicidades que incrementen innecesariamente el trámite de aprobación tanto del SNIP como del PMO.

⁴⁴ Actualmente, ya se ha dictado la Directiva 005-2006-EF/76.01 aprobada mediante Resolución Directoral 007-2006-EF/76.01, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 17 de febrero del 2006, que armoniza de manera apropiada estos instrumentos.

4. CONCLUSIONES FINALES

4.1. Proyecto de Ley de Modernización Institucional del Sector Agua

El análisis expuesto muestra deficiencias, en el actual marco institucional del sector, que es necesario corregir mediante la modificación de la Ley General de Servicios de Saneamiento. Los aspectos centrales de la reforma son: i) profesionalización de la gestión operativa de las empresas públicas de agua, independizando el directorio y las gerencias técnicas del poder político de turno, mediante un proceso de selección y remoción que involucre la decisión de otras instituciones de la sociedad civil, ii) definición del nivel estadual apropiado para encargarse de la responsabilidad por la provisión del servicio, regional o municipal, iii) eliminación de la intervención de las juntas de accionistas en el manejo tarifario de las empresas de agua, y iv) opinión del Regulador en cambios que afecten el marco regulatorio del sector.

4.2. Armonización de procesos dentro del sector público

Las autoridades públicas deben coordinar su participación en los distintos procesos que cada una tiene a su cargo, a fin de evitar inconsistencias y duplicidades. En particular, es conveniente evaluar el funcionamiento en la práctica de la compatibilización entre el CAR y el PMO efectuada entre SUNASS y el

MEF de manera que se orienten los incentivos de las empresas de agua hacia el cumplimiento de las metas regulatorias. Asimismo, es también importante la compatibilización entre el SNIP y el PMO, a fin de atar el uso de recursos públicos a los procesos de tarificación de cada empresa, con el objeto de aumentar la calidad de la selección de los proyectos de inversión, su impacto tarifario y las metas de mejora en la calidad del servicio asociadas.

4.3. Implementación del programa de tarificación y reordenamiento tarifario de las empresas de agua

Es necesario continuar con el proceso de tarificación de la totalidad de las empresas de agua del país. El PMO debe permitir determinar la señal económica que refleje el costo de oportunidad de los recursos destinados a la prestación del servicio de agua en cada localidad, y la programación de las principales obras de infraestructura necesarias para permitir un adecuado abastecimiento del servicio en cada localidad, orientando de manera técnica los esfuerzos de financiamiento público o privado a realizar en adelante.

También, debe continuarse con el proceso de reordenamiento tarifario en cada una de las empresas de agua, a fin de reducir el número de precios que hoy día cobran las empresas, procurando la simplificación, y la focalización del subsidio cruzado implícito en los sectores sociales de mayor vulnerabilidad.

Sergio Salinas Rivas
Mauro Gutiérrez Martínez

BREVE APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES MÓVILES EN LATINOAMÉRICA: RASGOS, ENFOQUES Y DESAFIOS

Juan Rivadeneyra Sánchez*

El autor, en el presente artículo, realiza un profundo análisis del rol de las telecomunicaciones móviles en el desarrollo y crecimiento económico de los países, comparando el incremento europeo frente al latinoamericano. En este contexto, enfatiza el papel que ha tenido el legislador nacional al optar por una política jurídica local, en contraste con el regional o comunitario adoptado en otras latitudes. Asimismo, analiza –a través del modelo de la co-opección regulatoria– uno de los objetivos trazados por nuestra legislación nacional: el acceso universal a este servicio.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (1989). Director de Asuntos Regulatorios de América Móvil Perú S.A.C. (antes TIM Perú), filial de América Móvil de México. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (1988-1997, 2001); Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (1994-1996); Profesor del Programa de Post Grado en Valuaciones de la Universidad Nacional de Ingeniería (1996); Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (1992-2005). Profesor invitado por la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco (Mayo-Junio, 1991), San Sebastián, España. Presidente del Comité de Telecomunicaciones de la Asociación de Empresas Privadas de Servicios Públicos del Perú (2004) y actual Presidente del Comité de Asuntos Legales & Regulatorios de la Asociación de Empresas Privadas de Servicios Públicos del Perú (ADEPSEP). Autor de los libros "Glosario de Telecomunicaciones" (Lima, 1998) y "Diccionario de Telecomunicaciones" (Lima, 1999) y coautor del Libro "La Sociedad de la Información. Nuevas Tendencias de las Telecomunicaciones" (Lima, 2003), así como de diversos ensayos y artículos en materia de Derecho Civil y Derecho de las Telecomunicaciones.

"That's an amazing invention, but who would ever want to use one of them?" (Rutherford Hayes, Presidente de los Estados Unidos de América (1876), en respuesta a Alexander Graham Bell, luego que éste le hiciera una demostración práctica de su nuevo invento: el teléfono).

1. INTRODUCCIÓN

La contribución de la infraestructura y los servicios de telecomunicaciones a la economía de los países es verdaderamente sustancial. Estimaciones econométricas bastante serias evidencian que un aumento del 1% en la inversión en infraestructura de telecomunicaciones contribuye al crecimiento del producto en 0.12%¹.

En lo que concierne al caso particular de las telecomunicaciones móviles, las cifras del impacto en la economía son también contundentes. Estudios recientes evidencian que el aumento en la penetración de la telefonía móvil importa diversos beneficios sobre el crecimiento económico, especialmente –y ahí radica lo interesante del dato– en países en vía de desarrollo, como el caso peruano o de la región latinoamericana en general. Así, el London Business School² ha concluido que un incremento de 10% en la proporción de la población de un país que cuenta con un teléfono móvil (verbigracia, penetración)³, aumenta el Producto Bruto Interno (en adelante "PBI") *per capita* en 0.59% por año.

Lo anterior viene también asociado a una serie de otros beneficios como la mejora en la competitividad, la dinamización de las actividades productivas (como resultado de tener conectados a los agentes mediante teléfonos móviles)⁴, la generación de puestos de empleo, el incremento en la recaudación fiscal, la seguridad ciudadana, mejora de la calidad de vida de la población y, en general, al bienestar que, en su conjunto, se traslada a la sociedad.

Al lado de esas constataciones, que cuentan con el debido reconocimiento especializado, aparece la

realidad latinoamericana impregnada de contrastes que evidencian, por un lado, países que aún no alcanzan un grado de penetración suficiente, y por otro, una considerable brecha de inversión en infraestructuras de telecomunicaciones; lo cual impide que los beneficios antes indicados puedan apreciarse con mucho mayor intensidad y, por tanto, contribuir aún más al desarrollo de los países. Así, por citar un ejemplo, en el caso peruano, la brecha de inversión en infraestructuras en el sector telecomunicaciones asciende a US\$ 4,637.5 millones (brecha estimada únicamente para comparar al Perú con países de la región como Chile o Colombia); lo que implica que, para cubrir la brecha, será necesario que, por los próximos 10 años, se invierta US\$ 464 millones anualmente⁵.

La necesidad de cubrir la brecha e incrementar la penetración, considerada a la luz de la potencialidad que brindan las telecomunicaciones móviles –que, a diferencia de otros servicios de telecomunicaciones, cuentan con mayores probabilidades para desplegar rápidamente redes e infraestructuras y llegar a zonas hoy no atendidas–, constituye un aspecto de singular importancia de cara al objetivo compartido por los Estados de lograr extender el servicio a cada vez más ciudadanos (verbigracia, acceso universal).

En Latinoamérica dicho objetivo está condicionado, entre otros factores, por el entorno y los incentivos o condiciones regulatorias existentes. No obstante, a nuestro juicio, en la región parece no haberse tomado una cabal conciencia del impacto de los referidos beneficios económicos a la luz de ciertos patrones comunes que, sea ya por acción u omisión, se pueden identificar en los últimos años.

Tomando ello como contexto, estas breves líneas tienen por pretensión, entonces, plasmar de manera sumamente condensada algunas reflexiones críticas sobre la regulación de la telefonía móvil en la región latinoamericana, así como postular algunas líneas básicas de acción o reforzamiento que, a juicio nuestro, deben estar presentes en la región, a efectos de

¹ RAMÍREZ, María & HADI SALEHI, Esfahani. "Infrastructure and Economic Growth". 1999.

² En: "Tax and the digital divide: How new approaches to mobile taxation can connect the unconnected". United Kingdom: GSM Association. 2005.

³ Entiéndase por penetración (o también denominada "teledensidad"), al indicador del sector de telecomunicaciones referido al número de líneas telefónicas por cada cien habitantes.

⁴ Estudio "How mobile phone use contributes to business productivity" (Diciembre, 2005), producido por The Centre for Economic and Business Research (CEBR) y patrocinado por la firma inglesa O2. "Increased productivity from mobile phones boosts UK GDP by £9 billion a year. The mobile phone sector was responsible for an increase of just under 1% of UK labour productivity, representing a financial boost of almost £9 billion in UK GDP in 2004. It also estimates that UK workers can work for around 20 minutes less each day to achieve the same output thanks to the mobile phone. Additionally, over a third of the working population now receive a company mobile phone. In the strongest indication that the influence of mobile in business is on the rise, according to the study, if UK workers could spend 5% more of their time out of the office productively, this would be the equivalent of an extra 180 million hours of work every year, equating to around one third of the total productivity impact of mobile in the UK".

⁵ Instituto Peruano de Economía -IPE. "La Infraestructura que necesita el Perú, Brecha de Inversión en Infraestructura de servicios públicos". 2005.

alcanzar la mayor proximidad al acceso universal⁶ y el desarrollo de los países que la componen.

2. CARACTERIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES MÓVILES EN LATINOAMÉRICA

La región latinoamericana no ha sido ajena al fenómeno globalizado de crecimiento de las telecomunicaciones móviles y a todo lo que viene asociado al interior de la industria (innovación en nuevos servicios y aplicaciones, competencia en esquemas tarifarios, menor vida útil de los proyectos, mayor costo del capital, rápida obsolescencia tecnológica, etcétera). Sin embargo, en la región, el mercado de telefonía móvil cuenta además con ciertas características particulares que se suman a aquellas globales y que podrían resumirse en las siguientes:

- a) Cuenta aún con niveles de penetración insuficientes, aunque con potencial de crecimiento reconocido y sujeto a la existencia de condiciones regulatorias adecuadas.
- b) Ha presentado una mayor diversificación de la oferta tomando en cuenta los niveles socioeconómicos de los clientes (segmentación).
- c) Constituye un crisol de diversas tecnologías; se ofrecen servicios soportados hasta en cuatro tecnologías diferentes, a diferencia de otras regiones como Europa donde puede afirmarse que, producto del consenso de los estados miembros de la Comunidad Europea, se orientó la definición hacia un solo estándar tecnológico⁷.
- d) Cuenta con presencia de multinacionales que operan a escala continental o mundial, apreciándose cada vez más los procesos de consolidación o concentraciones como fenómeno natural.
- e) Tienen una excesiva presencia o presencia al límite en la cantidad de operadores de servicios móviles.

La media total en Latinoamérica es de 4.1 operadores por país, lo cual está ligeramente por encima del promedio mundial que viene experimentando una marcada tendencia a decrecer por efecto de las consolidaciones empresariales.

- f) Son mercados que se desarrollan bajo condiciones económicas y geográficas agrestes y disímiles (niveles de ingreso extremadamente reducidos, concentración de ingresos en pocas regiones o localidades, encarecimiento excesivo y desproporcionado del tendido de infraestructuras y del transporte de señales de telecomunicaciones a zonas no atendidas).
- g) Requieren de altas inversiones pero condicionadas al entorno económico, político y social que, a su turno, difiere en cada uno de los países de la región. De esa manera, a los riesgos inherentes a la industria de telecomunicaciones global se suman las condiciones económicas del mercado doméstico.

3. RASGOS GENERALES DE LA REGULACIÓN DE LA TELEFONÍA MÓVIL EN LATINOAMÉRICA

3.1. Ámbito de aplicación de la normativa regulatoria

En contraste con la experiencia de otras latitudes, en Latinoamérica se cuenta básicamente con marcos normativo-regulatorios de ámbito nacional, derivados como resulta obvio, de la aplicación y vigencia territorial-geográfica de las normas emitidas en cada país.

Vistos los resultados alcanzados en otras latitudes (verbigracia Europa, donde producto de la propia estructura normativa comunitaria, el contenido de la legislación interna de cada Estado miembro está marcado necesariamente por las directivas o lineamientos que para el sector telecomunicaciones emite la Comunidad Económica Europea) y tomando en cuenta la difusión de las concentraciones empresariales, así como la presencia de operadores

⁶ Entendiéndose por tal al acceso en el territorio nacional a un conjunto de servicios de telecomunicaciones esenciales (los disponibles para la mayoría de usuarios y provistos por las empresas de telecomunicaciones). No obstante, tanto la literatura como la normativa comparada han plasmado definiciones del concepto de acceso universal, que se diferencian con ciertos matices. Así, por ejemplo: **(i)** Concepto asociado al derecho de todo poblador a acceder por lo menos un servicio básico de telecomunicaciones. Se distinguen varias dimensiones del concepto: (a) cobertura geográfica.- que se refiere a la extensión de los servicios a todo el país, incluyendo las zonas más deprimidas; (b) equidad distributiva.- que incluye el acceso de todo ciudadano al servicio básico en las mismas condiciones de precios y calidad del servicio; (c) igualdad material física.- que implica el acceso del servicio para discapacitados; y, (d) servicio universal.- es el término más apropiado en países desarrollados; incluye no solo el acceso al servicio básico de voz sino también a los de tecnología mas avanzada. (Memoria OSIPTEL. 1996. Perú), **(ii)** Busca promover que toda la población tenga acceso al servicio telefónico fijo tomando en cuenta las desigualdades regionales, de ingresos, las limitaciones o impedimentos físicos y las necesidades sociales especiales de los habitantes, en condiciones que los equiparen al resto de los usuarios y así posibilitar que obtengan servicios con precios y calidades similares a los del resto de los usuarios y /o de las zonas urbanas. (Artículo 5º del Reglamento General de Servicio Universal; Anexo III de la Instrucción Presidencial del 9 de junio de 2000 –Argentina), **(iii)** Es el conjunto mínimo de servicios de telecomunicaciones que en cada momento se establezca, de calidad determinada, accesible a toda la población con independencia de su localización geográfica y a un precio razonable. (Artículo 1.3º de la Resolución N° 087 de 1997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por la cual se regula en forma integral los Servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada – Colombia), **(iv)** Es un conjunto mínimo definido de servicios de una calidad determinada, accesible a todo usuario con independencia de su localización geográfica y, a la vista de las condiciones nacionales específicas, a un precio asequible. Posición Común N° 34/96/CE aprobada por el Consejo Europeo de 18 de junio de 1996.

⁷ Dicho estándar es el GSM, acrónimo que responde a "Global System for Mobile Communications". Cifras al cierre del 2005 arrojan que el 75% del total de líneas de telefonía móviles en el mundo emplean esta tecnología, sumando, a la fecha, más de 1'700,000,000 usuarios.

multinacionales, el esquema regulatorio de ámbito nacional no resultaría siendo el más idóneo, máxime si en él se evidencian tratamientos que difieren de país en país, sobre aspectos fundamentales en la industria.

La uniformidad en cuanto al tratamiento para el otorgamiento de títulos habilitantes, en lo referido a la política del espectro radioeléctrico, a la interconexión, a la regulación tarifaria, por citar tan sólo algunos puntos relevantes, es fundamental para generar no sólo una necesaria predictibilidad en los agentes de la industria regional, sino para aprovechar eficientemente las economías de escala que los operadores regionales pueden ofrecer, dinamizando aún más el mercado y propiciando la superación de las limitaciones que actualmente caracterizan a las telecomunicaciones móviles en Latinoamérica y que vienen perjudicando a los pobladores de menores ingresos o a los que aún no cuentan con el servicio.

En función de lo anterior, una primera aproximación –sin que por ello se desconozca la complejidad de su implementación– pasaría por postular la necesidad de evaluar la orientación hacia un marco regulatorio pan-regional y vinculante, que apunte hacia la uniformización concreta de los grandes lineamientos regulatorios a ser aplicados en la región.

3.2. Secuencia en el despliegue de las comunicaciones móviles

Otro aspecto a relevar es la situación bastante particular en Latinoamérica en virtud de la cual la regulación, en cierta medida y básicamente por omisión, ha carecido de un planteamiento dirigido a la ordenación y despliegue secuencial de los servicios móviles; esto es, a orientar los esfuerzos en una primera etapa para la generación de condiciones e incentivos reales para desplegar servicios básicos y, de esa manera propender a un crecimiento de la teledensidad (cubriendo la necesidad básica de comunicación vocal) y, posteriormente, en una segunda etapa, una vez alcanzado grados aceptables de penetración, orientar las acciones para la introducción de nuevos servicios. En este caso, Latinoamérica –como en otros casos y en manifestaciones de diversos órdenes– pareció haber adoptado un esquema ecléctico: se hacen las dos cosas a la vez, con el menoscabo de los efectos que ello puede reportar en ambos rubros. Así, con las serias limitaciones existentes y el déficit de teledensidad, se desarrollan simultáneamente tanto la penetración de servicios básicos de voz (*network roll-out*) como a la vez nuevos servicios, lo cual implica una notable duplicación de esfuerzos e inversiones que en algunas ocasiones no son valorados lo suficiente por las agencias regulatorias de la región.

3.3. Intensidad de la regulación sobre las comunicaciones móviles

Tal como se mencionó en el acápite 2, en la mayoría de países de la región se observa la presencia de una pluralidad de operadores que compiten en el mercado móvil. En términos generales, y salvo algunas excepciones muy puntuales, en dichos casos la diferencia de cuotas de mercado no son desproporcionadas, por lo que podría afirmarse que la concurrencia al mercado de los operadores móviles determina la existencia de situaciones de abierta competencia que, en aplicación del elemental principio de no intervención regulatoria, deberían más bien estar sujetas a un proceso de desregulación o, en todo caso, de una progresiva reducción en la intervención regulatoria. No obstante, en varios países de la región y en los últimos años se aprecia paradójicamente el fenómeno inverso a juzgar por el incremento de las normas o acciones regulatorias que atañen de alguna manera a la telefonía móvil.

Imposición de topes tarifarios, fijación de costos de interconexión reducidos, incremento de las inspectorías o fiscalizaciones, intervención o regulación de nuevos servicios o servicios de valor agregado o la propia regulación de metas de calidad del servicio resultan, pues, un contrasentido en un contexto en el cual, mas bien, correspondería desregular ciertas materias o reducir la intervención regulatoria, en atención a la plena libertad de discernimiento y elección respecto del operador de su conveniencia con que cuentan los consumidores y, por ende, a la propia estrategia y conveniencia de los operadores que hacen sus mejores esfuerzos por retener o atraer a más consumidores sobre la base de la oferta y provisión de servicio bajo los mejores estándares de calidad.

Estas paradojas que se aprecian en la realidad latinoamericana podrían explicarse por lo que algunos han coincidido en denominar la “Tragedia del Éxito” que podría tener múltiples explicaciones en cuanto a su origen (intuimos que algunas se relacionan con la idiosincrasia regional) pero que parece tener una sola caracterización: a mayor beneficio, mayor atención y mayor intervención regulatoria. De ese modo, siendo la industria móvil la que mayor dinamismo ha demostrado, la que está liderando los procesos de incremento de la penetración en la región, la que contribuye significativamente a las economías nacionales, la que cada vez más está presente en la vida del ciudadano común y, naturalmente, la que a veces reporta ingresos o utilidades a las empresas operadoras, entonces el foco de atención regulatoria (y hasta política) se concentra en ella plasmándose en cuestionamientos de diversos órdenes (intromisiones de órganos que carecen de conocimiento y/o competencia regulatoria, intentos de

aplicar impuestos a la telefonía móvil⁸, incremento de las normas regulatorias aplicables a la telefonía móvil, etcétera), cuando no en acciones regulatorias más intensas y hasta en peligrosos casos de sobre-regulación. De ahí, por ejemplo, la peligrosa tentación de regular la telefonía móvil bajo los mismos parámetros que la telefonía fija⁹.

Esto mismo, sumado a una mutación del rol natural de las agencias regulatorias (Ver *Infra* Acápites 5), explicaría otro rasgo de la regulación regional que está marcado por la exclusiva concentración en la protección de los derechos de los consumidores y la minimización de la tutela de los derechos de los operadores (ambas tutelas igual de legítimas y necesarias) *vis a vis* la necesaria consideración sobre el impacto en el desarrollo del mercado. Ejemplos típicos de ello lo constituyen, entre otros, (i) la carencia de reglas claras que sancionen o prevean consecuencias drásticas sobre la realización de prácticas fraudulentas (*by pass*, *black boxes*, *phone cloning*, etcétera); (ii) la inexistencia de incentivos reales y concretos que fomenten el incremento de la penetración o la extensión a zonas no atendidas; (iii) el mantenimiento de elevados costos para el transporte de señales a lugares que no tienen acceso; (iv) la pasividad relativa de las autoridades ante las diversas trabas existentes para el despliegue de infraestructuras; y (v) hasta las propias iniciativas que plantean la introducción de los denominados operadores móviles virtuales en la región, sin tomar en cuenta su pertinencia y oportunidad y sin considerar que su presencia no implica necesariamente un menor nivel de precios, así como la consideración de que, en puridad, los operadores móviles virtuales son revendedores que no invierten en red y utilizan las infraestructuras de los operadores, perjudicando en consecuencia el desarrollo tecnológico y el incremento de las inversiones para el despliegue de mayores infraestructuras.

3.4. Barreras para el despliegue de infraestructuras de comunicaciones móviles

Entre los casos mencionados en el acápite anterior, destacamos especialmente la problemática relacionada con el despliegue de infraestructuras puesto que es una de las que mayor relación tiene sobre el incremento de la penetración de los servicios móviles en la región.

A pesar de tener un impacto directo, un comparativo regional demuestra que es hasta ahora uno de los

rubros sobre los cuales las agencias regulatorias no han sido proclives a abordar y, por ende, muy poco se ha avanzado. Ello, reiteramos, no obstante, está condicionando y de manera muy importante, el objetivo principal de las propias agencias regulatorias, cual es el de propender a incrementar la penetración del servicio.

Para efectos de una cabal comprensión del impacto de las barreras y trabas que se observan es necesario hacer una sumaria referencia de cómo funcionan las redes de telecomunicaciones móviles, en términos muy sencillos y apretados, bajo riesgo de caer en imprecisiones técnicas.

Las redes de comunicaciones móviles, en primer término, funcionan de manera integrada. Esto significa que las redes móviles se diseñan para que los usuarios puedan comunicarse con otros usuarios, sin importar a que empresa operadora están abonados o en qué lugar físico se encuentre llamado o llamante.

Dicho funcionamiento integrado requiere que las redes móviles se diseñen sobre la base de una estructura jerárquica, esto es, con tres tipos de elementos o partes:

- (i) La parte del acceso.- Su componente básico son las antenas de telefonía móvil celular (también llamadas estaciones base). Son las que le otorgan al usuario la posibilidad de estar conectado en la zona de cobertura de la antena. Por definición del servicio móvil se trata de un acceso inalámbrico, por medio de radio, lo cual importa el uso de frecuencias radioeléctricas.
- (ii) La parte del transporte.- Compuesto por los medios que unen las infraestructuras de la red y fundamentalmente las centrales.
- (iii) La parte de conmutación.- Compuesto por las centrales que son las que procesan las llamadas y establecen la conexión entre los usuarios llamantes con los usuarios llamados.

Se trata, pues, de tres conjuntos indispensables e indisolubles de tal suerte que, a falta de alguno de ellos, no es posible establecer la comunicación. Un aspecto importante a revelar es que estas redes móviles, en su parte de acceso, se conforman necesariamente por todo un conjunto de antenas dispersas en el territorio. Las antenas tienen cobertura geográfica

⁸ En los últimos 3 años se presentaron iniciativas legislativas o planteamientos generales en países de la región como Argentina, México, Colombia o Perú, entre otros, desconociendo los graves efectos que ello acarrearía sobre el incremento de la penetración y, peor aún, asumiendo erróneamente que la telefonía móvil constituye un bien o servicio suntuoso que debe ser objeto de gravamen impositivo.

⁹ Las comunicaciones móviles tienen características propias y especiales que deben ser primero conocidas y luego entendidas a cabalidad para estar en posibilidad de conferirle un tratamiento regulador adecuado (si se requiere). Tiene una estructura de costos particular y no comparable que es sustancialmente diferente al negocio de la telefonía fija. "The mobile market (...) should not be regulated with the same rigour as the fixed network" (Ovum Ltd. David Rogerson, "Summary Report", United Kingdom, 2000).

limitada y por tanto se requiere de varias antenas para permitir que el usuario siempre tenga cobertura y pueda comunicarse. Cada antena forma una especie de célula (en forma de polígono) que es adyacente a la célula de otra antena, de tal suerte que se otorga cobertura continua en un territorio, inclusive si el usuario se encuentra en movimiento (en cuyo caso, la cobertura de una antena es tomada por aquella otra adyacente que cubre el espacio geográfico al cual se ha trasladado el usuario).

Lo anterior –que resulta elemental en el diseño de cualquier red móvil en el mundo–, evidencia algo que a veces parece ser olvidado por las autoridades en relación con las trabas que se identifican en la región para la instalación de infraestructuras: las antenas no se instalan donde a los operadores se les antoje, ni resultan producto de criterios arbitrarios; se instalan en las zonas donde la propia estructura “celular” (poligonal) de la red lo requiere para otorgar cobertura a los usuarios.

Como se puede apreciar, la generación de obstáculos para instalar infraestructuras afecta la red de acceso y sin ella, simplemente no hay posibilidad de brindar servicio ni cobertura. Si no hay servicio ni cobertura, los afectados no son sólo los operadores, sino también y fundamentalmente los propios usuarios.

No obstante lo evidente de la necesidad de facilitar la extensión de la red de acceso, en la región se observa que esta problemática comúnmente se desdobra en dos aspectos casi de manera idéntica:

- Trabas relacionadas con la desinformación existente (o creada intencionalmente por terceros) respecto de los supuestos riesgos asociados a la telefonía móvil, las antenas y la salud humana, que impiden el

despliegue de infraestructuras de telecomunicaciones móviles.

- Trabas relacionadas directamente a la instalación de infraestructuras, lo cual se traduce en las trabas generadas por la propia Administración y las que genera la ausencia de un mecanismo efectivo de compartición de infraestructuras¹⁰.

Respecto de lo primero, mucho se ha escrito en los últimos años y mucho se ha perjudicado la extensión de la cobertura del servicio por tal causa. Baste para dichos efectos, considerar la existencia de diversos estudios sobre el posible impacto de las radiaciones no ionizantes sobre la salud humana: Proyecto EMF de la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹¹, Informe sobre campos electromagnéticos del grupo de expertos de la Royal Society of Canada¹², Informe Steward del Reino Unido¹³, Informe sobre campos electromagnéticos y salud pública de España¹⁴, Informe sobre la telefonía móvil y salud de la Dirección General de la Salud de Francia¹⁵, Informe del Consejo Sanitario de los Países Bajos¹⁶, entre otros varios.

A partir de dichos estudios, así como de toda la evidencia científica acumulada y de la circunstancia en que muchos países en Latinoamérica ya han adoptado rigurosas normas sobre límites máximos de emisión fijados sobre la base de estándares internacionales¹⁷ y que las empresas operadoras vienen cumpliendo a cabalidad, el diagnóstico es claro: no hay evidencia seria alguna que demuestre que las infraestructuras de telefonía móvil o inalámbrica presenten efectos perjudiciales para la salud. No obstante, subsisten en la región y bajo un patrón común, sea ya por desconocimiento o por intereses creados y de diversos órdenes, muchas situaciones en las que se impide la instalación de infraestructuras tomando aún como

¹⁰ En la región, no se identifican muchas legislaciones específicas que desarrollen la compartición de infraestructuras. Se tiene noticia, entre pocos, del caso brasileiro (*Anexo a Resolução Nº 274, del 5 de setiembre de 2001: Regulamento de Compartilhamento de Infra-Estrutura entre Prestadoras de Serviço de Telecomunicações*) y del caso peruano (Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones: Ley 28295 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 009-2005-MTC).

¹¹ Proyecto EMF de la Organización Mundial de la Salud (OMS). En: <http://www.who.int/peh-emf/>

¹² Informe sobre campos electromagnéticos del grupo de expertos de la Royal Society of Canada. Marzo de 2000. En: <http://www.rsc.ca/english/RFreport.html>

¹³ Informe Stewart del Reino Unido (mayo de 2000). En: <http://www.iegmp.org.uk/>

¹⁴ Informe Técnico sobre Campos Electromagnéticos y Salud Pública del Ministerio de Sanidad y Consumo de España (2001). En: <http://www.msc.es/salud/ambiental/ondas/camposselectromag.htm>

¹⁵ Informe Zmirou sobre la telefonía móvil y salud de la Dirección General de la Salud de Francia (enero de 2001). En: http://www.sante.gouv.fr/htm/dossiers/telephon_mobil/index.htm Igualmente, Informe “Telecomunicaciones y salud” realizado por el Instituto nacional del medio ambiente y de los riesgos (INERIS) para la Autoridad de regulación de las telecomunicaciones (ART) de Francia, noviembre de 2002, cuyo interés es el de recopilar los resultados de los estudios científicos publicados entre los años 2001 y 2002 sobre el tema. En: <http://www.art-telecom.fr> El informe llega a la conclusión de que: “La gran mayoría de los estudios publicados hasta la fecha sobre el posible impacto en la salud de los campos electromagnéticos de la telefonía móvil, que sea por los terminales o por las antenas, son tranquilizantes”.

¹⁶ Informe del Consejo Sanitario de los Países Bajos (enero de 2002). En: <http://www.gr.nl/>

¹⁷ Argentina: Protocolo para la medición de radiaciones no ionizantes de la Comisión Nacional de Comunicaciones (Resolución 269/2002, 18 de marzo de 2002); Bolivia: Estándar técnico sobre los límites de exposición humana a campos electromagnéticos de radiofrecuencia (Resolución Administrativa Regulatoria 2002/0313, 19 de abril de 2002); Brasil: Anexo de la Resolución 303 del Reglamento sobre límites de exposición a campos eléctricos, magnéticos y electromagnéticos de radiofrecuencias entre 9 kHz y 300 GHz (10 de julio de 2002); Chile: Resolución Exenta 1672 relativa a radiaciones electromagnéticas del 27 de diciembre de 2002, modifica la Resolución Exenta 505, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones; México: Normas de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes de México Proyecto de Norma Oficial Mexicana nom-126-sct1-1995, Límites de Exposición Máxima de Seres Humanos a Campos Electromagnéticos de Radiofrecuencia (100kHz a 300GHz); Perú: Decreto Supremo 038-2003-MTC que establece los límites máximos permisibles de radiaciones no ionizantes en telecomunicaciones, entre otros.

pretexto el supuesto daño a la salud. El resultado, en términos de perjudicar la extensión del servicio, por la pasividad de las autoridades o por el desconocimiento, es notorio y nos releva de mayores comentarios.

Respecto de lo segundo, en la mayoría de países de la región se evidencia también la existencia de múltiples trabas generadas por las propias autoridades, (fundamentalmente gobiernos locales), respecto de la instalación de infraestructuras para prestar servicios de comunicaciones móviles. Criterios dispares y contradictorios en las autorizaciones, costos desproporcionados, requisitos administrativos que difieren de localidad en localidad o, simplemente actos discrecionales o arbitrarios que deniegan las autorizaciones, son tan solo algunos ejemplos de las serias limitaciones que impiden extender el servicio a zonas no atendidas y sobre las que cualquier proveedor de infraestructuras de la región puede dar testimonio. A este panorama, podría sumársele inclusive, la consideración de que, en la región, para instalar infraestructuras de servicios móviles, se requiere observar diversos otros procedimientos para obtener la autorización (por cada antena), de hasta cinco dependencias adicionales a la propia del sector telecomunicaciones (dependencias relacionadas con la cautela de restos arqueológicos, transporte aéreo, defensa civil, entre otras), así como la problemática, también patente en la región, respecto de los mecanismos de ocupación de dominios públicos o privados para la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones¹⁸.

Nuevamente aquí se presenta la misma paradoja: el objetivo del Estado no se ve acompañado de las acciones necesarias que debe adoptar el propio Estado para superar las barreras existentes. Como resultado de ello, deviene en prioritario que las autoridades no se limiten a la postulación genérica de la necesidad de incremento de la penetración y generen condiciones efectivas para ello, plasmando la simplificación, uniformidad y existencia de requisitos únicos en todo el territorio nacional, bajo un marco jurídico general y vinculante para todas las autoridades nacionales, sin

excepción, de lineamientos orientados a la facilitación de instalación de infraestructuras de telecomunicaciones.

En estrecha relación con lo anterior, aparece la institución de la compartición de infraestructuras¹⁹, respecto de la cual no se identifica profusa legislación en Latinoamérica, a pesar de ser una institución trascendente en el campo de la regulación de las telecomunicaciones móviles²⁰.

Vista las serias limitaciones existentes en la región, si bien no agota *per se* la solución a la problemática, la figura de la compartición ciertamente se constituye en un complemento interesante, en la medida en que ella, por definición²¹, se orienta a la utilización eficiente de la infraestructura de uso público y propende a la mitigación de la afectación del paisaje urbanístico, promoviendo un uso racional del espacio público, al evitar la duplicidad innecesaria de infraestructuras.

En cuanto a ello, parece aconsejable el desarrollo por parte de las autoridades regionales de una política destinada a su aplicación concreta, mediante la aprobación de las normas respectivas y la definición de su naturaleza jurídica, puesto que ahí puede radicar parte sustancial de su eficacia. En efecto, muy distintas son las consecuencias y efectos sobre el desarrollo de infraestructuras o la propia competencia si se opta por un esquema clásico de arrendamiento de espacios respecto de bienes muebles o inmuebles, que es remunerado por una contraprestación que incorpora, entre otros elementos, un margen de utilidad o, si se adopta un esquema diverso en el cual la compartición esta concebida más bien como un caso de compartición de costos entre el alojante (arrendador) y alojado (arrendatario), donde, en principio, se excluye el margen de utilidad y el beneficio parecería ser algo más distributivo, esto es, reducción de parte de los costos operativos por parte de quien ofrece el acceso compartido y reducción de los costos de duplicación o replicación de infraestructura por parte de quien accede al uso compartido de infraestructura (advirtiendo que, en este último caso, dependiendo de la reglamentación

¹⁸ CHINCHILA MARIN, Carmen. "El Derecho a la Ocupación del Dominio Público y de la Propiedad Privada necesarios para el establecimiento de Redes Públicas de Telecomunicaciones". En "Telecomunicaciones. Estudios sobre Dominio Público y Propiedad Privada". Madrid. Marcial Pons. 2000. p. 93-148.

¹⁹ En la práctica regulatoria se le identifica también bajo los conceptos de "co-ubicación", "utilización conjunta", "co-siting", "co-location", "site sharing" o "infrastructure sharing", entre otros.

²⁰ Así lo reconoce por ejemplo el Libro Verde de la Unión Europea, "Planteamiento Común en el campo de las comunicaciones móviles y personales en la Unión Europea", COM (94), 145 Final. 1994. pp. 53 y 194.

²¹ Para efectos de este análisis se puede definir a la compartición, como el uso compartido (entre proveedores de servicios de telecomunicaciones) de espacios físicos u otras facilidades disponibles en las infraestructuras de telecomunicaciones, a efectos de la provisión del servicio. Advértase que el énfasis del concepto se encuentra en el atributo del uso y (i) no se requiere necesariamente un porcentaje de uso simétrico o equivalente en términos de espacio; (ii) no se alude necesariamente a un concepto de co-propiedad o titularidad conjunta respecto del derecho de propiedad en un bien mueble o inmueble que soporta o constituye una infraestructura de telecomunicaciones. La compartición usualmente presenta a un operador dueño de la infraestructura y a otro operador que accede a la misma bajo las condiciones establecidas en la normativa o las acordadas entre las partes; no obstante, el concepto no excluye en modo alguno los casos de titularidad conjunta que, si bien no suele ser lo común, sin duda alguna se encuentran bajo la misma filosofía de la compartición.

normativa, también se podría llegar al extremo de desincentivar mayores inversiones en detrimento del desarrollo de las infraestructuras en cada país).

Ciertamente, la oportunidad en que se expidan las normas en esta materia es también un aspecto relevante y definitorio, a la par con la reglamentación de la procedibilidad de la compartición, con prescindencia de cual haya sido la opción sobre la naturaleza jurídica que se haya adoptado en cada país²².

3.5. Costos regulatorios sobre las comunicaciones móviles

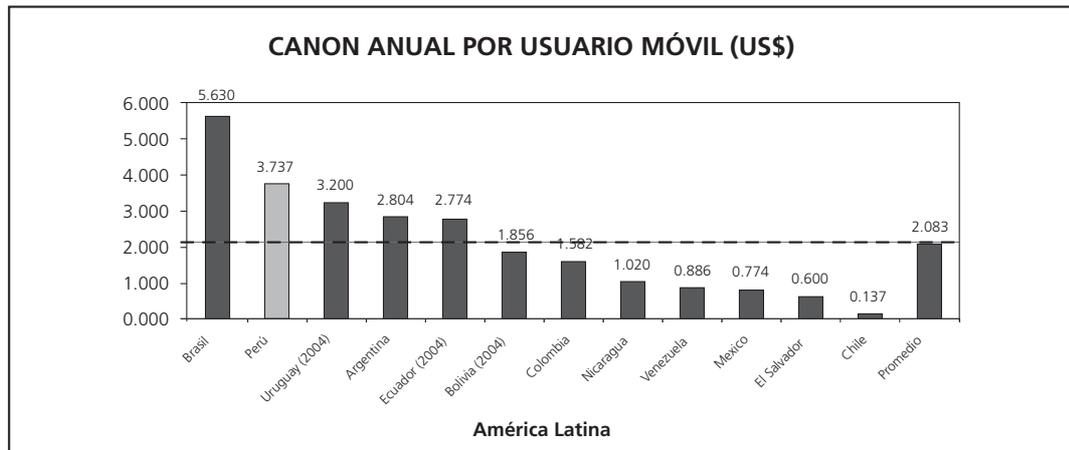
Finalmente, un aspecto muy inquietante en Latinoamérica y que debe ser objeto de especial atención por parte de las autoridades, se deriva de la existencia de "costos regulatorios" que afectan el desarrollo del mercado y el aumento de la penetración.

Bajo este punto consideramos: (a) los costos generados por la propia actuación individual de las agencias

regulatorias (sobre-regulaciones, requerimientos de información excesivos y detallados²³ para superar teóricamente la asimetría informativa pero con poco o escaso impacto en el mercado o la penetración), así como los generados por imposición de la vorágine normativa (para el cumplimiento de ciertos requisitos en la prestación u oferta de servicio) y, (b) los costos asociados al cumplimiento de cargas tributarias genéricas y sectoriales.

En los diferentes países de la región y respecto a la tributación general, se aprecia que existen algunos casos de duplicidad en el gravamen o afectación de un mismo hecho, que existen impuestos con montos elevadamente desproporcionados y, sobretudo, se aprecia una ausencia total de homogeneidad en la normativa impositiva. Ello tiene efectos bastante negativos, como limitar el crecimiento del servicio²⁴, influir negativamente en el consumo, afectar a los propios consumidores y, peor aún, a aquellas personas que aún no cuentan con el servicio, desde que se retrasa la extensión de la cobertura²⁵.

CUADRO 1



Fuente: ADEPSEP; Apoyo Consultoria²⁶

²² Un ejemplo típico de cómo se puede mediatizar la figura de la compartición de infraestructuras al punto de desnaturalizar su utilidad práctica, es el caso peruano y la Ley N° 28295 y su Reglamento (Decreto Supremo N° 009-2005-MTC). Dichas normas establecen que la compartición de infraestructura se encuentra necesariamente condicionada a la intervención y pronunciamiento de la autoridad administrativa y siempre que haya restricción a la construcción y/o instalación de la infraestructura de uso público. Si se toman en cuenta los objetivos primarios de la propia Ley, resulta un contrasentido condicionar su aplicación a eventos como los que la norma prevé, cuando en dicho caso parecería tener mayor consistencia la viabilidad directa e incondicional de la compartición de infraestructura. La restricción no es el *leit motiv* de la compartición ni su consideración definitoria (por ejemplo no existe restricción, pero la inversión puede ser más eficiente si se comparte, evitando así duplicidad de costos e infraestructuras).

²³ A contramano de lo que en otras latitudes ya se ha advertido. "The regulators are examining how to reduce the volume of information they request from companies and rely to a greater extent on annual information returns and to revise the format of regulatory accounts to make them more useful (...)". National Audit Office. "Pipes and Wires". United Kingdom: Report by The Comptroller & Auditor General. 2002.

²⁴ Para ver un detalle sobre los impactos negativos de la tributación general o sectorial de la telefonía móvil que afectan a la economía y sociedad en general, ver GSM Association. Oportunamente citado en la Nota 4.

²⁵ Ver un estudio bastante detallado en: "La Tributación de las Telecomunicaciones en Iberoamérica". Asociación Hispana de Centros de Investigación y Empresas de Telecomunicaciones (AHCJET), realizado por Ernst & Young. Madrid. 2004.

²⁶ La información contenida en el cuadro refleja la situación al mes de noviembre de 2005 y emplea una metodología que, considerando la diversidad de criterios existentes en los diversos países de la región para el cálculo del pago del canon, ha uniformizado un criterio a efectos de establecer un costo promedio por usuario que sea comparable. Si bien mediante Decreto Supremo N° 030-2005-MTC del 30 de diciembre de 2005 se produjo una modificación del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones que, entre otros aspectos, modificó la fórmula de pago del canon por uso del espectro radioeléctrico, experimentándose una ligera reducción, el Perú continúa ostentando una tasa del canon por encima del promedio regional, constituyéndose en una importante limitante para incrementar la expansión de los servicios móviles en el país, ergo afectando el objetivo del acceso universal.

Tema de especial atención lo constituyen los impuestos sectoriales y particularmente aquellos derivados de los pagos o canon por el uso del espectro radioeléctrico, en los que en casi toda la región se aprecia también un excesivo costo por usuario, sin que hasta la fecha se haya identificado decisión alguna que encare decididamente el problema.

Adviértase que, además de los propios efectos negativos de contar con costos sectoriales muy elevados, se presentan en algunos países de la región, como el Perú, paradojas y contradicciones de relevancia que afectan de manera directa el incremento de la penetración de los servicios. En el caso peruano, por citar el ejemplo, el esquema de pago del canon por uso del espectro está determinado en función de la cantidad de líneas de telefonía móvil acumuladas al cierre de cada año. Ello implica que a mayor penetración, mayor impuesto debe pagarse al Estado, lo cual, para todo efecto práctico, penaliza el incremento de la penetración, a contramano de los objetivos que el propio Estado postula y que la ciudadanía demanda. La gravedad de la situación se acentúa si, como en el caso peruano, el monto promedio que se paga por usuario se encuentra por encima del promedio de los demás países de la región que, naturalmente, para acentuar la paradoja, nos superan en cuanto a índices de penetración (ver cuadro 1).

4. HACIA UN MODELO DE "CO-OPETICIÓN" REGULATORIA COMO INSTRUMENTO DE ACCESO UNIVERSAL

Sin duda alguna, uno de los objetivos regulatorios con mayor énfasis en Latinoamérica es el de propender hacia el acceso universal. Para estos efectos reducimos la noción al acceso de cada vez más ciudadanos a un servicio de telecomunicaciones y que, para estos fines, apuntan a la telefonía móvil como el servicio que más aptitudes tiene en estos momentos para ello.

Sin perjuicio de las definiciones conceptuales y los grados de su aplicación²⁷, en nuestra visión, el concepto es, *per se*, mutable espacial y temporalmente, de suerte tal que su nivel depende del grado de desarrollo de las telecomunicaciones y casi indistinguiblemente del desarrollo en su conjunto del país (no por algo se suele afirmar que un criterio para esbozar qué tan avanzado es un país, es inquirir sobre qué tan desarrolladas están las telecomunicaciones en él). En ese mismo sentido, los niveles de acceso universal, como no podía ser de

otra manera, son distintos en función del grado de desarrollo del país y, en los más avanzados, podría considerarse -como sucede en los Estados Unidos- un nivel en el que, superada en gran medida la meta de acceso de los servicios básicos para la mayoría de la población, se propicien metas más ambiciosas como el acceso preferente a Internet para personas de la tercera edad o discapacitados.

En cualquier caso, para sentar las bases a fin de lograr el acceso universal, se requiere necesariamente de (i) una visión coherente, común y, sobretodo, coordinada entre todas las autoridades del Estado que tengan relación directa o indirecta con el quehacer regulatorio y, (ii) una definición muy clara de los roles que deberá cumplir cada actor (Estado y Empresas Operadoras). En la región, a pesar de los esfuerzos realizados, parece no haberse sido muy rigurosos al considerar ambos aspectos.

De cara a este escenario, planteamos la necesidad de que tanto Estado como empresas operadoras, asuman un rol que les permita "Co-opetir" (cooperar + competir), tomando prestado para ello la expresión acuñada²⁸ por Adam M. Brandenburger (Profesor de la Escuela de Negocios de Harvard, EE.UU.) y Barry J. Nalebuff (Profesor de la Escuela de Gerencia de la Universidad de Yale, EE.UU.) en su libro del mismo título publicado en 1996 y adaptándola a las ideas de uso de la Teoría de Juegos en la que sugieren que los negocios pueden generar ventajas por medio de una mezcla razonable de la competencia y de la cooperación.

El Estado (a través de las agencias regulatorias) en su rol regulador, tiene la misión de fomentar y asegurar la competencia, pero ante todo aparece la cooperación como componente esencial de su ejercicio funcional. Si no hay cooperación en la conducta de la agencia regulatoria, en todo el sentido de la palabra, no hay desarrollo posible del mercado y por tanto no hay beneficio trasladable a la sociedad. A su turno, las empresas compiten entre sí por naturaleza y vocación propia.

Es por ello que planteamos que operadores y agencias regulatorias deben aprender a co-opetir para garantizar el desarrollo de las telecomunicaciones móviles en Latinoamérica (mediante una regulación adecuada), trasladar los beneficios que se generen a la sociedad y garantizar la supervivencia y rentabilidad de los operadores más eficientes.

²⁷ Ver: nota 6, *infra*.

²⁸ No obstante, existen versiones en el sentido que Brandenburger y Nalebuff no habrían sido los que acuñaron el término. Ray Narda, el fundador de Novell, habría sido quien la inventó como parte de su apreciación sobre la dinámica de la industria de computadores personales, en la que existía una multiplicidad de alianzas estratégicas para desarrollar nuevos productos y mercados.

En ese sentido, podríamos identificar sumariamente un detalle de los roles en cada caso:

¿Cómo co-opiten los Operadores Móviles?

- a) Contribuyendo al desarrollo del país y del sector en conjunto;
- b) Desarrollando servicios y contenidos que agreguen valor a los clientes;
- c) Brindando servicio a todos los usuarios sin distinción de nivel socioeconómico y no concentrándose únicamente en los segmentos más rentables; y,
- d) Manteniendo un compromiso real con el desarrollo del país; realizando inversiones de largo plazo, con un periodo aceptable de recuperación de las inversiones (pero no puede exigirse servir en zonas no rentables o realizar inversiones que no se podrán recuperar).

¿Cómo co-opiten los Reguladores?

- a) Otorgando seguridad jurídica y predictibilidad; generando un entorno favorable a la inversión;
- b) Otorgando incentivos estables, innovadores (cuando sea necesario)²⁹ y de largo plazo para invertir eficientemente en infraestructura e innovación;
- c) Cumpliendo el rol de estricto árbitro del mercado: técnico y neutral³⁰;
- d) Facilitando y promoviendo decididamente el levantamiento de barreras que impiden la extensión de las infraestructuras;
- e) Desregulando los mercados; intensificando el uso de la intervención *ex-post* para asegurar la libre y leal competencia: “monitorear la competencia en vez de regular el mercado”; y,
- f) Brindándole un tratamiento adecuado a los factores de la regulación que son realmente claves para el desarrollo de las telecomunicaciones móviles en la región. En líneas anteriores hemos tocado algunos de ellos, restando hacer mención a los siguientes:
 - Tratamiento del espectro radioeléctrico.
 - Tratamiento de las políticas sobre precios.
 - Tratamiento de las políticas sobre interconexión.

4.1. Tratamiento del espectro radioeléctrico

Las empresas operadoras de servicios públicos móviles, prestan sus servicios haciendo uso necesariamente del espectro radioeléctrico; de ahí su principal atributo de movilidad como facilidad de los usuarios para desplazarse libremente por las áreas de servicio.

El espectro radioeléctrico es un recurso limitado e intangible, constituido por el espacio (aire) por el cual se propagan las ondas radioeléctricas, que a su vez, (a) son las que transportan la información de una comunicación y (b) se propagan en distintos niveles de frecuencias, las mismas que se encuentran entre los 9 KHz a los 300 Ghz.

El espectro radioeléctrico es administrado y gestionado por el Estado, mediante el reparto o distribución de ciertas porciones de frecuencias entre los servicios de telecomunicaciones que mejor se adapten a ellas. A ese reparto o distribución se le denomina técnicamente, atribución de frecuencias. En tal virtud, existen en la región los denominados Planes de Atribución de Frecuencias que, por ejemplo, para el caso de los servicios públicos móviles, ha establecido (atribuido) el uso de las frecuencias de 800 Mhz, 1700 Mhz y 1900 Mhz, siguiendo la recomendación del estándar mundial.

En la tarea de atribución, se toma en cuenta que ciertas bandas de frecuencias se adecuan más a ciertos servicios, en tanto que otros servicios han sido concebidos para emplear ciertas bandas de frecuencias específicas. De ello resulta que en los Planes de Atribución de Frecuencias, el espectro radioeléctrico sea dividido (atribuido) en bandas heterogéneas según el propósito o finalidad para el cual están destinadas (muchas veces, aunque no en la totalidad de los casos, en línea con estándares internacionales). No obstante, no por heterogéneas, unas bandas dejan de ser más preciadas respecto de otras. En efecto, la necesidad de contar con bandas específicas de frecuencias, es consecuencia de la demanda por los servicios que se producen mediante su uso, pero -tal como antes se mencionó- también de los costos que su uso implique y del tratamiento regulatorio que a ello se le confiera.

La asignación de frecuencias, resulta entonces el acto administrativo por el cual, el Estado otorga a una empresa operadora la autorización para usar determinadas frecuencias que previamente han sido atribuidas.

Sobre la base de lo anterior, en cuanto a políticas sobre el espectro radioeléctrico y su regulación en la región, se presentan algunos lineamientos que destacamos como básicos y esenciales:

²⁹ En el Reino Unido, agencias regulatorias de otros mercados como el de la electricidad (OFGEM, OFWAT) han planteado proyectos de incentivos para vincular los precios de distribución de energía eléctrica de las compañías al mejoramiento de la *performance* o calidad del servicio.

³⁰ Acápites 5 del presente artículo.

- a) Asegurar un equilibrio adecuado de los intereses públicos y comerciales en las políticas del espectro; deben ser acompañadas necesariamente de reducciones de costos.
- b) Promover la disponibilidad de espectro radioeléctrico en la región de América Latina de manera coherente con la mayoría de los países del mundo; d) Interiorización y actuación en consecuencia con la noción respecto a que las reducciones de precios finales se consiguen fundamentalmente con mayor competencia y no con regulaciones tarifarias.
- c) Asegurar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, teniendo en cuenta que es un bien escaso; No obstante, en la región, algunas agencias regulatorias lamentablemente no comparten esta visión o no se le prioriza. En algunos casos, tanto c) como d) han experimentado un tratamiento deficiente arrojando como resultado un rezago notorio en la expansión y uso del sector (José Luis Guasch, World Bank, 2003).
- d) Otorgar certeza y transparencia, con procedimientos objetivos y, sobre todo no discriminatorios en la provisión de servicios.

4.2. Tratamiento de políticas sobre precios & tarifas

En cuanto a políticas de precios, los postulados son conocidos y muy puntuales y se traducen básicamente en cuatro temas:

- a) Preservación en el tratamiento de llamadas fijo-móvil (*Calling Party Pays*), por los notorios y evidentes beneficios que ello viene reportando al desarrollo de las telecomunicaciones y a la sociedad.
- b) Consolidación de la libertad de fijación tarifaria como regla general.
- c) Interiorización y actuación en consecuencia con la noción respecto a que las reducciones de precios

4.3. Tratamiento de políticas de Interconexión

La interconexión es fundamental para la competencia efectiva en cualquier mercado de telecomunicaciones y, por ende, una institución vital en toda regulación de las telecomunicaciones. Siguiendo a doctrina regulatoria más reconocida³¹, puede definirse como el conjunto de acuerdos de orden técnico, jurídico y económico que materializan la unión física entre dos redes (de diferentes operadores) con el objeto que los clientes de una de ellas puedan comunicarse en cualquier momento con los clientes de la otra y viceversa^{32 33}.

³¹ LEWIN, David y Malcom KITCHEN, Malcom. "Interconnect, The Key to Effective Competition". London: OVUM Ltd. 1994.

³² La normativa latinoamericana, al igual que un buen número de la demás legislación comparada, suele incorporar en sus textos una definición de interconexión, coincidiendo en su objetivo, mas no así en cuanto a su naturaleza (acuerdo, conexión física, acceso, normas técnicas). Algunos ejemplos: **(a)** Es la conexión física y funcional de las redes de telecomunicaciones utilizadas por el mismo o diferentes prestadores, de manera que los usuarios puedan comunicarse entre sí o acceder a los servicios de otros prestadores. (*Artículo 3º del Reglamento Nacional de Interconexión; Anexo II de la Instrucción Presidencial del 9 de junio de 2000 – Argentina*). **(b)** Conexión física y lógica entre dos redes públicas de telecomunicaciones, que permite cursar tráfico público conmutado entre las centrales de ambas redes. La interconexión permite a los usuarios de una de las redes conectarse y cursar tráfico público conmutado a los usuarios de la otra y viceversa, o utilizar servicios proporcionados por la otra red. (*Glosario General: Tomado de las publicaciones de la Comisión Federal de Telecomunicaciones www.cft.gov.mx_glosario.html - México*). **(c)** Es el acceso de red que establece la conexión física y lógica de las redes de telecomunicaciones con el objeto de permitir a usuarios, conectados con diversas redes de telecomunicaciones, comunicarse directamente o indirectamente. (*Artículo 3º de la Telecommunications Act de 25 Julio de 1996 - Alemania*). **(d)** Es la conexión, a través de medios físicos o inalámbricos, de equipos, redes y sistemas entre operadores que tiene por objeto que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones prestados por un operador puedan comunicarse con los usuarios de servicios de telecomunicaciones prestados por otro operador. (*Artículo 2º del Decreto N° 3.275 de 29 de enero de 1999, Reglamento de Interconexión - Venezuela*). **(e)** Es el conjunto de acuerdos y reglas que tienen por objeto que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones prestados por un operador puedan comunicarse con los usuarios de servicios de telecomunicaciones de la misma naturaleza, según la clasificación legal correspondiente, prestados por otro operador. (*Artículo 3º - Resolución 001-98-CD/OSIPTEL - Perú*). **(f)** Es la unión física de dos o más redes de telecomunicaciones, dentro del territorio nacional, con el propósito de permitir a los usuarios de una de ellas la capacidad de transmitir o recibir comunicaciones originadas, transportadas o terminadas en la otra. (*Artículo 59º del Anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones - Costa Rica*). **(g)** Conexión física y funcional de las redes de telecomunicaciones utilizadas por el mismo o diferentes operadores, de manera que los usuarios puedan comunicarse entre sí o acceder a los servicios de los diferentes operadores. Estos servicios pueden ser suministrados por dichos operadores o por otros que tengan acceso a la red. La interconexión comprende, asimismo, los servicios de acceso a la red suministrados con el mismo fin, por los titulares de redes públicas de telecomunicaciones a los operadores de servicios telefónicos disponibles al público. (*Anexo de la Ley N° 111/1998, de 24 de Abril, General de las Telecomunicaciones- España*). **(h)** Conexión física y lógica de las instalaciones de redes de telecomunicaciones utilizadas por el mismo organismo o por otro distinto, de manera que los usuarios de un organismo puedan comunicarse con los usuarios del mismo o de otro organismo distinto o acceder a los servicios prestados por otro organismo. Las partes interesada u otras partes que tengan acceso a la red podrán prestar servicios (*Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta*). **(i)** Conexión física y lógica de las instalaciones de telecomunicaciones de los organismos que suministran redes de telecomunicaciones o prestan servicios de telecomunicaciones, con objeto de permitir a los usuarios de un organismo comunicarse con los usuarios del mismo o de otro organismo, o acceder a los servicios de terceros organismos (*Directiva 90/388/CEE de la Comisión de 28 de junio de 1990 relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, modificada por la Directiva 96/19/CE de la Comisión de 13 de marzo de 1996, en lo relativo a la instauración de la plena competencia*). **(j)** Normas técnicas, organizativas y financieras que permiten la interconexión de dos o más redes de radiocomunicación, por ejemplo la red celular y la red de enlaces fijos de un país. (*Glosario - Libro Azul BDT-Unión Internacional de Telecomunicaciones*), o, **(k)** Conexión física y lógica de redes de telecomunicaciones, utilizadas por un mismo operador o por distintos operadores, constituida por una asociación de equipos que permiten la transferencia de información, para asegurar que los usuarios de un operador puedan i) comunicarse con los usuarios del mismo operador o de otro distinto, o ii) tener Acceso a los servicios prestados por otro operador. Los servicios podrán ser prestados por los dos operadores interesados o a través de otro que tenga Acceso a ambos. La Interconexión es una modalidad de Acceso entre operadores de redes públicas de telecomunicaciones. También llamada "Servicio de Interconexión". (Proyecto de Reglamento de Interconexión del Instituto Nicaragüense de Telecomunicaciones y Correos-TELCOR. 2004).

³³ Una aproximación jurídica contractual al tema puede encontrarse en: VASQUEZ LEPINETTE, Tomás. "La obligación de interconexión de redes de telecomunicación". Valencia: Editorial Tirant le Blanch. 1999.

Sin que ello importe el menoscabo de los aspectos técnicos y jurídicos (indecibles para la concreción de la interconexión), de cara al planteamiento de los aspectos regulatorios más críticos, el componente económico, sin duda alguna, es aquel que reviste mayor impacto en la industria y el que es objeto de mayor atención.

En términos muy resumidos y básicos, una vez establecida la conexión entre dos redes mediante los respectivos acuerdos entre dos empresas operadoras, se materializa la definición de un punto de interconexión que, no es más que aquel punto en el cual, originada una llamada, la red de ésta empresa la "entrega" a la otra red. Superado ese punto (físico o virtual), la llamada se traslada a la red de la empresa receptora de la misma, a fin de que ésta posibilite que llegue hasta el destinatario final y se establezca la comunicación. Pues bien, el superar dicho punto de interconexión, importa el uso de toda una serie de infraestructuras por parte de la red receptora (cuyo cliente no ha originado la llamada, sino más bien la recibe), que es retribuido por la empresa cuyo cliente ha originado la llamada mediante el pago del denominado "carga de interconexión"³⁴.

En la región el carga de interconexión viene experimentando un tratamiento inquietante en la medida que, estimamos, pierde de vista el objetivo del incremento de la penetración, al presentarse exclusivamente como un factor que incide sobre el precio final al consumidor y que, por tanto, debe ser reducido a toda costa.

Estimamos que dicha visión prescinde de consideraciones fundamentales:

- 4.3.1. La inversión en el sector es función del nivel esperado de ingresos, que a su vez, depende del nivel inicial de precios. Así, conforme avanza la inversión del sector, rápidamente se incrementa el número de suscriptores, al acompañar el operador su inversión con planes tarifarios y condiciones que hacen accesibles los aparatos telefónicos móviles (verbigracia terminales) a una mayor proporción de la población. Advértase que una de las principales barreras para el acceso al servicio es el costo del terminal.
- 4.3.2. Al crecer el número de suscriptores y por tanto el tamaño del mercado móvil, aumenta la elasticidad de la demanda, lo que permite

reducir gradualmente los precios promedio por minuto, sin que ello impacte negativamente el nivel de ingresos y, por tanto, el volumen de inversión del operador.

- 4.3.3. El crecimiento en el tamaño del mercado es, por tanto, el principal factor –vía su impacto en la elasticidad de la demanda por servicios móviles– de la reducción en el tiempo del precio promedio. Pero tal crecimiento sólo es posible de generarse mediante el compromiso de inversión por parte de los operadores. Este compromiso, a su vez, responde al nivel inicial de precios y, vía estos, al flujo esperado de ingresos.
- 4.3.4. El carga de interconexión móvil es una fuente de ingresos y costos para los operadores; es una variable que debe ser tratada de manera prudente debido a que impacta sobre la sostenibilidad financiera de las empresas y, finalmente, condiciona el mayor o menor desarrollo de la industria en la región.
- 4.3.5. Como resultado de lo anterior, sólo mediante políticas que fomenten la inversión en el sector de la telefonía móvil y que contemplen un nivel del carga de interconexión adecuado, es que será posible alcanzar en el tiempo niveles mayores de penetración y, por consecuencia, mejores condiciones tarifarias y mayores servicios a los usuarios. Por el contrario, una reducción del carga de interconexión en la región –que aún mantiene niveles bajos de penetración–, lo único que produce es un crecimiento más lento y complicado para la industria en general.
- 4.3.6. Cualquier ganancia en eficiencia y mayor productividad que pueda ser trasladada a los consumidores en términos de reducciones tarifarias adicionales, sólo se logra facilitando el crecimiento de las empresas y, como resultado de ello, permitiéndoles un mayor aprovechamiento de las economías de escala. La reducción tarifaria sostenible en el tiempo (que permitirá lograr mayores penetraciones del servicio móvil) es, entonces, consecuencia de la competencia entre empresas sanas financieramente y sin trabas artificiales para su desenvolvimiento, y en ningún caso de regulaciones que tiendan a reducir las tarifas

³⁴ Otros sinónimos comúnmente empleados en la literatura o la normativa regulatoria son "carga de terminación", "carga de originación", "carga de acceso", "precios mayoristas", "termination payments", o "wholesale prices".

sin respetar la condición de autofinanciamiento de las empresas.

Lo anterior, adicionalmente, tiene claras muestras y evidencias no sólo en otras latitudes distintas a la latinoamericana, sino en algunos países de la región, donde la ecuación es muy clara: conforme se incrementa la inversión de los operadores de servicios móviles, la base de usuarios crece; conforme se incrementa la penetración se obtienen mejores precios para los usuarios.

De todo lo anterior resulta que (i) el incremento de la penetración es más bien la causa de las reducciones tarifarias y no un efecto de estas y (ii) la penetración aumenta si se cuenta con un nivel de cargo de interconexión adecuado³⁵ y no reducido al extremo que parece perfilarse en diversos países de la región.

Los riesgos que encierra la no comprensión cabal de lo anterior, son reconocidos por los expertos y las propias evidencias comparadas; una reducción importante del cargo de interconexión no tiene efecto alguno sobre reducciones tarifarias, sino más bien (a) impide el autofinanciamiento de las empresas, lo cual, a su turno, impacta negativamente sobre los esfuerzos para extender la cobertura a zonas no atendidas, (b) genera el denominado efecto *waterbed* propiciando el incremento de otras tarifas al público, a efectos de compensar las pérdidas, (c) permite a otros operadores (según el desbalance de tráfico existente) usar de manera subsidiada las redes de sus competidores (típico caso de los operadores móviles de nicho que se concentran sólo en los segmentos más altos de la población) y (d) arriesga el desarrollo de la industria; si se limita el crecimiento de las empresas, éstas no podrán aprovechar eficientemente las economías de escala y se complica innecesariamente el aumento de la penetración.

En función de lo anterior, para la región aparecen como determinantes las siguientes consideraciones:

- La determinación del valor del cargo de interconexión por parte de las agencias regulatorias debe estar concebida, ajustada y debe tomar en cuenta el contexto y la realidad de cada país y de su industria; no resulta consistente tomar como referente de

determinación del valor a otras realidades no comparables o adoptar metodologías que no son acordes con las características de cada país individualmente considerado en la región;

- Se recomienda intervenir y regular el cargo de interconexión sólo cuando se ha alcanzado un grado aceptable de penetración;
- En cualquier caso, sólo una vez dadas las condiciones y presupuestos antes mencionados, la orientación regulatoria debería ser hacia un decrecimiento progresivo del cargo de interconexión (*soft landing approach*) y el otorgamiento de un mecanismo de predictibilidad en horizonte de tiempo de las revisiones de dicho valor.
- Aunque la pauta debería ser propia de todo acto funcional de las agencias regulatorias, resulta más que crucial consolidar mecanismos de transparencia y *accountability* en los procesos de fijación del cargo de interconexión, así como la adopción de criterios estrictamente técnicos, libres de cualquier injerencia política local o externa o, en general, de toda aquella que no sea única y exclusivamente regulatoria.

5. LAS AGENCIAS REGULATORIAS

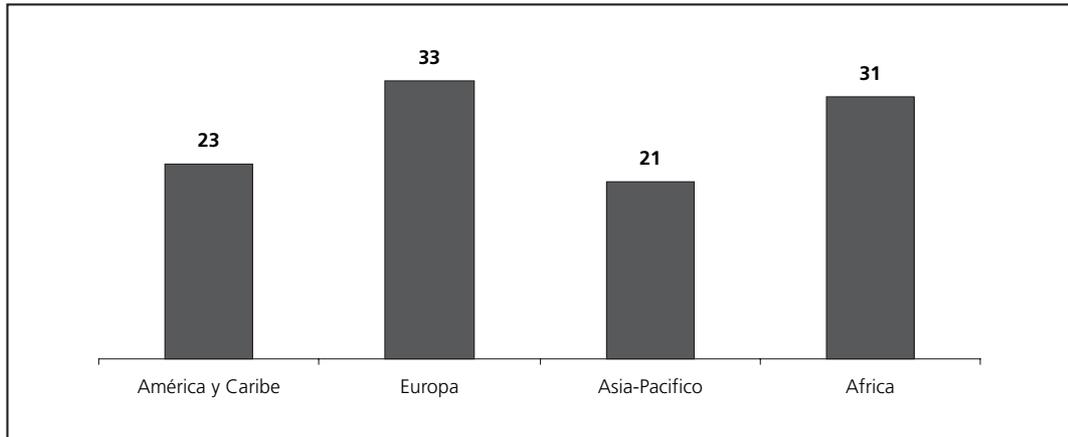
Finalmente y no por ello menos importante, unas breves líneas, respecto a las agencias reguladoras *per se*.

Latinoamérica no ha sido ajena al fenómeno mundial –extendido en las dos últimas décadas– de instituir la presencia de un órgano regulador como entidad autónoma, independiente y, teóricamente, separada e “impermeable” al poder político (ver cuadros 2 y 3), tomándose como uno de los ejes fundamentales en los modelos de liberalización y desarrollo de las telecomunicaciones nacionales. Con ciertos matices que son importantes, pero que no es del caso detallar aquí por la limitación en la extensión del presente artículo, se puede afirmar que, a grandes rasgos, la inspiración parte del derecho anglosajón y particularmente de la existencia de la Federal Communications Commission (FCC)³⁶, en tanto aproximación a la figura que la doctrina jurídica denomina como una “administración independiente”.

³⁵ “In Latin America termination payments have been used to provide an incentive to competing operators to rapidly acquire a large customer base and have generally benefited users by increasing the overall size of the network and also by increasing competition in telephony. The results of the model should assuage regulatory concerns about the current level of mobile termination rates (...).” NECG (Network Economics Consulting Group). Final Report “The diffusion of Mobile Telephony in Latin America. Difundido por: AHCJET. p. 8.

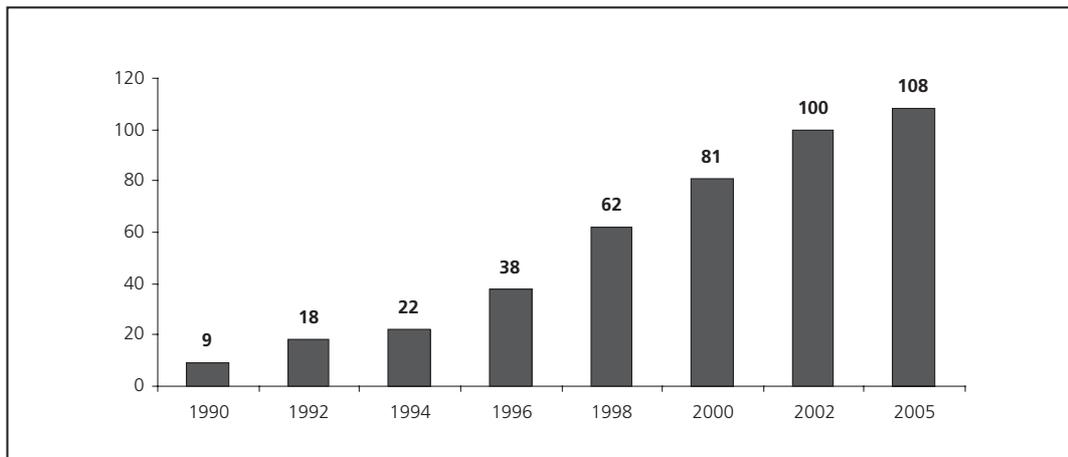
³⁶ Para un estudio detallado sobre el particular, ver: TEROL GOMEZ, Ramón. “El control público de las Telecomunicaciones. Autoridades Reguladoras”. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. 2000.

CUADRO 2
AGENCIAS REGULATORIAS EN TELECOMUNICACIONES A NIVEL MUNDIAL



Fuente: Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), 2005.

CUADRO 3
CANTIDAD DE PAISES EN LOS QUE SE HAN ESTABLECIDO AGENCIAS REGULATORIAS AUTÓNOMAS



Fuente: Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), 2005.

Ciertamente, los grados de autonomía y firmeza de las decisiones adoptadas por las agencias regulatorias no son uniformes y varían en el escenario mundial, y como no, en el latinoamericano, dependiendo en gran medida del blindaje normativo que se le haya otorgado en cada legislación interna. El espectro en este caso va desde aquellas realidades donde es lugar común la obtención de pronunciamientos judiciales que contradicen la decisión adoptada por el regulador (la regulación, para efectos prácticos, se traslada a los Tribunales), pasando por mecanismos heterocompositivos no procesalizados: propiamente

arbitrales (previamente establecidos en los contratos que otorgan los títulos habilitantes), hasta aquellos donde la recurrencia al Poder Judicial tiene ciertas limitaciones determinadas casi taxativamente por la normativa nacional.

En cualquier caso, dadas las necesidades y características de la realidad de las telecomunicaciones en Latinoamérica (Ver Punto 2), resulta fundamental poner énfasis en la necesidad de consolidar ciertas premisas básicas respecto de los órganos reguladores, a saber:

- a) Definición muy clara de su rol como un real "árbitro"³⁷ del mercado, lo cual, para estos efectos, se traduce en un actuar que contemple la cautela y protección de los derechos e intereses tanto de los consumidores, cuanto de los operadores. Se trata de mantener un balance adecuado, para promover la inversión privada y, de ese modo, asegurar un desarrollo del mercado sostenible en el tiempo. Este es un aspecto que en la última década ha cobrado suma relevancia en la región, donde, en función de las opciones políticas y concepciones económicas de los gobiernos de turno, en algunos países parece haberse producido la mutación o descomposición del rol natural de "arbitrador", para pasar a reducirse o concentrarse primordialmente en uno solo de los lados: la protección de los intereses de los consumidores.
- b) Reforzamiento y consolidación de las agencias regulatorias como entidades con autonomía y capacidad regulatoria. En este caso, podríamos decir que existe consenso en cuanto al fondo, mas no así en cuanto a la forma. Existen encendidos debates y diversas posiciones en cuanto a cómo reforzar la autonomía, transitando desde aquellos que postulan la necesidad de otorgársele autonomía con rango constitucional a los órganos reguladores, hasta aquellos que lo descartan, postulando una cierta autonomía presupuestal y la consolidación del personal mediante la introducción de garantías que tiendan a asegurar su independencia y profesionalización. En cualquier caso, más allá de la fórmula a emplear, reiteramos que podría afirmarse que hay un consenso muy claro respecto del objetivo, que no se logra de manera cierta y completa hasta la fecha.
- c) Consolidación de mecanismos que aseguren una actuación predecible y neutral, coadyuvando de esa

manera a la generación de predictibilidad y legitimidad decisoria sobre los agentes. Ello, desde nuestra perspectiva, se traduce básicamente en:

- (i) La absoluta transparencia del proceso regulatorio, mediante la permanente realización de procesos abiertos en la toma de decisiones respecto de asuntos relevantes que, de cualquier manera, impacten en los operadores o consumidores (audiencias públicas, publicaciones de propuestas, documentos consultivos, ente otros);
- (ii) El permanente monitoreo a efectos de evitar el pernicioso dúo que podríamos denominar "CaRe/CaRe": "Captura Regulatoria" (prevalencia, por intereses políticos o económicos, de los objetivos de quien ejerce presión, por encima de los objetivos propios de la regulación) y "Cápsula Regulatoria" (adopción de medidas regulatorias de escritorio, sin conocer suficientemente la realidad del negocio o sin considerar todas las variables e impactos que la medida puede tener sobre los consumidores, operadores y el mercado). Siendo ambas igualmente perniciosas y graves, algunos expertos ponen énfasis en ésta última para explicar la existencia de índices de penetración en la región no acordes con las expectativas; y;
- (iii) La franca desregulación de los mercados de servicios móviles en competencia y la existencia de políticas flexibles ante ciertas variables de control como la propia dinámica del mercado, los denominados choques tecnológicos, el acortamiento de vida útil de los proyectos, la generación de nuevos servicios³⁸ y los esquemas tarifarios.

³⁷ Adviértase que cuando aludimos al rol de "árbitro" del mercado en el sector, no aludimos al mecanismo de heterocomposición no procesalizada, en tanto institución privada de solución de conflictos (que, según el análisis sobre la naturaleza de los sistemas de solución de conflictos que tiene a su cargo del órgano regulador al amparo de las facultades y competencias que le otorgue cada legislación nacional, pueda estar efectivamente presente en algunos otros casos); sino más bien a un concepto más genérico en el que, no existiendo un conflicto jurídicamente relevante como tal, se verifica la intervención de un tercero a efectos de proveer una definición neutra e imparcial, de cierto aspecto que atañe a la regulación del mercado con efectos sobre los operadores y/o los consumidores. En cualquier caso, sin tener la misma esencia o naturaleza jurídica, más puntos de contacto tendría con la figura del denominado "arbitramento". DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN. "El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos". Barcelona: Editorial Bosch. 1957.

³⁸ "Regulators should keep innovative services free from the old regulatory apparatus (...)". TAUKE, Tom. "Fulfilling the intent of Congress under the Telecommunications Act of 1996". En: "Regulators Revenge, The Future of Telecommunications Deregulation". Washington D.C.: Cato Institute. 1998. pp. 6, 53 y siguientes.

PRINCIPALES ASPECTOS JURÍDICOS DEL FONDO DE INVERSIÓN EN TELECOMUNICACIONES (FITEL)

Diego Zegarra Valdivia*
Guelly Solar Álvarez**
Alberto Cairampoma Arroyo***

¿Cuál es el origen del servicio universal y el acceso universal en materia de Telecomunicaciones? ¿Qué diferencias existen entre ambos? ¿Qué es el FITEL? ¿Cuáles han sido sus principales logros en el país?

En los últimos años se ha producido una expansión de las telecomunicaciones en el mundo, la cual, sin embargo, no ha sido homogénea debido a las diversas realidades económicas existentes, siendo los países en vías de desarrollo los que nos hemos visto menos favorecidos.

En el presente artículo los autores responden a estas y a otras muchas interrogantes que surgen a raíz de la expansión de los servicios de telecomunicaciones en el mundo y de su actual consideración como servicio básico y esencial para la población.

* Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho.

** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de docencia del curso Derecho de la Telecomunicaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

*** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de docencia del curso Derecho Administrativo II en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

INTRODUCCIÓN

El tradicional esquema del Estado prestador de servicios públicos ha evolucionado en las últimas décadas debido a un cambio en los modelos económicos que ha operado de mano con la globalización, las transformaciones que la tecnología ha venido imponiendo –y que ha llevado a superar los esquemas de monopolio natural imperantes en este tipo de servicios– y una acción política liberal que ha situado los mercados en el centro de referencia de las economías.

Indudablemente, estos fundamentos económicos, tecnológicos y políticos del proceso de cambios han tenido un importante impacto en el marco jurídico aplicable a los servicios públicos que no sólo se ha visto reflejado en la Constitución Económica de los estados sino también en la legislación sectorial que le es aplicable.

La actividad de las telecomunicaciones no ha sido ajena a este proceso de cambios. Debe ser, sin duda, una de las actividades con calidad de servicio público que más intensamente los ha asimilado y que, como consecuencia de ello, se ha visto incorporada en una dinámica cuya progresión hacia un esquema totalmente liberalizado es el objetivo que con mayor o menor avance vienen desarrollando los distintos Estados.

Dentro de esta progresión hacia un modelo liberalizado en las telecomunicaciones, si bien el Perú se sitúa en una fase de apertura del mercado en la que aún conserva la titularidad de la actividad, esto último no ha sido una limitación para que se incorporen a la prestación de servicio público de telecomunicaciones un conjunto de operadores privados cuya contribución al desarrollo del sector se ha mostrado tanto en la modernización como en la expansión de los servicios hacia un mayor número de usuarios.

Uno de los objetivos del proceso de reestructuración del sector de las telecomunicaciones en el Perú fue el de extensión del servicio hacia áreas geográficas rurales que no contaban con el mismo ya que el carácter básicamente urbano del desarrollo de servicios públicos como la electricidad y el saneamiento dentro del esquema tradicional también había alcanzado a los servicios de telecomunicaciones.

Esta preocupación por el acceso a los servicios de telecomunicaciones de sectores de la población que

por razones geográficas y económicas no contaban con el mismo se tradujo en la incorporación al modelo peruano de un mecanismo de financiamiento que lo hiciera posible y que, bajo la gestión del regulador sectorial, impulsara la actividad del sector privado en aquellas zonas en las que se establezca la necesidad preferente de prestación del servicio (acceso universal). Precisamente, el objetivo del presente trabajo se contrae al análisis de los principales aspectos jurídicos de dicho mecanismo que en el Perú se ha denominado Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (en adelante, FITEL).

I. EL SERVICIO UNIVERSAL COMO FUNDAMENTO DE LA EXISTENCIA DEL FITEL

La creación de un fondo de financiamiento de la actividad de las telecomunicaciones orientado al desarrollo de la prestación de servicios de telecomunicaciones en aquellas zonas en las que los mismos no estuvieran disponibles a la población tiene su fundamento en el concepto de servicio universal por lo que dedicaremos esta primera sección a un breve análisis en torno a su origen, la proyección de la figura jurídica en el ámbito jurídico europeo y a su asimilación en nuestro entorno regional.

1. Origen del servicio universal en los Estados Unidos

Con la expiración de las patentes¹ sobre la base de las cuales se otorgó el monopolio de la prestación de los servicios de telecomunicaciones a la empresa American Telegraph and Telephone (en adelante, AT&T), Estados Unidos inicia un proceso de apertura de su mercado que trajo consigo nuevos operadores y un nuevo esquema de prestación de servicios en competencia.

Los resultados de la introducción de la competencia mostraron una baja generalizada de los precios y la rápida expansión de las redes (sobre todo en lo que se refiere a telefonía rural) con la consecuencia de una mayor penetración. Sin embargo, no todas las consecuencias de la división operada en el mercado fueron positivas: AT&T mantuvo un 50% del mercado y más de nueve mil operadores quedaron con el otro 50%, sumado al hecho que la primera se había negado a interconectarse con las múltiples operadoras, de manera que la única forma de comunicarse con todos los teléfonos de una ciudad era contratar con todos los operadores de ésta, pagando sus tarifas a cada uno².

¹ Dichas patentes fueron concedidas por la invención de artificios capaces de transmitir sonidos entre dos puntos distantes unidos por un cable a través de impulsos eléctricos.

² MONTERO PASCUAL, Juan José. "Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica del servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones". En: Revista Española de Derecho Administrativo. Octubre-diciembre de 1996. p. 586.

En 1907, la nueva presidencia de AT&T supuso un cambio radical de su estrategia³: en lugar de construir nuevas líneas, se ampliaría la red por medio de compras y fusiones con los competidores, al tiempo que se desarrollaría la red de larga distancia como ventaja competitiva frente a las redes locales de los independientes.

Dos años después, estos primeros pasos fueron complementados. En el informe anual de AT&T de 1909, se definió como objetivo central de la empresa desarrollar el servicio universal de manera que: “el valor del sistema telefónico radica en su posibilidad de llegar con conexiones a cualquier persona en cualquier lugar (...) Debe ser un sistema que permita a cada uno realizar llamadas. Para hacer esto el sistema debe ofrecer una conexión a cada uno de las tarifas que correspondan al valor del sistema para cada cual”⁴. Ello significaba que la AT&T debía contar con “un sistema telefónico, interconectado, intercomunicado e interdependiente”⁵.

El eslogan “One system, One policy, Universal Service” (“un sistema, una política, servicio universal”), introducido por la AT&T, implicó la promesa de “un teléfono para cada hogar”, aunque su lectura no fuera unívoca porque para el usuario podría referirse a la conveniencia de contar con un sólo teléfono frente a la penuria de tener varias líneas telefónicas, cada una de un operador distinto.

En la misma línea, para la autoridad encargada del sector, podía implicar el uso del teléfono de cualquier empresa concesionaria en el caso de que las redes estuviesen interconectadas; para cualquiera de los actores, se trataba de una política de unificación de redes, lo cual era bien visto; sin embargo, para AT&T significaba que ese único teléfono era el suyo, con lo cual incrementaría sus clientes y reduciría la competencia⁶.

En relación con este acontecimiento que marcó el nacimiento del servicio universal, Cartei sostiene que “el servicio universal de Vail, apuntaba no tanto a extender el servicio a todos los ciudadanos, sino simplemente a superar el obstáculo de la falta de interconexión entre las redes, consiguiendo de este

modo que todos los usuarios se puedan comunicar entre ellos”⁷.

El citado autor considera, en primer lugar, que parecía claro que el valor económico del servicio desplegado era mucho mayor si existía un mayor número de usuarios, por lo que, se debía superar la separación entre las redes y favorecer un sistema general de mutua accesibilidad (interconectado), y, en segundo lugar, que el servicio universal –como estrategia de AT&T– implicaba que la accesibilidad general del servicio fuese garantía de la existencia de un control y una coordinación centralizada, todo bajo la dirección de una única empresa; es decir, se afirmaba que el mejor modo de conseguir el servicio universal era constituyendo un monopolio del mercado concentrado en las manos de un solo operador⁸.

Como es posible apreciar, las circunstancias que dieron origen al servicio universal estuvieron básicamente vinculadas a la protección de los intereses económicos de la empresa dominante en el mercado. Es por ello que es posible establecer un contraste con las actuales características del servicio universal, entendido en un entorno de competencia.

2. Proyección del servicio universal en la Unión Europea

Interesa remitirnos ahora a la proyección del servicio universal en el ámbito de la Unión Europea, ya que al ser nuestro ordenamiento jurídico tributario del Derecho continental presenta coincidencias importantes respecto de los procesos de liberalización y privatización operados en el ámbito comunitario especialmente con relación a la introducción del servicio universal.

2.1. Antecedentes

A diferencia de Estados Unidos, donde el origen del servicio universal tuvo como objetivo principal la justificación del monopolio de la empresa AT&T⁹; en la Unión Europea, la adaptación del servicio universal se enmarcó dentro de la política comunitaria de liberalización del mercado de las telecomunicaciones, como un elemento

³ CARTEI, Gian Franco. “Il servizio universale”. Milán: Giuffrè Editore. 2002. p. 89.

⁴ DE LA PEÑA, J. “Historia de las Telecomunicaciones. Cuando todo empezó”. Barcelona: Ariel. 2003. p. 58.

⁵ Ibidem.

⁶ DOOR, Roberto. “La obligación del servicio universal”. En: “La sociedad de la información. Nuevas tendencias de las telecomunicaciones”. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2003. pp. 222-224.

⁷ CARTEI, G. Op. Cit. p. 90. El autor hace referencia al pensamiento de Theodore Vail, presidente de la AT&T.

⁸ Ibid. p. 91.

⁹ Recordemos que la empresa AT&T introdujo como estrategia de negocio el término del servicio universal para justificar la vigencia de su monopolio. En cuanto al financiamiento para la provisión del servicio telefónico “para todos” (servicio universal), éste sólo era posible a través de la existencia de economías de escala.

indispensable para lograr el éxito de la apertura de dicho mercado a la competencia¹⁰.

En palabras de De la Cuetara, para conseguir la apertura hacia la competencia, las autoridades comunitarias se apoyaron en dos palancas principales: "la primera ha sido la introducción gradual de la liberalización y la segunda ha sido la garantía de que la liberalización no perjudicará a quienes menos tienen, que seguirán recibiendo un servicio telefónico asequible y de calidad, con independencia de su residencia y capacidad económica: esto es lo que en la nueva ordenación de las telecomunicaciones europeas se califica como "servicio universal", objeto de una regulación minuciosa y detallada"¹¹.

En la misma línea, Muñoz Machado sostiene que: "entre la competencia absoluta y las exigencias tradicionales del servicio público, se sitúa la noción del servicio universal –donde– sin rebajar un ápice las exigencias de la libre competencia, la idea de servicio universal trata de imponer a los operadores de telecomunicaciones la obligación de ofrecer a toda la población servicios de determinada calidad, en unas condiciones uniformes a un precio asequible"¹².

Bajo la consideración de ser una garantía básica para los que menos tienen, en el año 2002 y después de la difusión de varios documentos, informes y debates, las autoridades comunitarias expidieron la Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y el derecho de los usuarios en relación con las redes y los servicios de las comunicaciones electrónicas (en adelante, Directiva del servicio universal). En la referida Directiva se estableció como obligación de los Estados miembros que debían velar para que determinados servicios básicos se pongan a disposición de todos los usuarios finales en su territorio, con independencia de la situación geográfica y, en función de las circunstancias nacionales específicas, cautelando que se preste el servicio con una calidad determinada y a un precio asequible¹³.

2.2. La noción de servicio universal en la Unión Europea

Para las autoridades europeas, el servicio universal resulta imprescindible en la medida en que las fuerzas del mercado no producen un grado óptimo de generalización de los servicios, debido a que existen servicios que carecen de rentabilidad comercial, lo que ha llevado a que en la Directiva del servicio universal se establezca como objetivo fundamental garantizar la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas¹⁴ (servicios de telecomunicaciones) disponibles al público, a través de la competencia y una libertad de elección reales, "tratando las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado"¹⁵.

En esta misma línea, Ariño considera que, dentro de un marco de regulación de los servicios en un régimen competitivo, las prestaciones de servicio universal son "aquellas modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un mínimo de servicio al que todos tienen derecho (...)"¹⁶ y en las que "(...) la competencia no es posible porque no hay oferta (...)", y "no la hay porque el coste de dichas prestaciones jamás cubriría el precio que por ellas se podría pagar y nadie estaría interesado en concurrir"¹⁷.

La citada Directiva del servicio universal declara como premisa fundamental que dicho instituto jurídico no es anticompetitivo *per se*, sino, por el contrario, sirve como un mecanismo que permite equilibrar un mercado abierto regido por la libre competencia, debiendo ser administrado, por tal motivo, de manera transparente, no discriminatoria y con neutralidad, evitando que su aplicación sea lo menos gravosa posible¹⁸.

Bajo estas premisas, sin descuidar el carácter evolutivo del servicio que dota de flexibilidad a la provisión de dichas prestaciones básicas, las autoridades comunitarias han definido el servicio universal como un conjunto de exigencias mínimas que cabe imponer

¹⁰ Sobre la liberalización en el ámbito de la Unión Europea, ver: DE LA CUETARA, J. "Las regulaciones de las telecomunicaciones". En: ARIÑO, Gaspar. "Principios de Derecho Público Económico". Lima: Ara Editores. 2004. pp. 785-786. Señala que la introducción de la política de liberalización, particularmente en el sector de las telecomunicaciones, se planteó en el Libro Verde de las Telecomunicaciones de 1987. A partir de este documento, la Comisión Europea fue tomando progresivamente el control de las telecomunicaciones comunitarias, procediendo a su liberalización progresiva que culminó en 1998.

¹¹ *Ibidem*.

¹² MUÑOZ MACHADO, S. "Servicio Público y Mercado. Las Telecomunicaciones". Volumen II. Madrid: Civitas. 1998. p. 114.

¹³ Al respecto, ver el artículo 3.1. de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al servicio universal y el derecho de los usuarios en relación con las redes y los servicios de las comunicaciones electrónicas (en adelante, Directiva del servicio universal).

¹⁴ Sobre el término comunicaciones electrónicas, ver la explicación de DE LA QUADRA-SALCEDO, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y T. DE LA QUADRA (coordinadores). "Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003 de 3 de noviembre". Madrid: Civitas. 2004. p. 37.

¹⁵ Al respecto, ver el artículo 1 de la Directiva del servicio universal.

¹⁶ ARIÑO, Gaspar. Op. Cit. p. 634.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Al respecto, ver el tercer considerando de la Directiva del servicio universal.

a las empresas que presten actividades de interés general para garantizar a todos los usuarios ciertas prestaciones básicas de calidad determinada y a precios asequibles con independencia de su ubicación geográfica y rentabilidad económica¹⁹.

2.3. El modelo de financiamiento del servicio universal en la Unión Europea

Si partimos del supuesto que las prestaciones de servicio universal no son necesariamente rentables y de que nos encontramos en un marco jurídico de prestación de servicios en régimen de competencia, donde no existe gestión pública, ni tampoco empresarios con derechos exclusivos a quienes imponer dicha carga económica²⁰, cabe cuestionarse: ¿quién debe financiar los servicios no rentables que por ser esenciales han de prestarse a todos los ciudadanos a precios asequibles y cuyo suministro se impone como una obligación a determinados operadores?

Para poder contestar esta pregunta una primera consideración se vincula con el hecho de que el financiamiento del servicio universal debe ser propuesto de la manera más eficiente posible. En este sentido, Muñoz Machado sostiene que “para garantizar el servicio universal en estos casos, y no perjudicar la competencia efectiva, es necesario adoptar regímenes de financiación que sean proporcionados y razonables”²¹. Ante ello, el mencionado autor propone la aplicación de criterios objetivos y no discriminatorios, actuando, simultáneamente, de conformidad con los principios de transparencia y proporcionalidad²².

Asimismo, las autoridades comunitarias, siendo conscientes de que la prestación del servicio universal podía resultar una carga injusta para el operador obligado, han considerado que los métodos de designación del operador deben procurar que la prestación del servicio universal se realice de manera rentable. Así, en la Directiva del servicio universal se establece que: “es importante que el cumplimiento de las obligaciones de servicio universal se efectúe de la

manera más eficaz, a fin de que los usuarios paguen, por lo general unos precios correspondientes a una prestación rentable”²³.

Sin embargo, dentro de la misma norma se reconoce que garantizar el servicio universal puede implicar la prestación de algunos servicios finales a precios que difieran de los resultantes de unas condiciones de mercado normales. En tales situaciones, las autoridades comunitarias señalan que cabría compensar a las empresas encargadas de facilitar dichos servicios sin que ello implique distorsionar la competencia²⁴.

De este modo, en la citada Directiva se han regulado dos supuestos concretos de financiamiento cuando la empresa prestadora del servicio universal considera que se encuentra sometida a una carga injusta: de un lado, puede solicitar al Estado introducir un mecanismo de compensación con cargo a los fondos públicos y en condiciones de transparencia a favor de la empresa encargada del servicio universal; o, de otro, repartir el coste neto de las obligaciones de servicio universal entre los proveedores de servicios y redes de comunicaciones electrónicas²⁵.

Dentro del marco establecido por la Directiva del servicio universal, los Estados miembros de la Unión Europea son libres de imponer medidas especiales y de financiarlas de conformidad con el Derecho comunitario sólo cuando se trate de la prestación de obligaciones de servicio universal; en cualquier otro caso, los Estados se encuentran prohibidos de solicitar contribuciones procedentes de los agentes del mercado²⁶.

Para materializar la referida compensación, las Autoridades Nacionales de Reglamentación (en adelante, ANR)²⁷ son las encargadas de observar si una empresa se encuentra sometida a una carga injusta en razón de la prestación del servicio universal o no. Así, la ANR de cada Estado miembro es libre de determinar, basándose en los costes del servicio universal auditados,

¹⁹ MARTÍN REBOLLO, Luis. “Sociedad, economía y estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)”. En: Estudios de Derecho Económico. Libro homenaje al profesor doctor Sebastián Martín Retortillo. Madrid: Civitas. 2003. p. 641. Además, ver el artículo 3 de la Directiva del servicio universal.

²⁰ Comentario que realiza al artículo 24 de la Ley 32/2003 española. CHINCHILLA MARÍN, C. En: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y T. DE LA QUADRA (coordinadores). Op. Cit. p. 368.

²¹ MUÑOZ MACHADO, S. Op. Cit. p. 114.

²² Ibid. p. 144.

²³ Al respecto, ver el décimo cuarto considerando de la Directiva del servicio universal.

²⁴ Al respecto, ver el cuarto considerando de la Directiva del servicio universal.

²⁵ Al respecto, ver los artículos 12 y 13 de la Directiva del servicio universal.

²⁶ Al respecto, ver el vigésimo quinto considerando de la Directiva del servicio universal que señala: “los Estados miembros no están autorizados a imponer a los agentes del mercado contribuciones financieras referentes a medidas que no formen parte de las obligaciones de servicio universal”.

²⁷ Respecto de las ANR, ver: MUÑOZ MACHADO, S. “Tratado de Derecho administrativo y Derecho público en general”. Tomo I. Madrid: Civitas. 2004. p. 1173; asimismo, POMED SÁNCHEZ, L. A. “Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones Independientes”. En: Revista de Administración Pública 132. Setiembre-diciembre de 1993. p. 121.

que²⁸: (i) no es necesario financiar el servicio universal cuando la obligación de prestación del servicio no genera un coste neto, o debido a que el coste neto resultante no supone una carga injustificada para el operador u operadores en cuestión, o no justifica los costes administrativos que se derivarían del establecimiento de un sistema de financiación específico; (ii) cuando las obligaciones de servicio universal representan una carga, el Estado opta por financiarlas directa (fondos públicos) o indirectamente (repartición del coste neto entre los operadores del mercado).

Dentro de la posibilidad de financiamiento indirecto, debemos subrayar que se contempla la posibilidad de regular la recaudación y redistribución de las contribuciones a través de un fondo para el servicio universal creado a escala nacional o mediante un sistema de cuotas suplementarias pagadas por las empresas que estén interconectadas con el prestador del servicio universal.

Finalmente, cabe precisar, que a pesar de haberse normado la posibilidad de constituir fondos de servicio universal a nivel nacional, éstos no se han puesto en operación por diversos motivos, situación que difiere de la implementación de mecanismos de financiamiento del servicio universal en el ámbito latinoamericano como veremos más adelante.

II. DESARROLLO DEL SERVICIO UNIVERSAL EN LATINOAMÉRICA

A diferencia de la Unión Europea, donde el servicio universal se proyectó como un concepto clave dentro del proceso de liberalización, de la intensificación de la competencia y de la libre elección de los servicios de telecomunicaciones, en Latinoamérica, éste tuvo un derrotero distinto.

En efecto, podemos afirmar que la adopción del servicio universal en Latinoamérica se ha visto influenciada por dos aspectos importantes: los procesos de liberalización y privatización que replantearon la temática de expansión y cobertura de servicios en ciertas zonas; y, por una formulación distinta del concepto de servicio universal en base a las economías en desarrollo que presentan los distintos países de esta región.

Unido a esto último, debe precisarse que, en el ámbito latinoamericano, no se ha observado el desarrollo de una política regional que dote de cierta homogeneidad a la adopción del servicio universal como sucede en el ámbito europeo comunitario por lo que cada país ha adoptado distintos modelos de financiamiento de dicho servicio.

1. Antecedentes: el Informe Mayland como punto de partida de la búsqueda del servicio universal en Latinoamérica

Con la Conferencia de Plenipotenciarios de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (en adelante, UIT) celebrada en 1982, se creó una Comisión Independiente para el Desarrollo Mundial de las Telecomunicaciones cuyo mandato específico fue identificar los obstáculos que impedían el establecimiento de infraestructura de comunicaciones y recomendar los medios mediante los cuales podía estimularse la expansión de las telecomunicaciones en todo el mundo²⁹.

Posteriormente, en 1985, la Comisión Independiente para el Desarrollo Mundial de las Telecomunicaciones, también denominada Comisión Mayland³⁰, acuñó la expresión "eslabón perdido" para destacar la carencia crónica de infraestructura de telecomunicaciones en el mundo, así como el rotundo desequilibrio en cuanto al acceso telefónico entre los países industrializados y en desarrollo³¹.

En el informe elaborado por la Comisión (Informe Mayland), se advirtió de la importancia que implicaba alcanzar las zonas rurales y más remotas de cada país: "aunque no debería pasarse por alto la importante ventaja económica derivada de satisfacer la demanda en zonas urbanas, la ampliación de la red a zonas rurales y remotas resulta esencial si se han de lograr los objetivos de desarrollo"³². La Comisión Mayland se encontraba convencida de que no existía ninguna razón válida para que, a comienzos del siglo XXI, prácticamente toda la humanidad no tuviera fácilmente a su alcance un teléfono³³ y no gozara de todos los beneficios que esto le podía producir debido a que existía la tecnología adecuada y los medios económicos para alcanzar el objetivo propuesto³⁴.

²⁸ Al respecto, ver la Comunicación de la Comisión COM (96) 608 final, relativa a los criterios de evaluación de los sistemas nacionales de cálculo de costes y de financiación del servicio universal de telecomunicaciones y directrices para los Estados miembros sobre la aplicación de dichos sistemas.

²⁹ Esta información se encuentra disponible en: <http://www.itu.int/wsis/newsroom/2/index-es.html>. (10 de enero de 2006).

³⁰ La Comisión Mayland debe su denominación como tal al nombre de su presidente, Sir Donald Mayland.

³¹ Esta información se encuentra disponible en: <http://www.itu.int/wsis/newsroom/2/index-es.html>. (10 de enero de 2006).

³² Informe de la Comisión Independiente para el desarrollo mundial de las telecomunicaciones. "El Eslabón Perdido-Informe Mayland". Ginebra. 1985. p. 5.

³³ La Comisión planteó que tener a su alcance al menos el servicio telefónico debía entenderse como que, para el año 2000, en las zonas rurales o remotas debía haber por lo menos un aparato telefónico disponible en el rango de dos horas de camino a pie para todos los pobladores.

³⁴ Informe de la Comisión Independiente para el desarrollo mundial de las telecomunicaciones. "El Eslabón Perdido-Informe Mayland". Ginebra. 1985. p. 4.

Hoy podemos confirmar que los objetivos planteados en el Informe Mayland no han llegado a concretarse del todo a pesar de los avances tecnológicos y del desarrollo vertiginoso que ha experimentado el sector en las últimas décadas. Aún están pendientes de eliminarse los desequilibrios y diferencias de desarrollo que existen en este sector entre los países industrializados y los que se encuentran en vías de desarrollo³⁵.

2. El desarrollo del servicio universal en Latinoamérica³⁶: el acceso universal como punto de partida

Después de su publicación, los diversos países del mundo trataron de acoger las recomendaciones del Informe Mayland a fin de conseguir el equilibrio en desarrollo tecnológico planteado para el sector de las telecomunicaciones.

En el caso de los países desarrollados, éstos “apuntaron a la ampliación de sus redes, que ya estaban disponibles de una manera generalizada, hacia las partes desaventajadas de su población, así como a la mejora de la calidad de funcionamiento de las redes existentes”. En otras palabras, estos hicieron hincapié en el “servicio universal” (a tenor del cual todos los hogares debían disfrutar de un teléfono de línea fija), en contraposición del concepto más general de “acceso universal”³⁷.

En el caso de los países en desarrollo, “el informe Mayland supuso centrarse en el acceso universal, y de este modo esforzarse en ofrecer acceso a las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante, TICS) a un porcentaje de la población tan alto como fuera posible, mediante estrategias de acceso compartido (por ejemplo, teléfonos públicos de previo pago, cibercafés, instalaciones comunitarias como los telecentros comunitarios polivalentes), en lugar de disponer de un teléfono en cada hogar”³⁸ (el resaltado es nuestro).

De esta forma, en la mayoría de países latinoamericanos se recogió el servicio universal bajo la denominación

de acceso universal, atendiendo a la labor previa que debía realizarse para poder alcanzar una penetración aceptable del servicio telefónico, lo que podía ser contrastado con la noción de servicio universal aplicable a países con economías desarrolladas.

Sin embargo, es posible cuestionar la referida diferencia, puesto que, cuando se habla de acceso universal, no se hace más que limitar lo que se entiende por servicio universal en los países desarrollados, apuntando a establecer en primera instancia servicios básicos de telefonía para posteriormente complementarlos con otros de mayor envergadura. En buena cuenta, no se está hablando de algo diferente, sino de una etapa previa al servicio universal propiamente dicho y que tanto acceso universal como servicio universal atienden a un mismo fin.

III. ADOPCIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL EN EL PERÚ Y EL MECANISMO DE FINANCIAMIENTO PERUANO: EL FITEL

Esta tercera sección del trabajo está dedicada al análisis de los principales aspectos jurídicos del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones, de ahí que nuestro análisis se concentrará principalmente en aspectos como la noción, el ámbito de aplicación del servicio universal y el ejercicio de competencias del regulador para la implementación y desarrollo del servicio universal. Finalmente, abordaremos los aspectos más destacados del financiamiento de la provisión del servicio universal a través del FITEL.

Cabe señalar que, por las consideraciones antes expuestas³⁹, utilizaremos el término “servicio universal”, aun cuando, en la actualidad, el término utilizado en el ámbito peruano sea el de “acceso universal”.

1. El origen normativo del FITEL

Los cambios legislativos de inicios de los 90 trajeron consigo las primeras manifestaciones de una política privatizadora y de una ideología de libre mercado que reservaban para el Estado el papel de regulador⁴⁰.

³⁵ De acuerdo a la UIT, “aunque la situación ha mejorado, Latinoamérica todavía enfrenta el difícil hecho de que no mucho más de un tercio de los hogares de la región poseen un teléfono”. Unión Internacional de Telecomunicaciones. “Indicadores de Telecomunicaciones de las Américas 2000, Resumen Ejecutivo”. UIT. Abril del 2000. p. 2.

³⁶ Sobre los principales aspectos jurídicos del desarrollo del servicio universal en Latinoamérica ver: MELO, J. “Regulación de telecomunicaciones en Chile, Perú y Venezuela”. ILPES/Dirección de Programación del Sector Público. 1997; el trabajo de HERNÁNDEZ, J. “El régimen legal del servicio universal de telecomunicaciones en Venezuela”. Caracas: Fundación de estudios de Derecho Administrativo. 2005; y, “El servicio universal en las Américas”. Grupo de trabajo sobre servicios básicos y universales del CCP. I de la CITEI con la colaboración de la UIT y AHCJET. 2000.

³⁷ Toda la información sobre la Segunda Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información se encuentra disponible en: <http://www.itu.int/wsis/index-es.html>. (15 de enero de 2006).

³⁸ Segunda Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información, disponible en: <http://www.itu.int/wsis/index-es.html>. (15 de enero de 2006).

³⁹ Al respecto, ver el apartado 2.1 de la presente sección.

⁴⁰ TÁVARA, J. citado por ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “Servicio público y Regulación. Marco institucional de las Telecomunicaciones en el Perú”. Lima: Palestra Editores. 2005. p. 64.

Entre los principales cambios que introdujo el nuevo marco legal podemos encontrar: la eliminación de la reserva (exclusividad) del Estado en el desarrollo de la actividad de las telecomunicaciones y la promoción de la libre competencia en todos los servicios de telecomunicaciones en donde fuera técnicamente posible la transferencia del protagonismo en el desarrollo y modernización de las telecomunicaciones al sector privado⁴¹. Asimismo, se incorporó un nuevo sistema para el otorgamiento de concesiones y se creó el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, OSIPTEL)⁴².

Dentro de este nuevo marco jurídico, se creó el FITEL⁴³, cuya finalidad es financiar los servicios de telecomunicaciones en zonas donde su explotación comercial no fuera rentable: áreas rurales y de preferente interés social.

Cabe precisar que, anteriormente, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú (ENTEL PERÚ) tenía la responsabilidad de expandir la telefonía en zonas rurales en función de su disponibilidad de recursos⁴⁴; sin embargo, tal objetivo fue de difícil cumplimiento, debido a dos razones: la existencia de fuertes subsidios cruzados en las tarifas que no permitían generar utilidades económicas a la empresa estatal y las transferencias de excedentes que dicha empresa debía realizar a la Compañía Peruana de Teléfonos (CPT), impidiéndole expandir de manera ordenada su área de cobertura e invertir en infraestructura en las zonas rurales del país dentro de su área de atención⁴⁵.

2. El servicio universal en el Perú

2.1. La noción de servicio universal y los elementos que la componen

Los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú (en adelante,

Lineamientos de Apertura)⁴⁶ establecen las bases de la política sobre servicio universal, siendo la premisa principal el concepto acceso universal⁴⁷. De acuerdo con ello, el acceso universal está referido a la cobertura de los servicios básicos o conjunto de servicios esenciales de telecomunicaciones, disponibles para la mayoría de usuarios y que son provistos por los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones⁴⁸.

El ordenamiento peruano adoptó el concepto de servicio universal bajo el denominado principio de equidad o acceso universal⁴⁹. El reconocimiento expreso de dicho principio se realizó en el sentido que "las telecomunicaciones se prestan bajo el principio de servicio con equidad"⁵⁰.

De modo general es posible colegir –en el ámbito de nuestra normativa– que el principio de equidad se vincula con el desarrollo de los servicios de telecomunicaciones en el sentido que una persona tiene el derecho de acceder a un servicio de telecomunicaciones indistintamente de su localización geográfica, pues dicho derecho se "extiende a todo el territorio nacional"⁵¹, aunque, como veremos más adelante, previamente se identifican aquellos lugares de preferente interés social.

Pero no sólo eso, sino que es necesario resaltar el énfasis que se coloca en "la integración de los lugares más apartados de los centros urbanos, así como de las áreas rurales y lugares de preferente interés social"⁵², con lo cual es posible sostener que el derecho de acceder a un servicio de telecomunicaciones, si bien es indiferente a la ubicación geográfica del potencial usuario, es sensible a la inclusión de orden territorial y social.

De otro lado, para complementar lo que debemos entender por principio de equidad o acceso universal, es necesario rescatar igualmente la prestación del servicio

⁴¹ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Op. Cit. p. 65.

⁴² Al respecto, ver el artículo 79 del Decreto Legislativo 702, modificado por el artículo 1 del Decreto Ley 26095 y también el artículo 76 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones. También, ver: MELO, J. Op. Cit. p. 39. El autor enfatiza que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones subsistió a pesar de la creación de OSIPTEL, puesto que mediante nuevas normas, como el Decreto Ley 26906, le fueron asignadas una serie de competencias dentro de este nuevo contexto.

⁴³ Al respecto, ver el artículo 12 del Decreto Legislativo 702, modificado por el artículo 1 del Decreto Ley 26095 y también el artículo 12 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.

⁴⁴ CAMPODÓNICO, H. "La inversión en el sector telecomunicaciones del Perú en el periodo 1994-2000". En: Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. Junio de 2000. p. 69.

⁴⁵ BONIFAZ J. L. y L. A. BONIFAZ. "Servicio universal en Telecomunicaciones: El caso del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones en el Perú". En: Jorge FERNÁNDEZ-BACA (editor). "Experiencias de Regulación en el Perú". Lima: Centro de investigación de la Universidad del Pacífico. 2004. p. 254.

⁴⁶ Aprobado por el Decreto Supremo 020-98-MTC de 5 de agosto de 1998.

⁴⁷ Al respecto, ver los numerales 74 y 75 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones.

⁴⁸ Al respecto, ver los numerales 74 y 75 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones. También ver el artículo 9 del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

⁴⁹ Cabe señalar que el marco jurídico del sector de las telecomunicaciones en el Perú está dotado de principios específicos que orientan la actividad de los sujetos involucrados en la prestación de servicios de telecomunicaciones a fin de conseguir el logro del interés general.

⁵⁰ Al respecto, ver el artículo 5 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.

⁵¹ Al respecto, ver el artículo 5 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.

⁵² Al respecto, ver el artículo 9 del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

con independencia de la rentabilidad económica que su realización pudiera generar, pues resultan económicamente poco atractivos los lugares apartados de los centros urbanos, así como las áreas de preferente interés social⁵³. Así, en referencia a los costes de provisión del servicio, es necesario considerar que la capacidad de pago por parte de las poblaciones pequeñas y de bajos ingresos en zonas rurales es mínima.

Es de esta manera que el servicio universal se presenta como una de las formas cualificadas de intervención de la Administración Pública, que ostenta una oferta que quiere garantizar la generalidad en el disfrute con la consiguiente búsqueda de opciones de igualdad⁵⁴.

Al respecto, se sostiene que “la aplicación de una política de acceso universal depende de cuatro factores: (1) *geográfico*, cuál será el territorio en que se apliquen las obligaciones; (2) *personal*, cuáles han de ser los grupos sociales que se van a beneficiar; (3) *de accesibilidad*, cuál ha de ser el precio o tarifa que tengan que pagar los beneficiarios por la prestación que se pueda considerar como asequible; y, (4) *de servicio*, cuál ha de ser el mínimo de calidad con que ha de prestarse”⁵⁵.

De acuerdo con esto último, la definición de servicio universal en el Perú comprende claramente los factores social, económico y geográfico, por considerarse que el servicio de telecomunicaciones debe hacerse extensivo a quienes habitan el territorio nacional y en especial a quienes estando ubicados en zonas rurales tienen una situación de carencia económica y de falta de inclusión social. Es dentro de estas bases que se definen determinados lugares como de preferente interés social para de esa forma promover su integración, de manera que sean provistas de servicios de telecomunicaciones que sean esenciales para la población.

Con relación a los aspectos de accesibilidad y de servicio, si bien estos no están comprendidos en la definición de servicio universal, sí están presentes en el desarrollo de la misma; específicamente en las notas

de asequibilidad de la tarifa cobrada por la prestación del servicio y la exigencia de continuidad en la prestación del mismo.

Finalmente, cabe precisar que en el Perú, a diferencia del modelo venezolano –que recoge el servicio universal en la LOTEL y desarrolla un régimen jurídico particular de dicho servicio en el RSU– se han dictado un conjunto de normas que es necesario compendiar para poder definir el marco jurídico que es aplicable al servicio universal⁵⁶.

2.2. Ámbito de aplicación

Los Lineamientos de Política de Acceso Universal (en adelante, Lineamientos de Acceso Universal)⁵⁷ precisan el ámbito de desarrollo de la prestación del servicio universal en el Perú: abarcan, de forma exclusiva, a los servicios de telecomunicaciones prestados en áreas rurales y en lugares considerados de preferente interés social⁵⁸.

Al respecto, se considera como áreas rurales, los centros poblados rurales: i) calificados como tales por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante, INEI); y, ii) las capitales de distrito con tres mil habitantes o menos (aun cuando hayan sido consideradas como áreas urbanas por el INEI)⁵⁹.

En la práctica, el INEI define el área rural como el territorio integrado por centros poblados rurales con menos de cien viviendas contiguas o más de cien dispersas o diseminadas. Además, se toman en cuenta las siguientes características: baja densidad poblacional, servicios básicos e infraestructura inexistentes o precarios, deficiencia de energía, geografía adversa para la instalación del servicio de telecomunicaciones y población con bajo poder adquisitivo ubicada en áreas alejadas de los centros urbanos, cuya actividad primordial es la agricultura, ganadería, pesca o minería⁶⁰.

Son lugares considerados de preferente interés social aquellos determinados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC). Al respecto,

⁵³ Este aspecto del servicio universal será analizado con mayor profundidad en el apartado 2.3. de la presente sección.

⁵⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Luis. “El derecho de acceso a los servicios de interés económico general”. En: COSCULLUELA M. (coordinador). “Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor D. Sebastián Martín Retortillo”. Madrid: Civitas. 2003. p. 495.

⁵⁵ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A. J. citado por ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Op. Cit. p. 330.

⁵⁶ Las disposiciones relacionadas al servicio universal se encuentran en diversas normas como: el TUO de la Ley de Telecomunicaciones, el TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, el TUO de Interconexión, el Reglamento General del OSIPTEL, el Reglamento de Administración y Funciones del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones, entre otras. Asimismo, se encuentran en instrumentos jurídicos que, si bien no son normas con la característica de obligatoriedad que le es propia, constituyen criterios de interpretación que deben ser tomados en cuenta a fin de entender la orientación de la normativa peruana sobre el servicio universal, así tenemos: los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú, los Lineamientos de Política de Acceso Universal, los Lineamientos de Políticas Generales para promover la masificación del acceso a Internet en el Perú y los Lineamientos de Políticas para promover un mayor acceso a los Servicios de Telecomunicaciones en áreas rurales y lugares de preferente interés social.

⁵⁷ Aprobados por la Resolución 017-98-CD-OSIPTEL de 5 de octubre de 1998.

⁵⁸ Al respecto, ver el numeral 1 de los Lineamientos de Política de Acceso Universal.

⁵⁹ Al respecto, ver el numeral 1 de los Lineamientos de Política de Acceso Universal.

⁶⁰ Al respecto, ver <http://www.fitel.gob.pe/contenido.php?ID=47&tipo=H&pagina=contenidos/Fitel/ambito.html>. (5 de agosto de 2005).

OSIPTTEL debe proponer al MTC criterios para la determinación de los lugares considerados de preferente interés social como: i) proyectos de alta rentabilidad social, con prescindencia del ámbito geográfico; y, ii) proyectos especiales que incorporen valor agregado a redes de comunicación o información, vinculados a la provisión de servicios públicos⁶¹.

Con relación a este tema, hemos sostenido en otro trabajo que “lo que se ha querido en el Perú es identificar las necesidades de la población respecto de la ampliación de los servicios básicos de telefonía en el ámbito rural y en aquellos sectores que sean declarados de interés social, es decir, aquellos que por sus condiciones geográficas, económicas y sociales requieran de dichos servicios”⁶².

2.3. Administración reguladora y servicio universal

Con la finalidad de exponer los principales aspectos de la función relacionada a la promoción del servicio universal, corresponde ahora realizar un breve análisis del rol que cumplen el OSIPTTEL-FITEL y el MTC con el propósito de hacer posible dicho objetivo.

A. El OSIPTTEL como responsable de la promoción del servicio universal

El OSIPTTEL⁶³ como organismo público con autonomía administrativa, económica y financiera⁶⁴ busca promover el desarrollo de los servicios públicos de telecomunicaciones; establecer y velar por el cumplimiento de los derechos de los usuarios, la existencia de un ambiente de libre y leal competencia; promover la inversión privada en el sector; supervisar el cumplimiento de los compromisos establecidos en los contratos de concesión; y administrar el FITEL⁶⁵.

En efecto, una de las funciones del OSIPTTEL es administrar el FITEL, concebido como mecanismo de

financiamiento cuya estrategia es la de implementar proyectos en distintas zonas rurales, constituyéndose de esta forma en la vía a través de la cual se canaliza el desarrollo de la noción de servicio universal en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú⁶⁶.

En el Perú, la adopción del esquema de financiamiento del FITEL se debió a la consideración de que, en un entorno de competencia económica, los operadores privados no invierten en la provisión de los servicios en lugares donde las inversiones necesarias son altas frente a la baja rentabilidad por lo que es el Estado el que debe intervenir otorgando subsidios al sector privado con el fin de facilitar la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones.

En esta línea, el OSIPTTEL va a ser el encargado de seleccionar los proyectos para la aplicación de los fondos del FITEL⁶⁷ y aprobar las normas que regulen su funcionamiento⁶⁸. Asimismo, el OSIPTTEL debe administrar el FITEL con autonomía frente a las otras actividades que le competen⁶⁹, no pudiendo usar para gastos propios ni como fuente para su financiamiento los recursos del fondo⁷⁰.

En relación a esto último es que el OSIPTTEL, sólo previo acuerdo de su Consejo Directivo, puede efectuar operaciones con cargo a los recursos del FITEL, siempre que tales operaciones tengan por finalidad el desarrollo de las telecomunicaciones en áreas rurales o en lugares considerados de preferente interés social en armonía con la política de desarrollo de las telecomunicaciones que fije el MTC⁷¹. Asimismo, se ha previsto que el sistema contable del FITEL sea separado del sistema contable de OSIPTTEL⁷², garantía utilizada también en el modelo de financiamiento venezolano.

Resulta igualmente importante poner de relieve la aplicación del principio de subsidiariedad⁷³ como

⁶¹ Al respecto, ver el numeral 1 de los Lineamientos de Política de Acceso Universal.

⁶² ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Op. Cit. p. 524.

⁶³ Sobre las funciones del OSIPTTEL, ver: DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios”. En: Derecho Administrativo. Lima: Juristas. 2004. p. 432; asimismo, nuestro trabajo, ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Op. Cit. p. 199.

⁶⁴ Al respecto, ver el artículo 77 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.

⁶⁵ Plan Estratégico Institucional 2005-2009. Lima: OSIPTTEL. 2004. El documento se encuentra disponible en: <http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=T&IDBase=3297&P=%2FOsiptelDocs%2FGPR%2FSOBRE%5FOSIPTTEL%2FFILES%2Fplan%5Festrategico%5F2004%5F2009%2Epdf> (28 de diciembre de 2005).

⁶⁶ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Op. Cit. pp. 518-519.

⁶⁷ Al respecto, ver el artículo 12 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones y artículo 60 del Reglamento de OSIPTTEL.

⁶⁸ Al respecto, ver el artículo 247 del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

⁶⁹ Al respecto, ver el artículo 12 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones y artículo 60 del Reglamento de OSIPTTEL.

⁷⁰ Al respecto, ver el artículo 247 del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

⁷¹ Al respecto, ver el artículo 62 del Reglamento de OSIPTTEL.

⁷² Al respecto, ver el artículo 60 del Reglamento de OSIPTTEL.

⁷³ En palabras de MUÑOZ MACHADO, S. Op. Cit. p. 144, “la participación subsidiaria del Estado, resulta coherente considerando que el mercado es el centro de la organización y el regulador de las condiciones de prestación de los servicios. La Administración pública sólo debe intervenir ante los “desfallecimientos” o al control de aquellos operadores que intentan burlar sus reglas de libertad económica”.

lineamiento de acción del OSIPTEL y, en especial, del FITEL respecto de su función de promoción del desarrollo de telecomunicaciones en zonas rurales. En tal sentido, se señala que “la actuación del OSIPTEL es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los usuarios y de los competidores (...)”⁷⁴.

De este modo, se ha entendido que si bien las áreas rurales constituyen mercados pequeños y muy dispersos en los que la provisión de servicios de telecomunicaciones tiene un alto costo y, consecuentemente, muy poca o nula rentabilidad privada, la promoción del acceso a los servicios de telecomunicaciones se da en la medida en que la iniciativa privada no atienda necesidades de ese tipo⁷⁵.

Así, la actividad del OSIPTEL y del FITEL, responsables de la conducción de la estrategia de las telecomunicaciones rurales, no es ilimitada sino que, allí donde el mercado tenga un desarrollo que se considere suficiente con respecto a las necesidades de usuarios ubicados en zonas alejadas y pobres, no cabe su participación.

B. El MTC y la política de telecomunicaciones: el acceso universal

El MTC tiene entre sus funciones fijar la política de telecomunicaciones del país tomando control de sus resultados y proponer el Plan Nacional de Telecomunicaciones para su aprobación por el Gobierno a fin de llevar a cabo su cumplimiento⁷⁶. Es precisamente sobre la base de los servicios previstos y priorizados por el Plan Nacional de Telecomunicaciones que, además, el MTC debe aprobar los proyectos para la aplicación de los fondos de FITEL⁷⁷.

Al respecto, cabe mencionar que el Plan Nacional de Telecomunicaciones es el documento que contiene los planes técnicos fundamentales que, vinculados con el principio de integración de redes, sistemas y

servicios, establecen las pautas y lineamientos técnicos básicos para asegurar la integración e implementación de los servicios de telecomunicaciones a nivel nacional⁷⁸.

De otro lado, el Reglamento de Organización y Funciones del MTC dispone que éste tiene como objetivo promover el desarrollo sostenible de los servicios de comunicaciones y el acceso universal a los mismos⁷⁹. En efecto, el MTC, a través de la Secretaría de Comunicaciones del Viceministerio de Comunicaciones, propone y evalúa las políticas que procuren la promoción del desarrollo sostenible de los servicios de comunicaciones y el acceso universal a fin de mejorar la calidad de vida de las personas⁸⁰.

Entre las funciones de dicha Secretaría se encuentran las de diseñar, evaluar y dar seguimiento a las políticas para el desarrollo del Subsector Comunicaciones, así como coordinar los lineamientos de política y actividades con los organismos públicos descentralizados⁸¹, lo que significa que en el marco de las políticas establecidas por el MTC es que el OSIPTEL aprueba las normas que regulan el funcionamiento del FITEL⁸².

3. Procedimiento para financiamiento de proyectos: aspectos operativos

3.1. Presentación de proyectos

En la elaboración de los proyectos de telecomunicaciones rurales participa no sólo el OSIPTEL, sino cualquiera que tenga un interés general (población, gobiernos locales, organismos no gubernamentales, operadores, proveedores, inversionistas privados en general y otras personas naturales o jurídicas, públicas o privadas), quienes tienen iniciativa para requerir el financiamiento de FITEL⁸³.

Las modalidades por las que se ejerce el derecho de iniciativa en la presentación de proyectos son: las solicitudes individuales o grupales de poblaciones para

⁷⁴ Al respecto, ver el artículo 11 del Reglamento de OSIPTEL.

⁷⁵ Plan Estratégico Institucional 2005-2009. Lima: OSIPTEL. 2004. El documento se encuentra disponible en: <http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=T&IDBase=3297&P=%2FOsiptelDocs%2FGPR%2FSOBRE%5FOsIPTEL%2FFILES%2Fplan%5Festrategico%5F2004%5F2009%2Epdf>. (28 de diciembre de 2005).

⁷⁶ Al respecto, ver los numerales 1 y 7 del artículo 75 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.

⁷⁷ Al respecto, ver el artículo 12 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones y artículo 60 del Reglamento de OSIPTEL.

⁷⁸ Al respecto, ver el artículo 20 del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones. Con propósitos análogos fueron dictados el Plan Técnico Fundamental de Numeración y el Plan Técnico Fundamental de Señalización.

⁷⁹ Al respecto, ver el artículo 4 del Reglamento de Organización y Funciones del MTC, aprobado por Decreto Supremo 041-2002-MTC de 24 de agosto de 2002.

⁸⁰ Al respecto, ver el artículo 77 del Reglamento de Organización y Funciones del MTC.

⁸¹ Al respecto, ver el artículo 77 del Reglamento de Organización y Funciones del MTC.

⁸² Al respecto, ver el artículo 247 del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

⁸³ Al respecto, ver el artículo 19 del Reglamento del FITEL.

la provisión de un servicio de telecomunicaciones, proyectos pilotos y proyectos de telecomunicaciones⁸⁴.

Las **solicitudes de servicios de telecomunicaciones** tienen la finalidad de que cualquier persona pueda solicitar a OSIPTEL la instalación de un teléfono, una cabina de Internet u otros servicios para su centro poblado, de tal modo que se atiende los requerimientos de la población sin necesidad de presentar un proyecto⁸⁵.

Conjuntamente con las solicitudes mencionadas, deben presentarse encuestas respondidas por: i) autoridades locales de los centros poblados principales; ii) hogares, en una proporción no menor al 20% de los hogares de la localidad para la cual se solicita el servicio; y, iii) negocios, en una proporción no menor al 50% de los negocios de la localidad para la cual se solicita el servicio⁸⁶.

Las solicitudes de servicios de telecomunicaciones pueden ser atendidas directamente por la Gerencia de FITEL quien las evalúa y, en el caso que corresponda, elabora un proyecto de telecomunicaciones; o, de lo contrario, clasifica y selecciona las solicitudes presentadas a fin de incluirlas en proyectos de mayor alcance⁸⁷.

Los **proyectos pilotos de telecomunicaciones** son proyectos a pequeña escala de implantación de servicios de telecomunicaciones y tecnología de información que tienen un impacto social sobre la población beneficiaria. Pueden ser implementados en las áreas de educación, salud, agricultura, economía y otras que contribuyan al desarrollo de las localidades⁸⁸. Al ser proyectos de prueba, los montos de financiamiento son reducidos y están destinados fundamentalmente a demostrar la viabilidad del uso de nuevas tecnologías en los pueblos rurales y lugares de preferente interés social a fin de ampliar su escala de aplicación⁸⁹.

Con relación a los **proyectos de telecomunicaciones**, se requiere: i) las encuestas según el texto contenido en el Anexo 1 del Reglamento de FITEL; ii) los requisitos

exigidos en los artículos 38, 47 y 49 del mismo Reglamento, según sea el caso; y, iii) la evaluación de dichos proyectos de acuerdo al criterio del mayor valor actual neto económico (VANE) por unidad monetaria solicitada al FITEL⁹⁰.

Posteriormente, el OSIPTEL seleccionará y priorizará las solicitudes, proyectos piloto y proyectos de telecomunicaciones a fin de someterlos a la aprobación del MTC⁹¹.

Es necesario tomar nota respecto a que, recientemente, se ha normado el supuesto en que los concesionarios presenten al OSIPTEL proyectos para brindar servicios finales a zonas rurales, solicitando para su financiamiento sus propios aportes correspondientes al pago del derecho especial al FITEL⁹².

En tal caso, las operadoras que pueden presentar proyectos de telecomunicaciones deberán: i) tener la calidad de empresa concesionaria de algún servicio público final o, de ser el caso, contar con el registro para prestar servicios de valor añadido; y, ii) haber cumplido con las obligaciones de presentar declaración jurada del aporte por regulación a OSIPTEL y del derecho especial de FITEL, el pago de ambos conceptos, además del pago de las multas administrativas y tributarias cuya resolución haya causado estado, salvo que se encuentren en sede judicial⁹³.

3.2. Designación del operador

El OSIPTEL, en su calidad de entidad pública no financiera, se encuentra obligado a aplicar el *Ciclo del Proyecto*, a cargo del Sistema Nacional de Inversión Pública (en adelante, SNIP)⁹⁴ para el financiamiento de proyectos que utilizan los recursos de FITEL. Ello, en cuanto se trata de ejecutar proyectos de inversión pública con fondos que son considerados recursos públicos⁹⁵, tal como sucede también en el modelo de financiamiento venezolano.

⁸⁴ Al respecto, ver el artículo 21 del Reglamento del FITEL.

⁸⁵ Al respecto, ver: <http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=P&P=2683>. (5 de agosto de 2005).

⁸⁶ Al respecto, ver el artículo 21 del Reglamento del FITEL. Es importante tener presente que la consignación de las necesidades de la población, a través de su imposición como uno de los requisitos para la búsqueda del financiamiento, denota la preocupación porque las prestaciones suministradas sean acordes con las necesidades de la población y confirma que el carácter evolutivo y dinámico están presentes en el servicio universal.

⁸⁷ Al respecto, ver el artículo 22 del Reglamento del FITEL.

⁸⁸ Al respecto, ver el artículo 23 del Reglamento del FITEL.

⁸⁹ Al respecto, ver: <http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=P&P=2683>. (5 de agosto de 2005).

⁹⁰ Al respecto, ver el artículo 27 del Reglamento del FITEL.

⁹¹ Al respecto, ver el artículo 28 del Reglamento del FITEL.

⁹² Al respecto, ver el artículo 246-A del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones y la Resolución 025-2005-CD/OSIPTEL, Normas Complementarias al Reglamento del FITEL, de 19 de mayo de 2005.

⁹³ Al respecto, ver el artículo 3 de la Resolución 025-2005-CD/OSIPTEL, Normas Complementarias al Reglamento del FITEL de 19 de mayo de 2005.

⁹⁴ Al respecto, ver el artículo 1 de la Ley 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública de 28 de junio de 2000.

⁹⁵ Al respecto, ver el artículo 2.2. del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública aprobado por Decreto Supremo 157-2002-EF, de 4 de octubre de 2002.

De este modo, corresponde que el procedimiento seguido para la ejecución de los proyectos de telecomunicaciones rurales financiados por el OSIPTEL observe las fases de los proyectos de inversión pública: preinversión (elaboración del perfil, del estudio de prefactibilidad y del estudio de factibilidad), inversión (elaboración del expediente técnico detallado y la ejecución del proyecto) y post-inversión (proceso de control y evaluación *ex post*)⁹⁶. En tal sentido, el SNIP deberá aprobar el perfil del proyecto, el estudio de prefactibilidad del proyecto, el estudio de factibilidad del proyecto y la solicitud de subsidio del proyecto.

Luego, OSIPTEL, contando con la aprobación del MTC, encauza el proyecto por la modalidad de adjudicación de fondos que corresponda a fin que el proyecto prosiga con el proceso de inversión.

Posteriormente, los requerimientos de financiamiento serán atendidos a través de los mecanismos de adjudicación de fondos: i) concurso público de ofertas; ii) concurso por invitación; y, iii) adjudicación directa⁹⁷.

El **concurso público de ofertas** se lleva a cabo en los casos en que el monto de financiamiento referencial establecido para el proyecto a ser adjudicado es superior a un millón de dólares⁹⁸.

La decisión sobre la oferta más conveniente será tomada sobre la base de los siguientes criterios de evaluación: el número de servicios ofrecidos, la calidad de los servicios ofrecidos, la cobertura de los servicios ofrecidos, el cronograma de instalación y operación, la tarifa propuesta, el menor monto de financiamiento o subsidio solicitado (el subsidio mínimo) y otros que OSIPTEL considere en cada caso específico⁹⁹.

El concurso público de ofertas será declarado desierto si no se presentan postores o si ninguna de los postores aprueba la evaluación especificada en las bases, en tal caso, OSIPTEL puede convocar de inmediato a nuevo concurso público de ofertas o a un concurso por invitación, modificando o no las bases¹⁰⁰.

El **concurso por invitación** es la modalidad por la cual se adjudica fondos en caso que el monto referencial de financiamiento sea igual o menor a un millón de dólares o cuando se haya declarado desierto un concurso público de ofertas, caso en el que el monto del financiamiento solicitado en el concurso público de ofertas no se modifica¹⁰¹.

La **adjudicación directa** se llevará a cabo cuando se trate de proyectos piloto y el monto referencial de los mismos no sea mayor a setenta y cinco mil dólares para capacitación, gestión y otros servicios y no mayor a doscientos veinte mil dólares para bienes, equipos e infraestructura¹⁰².

Designado el operador bajo la modalidad correspondiente, se procede a la negociación y tramitación del contrato de financiamiento¹⁰³ de acuerdo al mismo se realizará el desembolso de los fondos y las amortizaciones correspondientes¹⁰⁴.

La supervisión de los proyectos financiados con los recursos del FITEL está a cargo del OSIPTEL¹⁰⁵ y se encuentra comprendida por: la supervisión de los equipos, materiales e instalación y otras actividades programadas, de acuerdo con el contrato o convenio de financiamiento; la supervisión de la operación y mantenimiento; la supervisión financiera y legal; entre otros¹⁰⁶.

Cabe precisar que, para el supuesto en que las concesionarias presenten proyectos de telecomunicaciones solicitando para su financiamiento los aportes FITEL efectuados por las mismas concesionarias, el mecanismo utilizado será el de adjudicación directa y en ningún caso la asignación excederá del monto aportado por el concesionario solicitante al FITEL a la fecha de la solicitud¹⁰⁷.

El procedimiento de aprobación de proyectos establecido para este caso será evaluado por la Gerencia de FITEL quien realizará un informe al respecto, luego de lo cual, el Consejo Directivo del OSIPTEL se pronunciará sobre la aprobación, desaprobación, reevaluación o reformulación del mismo¹⁰⁸.

⁹⁶ Al respecto, ver el artículo 6 del Reglamento de la Ley del SNIP.

⁹⁷ Al respecto, ver el artículo 33 del Reglamento del FITEL.

⁹⁸ Al respecto, ver el artículo 34 del Reglamento del FITEL.

⁹⁹ Al respecto, ver el artículo 39 del Reglamento del FITEL.

¹⁰⁰ Al respecto, ver el artículo 43 del Reglamento del FITEL.

¹⁰¹ Al respecto, ver el artículo 45 del Reglamento del FITEL.

¹⁰² Al respecto, ver el artículo 48 del Reglamento del FITEL.

¹⁰³ Al respecto, ver el artículo 53 del Reglamento del FITEL.

¹⁰⁴ Al respecto, ver el artículo 58 del Reglamento del FITEL.

¹⁰⁵ Al respecto, ver el artículo 64 del Reglamento del FITEL.

¹⁰⁶ Al respecto, ver el artículo 64 del Reglamento del FITEL.

¹⁰⁷ Al respecto, ver el artículo 246-A del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

¹⁰⁸ Al respecto, ver el artículo 9 de la Resolución 025-2005-CD/OSIPTEL. La norma hace referencia a los criterios a ser tomados en cuenta para la evaluación de los proyectos.

3.3. Financiamiento de proyectos

Los recursos del FITEL consisten en: i) el derecho especial que los operadores de servicios portadores en general y de servicios finales públicos destinen al FITEL; ii) los que provengan de otros derechos, tasas, impuestos o tributos establecidos conforme a ley; iii) el monto de las multas impuestas por OSIPTEL; iv) las asignaciones que se canalicen a través del Tesoro Público; v) los ingresos financieros que generen los recursos del FITEL; vi) los créditos de fuente interna o externa; y, vii) los aportes, asignaciones, donaciones, legados o transferencias por cualquier título provenientes de personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras¹⁰⁹.

El derecho especial mencionado consiste, al igual que en Venezuela, en un porcentaje –el uno por ciento (1 %)– del monto total de la facturación anual de los operadores de servicios portadores en general y de servicios finales públicos que se deriva de la explotación de la concesión otorgada por el Estado para la prestación de tales servicios¹¹⁰. El incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el pago del derecho especial al FITEL está sujeto a sanciones tributarias específicas¹¹¹.

Con dichos recursos, el FITEL se constituye en el fondo por el cual se promueve y se financia la provisión del servicio universal¹¹², en estricto, sus recursos deben destinarse **exclusivamente** para el financiamiento de servicios de telecomunicaciones en áreas rurales o en lugares considerados de preferente interés social¹¹³.

Asimismo, tales recursos pueden servir también para lo que se ha denominado “operaciones comunes”, las cuales consisten en: i) contratar la ejecución de estudios, consultorías y asesorías estrictamente relacionados con el desarrollo de las telecomunicaciones en áreas rurales o lugares considerados de preferente interés social; y, ii) adquirir, gravar y enajenar toda clase de bienes relacionados con el desarrollo de las telecomunicaciones en áreas rurales o considerados de preferente interés social.

Cabe resaltar el énfasis puesto por el legislador en el aspecto de exclusividad en el manejo de los recursos del FITEL, lo cual confirma la naturaleza del fondo orientada únicamente a sus fines de promover el mayor acceso de la población en áreas rurales y lugares de preferente interés social a los servicios de telecomunicaciones sin que siquiera el mismo OSIPTEL pueda desvirtuar ello¹¹⁴.

Con relación al modelo de financiamiento del servicio universal en el Perú, hemos sostenido en otro trabajo que éste parece ser una vía adecuada para evitar que el servicio universal pueda constituirse en un desequilibrio del mercado, riesgo que acarrea el servicio universal en el ámbito comunitario, donde los operadores son quienes asumen los costos de su prestación lo cual obliga a la búsqueda de un equilibrio difícil entre la garantía del servicio universal y la neutralidad respecto del libre desenvolvimiento del mercado¹¹⁵. Por la misma razón, no extraña que al remitirse al financiamiento del FITEL se haga alusión a «un subsidio claro y transparente»¹¹⁶.

La calificación de “subsidio” viene dada porque, si bien, en nuestro ordenamiento, el financiamiento con cargo a los recursos del FITEL puede ser no reembolsable o reembolsable –según los casos en que la evaluación del proyecto resulte en un valor actual neto negativo o no, respectivamente¹¹⁷–, hasta el momento ésta ha sido de carácter no reembolsable, lo cual significa en términos económicos un subsidio.

Es importante resaltar que entre los objetivos del FITEL se encuentra la asignación eficiente de sus recursos¹¹⁸. El carácter de **eficiencia** en la utilización de los mismos se evidencia en una política de otorgamiento de subsidios parciales¹¹⁹, la misma que “si bien podría implicar probablemente un mayor costo para el proyecto desde el punto de vista de los operadores, desde la perspectiva de la administración, disminuye considerablemente el riesgo de incumplimientos en la ejecución del proyecto. Por otro lado, las entregas

¹⁰⁹ Al respecto, ver el artículo 61 del Reglamento de OSIPTEL. Sobre las actividades relacionadas a la creación e incremento de los ingresos financieros que generen los recursos del FITEL, ver el artículo 13 del Reglamento de FITEL. Por otro lado, en relación con las operaciones habilitadas para ser efectuadas con los recursos del FITEL, ver el artículo 62 del Reglamento de OSIPTEL.

¹¹⁰ Al respecto, ver el artículo 12 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones y el artículo 245 del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

¹¹¹ Al respecto, ver el artículo 67 del Reglamento de OSIPTEL.

¹¹² Al respecto, ver el numeral 77 de los Lineamientos de Apertura.

¹¹³ Al respecto, ver el artículo 12 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones y artículo 60 del Reglamento de OSIPTEL.

¹¹⁴ Al respecto, ver el apartado 3.2.3.A) en lo referido al control del uso de los recursos del FITEL.

¹¹⁵ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Op. Cit. p. 528.

¹¹⁶ Al respecto, ver la exposición de motivos de la Resolución 025-2005-CD/OSIPTEL.

¹¹⁷ Al respecto, ver el artículo 18 del Reglamento de FITEL.

¹¹⁸ Al respecto, ver el artículo 2 del Reglamento de FITEL.

¹¹⁹ Al respecto, BONIFAZ J. L. y BONIFAZ, L. A. Op. Cit. p. 264, consideran que “(...) se ha establecido que los desembolsos se realizarán 35% a la firma del contrato o como adelante (down payment), 25% una vez finalizadas las instalaciones y el restante 40% se desembolsaba en cuotas iguales durante los primeros cinco años de la operación”.

parciales del subsidio se constituyen en un permanente incentivo (por lo menos durante los primeros cinco años de su operación) para mantener en buenas condiciones el servicio en los centros poblados rurales¹²⁰”.

Otra manifestación de este tipo está relacionada con el mecanismo de asignación del financiamiento, “ejecutado a través de subastas competitivas por el mínimo subsidio, que permitía que el mercado corrigiera la estimación mediante las ofertas de los operadores e inversionistas, quienes supuestamente sí realizaban un cálculo más afinado del mismo”¹²¹.

Igualmente relevante es resaltar el aspecto **subsidiario** que reviste la actuación del FITEL de modo que el financiamiento deba aplicarse únicamente cuando la participación privada no sea posible, lo contrario, podría repercutir negativamente en la expansión de infraestructura a cargo de los operadores.

Finalmente, como hemos destacado, “el mecanismo del FITEL le viene permitiendo al OSIPTEL garantizar que en la prestación de los servicios de telecomunicaciones en zonas rurales concurren operadores que tengan en su esquema económico la posibilidad de obtener rentabilidad, lo que redundará a favor del empleo de mejores tecnologías y beneficia en mayor grado a aquellas zonas en las que presta servicios”¹²². Esto último es una expresión clara de que el propósito del financiamiento es lograr que dichos operadores desarrollen un proyecto sostenible en el largo plazo cuando ya no cuenten con el apoyo económico del FITEL.

4. La experiencia del FITEL¹²³

En este punto, nos remitimos a la expedición de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú¹²⁴, fecha en que se consideró como una meta de acceso universal razonable para el período 1999-2003 la instalación de teléfonos públicos en 5000 centros poblados rurales sin servicio, con capacidad para transmitir voz, *faxes* y datos a baja velocidad y emitir llamadas libres de pago a los servicios de emergencia¹²⁵.

En efecto, se trató de un objetivo específico centrado en la ampliación de la infraestructura de telecomunicaciones mediante la instalación de teléfonos públicos. Tal objetivo fue alcanzado con la ejecución del Proyecto Piloto Frontera Norte y el Programa de Proyectos de Telecomunicaciones Rurales (PPR), mediante el cual se conectó a la red pública nacional e internacional a nuevos centros poblados rurales que no tenían acceso a las telecomunicaciones¹²⁶.

Básicamente, el Proyecto Piloto Frontera Norte (FITEL I) fue el primer proyecto de telefonía pública desarrollado por el FITEL y, como tal, tuvo el objetivo de resolver los posibles inconvenientes que se podían presentar al licitar proyectos de mayor envergadura, evitando que se vuelvan a presentar.

Por su parte, el PPR (Centro Sur, Selva Norte y Sur-FITEL II y Centro Norte, Centro Oriente y Norte-FITEL III) estuvo integrado por un conjunto de seis proyectos a nivel nacional para la prestación del servicio de telefonía pública con capacidad de transmisión de voz y datos a baja velocidad (acceso a envío y recepción de correos electrónicos), teniendo acceso a llamadas locales, nacionales e internacionales.

Ambos proyectos corresponden a una primera etapa en la estrategia de desarrollo de las telecomunicaciones rurales implementadas por FITEL. Esta primera etapa se basó en la provisión del acceso básico a los servicios de telecomunicaciones, en concreto, la reducción de la distancia al teléfono público más cercano a menos de cinco kilómetros para otras localidades rurales cercanas.

Posteriormente, se consideró necesario incrementar la teledensidad de acceso a teléfonos públicos como parte de una segunda etapa en la estrategia de proyectos de telecomunicaciones rurales, debido a que se comprobó la existencia de una gran demanda insatisfecha de acceso a teléfonos públicos en pueblos que ya contaban con el servicio y la necesidad de pueblos que no habían sido considerados dentro del ámbito de aplicación del PPR y que se encontraban a distancias mayores a los cinco kilómetros del teléfono más cercano.

¹²⁰ *Ibidem*. Los mencionados autores precisan que “dicha política de otorgamiento de subsidios surgió de la revisión de la experiencia de los primeros proyectos del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones de Chile, en los cuales la Subtel entregaba el monto total del subsidio a los adjudicatarios a la sola construcción de la red, enfrentando, en algunos casos, retrasos en el inicio de la construcción de los proyectos, debido a que los operadores tenían que financiar el proceso de adquisición por un periodo de tiempo prolongado”.

¹²¹ *Ibid.* pp. 264-265.

¹²² ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Op. Cit. pp. 528-529.

¹²³ Las referencias para el desarrollo de este tema han sido tomadas de las siguientes páginas: <http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=P&P=2674> y <http://www.fitel.gob.pe>. (5 de agosto de 2005).

¹²⁴ Aprobado por el Decreto Supremo 020-98-MTC de 5 de agosto de 1998.

¹²⁵ Al respecto, ver el numeral 76 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones del Perú.

¹²⁶ Al respecto, ver el numeral 3 de la exposición de motivos del Reglamento de FTEL.

En tal virtud, se planteó la ejecución del Proyecto de Incremento de la Penetración de Teléfonos Públicos Comunitarios en el interior del país (FITEL IV) que tiene el objetivo de complementar el trabajo desarrollado en el PPR, en el sentido de reducir cada vez más la distancia del poblador rural al teléfono más cercano, considerándose conveniente, como primera meta, lograr una penetración en áreas rurales de al menos un teléfono público por cada 500 habitantes, objetivo acorde con el de otros países latinoamericanos¹²⁷.

Asimismo, dentro de esta segunda etapa estuvo prevista la masificación del acceso a Internet a través de cabinas en todas las capitales del distrito del país¹²⁸ con incidencia en los programas de capacitación y promoción del desarrollo de contenidos locales. De esta manera, se dio paso al Proyecto de acceso a Internet en las Capitales de Distrito del Perú, el cual tiene como propósito que los pobladores puedan satisfacer sus necesidades de comunicación e información y descubran las potencialidades de Internet para aplicarlas en sus actividades económicas, sociales y culturales.

Sin embargo, el Reglamento del FITEL también ofrece la posibilidad de ejecutar proyectos pilotos con el fin de ganar experiencia en la implementación de otros servicios, "es así como se pretende incorporar mecanismos para dar servicios de telecomunicaciones con mayor valor agregado, así como mecanismos de gestión alternativos a los de una operadora de telecomunicaciones, como puede ser la autogestión de los servicios de telecomunicaciones por los propios beneficiarios o aplicar los servicios de telecomunicaciones a los sectores de educación, salud y agricultura"¹²⁹.

De este modo, adicionalmente a los proyectos señalados, el FITEL optó por financiar Proyectos Piloto en telecomunicaciones rurales, los cuales se caracterizan básicamente por ser ensayos a pequeña escala de la implementación de Tecnologías de la Información y Comunicación (en adelante, TICS) con resultados de impacto social en relación a la población beneficiada. Entre ellos:

- El Proyecto Piloto Sistema de Comunicaciones para Establecimientos Rurales de Salud (EHAS) consiste en la implementación de un sistema de comunicación y acceso a información para el personal público sanitario en 40 establecimientos de salud rurales de la Provincia del Alto Amazonas (Loreto).
- El Proyecto Piloto Sistema de Información para el Desarrollo Rural consiste en la implementación de centros de información rurales (infocentros) en seis localidades de la Provincia de Cajamarca, los que contarán con un sistema de información rural diseñado para pequeños productores y autoridades locales, que integre al mismo tiempo servicios de información no convencionales, servicios bibliotecarios tradicionales, rescate del conocimiento campesino y nuevas tecnologías de la información con el fin de tener un acceso rápido a la información que les permita elevar su capacidad productiva y el nivel de gestión.
- El Proyecto Piloto Información Agraria vía Internet para Agricultores de la Junta de Usuarios del Valle del Río Chancay-Huaral consiste en la implementación de un sistema de información agraria, utilizando como base organizativa a las Comisiones de Regantes integrantes de la Junta de Usuarios del Distrito de Riego del Chancay-Huaral.

Podemos apreciar que los proyectos pilotos se presentan como nuevos mecanismos de intervención para brindar servicios de telecomunicaciones con un mayor valor agregado. Es importante resaltar la implementación de dichos proyectos en sectores como la educación, la salud y la agricultura de forma que se contribuye a la inclusión de las áreas rurales y de preferente interés social de manera integral.

Asimismo, cabe destacar que la implementación de las TICS en estos espacios se presenta como la posibilidad de contar con herramientas que permiten alcanzar soluciones a problemas concretos en el ámbito de desarrollo rural, haciendo posible el manejo de la información, su organización y la comunicación, de

¹²⁷ Se precisa lo siguiente: "por ejemplo, en Colombia, se está estableciendo una obligación a los operadores que se adjudiquen licitaciones rurales de instalar en cada pueblo al menos 2 teléfonos públicos por cada 1,000 habitantes; en Brasil, dentro de su Plan General de Metas de Universalización de mayo de 1998, se estableció como una de las metas al 31 de diciembre del 2001 que todos los pueblos con más de 600 habitantes y sin servicio telefónico local debe tener al menos 1 teléfono público instalado, aumentando dicha cobertura a localidades con más de 300 habitantes antes del 31 de diciembre de 2003". Al respecto, ver www.fitel.gob.pe/contenido.php?ID=32. (5 de agosto de 2005)

¹²⁸ En cuanto a la consideración del acceso a Internet como parte de la prestación del servicio universal, tenemos advertido el vertiginoso desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y el hecho que, a la fecha, la meta prevista en los Lineamientos de Apertura (5000 pueblos rurales) había sido alcanzada, se convino en superar la concepción de servicio universal restringida al acceso básico a la telefonía, por lo que el Reglamento de FITEL incluyó entre sus objetivos el acceso a Internet, objetivo que no se encontraba previsto en el anterior reglamento. Hacemos referencia al Reglamento General de Administración y Funcionamiento del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones - FITEL, aprobado por Resolución 013-98-CD/OSIPTEL de 13 de setiembre de 1998.

¹²⁹ Al respecto, ver el numeral 3 de la exposición de motivos del Reglamento de FITEL.

manera que ello constituya una base para una mejor toma de decisiones, ampliando las posibilidades de desarrollo¹³⁰.

En concordancia con lo anterior, resulta necesario referirse a los Lineamientos de Políticas para promover un mayor acceso a los Servicios de Telecomunicaciones en áreas rurales y lugares de preferente interés social¹³¹ que impusieron como objetivo “acelerar la incorporación, en condiciones de equidad, de las poblaciones de las áreas rurales y de preferente interés social, a las oportunidades que ofrecen las tecnologías de la información y comunicación (TICS), promoviendo su integración a la red pública de telecomunicaciones”¹³².

5. A modo de conclusión

Llegados a este punto, resulta paradójico señalar que en sus orígenes, el servicio universal apuntaba no tanto a extender el servicio a todos los ciudadanos, sino simplemente a superar el obstáculo de la falta de interconexión entre las redes consiguiendo de este modo que todos los usuarios se puedan comunicar entre ellos.

Sin embargo, debe destacarse que la idea de “extensión del servicio” fue precisamente la que se incorporó como núcleo de la actual noción de servicio universal y ha servido como eje central para diseñar un mecanismo cuyo principal objetivo es poner a disposición de determinados sectores de la población servicios de telecomunicaciones a precios que sean asequibles y en zonas geográficas en las que no se había extendido la cobertura de los mismos.

Frente a la experiencia de los países de la Unión Europea y de los de la región latinoamericana, la implementación del servicio universal en el Perú es más próxima a la de sus vecinos ya que ha buscado concretar un modelo sobre la base de un fondo de aporte común a todos los operadores cuya gestión ha encargado al regulador del sector.

Es de esta forma que el FITEL, como modelo de financiamiento del servicio universal, es un mecanismo que ha venido haciendo posible que en el Perú se implementen servicios de telecomunicaciones en zonas rurales y de preferente interés social.

La implementación del servicio universal a través de diversos proyectos y sobre la base del otorgamiento de subsidios a operadores privados ha permitido extender los servicios básicos de telecomunicaciones en zonas geográficas en las que el mercado no se había proyectado por falta de rentabilidad económica y por la presencia de núcleos de población con escasos recursos.

Si bien los esfuerzos del OSIPTEL hacia una eficiente asignación de los recursos del FITEL se han traducido en la inclusión de importantes sectores de la población en el acceso de servicios de telecomunicaciones, aún hay poblaciones cuya demanda se encuentra insatisfecha que obligan a plantear vías de asignación pronta y eficiente de los recursos del fondo así como alternativas que propicien la inversión de los operadores preexistentes y que signifiquen efectivo un aporte al desarrollo de las políticas de acceso universal de nuestro país.

Diego Zegarra Valdivia
Guelly Solar y Alberto Cairampoma

¹³⁰ BOSSIO, J. F., LOPEZ, J., SARAVIA, M., y P. WOLF. “Desarrollo rural y tecnologías de información y comunicación. Experiencias en el Perú: Lecciones aprendidas y recomendaciones”. Lima: GTZ, ITDG, MINAG-DGIA. 2005. p. 3.

¹³¹ Aprobados por el Decreto Supremo 049-2003-MTC, de 17 agosto de 2001.

¹³² Al respecto, ver los Lineamientos de Políticas para promover un mayor acceso a los Servicios de Telecomunicaciones en áreas rurales y lugares de preferente interés social.

LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y SUS APLICACIONES PRÁCTICAS

Juan Carlos Morón Urbina*

Toda norma que rige el ordenamiento jurídico de un país se encuentra bajo la inspiración de uno o más principios del Derecho. De esta manera, los principios muchas veces sirven como fuente de interpretación de las leyes, en otros casos gozan de una función integradora del ordenamiento cuando nos encontramos frente a “lagunas jurídicas” o también como criterios rectores de los operadores jurídicos.

El autor del presente artículo identifica los siguientes principios como ejes rectores del Derecho Administrativo: principio de moralidad, de libre competencia, imparcialidad, eficiencia, economía, transparencia, vigencia tecnológica y trato justo. De esta manera, contrasta la retórica teórica de los principios y la practicidad cotidiana de los mismos, bajo la aplicación en los procesos de selección estatal.

* Profesor de Derecho Administrativo y en los Postítulos de Derecho Público, Contratación Estatal y Procesos Constitucionales en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del Diplomado Gestión Estratégica de las Contrataciones y Adquisiciones Públicas en la Universidad de Lima.

1. ¿POR QUÉ EXPLICITAR LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA?

“A desatencao ao principio implica ofensa bao apenas a un específico mandamento obrigatorio, mas a todo o sistema de comandos. Por conseguinte, (...) o desrespeito a un principio constitui a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme a natureza do principio que se violou”¹.

Para el ordenamiento jurídico administrativo, la incorporación positiva de principios² entraña el reconocimiento de postulados medulares y rectores dirigidos a servir de guías para la acción administrativa. Aportados por la dogmática, los principios son asumidos positivamente por el legislador como la fórmula ineludible de explicitar los valores sociales, éticos y políticos fundantes de un conjunto de normas (en este caso de la contratación estatal) que, como estándares permanentes, deben ser concretados mediante la acción específica de los administrados (interesados, postores y contratistas y administradores, responsables de las áreas usuarios y de logística, integrantes del comité, máximas autoridades administrativas y responsables de la ejecución del contrato).

Las normas jurídicas que declaran los principios de la contratación administrativa poseen dos características que las diferencian de las demás normas sobre la contratación administrativa: La preeminencia valorativa sobre las demás normas del ordenamiento y su dinamismo potencial para ser aplicados a un sinnúmero de situaciones distintas.

Si bien los principios son normas (como las procedimentales o sustantivas) que están dirigidas a los operadores de la contratación administrativa, a diferencia de las demás reglas, poseen una preeminencia valorativa respecto de aquellas en la medida que sirven de su referente necesario para dotarlas de contenido y señalarle sus contornos. De ahí que la inobservancia a un principio de la contratación administrativa debe ser considerada como más grave que el incumplimiento de cualquier otra norma sustantiva o procedimental de la contratación estatal, ya que el infractor no sólo viola una regla jurídica, sino también uno de los valores que subyacen a todo el régimen jurídico de la materia.

Por otro lado, las normas que asumen los principios de la contratación administrativa poseen un alto nivel de abstracción y generalidad a diferencia de las otras reglas de la materia que son circunscritas a determinados presupuestos de hecho. En virtud de esta abstracción y generalidad elevada, los principios poseen un dinamismo potencial que les permite ser aplicables en cualquier momento de la contratación estatal (previo al proceso de selección, al procedimiento de selección mismo, a la ejecución contractual, y hasta su liquidación) e, incluso, no sólo respecto a la realidad prevista por el legislador, sino también a cualquier realidad futura que pueda presentarse en la contratación administrativa.

2. LAS FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

El artículo 3 *in fine* del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 083-2004-PCM (en adelante, “TUO”) establece, respecto a la función de los principios, lo siguiente:

“Los principios señalados tienen como finalidad garantizar que las Entidades del Sector Público obtengan bienes, servicios y obras de calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados; y servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de la presente Ley y el Reglamento, como parámetros para la actuación de los funcionarios y dependencias responsables, y para suplir los vacíos en la presente Ley y en el Reglamento”.

Conforme a esta prescripción legal, los principios tienen las siguientes funciones:

- i. Función teleológica general.
- ii. Función interpretativa del ordenamiento sobre la materia.
- iii. Función integradora respecto a los vacíos del ordenamiento sobre la materia.
- iv. Función orientadora para los funcionarios y dependencias responsables.

¹ ABREU DALLARI, Adilson. “Aspectos Jurídicos da Licitacao”. Sao Paulo: Editorial Saraiva. p.3.

² La incorporación positiva de principios no se debe a la libertad de configuración del legislador, sino que en algunos casos provienen de compromisos supranacionales suscritos por el Perú que le hacen exigible desarrollar algunos principios específicos. Es el caso de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que hace que Perú como Estado-parte haya asumido el compromiso de aplicar sistemas institucionales destinados a crear, mantener y fortalecer, entre otras medidas preventivas, las de “Sistema de contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia en tales sistemas”. Artículo III, numeral 5.

Por la primera función, los valores que los principios constituyen un *standard* instrumental respecto a lo que debe ser la finalidad de las normas, procesos, reglas y actuaciones de los postores y las entidades: obtener bienes, servicios u obras de calidad requerida, en forma oportuna y a precios adecuados. Aun cuando consideramos que esta función corresponde más bien a toda la regulación del sistema de contrataciones estatales y no sólo de los principios, importa destacar que la regulación de esta actividad tiene como objetivo no el cumplimiento de procedimientos formales, ni la búsqueda del menor gasto *per se*, sino que las necesidades de bienes, servicios u obras de las entidades sean cubiertas en términos de calidad, oportunidad y razonabilidad de costos.

Los principios de la contratación administrativa son los elementos que el legislador ha considerado básicos para encauzar, por un lado, los actos de los interesados, postores, adjudicatarios y contratistas del Estado y, por el otro, de las entidades públicas licitantes y contratantes. Pero no se trata de una orientación meramente indicativa, sino de verdaderos límites a la discrecionalidad de la Administración y a la libertad de actuación de los particulares dentro de las relaciones *pre* y *post* contractuales, de modo que permiten el control concurrente o posterior sobre su corrección, a través de la adecuación a los principios.

Los principios sirven a las autoridades administrativas, administrados, y demás agentes que deban interpretar la norma (por ejemplo, jueces en el proceso contencioso administrativo o árbitros, según el caso) para que en función de ellos puedan resolver los problemas hermenéuticos en la aplicación de los preceptos de la relación *pre* y *post* contractual.

De otro lado, los principios también sirven a las autoridades, administrados y demás, para cubrir los vacíos que la normativa tenga, de modo que pueda crearse a partir de los principios un criterio jurídico para la resolución del caso en concreto.

Finalmente, y acaso sea su función más importante, cada uno de los principios sirve como parámetro para

medir la corrección de la actuación llevada a cabo por las autoridades administrativas a cargo de los procesos de selección o de su ejecución y conclusión³.

Los principios aplicables a todos los momentos de la contratación administrativa⁴ que han sido declarados por el TUO son los de Moralidad, Libre Competencia, Imparcialidad, Eficiencia, Transparencia, Economía, Vigencia Tecnológica, Trato Justo e Igualitario^{5 6}.

3. EL PRINCIPIO DE MORALIDAD

Desde siempre, la moralidad fue considerada como un principio de la actuación administrativa del que fueron escindiéndose otros principios posteriores como la imparcialidad, la transparencia, publicidad, y la justicia, hasta quedarse como un referente basal importante para conectar la actuación concreta con los valores más básicos del quehacer ciudadano en la esfera de los intereses públicos. Modernamente, este principio sirve en dos sentidos para la contratación administrativa:

En primer lugar, para recordarnos permanentemente que no basta que la autoridad o los particulares den estricto cumplimiento a la legalidad formal, sino que también es necesario que las actuaciones satisfagan los valores fundantes de la moral y ética. En ningún caso, ni ante la ausencia de norma jurídica específica, la actuación administrativa o del postor puede colisionar con los valores superiores que derivan de la moralidad: Honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad. Con esta previsión principista, la moralidad se suma a la legalidad para controlar la discrecionalidad de la Administración, de modo que una conducta compatible con la ley pero inmoral, será inválida.

Para empezar, es necesario que quienes participan de cualquier forma en las fases de la contratación estatal (por ejemplo personal de las Áreas Usuarios o de las Áreas de Logística, en los Comités Especiales, quienes resuelven o informan en los recursos de apelación y revisión, así como quienes participan en la ejecución y liquidación contractual) deben atender los principios, deberes y prohibiciones conformes al Código de Ética de la Función Pública aprobado por la Ley 27815.

³ TUO. "Artículo 47.- De las responsabilidades y sanciones.- (...)

En los casos en que las normas establecen márgenes de discrecionalidad para la actuación del servidor o funcionario, éste deberá ejercerla de forma que sus decisiones estén acordes con los principios establecidos en el Artículo 3 de la presente Ley". (Subrayado y énfasis agregados).

⁴ Los principios señalados no son principios privativos de una fase de la contratación administrativa o algún tipo de procedimiento de selección. Son aplicables a todos los momentos de la contratación administrativa, inclusive al procedimiento de selección y, al interior de éste, a cualquiera de los procedimientos aplicables, incluso la adjudicación directa. Es más, aplican incluso a los procesos de selección realizados dentro del marco de convenios internacionales, conforme a lo dispuesto en la Tercera Disposición Complementaria del Reglamento del TUO.

⁵ Nuestro Tribunal Constitucional (STC 020-2003-AI/TC FFJJ 16) ha declarado que el artículo 76 de la Constitución Política del Estado sustenta los principios de eficiencia, transparencia, trato justo e igualitario, e imparcialidad.

⁶ La relación de principios señalada en la norma se complementa con otros principios, tales como los principios señalados en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que resultan aplicables a las actuaciones de los procedimientos de selección que son supuestos de procedimientos especiales.

A nuestro criterio, resultan aplicables específicamente a estos servidores, los siguientes principios: *Respeto* (por el que debe adecuar su conducta hacia el respeto de la Constitución y las Leyes, garantizando que en todas las fases del proceso de toma de decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten los derechos a la defensa y al debido procedimiento), *Probidad* (por el que deben actuar con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona), *Veracidad* (por el que debe expresarse con autenticidad en las relaciones funcionales con todos los miembros de su institución y con la ciudadanía, y contribuye al esclarecimiento de los hechos), y *Justicia y Equidad* (por el que debe tener una permanente disposición para el cumplimiento de sus funciones, otorgando a cada uno lo que le es debido, actuando con equidad en sus relaciones con el Estado, con el administrado, con sus superiores, con sus subordinados y con la ciudadanía en general).

En cuanto a los deberes y prohibiciones, la misma norma exige a los servidores públicos los siguientes: *Neutralidad* (actúa con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole en el desempeño de sus funciones, demostrando independencia a sus vinculaciones con personas, partidos políticos o instituciones), *Transparencia* (ejecutar los actos del servicio de manera transparente, ello implica que dichos actos tienen en principio carácter público y son accesibles al conocimiento de toda persona natural o jurídica. El servidor público debe brindar y facilitar información fidedigna, completa y oportuna), *Ejercicio Adecuado del Cargo* (con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones el servidor público no debe adoptar represalia de ningún tipo o ejercer coacción alguna contra otros servidores públicos u otras personas), *Responsabilidad* (todo servidor público debe desarrollar sus funciones a cabalidad y en forma integral, asumiendo con pleno respeto su *función pública*), *Prohibición de mantener Intereses en Conflicto* (mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo), *Obtener Ventajas Indevidas* (obtener o procurar beneficios o ventajas indevidas, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia).

En cuanto a las reglas propias de la contratación administrativa, apreciamos que son aplicaciones concretas del principio de moralidad: el establecimiento de prohibiciones e incompatibilidades para ser postores o contratista (TUO, artículo 9), los impedimentos para ser integrantes del Comité Especial (Reglamento,

artículo 46) y la obligatoriedad de suscribir los pactos de integridad entre los postores y la entidad establecidos por la NTC 700-06 de la Contraloría General de la República, por los cuales declaran conjuntamente que reconocen la importancia de aplicar los principios que rigen los procesos de selección, y confirman que no han ofrecido u otorgado, ni ofrecerán u otorgarán, ya sea directa o indirectamente a través de terceros, ningún pago o beneficio indebido o cualquier otra ventaja inadecuada, a funcionario público alguno, o a sus familiares o socios comerciales, a fin de obtener o mantener el contrato objeto de licitación, concurso o adjudicación.

Pero también el principio de moralidad sirve para, conjuntamente con estos valores de justicia, completar los silencios del legislador (producidos acaso conscientemente para evitarse incomodidades), integrar el ordenamiento con estándares derivados de la cláusula de moralidad de los actos públicos, tales como: la buena fe, la proscripción de cualquier modalidad de fraude a la ley, la imposibilidad de ir contra los actos propios, quebrantar la confianza legítima o tolerar el enriquecimiento de alguno de los contratantes sobre el otro.

Por la buena fe, los contratantes han de adoptar un comportamiento recíprocamente leal en todas las fases de constitución de las relaciones hasta el perfeccionamiento del acto que les dé vida y en las reacciones frente a los posibles defectos del contrato, en los derechos y deberes contractuales, al ejercer las facultades de resolución o nulidad del contrato, y al soportar los efectos de la extinción. Por ejemplo, actuaría contrariamente a la buena fe si la entidad introdujera a sus Bases o contratos una cláusula por la que el pago de la prestación estará condicionado a la recaudación fiscal o a la transferencia de fondos. Del mismo modo, si luego de transcurrir muchos meses y obtener al final del procedimiento impugnativo el reconocimiento del derecho a la buena pro, la entidad decidiera cancelar el proceso.

Otra de las consecuencias es la imposibilidad de ir contra los actos propios o la confianza legítima despertada en el contratante, que impone el deber de coherencia en el comportamiento propio del licitante y del postor o contratista. Habiendo quedado vinculada jurídicamente una de las partes por su declaración de voluntad objetiva, que a su vez ha propiciado en la otra un determinado comportamiento, tenemos que posteriormente no le será posible al primero adoptar un comportamiento contradictorio, dada la protección que la moral asegura a la confianza surgida en el segundo por el comportamiento ajeno. Por ejemplo, estaría la Administración actuando contra este principio si, en la ejecución del contrato, pretendiera adoptar

una decisión distinta a aquella que planteó al absolver una consulta, aunque hayan sido otras autoridades, o si, habiendo admitido una determinada interpretación sobre el cumplimiento del plazo contractual, posteriormente pretenda variarla para imputar el incumplimiento del contrato. Del mismo modo, si habiendo CONSUCODE integrado las Bases de un proceso indicando una variante específica, no puede el Tribunal del propio organismo cambiar de criterio y anular el proceso en vía de revisión del mismo mediante recurso administrativo.

La proscripción del enriquecimiento indebido de una de las partes respecto a la otra es también consecuencia indispensable de la consagración del principio de moralidad en la contratación estatal. Por ejemplo, si la entidad exigiera a los postores entregar determinadas muestras de los bienes que ofrece (uniformes, equipos, diseños, medicamentos) y pretendiera no devolverlos al final del proceso de selección; o si la entidad pretendiera beneficiarse sin reconocimiento económico con la ejecución de prestaciones llevadas a cabo por un contratista cuyo proceso de selección fue anulado posteriormente por algún vicio de formación.

A todas estas proyecciones del principio se refiere la normativa nacional cuando, de manera genérica aunque imprecisa, se refiere a que por este principio los actos administrativos (de las autoridades) y los actos jurídicos (de los interesados, postores, adjudicatarios y contratistas) deben caracterizarse por afirmarse en los valores de: i) Honradez; ii) Veracidad; iii) Intangibilidad; iv) Justicia; y, v) Probidad.

4. PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA O DE COMPETITIVIDAD

4.1. Contenido del principio de libre competencia

La configuración del principio de libre competencia en nuestro régimen de contrataciones estatales se encuentra referida a que las reglas de los procedimientos de selección deben fomentar una concurrencia amplia, objetiva e imparcial y la participación plural de postores potenciales. Como se puede apreciar, el principio vincula necesariamente a otros dos: tratamiento igualitario y eficiencia. Sin tratamiento igualitario no hay libre competencia, y sin competitividad difícilmente haya eficiencia en la adquisición o en los términos en que es realizada.

Este principio halla su proyección central en el momento en que la entidad define las condiciones de las Bases, los requerimientos técnicos mínimos del bien, servicio u obra a contratar, los factores de evaluación, el método de evaluación y calificación, pero, indudablemente, también guía la labor de su aclaración e interpretación, esto es, el proceso mismo de la selección y la resolución de cualquier controversia que de ellas se deriven. Por este principio, las reglas del proceso, su interpretación y aplicación impuestas por las entidades convocantes deben tener como objetivo:

- i. Fomentar una pluralidad de concurrentes al proceso, entendido como la estimulación al mayor número de posibles interesados al proceso, mediante acciones de difusión (publicación o invitación a pluralidad de postores) o que por cualquier otra razón (por ejemplo, el precio atractivo, la inexistencia de cargas u obligaciones costosas o irracionales), las Bases despierten la atención de los potenciales proveedores del Estado (factor numérico).
- ii. Promover que la concurrencia de postores tenga las características de amplitud, objetividad e imparcialidad (factores cualitativos)⁷.
- iii. Permitir un desenvolvimiento libre de los postores en respeto a su competitividad, tanto para el acceso al proceso, como dentro del proceso licitatorio (dimensión dinámica de la competencia dentro del proceso). La competencia que implica todo proceso licitatorio sólo puede ser delimitada por la acción de la administración-adquirente al momento de definir las reglas del proceso, que por ello deben ser las mínimas que permitan comparar las ofertas y elegir, entre todas, la mejor para los fines de la entidad.

4.2. Fundamento del principio en la contratación estatal

La Administración está obligada a realizar su actividad contractual de manera notoria o pública o lo que es lo mismo, publicitar su demanda de bienes, servicios u obras como medio de promoción de la concurrencia privada. En esta línea, la libre competencia tiene por objeto asegurar la participación del mayor número de oferentes calificados, para que la entidad esté en condiciones de obtener las mejores condiciones que el mercado le pueda ofrecer.

⁷ Consideramos que esta concurrencia amplia y objetiva no sólo es aplicable a los procesos de convocatoria pública, sino también a aquellos en los que la convocatoria es mediante invitación a proveedores seleccionados arbitrariamente. Por ello, no compartimos la posición expuesta por CONSUCODE en su Comunicado 006-2005 (PRE), en el sentido de que las entidades no están obligadas a admitir la participación de postores no invitados pero que han tomado conocimiento del proceso por cualquier otro medio, en el caso de las Adjudicaciones de menor cuantía cuyo valor referencia sea menor a 4UIT para bienes y servicios o de 10UIT para la ejecución de obras. Por el contrario, creemos que, independientemente del monto comprometido o del tipo del proceso de selección, contraviene el principio de libre competencia que la autoridad pueda privarse de evaluar una oferta del mercado bajo el criterio de no haber sido invitado en la selección arbitraria de proveedores efectuada por la entidad.

De este modo, se presume que “la concurrencia, (...) posibilita la defensa del interés económico del Estado en el contrato, pues sólo operando dentro de un mercado de competencia perfecta cabe obtener el mejor precio o, lo que es lo mismo, la mejor oferta de adhesión para el esquema contractual elaborado por la Administración”⁸. Como bien dice Comadira, es la posibilidad de elegir mejor lo que facilita la concurrencia, porque a mayor cantidad de oferentes, mayores serán las opciones de escoger, y, por ende, de obtener un elevado nivel de idoneidad del co-contratante que satisfaga las expectativas del ente que llama a la competencia⁹.

En ese sentido, el principio de libre competencia o de concurrencia en las compras estatales ha sido concebido fundamentalmente en favor de los propios intereses del Estado de obtener una mayor pluralidad de ofertas para escoger la más conveniente a sus necesidades.

Desde la perspectiva de los proveedores potenciales, la búsqueda de una amplia y libre concurrencia en el contrato se fundamenta en la necesidad de poner las condiciones iguales para que los interesados puedan participar y satisfacer la demanda de bienes, servicios u obras del Estado. Virtualmente, estamos frente a un derecho del postor a que se facilite su participación por el sólo hecho de interesarse en el proceso, delimitada sólo por razones de idoneidad del postor y calidades técnicas, económicas y profesionales de su oferta. Nótese que el principio de libre competencia, en su vertiente entre las empresas postoras, proyecta este principio hacia otras competencias y regulaciones *ad hoc*, diferenciadas del fuero propio de las contrataciones y adquisiciones del Estado¹⁰.

No obstante que este principio orienta al proceso de selección, no quiere decir que llegado el caso de concurrir un sólo postor no pueda concretarse la adjudicación si la propuesta fuera idónea y conveniente a las necesidades institucionales, y hubiere habido el esfuerzo claro de maximizar el número de ofertas posibles. Si bien lo ideal es la pluralidad de ofertas, la convergencia voluntaria de un sólo postor –y el desinterés de los demás– es una posibilidad del mercado que no puede ser desconocida por la autoridad (TULO, artículo 32).

4.3. Deberes de la Administración derivadas del principio de libre competencia

La necesidad de promover libre competencia entre los interesados y postores hace que la Administración convocante actúe con la finalidad de fomentar la más amplia concurrencia de interesados, y respecto de éstos, mantener las mayores posibilidades para que compitan de manera objetiva e imparcial. Para ello, la entidad convocante asume un deber positivo de actuar de modo que propicie la mayor concurrencia posible, y un deber negativo de abstenerse de cualquier regla o exigencia que implique afectar la libre competencia de los interesados. En ese sentido, hacemos nuestras las palabras de Fiorini, en el sentido que “el administrador debe emplear los medios más eficaces para asegurar la concurrencia de los oferentes y para evitar que alguno de ellos quede irrazonablemente o inoperantemente excluido o limitado. Si la Administración Pública requiere ofertas no se puede concebir por su parte una conducta que frustre su demanda. Debe crear, por ello, un adecuado régimen de garantías y ejercer un tratamiento de colaboración que no malogre la finalidad de la concurrencia”¹¹.

Entre los aspectos contenidos en el deber positivo de promover la mayor y más libre competencia de interesados, consideramos:

- La exigencia de que las Bases de toda licitación o concurso público deban contener mecanismos que fomenten la mayor participación de postores en función al objeto del proceso y la obtención de la propuesta técnica y económica más favorable (TULO, artículo 25, literal a).
- La exigencia de mecanismos amplios de publicidad de la demanda del Estado para interesar a los potenciales postores.
- Si una primera convocatoria resultase desierta, es necesario que la Administración, previamente a la segunda, analice, detecte y corrija aquellos factores que hubieren incidido en la ausencia de postores válidos, a fin de propiciar en la siguiente sea posible una mayor y mejor concurrencia (TULO, artículo 32).
- La excepcionalidad y criterio restrictivo de figuras que permitan a la Administración evitar una libre

⁸ MONEDERO GIL, José Ignacio. “Doctrina del Contrato del Estado”. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. 1977. p. 331.

⁹ COMADIRA, Julio Rodolfo. “La Licitación Pública (nociones, principios y cuestiones)”. Buenos Aires: Desalma. p. 73.

¹⁰ Las transgresiones a la libre competencia por parte de los propios agentes de mercado se regula por el Decreto Legislativo 709, pudiendo ser sancionado tanto penalmente (artículo 241 del Código Penal) como administrativamente (a través del Tribunal de CONSUCODE, previo dictamen del INDECOP).

¹¹ FIORINI, Bartolomé. “Derecho Administrativo”. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot. p. 635.

competencia, tales como las exoneraciones a los procesos licitatorios (NTCI 700-06) o la estandarización de marcas (Reglamento, artículo 30).

- La restricción para que sean postoras entidades del Estado cuando las condiciones ventajosas de su contratación provengan del uso o aprovechamiento de ventajas o prerrogativas estatales, o respecto a las empresas del Estado que realizan actividad habitual.

Por otro lado, algunos de los aspectos contenidos en el deber negativo de abstenerse de introducir al proceso cualquier regla que implique afectar la libre competencia de los interesados, tenemos las siguientes disposiciones: la exigencia de que las características técnicas deban ser razonables y congruentes con el bien, servicio o la obra requerida, con su costo o precio, quedando prohibido establecer características desproporcionadas o incongruentes con el mercado y con el objeto de la convocatoria (Reglamento, artículo 29); el señalamiento de que la descripción de los bienes y servicios a adquirir o contratar no se oriente a la selección de un proveedor o producto específico, como por ejemplo, si se hiciera referencia a marcas, nombres comerciales, patentes, diseños, etcétera (Reglamento, artículo 30); la exigencia que los factores de evaluación sean objetivos y congruentes con el objeto de la convocatoria, debiendo sujetarse a criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad (Reglamento, artículo 64).

Es importante la insistencia del legislador en señalar que las características técnicas del bien, servicio u obra a contratar, como los factores de evaluación a ser aplicados, sean razonables, racionales y proporcionales con el objeto de la convocatoria, porque con ello nos afiliamos a aquella doctrina que sustenta como un principio adicional de las compras estatales, al de razonabilidad¹².

Como se sabe, para que una decisión, en este caso, el empleo de un requerimiento mínimo y un factor de evaluación para valorar las ofertas técnicas, sea compatible con el principio de razonabilidad, debe, a su vez, ser adecuada, necesaria y proporcional a los fines establecidos^{13 14}. En este sentido, el requerimiento mínimo y su factor de evaluación debe ser idóneo para

poder comparar las ofertas y poner el piso inferior a las mismas, según su estudio de mercado y definición de necesidades. También deben ser necesarias, esto es, ser indispensable, de suerte tal que la diferenciación de ofertantes que implica sea en la forma y medida estrictamente necesarias para que cumpla su finalidad. Pero, finalmente, también deben ser proporcionales, es decir, que guarden una relación razonable –ventajas y desventajas– con el fin que se procura alcanzar. La suma de estos factores determina la reducción de la discrecionalidad administrativa para escoger un requerimiento mínimo y un factor de evaluación.

Conforme a la experiencia, anotamos a continuación una relación de frecuentes transgresiones a este principio, diferenciadas según afectan la libre competencia en función de limitar la participación de postores o de limitar las ofertas técnicas.

En relación con las reglas referidas a los postores:

- Ampliar las causales de inhabilidad o prohibiciones para ser postor a las señaladas por la propia ley de la materia. Por ejemplo, prohibir participar a quienes tienen procesos judiciales en curso con las entidades públicas, o excluir empresas postoras por el hecho de tener vinculación económica.
- Considerar como postores hábiles o calificar como experiencia válida solamente a quien ha vendido bienes, prestado servicios o ejecutado obras idénticas al objeto de la convocatoria o a determinados clientes (por ejemplo, sólo con entidades públicas o con el Sector al cual pertenece la entidad, o a la propia entidad) o en determinado ámbito geográfico (una región o provincia).
- No considerar como posibles postores a quienes han realizado prestaciones o trabajos similares a las del objeto de la convocatoria.
- Considerar como postores hábiles únicamente a personas jurídicas inscritas en registros públicos o que cuenten con un objeto social específico (por ejemplo: comercializadora de alimentos para consumo humano).

¹² DROMI, Roberto. "Licitación Pública". Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 1995. p. 83.

¹³ CIANCARDO, Juan. "El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad". Buenos Aires: Ábaco. 2004.

¹⁴ El Tribunal Constitucional ha caracterizado estos subprincipios del modo siguiente: "El principio de proporcionalidad, como ya se adelantó, está estructurado por tres subprincipios: de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto. De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas. Esto supone que cuando el Tribunal se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no sólo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada". Expediente 2192-2004-AA/TC.

- Considerar como postores hábiles en un proceso de venta o suministro de bienes sólo a los representantes autorizados en el país y no a cualquier postor que pueda comercializar los bienes objeto de la convocatoria, aun sin ser representante oficial del fabricante.
- No considerar la posibilidad de postular de consorcios, o limitar de alguna manera su conformación o alcances (por razones de nacionalidad, capital, número de consorciantes, etcétera).

En relación con las reglas referidas a las características técnicas mínimas o factores de evaluación:

- Incluir como requisito técnico mínimo en los procesos de selección certificaciones de calidad (por ejemplo normas internacionales ISO, FCC, CE, etcétera), o incluirlas como factores de evaluación, cuando ello no guarde correspondencia con el objeto del proceso o la necesidad de la entidad.
- Considerar como requerimiento técnico mínimo factores que deberían ser aspectos de evaluación (por ejemplo, que el postor o su personal cuente con determinada experiencia en actividades similares o en un periodo de tiempo determinado). Los requerimientos técnicos y los factores de evaluación deben formularse más bien en función de las propiedades de uso y empleo del producto que en función de su diseño o de sus características descriptivas.
- Considerar como factor de evaluación la obtención de constancias de ser proveedor de determinado mercado o a determinada empresa, incluso de la misma convocante.
- Considerar como factor de evaluación que el postor presente alguna información relevante de un tercero (por ejemplo, la conformidad de servicios de clientes o la declaración de garantía del fabricante del producto que distribuye) en un determinado formato, sin admitir fórmulas alternativas.
- La inclusión de marcas o lugares de procedencia de bienes o productos como factor de evaluación. E incluso, de manera indirecta, requerir dimensiones específicas, capacidades y características de diseño que sólo un proveedor predeterminado puede satisfacer.
- Considerar los años de constitución de las personas jurídicas como factor de evaluación para medir la experiencia, o correlacionarlo con otros factores

como facturación o contratos prestados a satisfacción.

- La inclusión de plazos de entrega reducidos que permita estar en ventaja a quien posea el *stock* del producto.

5. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

El principio de imparcialidad está conceptualizado como la exigencia que las decisiones de las autoridades a cargo de los procesos de selección se adopten sustentadas en normas legales y en criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento dispensado a los postores y contratistas. No debe perderse de vista que la exigencia constitucional de licitar los contratos de las entidades públicas y su desarrollo legislativo buscan alejar la decisión de las autoridades de cualquier aspecto subjetivo, personal o impulsivo, y hacerla más predecible y objetiva. Por ello, el principio de imparcialidad refleja el fundamento mismo de la institución de la licitación pública en sus diversas modalidades.

Como se puede apreciar, el eje fundamental del principio es la *objetividad* que debe mantener la autoridad al decidir todos los aspectos del proceso de contratación, lo que se logra sólo a través del apego a las normas legales y criterios técnicos aplicables al caso concreto. En este sentido, este principio apunta directamente a delimitar los alcances de la discrecionalidad con que cuenta la autoridad para determinar requisitos técnicos mínimos, factores de competencia, métodos de evaluación y calificación y, en general, cualquier aspecto del proceso de selección y la ejecución y culminación contractual.

Si bien la Administración, como tal, debe perseguir el interés público consistente en obtener bienes, servicios u obras de calidad requerida, con oportunidad y costos adecuados, tiene que cumplir con el principio de imparcialidad, que en verdad implica ejercer sus competencias discrecionales de manera objetiva sin adoptar decisiones subjetivas hacia algún postor o contratista ni inclinar el procedimiento o las actuaciones hacia algunos de ellos.

Son ejemplos comunes de transgresiones al principio de imparcialidad emplear conceptos jurídicos carentes de contenido único o subjetivos, que permitan apreciaciones valorativas no objetivas del Comité, por ejemplo: no definir qué se debe entender por "prestaciones similares", no indicar cuáles serán las mejoras objeto de puntuación en el proceso, considerar calificaciones subjetivas, tales como: "satisfactorio", "regular", "bueno", considerar métodos de evaluación carentes de base objetiva demostrable, como, por

ejemplo, la degustación para evaluar la calidad de productos alimenticios. En todos estos casos, la evaluación por parte del Comité será bastante subjetiva o, en todo caso, carente de demostración objetiva, lo que implicará ser parcial en la asignación de puntaje.

6. PRINCIPIO DE EFICIENCIA

El principio de eficiencia en las compras estatales está referido a que los bienes, servicios u obras que se adquieran o contraten deban reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega requeridos por la entidad y, además, deben efectuarse en las mejores condiciones para su uso final.

Como se puede apreciar, este principio aporta los estándares que se consideran aptos para la determinación de la eficiencia de la adquisición:

- i. Calidad del bien, servicio u obra entregado.
- ii. El precio.
- iii. Oportunidad de ejecución y entrega del bien, servicio u obra.
- iv. Condiciones de operatividad para su uso final.

No obstante, por su propia naturaleza el valor eficacia supone un juicio luego de una evaluación *ex post* sobre los resultados de la gestión adquisitiva, por lo que no puede medirse previamente a la conformidad del servicio o del bien, y a veces aun, posteriormente a esta fase. Lo que sí se puede hacer, y el principio lo demanda, es entender el valor eficacia como la obligación de la entidad y su proveedor a ser eficaces en las prestaciones a su cargo. En cuanto a la entidad, el valor eficacia debe estar presente en la conducción de todas las etapas del proceso de selección.

En la fase de la programación de las necesidades los indicadores de eficiencia serán que las necesidades identificadas sean concordantes con el plan de actividades de la entidad y con el presupuesto de la entidad, de modo que se prevea que la adquisición será en cantidad, calidad y oportunidad conveniente, y que las definiciones de las especificaciones técnicas, calidades y cantidades guarden relación con las necesidades de la institución y las posibilidades del mercado.

En el momento de la convocatoria, el indicador de eficiencia será que los agentes del mercado nacional (o en su caso, internacional) tomen conocimiento de la necesidad de bienes, servicios u obras y se interesen en ella. En el momento de la absolución de las consultas

y las observaciones, el indicador de eficiencia será que ambas partes comprendan con claridad las necesidades de la Administración.

En la fase de evaluación de las propuestas, la eficiencia estará dada porque la evaluación y la selección recaigan en la mejor propuesta técnico-económica, la cual asegure la atención de las necesidades institucionales.

Al momento de la ejecución contractual, la eficiencia estará dada porque las prestaciones del proveedor y de la entidad sean realizadas de manera oportuna y satisfaciendo los intereses de las partes, aun cuando hubiera modificaciones, incumplimientos o cualquier otra eventualidad contractual.

Como aplicaciones concretas de este principio, tenemos la necesidad de realizar el estudio de mercado previo para indagar las mejores posibilidades de calidad, precio y plazo de entrega de las prestaciones requeridas por la entidad (TUO, artículo 12), así como la regulación prolija de las formas y reglas para la recepción y conformidad de servicios (Reglamento, artículo 233).

En la práctica, este principio ha servido para definir algunas situaciones eventuales en la ejecución contractual, tales como:

- Admitir la posibilidad de que el contratista podría, con aceptación de la entidad, ofrecer bienes con mejores características técnicas a las ofrecidas en el proceso de selección o de igual calidad y condiciones, que no vayan a implicar un incremento en el precio, siempre que tales bienes satisfagan la necesidad de la Entidad, lo cual implicará la modificación del contrato. Para el efecto, la entidad debe considerar si existe alguna razón de mercado atendible para el cambio (desabastecimiento del bien, desaparición de la marca, obsolescencia del modelo, encarecimiento desproporcionado del bien ofrecido, etcétera) y, además, premunirse de informes que acrediten que los bienes que el contratista ofrece entregar son iguales o mejores que los pactados y que tal mejora satisface sus necesidades.
- Descalificar requisitos técnicos mínimos o factores de evaluación que puedan conllevar la adquisición de bienes que no cuentan con un perfecto estado de mantenimiento y funcionamiento (por ejemplo, si es calificada separadamente la operatividad de los componentes de vehículos –Chasis, Motor, Cabina, Luces, Torque, Frenos y Dirección–, y no de manera integral, de modo que se asegure que, integralmente, los bienes tengan la calidad necesaria para permitir una adecuada prestación del servicio.

7. PRINCIPIO DE ECONOMÍA

El principio de economía, tal como está definido en el ordenamiento, comprende dos aspectos distintos aplicables a las fases precontractual y contractual, según se trate de la economía de la entidad convocante o de la economía de los postores.

7.1. La economía de la entidad convocante

Un primer aspecto del principio es la economía de la entidad que reclama la austeridad en la aplicación de todos los recursos de las entidades convocantes (recursos financieros, humanos, administrativos e incluso el factor temporal) involucrados en los procesos de selección, mediante la concentración, ahorro y simplicidad administrativa. En cuanto a la austeridad de los recursos, nótese que la fórmula, si bien se refiere a la necesidad de ser austero en la ejecución presupuestal (alusión a recursos financieros que el contrato presupone), además debe ser atento a evitar el dispendio de recursos materiales, personales, y del factor tiempo que dilatan y retardan la obtención oportuna de los bienes, servicios y obras.

Es necesario que quienes participan en las actividades logísticas cumplan con el deber funcional de hacer Uso Adecuado de los Bienes del Estado, entendido como el deber de "proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento, sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados" (Ley 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, artículo 7) (énfasis y subrayado agregados).

Debemos recordar que, si bien toda adquisición debe ser económica, por lo que el costo debe redundar en la mejor calidad de bienes, servicios y obras, o el precio más bajo por la calidad de beneficios estipulados aceptables, no necesariamente el precio más bajo por los bienes o servicios corresponde a la mejor calidad disponible, por lo que siempre es recomendable una combinación que satisfaga la mejor calidad de bienes, servicios u obras necesarias al precio más adecuado posible. Todo debe ser adquirido en su justiprecio, respetando el equilibrio entre la relación dinero y las ventajas técnicas, conveniencia y oportunidad de lo que se adquiere.

Pero, adicionalmente, el principio de economía comprende la noción de evitar el costo administrativo que significa la duplicidad, reiteración, redundancia o dispersión de procedimientos y trámites

administrativos, entre otros. De este modo constituyen aplicaciones concretas de esta fase del principio la proscripción del fraccionamiento (TUO, artículo 18), la aplicación de compras corporativas o consolidadas, la aplicación de los convenios marco de precios y de la subasta inversa, el empleo de soluciones alternativas a los conflictos contractuales, etcétera.

En esta medida se complementa con la NTCI 300-1 del Sistema Nacional de Control que establece que "en toda transacción de bienes o servicios, así como en las demás actividades de gestión, deberá tenerse en cuenta el criterio de economía", entendido como la "administración recta y prudente de los recursos públicos. Es decir, orden en el gasto presupuestal, ahorro de trabajo, dinero, buena distribución del tiempo y otros asuntos" y que la adquisición sea "en calidad y cantidad apropiada, y al menos costo posible".

7.2. La economía de los interesados

El principio de economía se orienta a evitar a los interesados, postores y contratistas incrementar sus costos y exigencias administrativas y económicas para participar en estos procedimientos de selección.

Respecto a esta segunda parte del enunciado, representan la incorporación al procedimiento licitatorio de los principios de simplificaciones administrativas establecidos en la Ley 27444, de modo que resultarán aplicables las reglas de documentación prohibida de solicitar, la obligación de admitir los sucedáneos documentales, la necesidad de realizar un costeo para determinar las tasas a cobrar, etcétera. En este sentido, constituyen transgresiones comunes a este principio exigir traducciones oficiales, entrega de documentos originales o copias autenticadas, requerir el comprobante de pago por el registro de postores o de la inscripción en el registro, requerir información que la misma entidad posea, etcétera.

8. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA O DE PUBLICIDAD DE LOS ACTOS

El principio de transparencia implica la accesibilidad de los postores, contratistas y terceros a la información que la entidad posea, administre o cree antes, durante y después de todo proceso de selección, no sólo con el objeto de promover su participación sino también de facilitar la crítica pública y el control social sobre los actos estatales.

Contemporáneamente, la noción de transparencia ha trascendido al tradicional principio de publicidad, que por lo general se refería sólo al aspecto pasivo de la relación entre administración-ciudadano, en la que las autoridades debían entregar la información que se le

solicitase sin expresión de causa, o a la necesidad de publicitar determinadas decisiones del proceso de selección e incluso de la ejecución contractual.

Actualmente, la transparencia es el eje de una nueva forma de organización administrativa estructurada en torno al reconocimiento del deber de responder por la gestión pública confiada (*accountability*). De este modo, el principio de transparencia se refiere ahora a una forma de la actividad estatal, que de modo general, es diseñada para encontrarse abierta espontánea y permanentemente hacia la sociedad a la cual representa. En este sentido, el personal al servicio de la Administración Pública debe ser tan abierto a los ciudadanos como le sea posible respecto a las decisiones y actos que adopte, para responder permanentemente por la gestión confiada¹⁵.

De este modo la concreción de la transparencia en los procesos de contratación estatal significa la necesidad de incluir exigencias específicas (en lo metodológico, procedimental y organizacional) para que la Administración convocante sea verdaderamente abierta de modo que la información fluya directamente a los administrados y éstos puedan analizarla, interesarse, participar, o simplemente controlar el ejercicio del poder. Pero no sólo basta una apertura pasiva de la organización administrativa, sino que la organización y sus sistemas mismos se articulen en función de la transparencia.

Dentro de esta propuesta se encuentra el establecimiento de algunas medidas de transparencia:

- La posibilidad que la ciudadanía participe en la definición de las necesidades de actividades institucionales y, por ende, de los bienes, servicios y obras que demandara en un periodo presupuestal determinado (presupuesto participativo).
- La pre-publicación opcional de las Bases en el SEACE y en la página web de la entidad (Reglamento, artículo 102).
- La necesidad de que la Administración difunda de oficio sus actuaciones referidas a las adquisiciones y contrataciones de la forma más amplia posible, desde la planificación de su demanda, las convocatorias, la información específica de su demanda, los criterios de selección y evaluación, la evaluación misma, las Bases integradas, la adjudicación, la absolución de consultas, el

consentimiento de la buena pro, declaratoria de desierto, cancelación del proceso, etcétera (por ejemplo SEACE, reportes a PROMPYME, portales institucionales, etcétera)¹⁶. En este sentido, surge el deber de transparencia informativa, que a través de sistemas, métodos y procedimientos exigen a la Administración una espontánea y permanente transferencia, oportuna y completa, de la información del proceso de adquisición.

- La exigencia de que determinados actos sean publicados para asegurar su control ciudadano (por ejemplo, la decisión de exonerarse de algún proceso de selección).
- Las obligaciones de responder y reportar ante diversas instancias (CONSUCODE, la Contraloría General de la República, el Ministerio de Economía y Finanzas) determinadas acciones para facilitar su control institucional.
- La especificidad y responsabilidad de los supuestos de reserva de información (por ejemplo audiencias privadas para determinados procesos de selección menores, las causales para considerar reservado el valor referencial (TUO, artículo 26). Por la especificidad, la reserva a la transparencia debe estar sustentada en la ley y ser específica para determinada clase de información (en razón de la materia), y no de generalizarla para la entidad o sus dependencias, dado que se le consagra en función de la naturaleza de la información y no un privilegio por el carácter de la entidad. Por la responsabilidad de las autoridades, los casos de reserva de información deben tener alguna autoridad pública que sea responsable de administrar y controlar el asunto reservado, estableciendo los criterios para su evaluación y el modo de rendición de cuentas adecuado para esta materia.
- El derecho de acceso al expediente de la contratación por parte de los participantes y postores, sin necesidad de expresión de causa, incluso de quien no es postor (Reglamento, artículo 136).
- La exigencia de organizar y mantener actualizado un Registro Público de Contratos que incluya información sobre los procesos de selección que convoque, los contratos suscritos o su información básica (artículo 46, TUO).

¹⁵ Conforme al Código de Ética de la Función Pública, es deber de la función pública la transparencia entendida como que "debe ejecutar los actos del servicio de manera transparente, ello implica que dichos actos tienen en principio carácter público y son accesibles al conocimiento de toda persona natural o jurídica. El servidor público debe de brindar y facilitar información fidedigna, completa y oportuna" (artículo 7 numeral 2).

¹⁶ Es importante advertir que, según la NTCI 700-06, los mecanismos de difusión previstos normativamente a los mínimos legales, pudiendo la entidad complementarlos con otras acciones que consideren necesarias o convenientes.

- La necesidad de que la información que produzca la entidad sea sustentada, de manera clara y entendible, para los ciudadanos interesados (por ejemplo la absolución de consultas).

Dentro del proceso evolutivo que hemos identificado, el principio de transparencia en materia de contrataciones estatales hace indispensable derivar algunas facultades titularizadas por los ciudadanos frente a los procesos de selección y los contratos ya celebrados, desdoblados del genérico derecho de acceso a la información de la Administración, de modo leal, confiable y pleno. Tales son:

- i. El derecho propiamente a ser informado, que puede ser ejercido dentro de un proceso de selección por los terceros o los postores sobre la información de las entidades (por ejemplo, el estudio de mercado, designación de integrantes del Comité, etcétera), e incluso sobre información presentada por otros postores (ofertas, contratos anteriores, acreditación de experiencia, etcétera);
- ii. El derecho del postor a la comprensión de la información que se encuentra accesible (por ejemplo, la claridad y concisión de los términos en que absuelve una consulta o una observación), de modo que la transmisión en términos de lenguaje sea accesible, evitando toda ambigüedad, incorrección o distancia;
- iii. El derecho a ser entendido por la Administración, de modo que la otra vertiente del proceso de comunicación exige a la Administración oír a los interesados, preocuparse por entender la voluntad expuesta por los postores (cuando observa, consulta, presenta su propuesta, o interpone un recurso, etcétera);
- iv. El derecho a activar los medios de control y evaluación formalizados y a conocer sus resultados, incluso de los postores que no ganaron la licitación respecto a la ejecución de contrato adjudicado¹⁷ (por ejemplo las observaciones, denuncias, reclamos, etcétera).

En este marco constituyen transgresiones comunes al principio de transparencia las siguientes:

- Ausencia, contradicción o falta de claridad en factores de puntuación (por ejemplo la

especificación de prestaciones similares) o en la metodología de evaluación de propuesta (como rangos en la asignación de puntaje) o para el cumplimiento de las prestaciones contractuales (por ejemplo, formalidades y plazos para los pagos, ligar y condiciones de entrega de los bienes).

- Ausencia de información fundamental para presentar la propuesta seria (por ejemplo, número y ubicación de locales para concursos de servicios de seguridad, o de procesos judiciales para contratar abogados procesalistas).
- Criterios de evaluación subjetivos (como: bueno, malo, regular, apropiado, adecuado, etcétera) o dependientes del sólo criterio de la propia entidad (por ejemplo, degustación de sabores o inspecciones oculares).
- Incluir documentos contractuales en otro idioma (proyectos de contratos).
- Incluir en los proyectos de contratos supuestos no previstos en las normas legales, por ejemplo, para la resolución del contrato, o penalidades mayores a las previstas.
- Denegar la entrega de información de la entidad a los postores durante el proceso (como, por ejemplo, el estudio de mercado, la resolución que aprueba las Bases o que designa al Comité).
- Prohibir la entrega de copia de otras propuestas una vez producida la evaluación, o limitarla sólo a su revisión visual en las oficinas de la entidad. Al respecto, CONSUCODE ha establecido: "La transparencia en el ámbito de las contrataciones y adquisiciones del Estado implica la obligación de las entidades de brindar información respecto a la conducción de los procesos de selección así como respecto a la ejecución y resultado de las transacciones, a fin de brindar elementos para la evaluación de la gestión pública a través de la publicidad. En ese sentido, en el decurso de un proceso de contratación las Entidades administran cierta información la cual por presunción se entienden de libre conocimiento y acceso a los adquirentes de Bases, postores, contratistas y, en general, a cualquier particular que lo solicite. En el caso de las propuestas técnicas y económicas que

¹⁷ Para el maestro argentino Gordillo, en las legislaciones debería preverse expresamente "el derecho como mínimo de los oferentes que no han ganado la licitación y preferiblemente del público en general, a poder informarse posteriormente como se ejecuta el contrato, para que se den al adjudicatario ventajas indebidas que no estaban en el pliego de condiciones, sin haberse alterado las circunstancias de hecho tenidas en cuenta". GORDILLO, Agustín. "Después de la Reforma del Estado". p. VII-8.

presenten los postores la información contenida en ellas reviste el carácter de confidencial y no accesible a la generalidad de postores sino hasta concluida la evaluación, luego de lo cual las entidades tienen la obligación de entregar la información que le soliciten al costo de reproducción de las mismas. Es en la elaboración de las Bases, el momento en que el Comité Especial deberá evaluar el tipo de información que exigirá durante el transcurso del proceso de selección, procurando solicitar sólo información que considere estrictamente necesaria para determinar la propuesta más beneficiosa, evitando exigir documentación a los postores que pueda considerarse como una excepción al acceso libre a la información pública. En caso de resultar estrictamente necesaria la exigencia de determinada información, ésta es de libre acceso para todo postor, más aún si se encuentra contenida en documentación relevante para la evaluación y calificación de la propuesta. Desde el inicio del proceso todos los postores se someten a las condiciones establecidas en las Bases y deben respetar las reglas contenidas en éstas¹⁸.

- Absolver consultas de manera evasiva, contradictoria o que, de cualquier manera, no sustente su posición de manera clara e inequívoca.
- Realizar actos privados para la apertura de sobres, en casos distintos a la adjudicación directa selectiva o adjudicación de menor cuantía, o para actos esenciales como la toma de muestras de productos ofrecidos, o para sorteo en caso de empate de propuestas.

9. PRINCIPIO DE VIGENCIA TECNOLÓGICA

El principio de vigencia tecnológica constituye una extensión del principio de eficacia, por el que se establece que los bienes, servicios o las obras contratadas deben satisfacer dos condiciones:

- i. Al momento de su contratación, reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológica necesarias para los fines requeridos por la entidad; y,
- ii. Permitir durante su periodo de duración o funcionamiento, la posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse con el avance tecnológico.

Como tales, este principio inserta pautas fundamentales para la definición de las

especificaciones técnicas, factores de evaluación de los procesos de selección, el diseño contractual e incluso la ejecución contractual. No basta adquirir un bien a un precio bajo, sino asegurarse si por ese mismo precio o algo más es posible adquirir un bien tecnológicamente vigente y actualizable. Quien adquiere debe estar en condiciones de saber lo que el mercado le puede ofrecer para cubrir sus necesidades, y estar al día en los avances tecnológicos inmediatos que le permitan calificar la oportunidad de la compra. Para tal efecto, resulta clave la realización de un suficiente estudio de mercado que por ejemplo, le impida advertir la existencia de productos discontinuados, bienes sin posibilidad de mantenimiento o actualización, productos o modelos *ad portas* de ser reemplazados por nuevos, etcétera.

Son aplicaciones de este principio, en las especificaciones técnicas de los procesos que se convoquen para suministro o compraventa de bienes:

- Considerar como prestaciones accesorias del proveedor de bienes o constructores de obras la reparación o mantenimiento del objeto del contrato, incluso garantizando su fiel cumplimiento (Reglamento, artículo 218).
- Requerir que los bienes sean prioritariamente de primer uso y no reciclados, recuperados o ensamblados de partes de origen dudoso.
- Que, en caso la entidad requiera adquirir bienes usados (por razones presupuestales –escasez de recursos para adquirir bienes nuevos– o de mercado –por inexistencia en plaza de bienes nuevos de la misma especie, por ejemplo, si alguna Biblioteca Pública requiera adquirir libros usados no reeditados–) los requerimientos técnicos mínimos deberán atender a que el desgaste o uso dado a los bienes no afecte su funcionalidad y permitan realmente satisfacer las necesidades de la Entidad. Incluso no obstante que la Entidad haya convocado un proceso de selección para la adquisición de bienes usados, no será compatible con este principio restringir la presentación de ofertas de proveedores de bienes nuevos, en las condiciones indicadas en las Bases.
- Que, si se adquieren programas de software a la medida, se prevean las condiciones contractuales necesarias para que la entidad sea la titular de los derechos de propiedad que le permitan actualizar, adaptar o modificar el sistema.

¹⁸ CONSUCODE, opinión 114-2004-GTN.

10. PRINCIPIO DE TRATO JUSTO E IGUALITARIO¹⁹

Nos encontramos frente al principio más acendrado en las compras públicas, que, sin embargo, no ha estado exento de críticas por algunas desviaciones en su aplicación práctica, particularmente cuando colisiona con otros principios y, en particular, con el de eficacia. Para una completa exposición del principio vamos a abordarlo en la siguiente secuencia: i) la implicancia entre el derecho a la igualdad y los procedimientos de selección; ii) el contenido del principio de trato justo e igualitario; iii) los matices del principio según las etapas del proceso de selección; y, iv) las situaciones particulares del principio en los procesos de selección: las discriminaciones inversas en favor de determinados proveedores.

10.1. La correspondencia entre el derecho a la igualdad y los procedimientos de selección

El Derecho Constitucional de toda persona a ser considerada igual entre sí, se proyecta obviamente en los procedimientos estatales para seleccionar dentro del mercado a sus contratistas. Pero esta relación no sólo es contingente, sino esencial, puesto que todos estos procedimientos hallan su fundamento conceptual precisamente en un intento por resguardar el derecho que poseen los ciudadanos para participar en un plano de igualdad en las actividades públicas, en este caso, como contratistas²⁰.

En efecto, como afirma Marienhoff, mediante el respeto a este principio, puede concebirse a la licitación pública como un instituto saludable para los intereses públicos, y agrega que su falta de observancia desvirtúa los fines de la licitación pública, viciándola jurídicamente²¹. Es más, por la vinculación indisoluble entre la igualdad y los procesos de selección, es que se puede afirmar que "si el principio de isonomía no es debidamente considerado, no hay licitación pública. Se trata de un elemento infaltable. El irrespeto a la isonomía acarrea automáticamente la desconfiguración del interés público (...) licitación que no es regida de acuerdo con el interés público, pierde ese carácter, tornándose privada"²².

La trascendencia de este principio es tal, que también se proyecta hacia otros principios de modo que si se

incumple con el principio de igualdad, es virtualmente imposible el cumplimiento de otros principios de la contratación: la libre competencia y la moralidad. Por un lado, sólo será posible una real comparación entre las ofertas, cuando se encuentren colocados en igualdad de condiciones, sin discriminaciones o preferencias carentes de base objetiva. Del mismo modo, sólo podemos calificar de éticamente aceptable el proceso de licitación, si los postores han sido tratados como iguales durante su procesamiento.

A decir de Sayagues Lazo, resulta uno de los principios consustanciales a toda licitación que "(...) todos los licitantes han de estar colocados en igualdad de condiciones. No puede acordarse preferencia a ningún licitante, porque si no éste se encontraría en evidente ventaja frente a los demás. Por otro lado, la Administración, al examinar y juzgar las propuestas, ha de proceder con imparcialidad, aplicando a todos el mismo criterio, pues si no desaparecería la situación de igualdad en que todos deben encontrarse"²³.

No obstante, existen importantes posiciones doctrinarias que señalan la crisis del principio de igualdad en las compras estatales o, cuando menos, apuntan que su importancia se ha sobrevalorado en exceso en el pasado²⁴. Esta línea de pensamiento se fundamenta en el excesivo formalismo con que las autoridades aplican este principio, de suerte que muchas veces prevalece el cumplimiento formal de los documentos, formas y oportunidades, impidiendo que la entidad cuente con un mayor número de oferentes para elegir el mejor (como cuando se desecha la posibilidad de subsanar ofertas por errores que no impidan la comparación de las ofertas, o la admisibilidad de las ofertas cuando por ejemplo, el postor llegó tarde al acto público pero aún antes de la apertura de sobres). La sobrevaloración de la igualdad ha derivado de no reconocer que los diversos procedimientos de selección no son medios para igualar ofertantes disímiles, sino sólo para discriminar objetivamente a los diversos ofertantes y ofertas concurrentes a un proyecto de contrato. Es equívoco suponer que la igualdad en las licitaciones prohíbe diferenciar entre ofertantes para la contratación, cuando el sistema mismo tiende a escoger objetivamente la mejor propuesta entre las múltiples posibles, esto es, a introducir diferenciaciones

¹⁹ Sobre este principio hemos tenido ocasión de publicar nuestro artículo "El Derecho constitucional a la igualdad en la Contratación Estatal. Sobre las formas previstas de discriminación inversa (no siempre positiva) entre postores" al que seguimos en esta ocasión.

²⁰ En la Sentencia recaída en el Expediente 020-2003-AI/TC se ha dejado establecido que uno de los principios constitucionales que subyacen al artículo 76 de la Constitución Política es el de la igualdad de los postores.

²¹ MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo". Cuarta Edición Actualizada. Tomo III-A. Buenos Aires. 1994. p. 200.

²² DE MENEZES NIEBUHR, Joel. "Principio da Isonomia na Licitação Pública". Brasil: Librería y Editora Obra Jurídica. 2000. p. 73.

²³ SAYAGUES LAZO, Enrique. "La Licitación Pública". Montevideo: Peña y Compañía Impresores. 1940. p. 53.

²⁴ Como modelo de esta posición tenemos al maestro argentino GORDILLO, Agustín. Op. Cit. p. VII-4.

razonables para elegir aquella más conveniente a los intereses del Estado.

10.2. El contenido del principio de trato justo e igualitario

Las consecuencias principales de la sujeción de los procedimientos de licitación al principio de igualdad, supone, de un lado, dispensar un tratamiento igualitario en la licitación pública a todos los postores manifestado en que los oferentes se encuentren en la misma situación y bajo las mismas reglas (facilidades, factores de diferenciación e información) y, por el otro, diferenciar al ofertante exclusivamente en función del mérito de su oferta, esto es, que su propuesta sea la más conveniente para las necesidades objetivas de la entidad.

En efecto, como bien afirma Jeze, "No debe haber existido ningún motivo de preferencia, fuera de las ventajas que se dan a la Administración. La igualdad entre los competidores comprende dos aspectos: 1.- Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores; 2.- Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la Administración"^{25 26}.

10.2.1. Mandato de no discriminación

Un primer contenido básico del principio está constituido por el mandato de no discriminación que pesa sobre los servidores públicos que están a cargo de las diversas fases de los procesos de selección y contratación.

De este modo, constituyen consecuencias directas de este mandato de no discriminación el que los términos de referencia y Bases, en general, no contengan elementos discriminatorios o exigencias que sólo puedan ser cumplidas por uno o pocos proponentes; el que en las absoluciones de consultas, todos tengan la posibilidad de formular sus preguntas y recibir en el mismo plano de igualdad las respuestas de la Administración. En caso de modificaciones a las Bases, toda alteración debe ser puesta en conocimiento de todos los interesados oportunamente y sin admitir favorecimientos, el que el plazo entre la convocatoria y la presentación de las ofertas deba permitir cabalmente preparar sus ofertas, y, de otro lado, el acto de presentación física debe ser común y abierto

para todos los interesados, sin admitir posiciones de ventaja de algunos respecto de otros (mejorar, modificar o ampliar ofertas).

Respecto a la admisión de las ofertas, la entidad debe admitir todas las propuestas que cumplan con los requisitos establecidos en las Bases, sin descalificaciones arbitrarias, como por ejemplo, por omisiones o defectos irrelevantes que no impiden entender el contenido y alcance de la oferta; en la evaluación de las ofertas, la entidad debe sujetarse estricta y uniformemente a las Bases que han servido de referente al postor para formular su mejor oferta posible, sin modificarlos, alterarlos o completarlos; en la subsanación de ofertas, todos puedan subsanar los errores intrascendentes de sus ofertas, y que ninguno pueda hacerlo respecto de los errores esenciales que afecten la competitividad; en la estipulación del contrato adjudicado (que impide por ejemplo, introducir alteraciones al contrato anexo a los términos de referencia, distintas a las estrictamente derivadas de las ofertas, de las aclaraciones y las observaciones, etcétera).

10.2.2. La diferenciación razonable en función de factores de competencia objetivos

Dentro del principio de igualdad no sólo se encuentra el mandato de no discriminación, o lo que es lo mismo, de igualdad para los iguales, sino también el de la desigualdad para los desiguales. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha aceptado que el derecho a la igualdad también puede ser afectado por una "discriminación por indiscriminación" o por la "discriminación por indiferenciación", cuando no se asigna tratamiento diferente ante una situación razonablemente distinta, por lo que es constitucionalmente necesario reconocer tratos diferenciados a situaciones fácticas no homologables también.

En este sentido, no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio (incompatible con el derecho a la igualdad), porque no toda distinción de trato puede ser considerada ofensiva, por sí misma, a la dignidad humana. Por el contrario, existen ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico (por ejemplo, la experiencia de un proveedor de servicios respecto a otro), si la distinción en el tratamiento

²⁵ JEZE, Gastón. "Principios generales del derecho administrativo". Tomo IV. Buenos Aires: Depalma. 1950. p. 99.

²⁶ Por ello, si bien de ordinario se manifiesta que el tratamiento igualitario está aplicado a la posición que la entidad dispensa a los administrados dentro de un determinado proceso, también es posible afirmar que la sujeción a la igualdad también aplica respecto al tratamiento dispensado por la propia Administración a otros postores en otros procesos de selección. De este modo, la Administración no sólo afecta al derecho a la igualdad si trata como dispares a los postores de la misma licitación, sino también a algunos o todos los postores de esta licitación, con respecto a otro tratamiento dispensado a los postores en otras licitaciones anteriores o paralelas. Por ejemplo, si en una licitación se admitió asignar puntaje a un determinado tipo de mejoras y se niega en otra licitación sobre el mismo tipo de bien o servicio.

expresa de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la entidad, y de la razón, pero sobre todo, no persigan fines arbitrarios, caprichosos o injustos.

La vinculación negativa del derecho a la igualdad está referida a la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, en este último extremo, el principio de igualdad no se encuentra reñido con el reconocimiento legal de la diferencia de trato, en tanto ésta estuviere fundada en una base objetiva, razonable, y proporcional.

En materia de compras públicas, la diferenciación razonable, objetiva, y proporcional entre los ofertantes se dará en función de quién haya presentado la oferta integralmente más conveniente para las necesidades de la Administración. Es la conveniencia de la oferta el único factor autorizado lógicamente y jurídicamente para diferenciar entre los ofertantes. Para ello, precisamente es que la entidad establece requisitos mínimos para competir, identifica factores de competencia y metodología de evaluación, compara las ofertas y finalmente identifica la oferta más conveniente para ser adjudicada. En este sentido, es correcto lo que afirma el profesor colombiano Escobar Gil, cuando señala que del principio de igualdad deriva “la regla de la adjudicación compulsoria, que consiste en el derecho que le asiste al solicitante que haya formulado la mejor propuesta, a que el procedimiento concluya con un acto de adjudicación a su favor”²⁷.

Del mismo modo, resulta admisible que se asigne puntaje mayor a aquellas empresas que, por ejemplo, no tienen deméritos contractuales con el Estado o sanciones por infracciones a su actividad (como las empresas de seguridad).

10.3 Los matices del principio según las etapas del proceso de selección

Como bien afirma Bercaitz, “el pliego que contiene el llamado no puede crear favoritismo hacia unos en perjuicio de otros; sus cláusulas deben ser respetadas por todos; las ofertas deben mantenerse secretas hasta la apertura del acto para evitar que el conocimiento de las presentadas por alguno sirva para reacomodar las del otro competidor; las aclaraciones al pliego deben ajustarse estrictamente al llamado y no pueden ser

modificadas por nadie con posterioridad a la apertura del acto. En definitiva, que debe observarse la igualdad más absoluta de todos los proponentes para que el acto no sea viciado de inmoralidad por favoritismo que determinarían su nulidad absoluta”²⁸.

En cuanto al alcance del principio, el tratamiento igualitario que debe dispensar la Administración le exige un comportamiento correcto desde la preparación de los documentos que servirán de Bases y términos de referencia, hasta incluso, después de la contratación. Por ello se dice que el principio de igualdad en la contratación estatal “(...) Debe abarcar todos los estadios del procedimiento de selección, desde su comienzo hasta la adjudicación y firma del contrato; y mantiene su vigencia incluso luego de celebrarse el acuerdo de voluntades, porque la Administración no podrá durante el desarrollo de la relación contractual modificar indebidamente las Bases licitatorias para favorecer ni para perjudicar a su contraparte”²⁹.

En efecto, el tratamiento igualitario a los postores y luego contratistas, tiene presencia a lo largo del *iter* contractual. No obstante, su intensidad variará en la medida que se trata de un principio dirigido a regir con mayor énfasis en la selección del proveedor, y según se complemente o concuerde con otros principios³⁰.

10.3.1 El tratamiento igualitario en la fase inicial del procedimiento

Teniendo en cuenta que en esta fase la finalidad del procedimiento (actividad preparatoria, convocatoria, absolución de consultas y presentación de ofertas) es promover la mayor concurrencia de postores, el principio de igualdad tiene un rol secundario limitado a que todos los interesados y postores puedan tener los mismos derechos, obligaciones y posibilidades de mantener su oferta en favor de la concurrencia. De ahí que, como dice Gordillo, “por ende, desechar una oferta invocando el principio de igualdad es totalmente contrario al fin que la licitación y sus principios que deben satisfacer”³¹. Algunas de las formas más comunes de transgredir la igualdad son establecer factores de competencia o requisitos técnicos mínimos desvinculados o desproporcionados con el objeto o los fines del contrato, innecesarios o que no importen ventaja directa para la entidad.

²⁷ ESCOBAR GIL, Rodrigo. “Teoría General de los Contratos de la Administración Pública”. Bogotá: Legis. 1999. p. 161.

²⁸ BERCAITZ, Miguel Ángel. “Teoría General de los Contratos Administrativos”. Buenos Aires: Ediciones Desalma. 1980. p. 324.

²⁹ COMADIRA, Julio. “Licitación Pública (Nociones, Principios, Cuestiones)”. Buenos Aires: Depalma. 2000. p. 44.

³⁰ En esta parte seguiremos la propuesta realizada por el maestro argentino Agustín Gordillo en su obra antes citada. Op. Cit. p. VII-6.

³¹ GORDILLO. Op. cit. p. VII-7

10.3.2. El tratamiento igualitario en la evaluación de ofertas y adjudicación

Esta etapa tiene como finalidad identificar la mejor oferta en los términos de las Bases o términos de referencia. Por eso es que el principio de igualdad tiene como objetivo asegurar la comparabilidad de las ofertas presentadas y, luego, aplicarles las mismas reglas para apreciarlas (requisitos mínimos, factores de competencia y metodología de evaluación), sin adoptar decisiones que impliquen privilegios o discriminaciones incorrectas.

10.3.3. El tratamiento igualitario en la ejecución del contrato

En esta etapa, el principio de tratamiento igualitario se dirige a impedir que –sin causa sobreviviente– se confieran al contratista ventajas, modificaciones, exenciones en el contrato, etcétera, al margen de las Bases de la licitación que, de haberse dado a los otros oferentes, hubieran significado ofertas distintas (más convenientes a los intereses de la entidad). Por ejemplo, no puede afirmarse que la reactualización del valor al contratista por efecto de inflación afecte la igualdad de quienes fueron postores en el proceso, dado que todos hubiesen tenido la misma posibilidad de beneficiarse con esta reactualización si su oferta hubiese sido la más conveniente. Como se sabe, durante la ejecución contractual opera el denominado *ius variandi* y diversas técnicas para afrontar lo imprevisto, pero ambas aparecen delimitadas y matizadas con el principio de tratamiento igualitario³².

De este modo, podemos afirmar como lo hace Gambier que “no será violatoria del principio de igualdad la modificación del contrato administrativo que, basada en la necesidad de satisfacer el interés público sea efectuada –cualquiera que sea el oferente elegido–(sic) en condiciones tales que ninguno de los otros oferentes tengan motivos para considerar que, de haber conocido el cambio hubiera modificado su oferta”³³. En tal virtud, se debe diferenciar entre las modificaciones ordinarias

al contrato previstas expresamente en el ordenamiento o en el contrato (por ejemplo, prestaciones adicionales, técnicas de actualización de valor de la oferta, revisión de precios, etcétera) cuya correcta aplicación no afectaría la igualdad entre los postores; de las modificaciones extraordinarias que producen ventajas, donde el análisis debe ser más exhaustivo en función de este principio para determinar las nuevas circunstancias que la hagan aconsejable.

10.4. La situación particular del principio de igualdad en los procesos de selección: las discriminaciones inversas en favor de determinados proveedores

Cercanas a la diferenciación se encuentran un conjunto de medidas estratégicas destinadas a promover la igualdad de oportunidades mediante la atribución de ventajas a determinadas categorías de personas respecto de las cuales se ha evidenciado una situación de discriminación que les ha limitado las posibilidades de acceso a determinado estatuto. Como se puede apreciar, aquí estamos frente a un programa estatal diseñado *ex professo* para igualar las oportunidades, y no un reconocimiento jurídico de las diferencias reales existentes³⁴.

Como bien expresa Ruiz Miguel, “La discriminación inversa en una manifestación extrema –y, por ello, especialmente discutida– de introducción de una desigualdad como medio para conseguir una mayor igualdad como objetivo final”³⁵. En tal medida, la discriminación inversa supone la adopción de medidas diferenciadoras directamente encaminadas a privilegiar a determinados grupos discriminados, para igualarlos frente a otros grupos. Así tenemos, por ejemplo, las subvenciones o ayudas públicas, las exoneraciones fiscales, la reserva de cargos públicos para determinadas minorías. Como tal, estamos ante un “(...) medio para llevar a cabo una política de promoción de igualdad de oportunidades”³⁶.

A diferencia de otras acciones positivas, que son a la larga todas manifestaciones de la incorporación de

³² Nótese que la transgresión al principio se explicita en relación con los otros oferentes al proceso de selección, quienes titularizan ese derecho a ser tratados como iguales. No obstante, debemos analizar si la reflexión sería también aplicable en procesos de selección donde no hubo concurrencia de otros postores (procesos con postores únicos). En este caso, compartimos la tesis de Comadira, en el sentido de que aun en estos casos las limitaciones a las modificaciones contractuales en resguardo del derecho a la igualdad serán también predicables. En efecto, como dice el mencionado profesor argentino “(...) la igualdad en la contratación administrativa, cuando ella es precedida de una licitación pública o privada, o de procedimientos de selección equiparables, es un valor debido no sólo a quienes concretamente responden a la convocatoria de la Administración, formulando sus propuestas, sino, también, a todos aquellos que sería y objetivamente estén en condiciones de competir con arreglo a las Bases fijadas por la autoridad licitante”. (COMADIRA, Julio Rodolfo. “La Licitación Pública (nociones, principios, cuestiones)”. Buenos Aires: Desalma. 2000. p. 71).

³³ GAMBIER, Beltrán. “El Principio de Igualdad en la Licitación Pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos”. Publicado en el colectivo en Homenaje al Profesor Miguel Marienhoff. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1988. p. 932.

³⁴ Véase, MARTINEZ ZAMORA, Marco Antonio. “Las normas de preferencia en el régimen de contratación pública”. Revista Actualidad Jurídica. Enero 2006. Tomo 46. p. 158-162.

³⁵ RUIZ MIGUEL, Alfonso. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Revista Doxa 19 (1996). p. 79.

³⁶ ALEMANY, Macario. “Las estrategias de la igualdad. La discriminación inversa como un medio de promover la igualdad”. Revista Isonomía 11. Octubre 1999.

desigualdades para la igualdad o componentes de una política de promoción de igualdad material, la discriminación inversa se caracteriza por:

- a) Fundamentarse para atender a realidades discriminatorias inmodificables y graves, con el objetivo de favorecer a quienes son los tradicionalmente perjudicados.
- b) Es aplicada sobre situaciones de especial escasez y, por tanto, de fuerte competitividad para obtener el éxito (puestos de trabajo, cargos públicos, plazas de estudios, viviendas, créditos, etcétera). En tal sentido, el costo de la medida es asumido por el individuo o el grupo discriminado por la medida.

Por ello, la finalidad de la discriminación inversa es y debe ser conseguir una situación social más igualitaria entre grupos injustamente discriminados con anterioridad, a través de la introducción legal de medidas discriminadoras (pero correctoras). Se trata de lo que, en la doctrina, se conoce como “discriminación inversa”, esto es, un caso en el cual se debe realizar un tratamiento diferenciado precisamente para promover la igualdad. Para ello se incita a que el Estado adopte una labor legislativa positiva y diligente, ya sea para corregir las disparidades en el goce de los derechos fundamentales o para alcanzar su integral realización³⁷.

Nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido la validez constitucional de la discriminación inversa, afirmando que “(...) debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales”. Por tanto, si bien el legislador no puede ser generador de diferencias sociales “en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”, ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos”³⁸.

10.4.1. Revisión de las técnicas de discriminación inversa prevista a favor de proveedores por las normas de contratación estatal

El legislador ha previsto que la Administración otorgue un tratamiento inversamente discriminatorio en favor

de algunos proveedores con el objeto de ponerlos en una situación de ventaja para la contratación con el Estado. Es importante anotar que estas medidas vienen consagradas por la norma, debiendo aplicarlas la Administración. Por su parte, es contrario al principio de tratamiento igualitario a los proveedores que cada entidad incorpore en las Bases medidas de discriminación inversa no previstas en el ordenamiento con carácter general, como, por ejemplo, puntajes adicionales para empresas de un determinado capital.

Las medidas que la normativa emplea para introducir técnicas de discriminación inversa en la selección de proveedores son las siguientes:

Sistema de cuotas rígidas o reserva de mercados para empresas

El sistema de cuotas no supone sólo un trato preferencial o preferente para el beneficiado, sino un trato privilegiado de manera automática, absoluta e incondicional en su favor, que le permite contar con una reserva del mercado de las compras estatales en su favor, con independencia de su propio mérito intrínseco.

Por sus propias características, las cuotas rígidas –y éste es uno de sus principales cuestionamientos– introduce una discriminación en los resultados (adjudicación de compras estatales) y no en las causas de la discriminación real que padecen determinado grupo de proveedores. De este modo, los mecanismos de cuotas rígidas no reconocen la posibilidad de ponderar otras calidades del proveedor, sino concretarse a la calidad por la cual se le aplica el beneficio. En este sentido, tenemos medidas que no promueven la igualdad de oportunidades en la competencia, sino que más bien, produce una prioridad automática en el resultado deseado.

a) Discriminación en favor de las PYMES y MYPES

Por una parte, tenemos la técnica de “cuotas rígidas” en materia de compras a favor de las pequeñas y medianas empresas, de suerte que se les reserva parte del mercado de las compras estatales, de manera absoluta, incondicionada y sin ninguna cláusula de apertura. En efecto, el artículo 21 de la Ley 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, nos expresa:

“Asimismo, las instituciones del Estado deben separar no menos del 40% de sus compras para ser atendidas

³⁷ Posición expuesta ampliamente en la Sentencia recaída en el Expediente 0261-2003-AA/TC.

³⁸ Fundamentos expuestos en la Sentencia recaída en los Expedientes acumulados 0001/0003-2003-AI/TC.

por las MYPES, en aquellos bienes y servicios que estas puedan suministrar”.

En similares términos dispone su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 009-2003-TR, que:

“(…) Las entidades del Estado deberán separar no menos del 40% de sus compras globales, para que sean atendidos por las MYPES, para tal efecto, presentaran además de sus planes anuales de Adquisiciones establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del estado, su presupuesto Anual a las entidades correspondientes”.

Como se puede apreciar en estas normas, las entidades deben reservar –de manera automática, absoluta e incondicionada– el 40% de sus adquisiciones globales para ser contratadas con las PYMES y MYPES, quedando el 60% restante para la libre competencia abierta. Nótese que, si bien la fórmula contempla la idea de que sea “en aquellos bienes y servicios que estas puedan suministrar”, al no haber un registro oficial de oferta de estas empresas, siempre quedará como una aplicación amplia de la reserva de cuota del mercado.

b) A favor de empresas constructoras constituidas e instalaciones en el país

La segunda aplicación del sistema de cuotas rígidas o reserva del mercado está dirigida a fomentar a las empresas constructoras constituidas y con instalaciones en el país (nótese que no se pondera por su carácter nacional o por el origen del capital).

En efecto, el artículo 77 del Reglamento del TUOLCAE indica que la Licitación Pública para la ejecución de obras se desdoblará en Licitación Pública Nacional y Licitación Pública Internacional, en donde la primera será restringida a las empresas postoras constituidas y con instalaciones en el país, mientras que la segunda procede exclusivamente “cuando las características técnicas de las obras requieran la participación internacional”.

Como se puede apreciar, las entidades públicas deben reservar su mercado de licitaciones públicas para

ejecutar obras a favor de las empresas constituidas y con instalaciones en el país, sin interesar si es una empresa nacional, subsidiaria, filial o simplemente extranjera residiendo en el país. Sólo podrán abrir la oportunidad de negocio a la competencia abierta (nacionales o extranjeros), cuando considere que las características técnicas de la obra requieran la participación de empresas foráneas.

10.4.2. Medidas de puntaje adicional

Las medidas de puntaje adicional consisten en la asignación –vía ficción legal– de una ventaja en la competencia en favor del sujeto discriminado en los procesos de selección ordinarios. La ventaja consiste en asignar una bonificación adicional al sujeto fomentado, con el objeto de buscarle equiparar con los postores aventajados naturalmente. Lo verdaderamente difícil de esta técnica de fomento es justificar la cuantificación del bono adicional para justificar su razonabilidad.

a) Puntaje adicional para posturas de bienes y servicios elaborados o prestados en el territorio nacional (Régimen de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional)³⁹

Una tendencia al favorecimiento de la inversión en nuestro país se encuentra en la figura de la bonificación porcentual a la sumatoria de las calificaciones técnicas de las propuestas vinculadas al desarrollo productivo nacional⁴⁰.

Por esta figura, las entidades que convoquen a un proceso adquisitivo para adquirir bienes o servicios agregarán de oficio⁴¹ una bonificación de 20% adicional a la sumatoria de la calificación técnica y económica de la buena pro obtenida por aquellas ofertas de bienes y servicios prestados o elaborados dentro de nuestro territorio nacional.

Para adquirir esta bonificación, el postor deberá cumplir solamente con presentar en la Declaración Jurada prevista en el artículo 56 de TUO del Reglamento, manifestando –al amparo de la presunción de veracidad y bajo su responsabilidad⁴²– que los bienes o servicios ofrecidos han sido

³⁹ Esta norma ha sido la única llevada ante el Tribunal Constitucional para enjuiciar su constitucionalidad. El Tribunal sentenció a favor de la constitucionalidad de la medida –con algunos vacíos de análisis– fundamentándose en: a) la razonabilidad y proporcionalidad de la medida; y, b) la temporalidad de la medida.

⁴⁰ Dicha bonificación fue creada por la Ley de Promoción del Desarrollo Productivo Nacional (Ley 27143), modificada sucesivamente mediante Decreto de Urgencia 064-2000, 083-2001 y Ley 27633, y reglamentada mediante Decreto Supremo 003-2001-PCM (que reemplazó al inicial reglamento aprobado por Decreto Supremo 030-99-PCM).

⁴¹ Para hacer efectiva esta bonificación no se requiere incluso estar incluida en las Bases del proceso o que el postor lo solicite mediante consulta u observaciones a las Bases (Comunicado 014-2001 (PRE), emitido por el CONSUCODE en setiembre 2001).

⁴² Las responsabilidades en caso de declaración falsa serán: penal (Artículo 411 del Código Penal) y administrativa (inhabilitación permanente como postor del Estado), conforme establece el artículo 5 del Decreto Supremo 003-2001-PCM.

elaborados o serán prestados dentro del territorio nacional⁴³.

- b) Puntaje adicional por componente nacional en construcciones de obras

Una segunda manifestación de esta técnica de fomento fue aplicada con motivo de la complementación del régimen de promoción del desarrollo productivo nacional, en materia de contratación de obras y concesiones.

Ahí, la Ley 28242 estableció la bonificación de un 20% adicional a las empresas constructoras postoras que comprometan un mínimo de 20% de componente nacional en su oferta consistente en bienes elaborados dentro del territorio nacional. En efecto, esta disposición nos indica "para la aplicación del artículo 31 de la Ley 26850, TUOLCAE, en los procesos de ejecución de obras que se efectúen de acuerdo a los sistemas y modalidades previstos en los artículos 45 y 46 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 013-2004-PCM, o en otras modalidades que se establezcan de acuerdo a la naturaleza del requerimiento, en los cuales se requiera incorporar bienes, para efectos del otorgamiento de la buena pro, se otorgara un margen de preferencia a los postores que incorporen bienes elaborados dentro del territorio nacional. El margen de preferencia será el 20% del componente nacional de la oferta del postor, que se calculara obteniendo el 20% del factor en porcentaje que resulte de dividir el valor del componente nacional con declaración jurada, entre el valor total de la propuesta del postor. Para efectos de comparación de ofertas el margen de preferencia se deducirá de la propuesta del postor".

- c) Puntaje adicional para empresas domiciliadas en la provincia o en zona colindante

Finalmente, un reciente ejemplo de asignación de puntaje artificial a determinados proveedores es el que ha sido aprobado a favor de empresas domiciliadas en la provincia (fuera de Lima) o en alguna colindante.

Esta tendencia ha sido acogida en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 084-2004-PCM, cuando crea la bonificación por provincia o colindante, en los siguientes términos:

"Artículo 131.- Bonificaciones por provincia o colindante.

Tratándose de la contratación de obras y servicios que se ejecuten o presten fuera de las provincias de Lima y

Callao, cuyos montos corresponden a Adjudicaciones Directas Selectivas o Adjudicaciones de menor Cuantía, se considerara una bonificación equivalente al diez por ciento (10%) sobre la sumatoria de las propuestas técnica y económica de los postores con domicilio legal en la provincia donde se ejecutara la obra objeto del proceso de selección o las provincias colindantes, sean o no pertenecientes al mismo departamento o región, siempre que los bienes, servicios u obras sean elaborados dentro de la circunscripción. El domicilio legal será el declarado ante el Registro Nacional de Proveedores".

10.4.3. Medidas de facilitación

Las medidas de facilitación o simplemente de impulso buscan la eliminación de alguna desventaja natural (carencia de información oportuna, dificultad para ser garantizado por sistema financiero, o demanda acumulativa de bienes, o servicios en magnitud amplia, etcétera) que dificulta la competencia de determinados proveedores.

- a) Facilitación de información

Uno de los mecanismos de discriminación inversa empleado a favor de las pequeñas y medianas empresas consiste en el régimen de facilitación de información que los convierte en receptores de información suficiente y oportuna de las oportunidades de negocios con la Administración, a diferencia de todos los demás potenciales proveedores que tienen que recurrir a las fuentes de información oficiales (diarios, páginas *web*, etcétera).

El artículo 19 del Decreto Supremo 009-2003-TR nos indica que: "La Comisión de Promoción de la Pequeña y Micro Empresa –PROMPYME– facilita el acceso a las MYPES a las compras del Estado a través de la difusión de los Planes Anuales de las Entidades del Estado, difusión de sus convocatorias a los procesos de adjudicaciones públicas de bienes y servicios o consultoría de obras y otros mecanismos de articulación de demanda y oferta de bienes, servicios y obras previstas en la legislación; así como la promoción para la conformación de consorcios y programas de subcontratación".

- b) Facilitación de garantías

En principio, el artículo 21 de la Ley 28015 dispuso que: "En los contratos de suministro periódico de bienes o de prestación de servicios de ejecución

periódica, distintos de los consultoría de obras que celebren las MYPES, estas podrán optar, como sistema alternativo a la obligación de presentar la garantía del fiel cumplimiento por la retención de parte de las Entidades de un porcentaje de un diez por ciento (10%) del monto total del contrato. La retención de dicho monto se efectuara durante la primera mitad de numero total del contrato”.

El artículo 18 de la Ley 28304, Ley de Promoción del Desarrollo Económico y Productivo, ha dispuesto que: “En los contratos de suministro periódico de bienes o de prestación de servicios de ejecución periódica, distintos de los de consultoría de obras, que celebren las MYPES Descentralizadas, estas podrán optar, como sistema alternativo a la obligación de presentar la garantía de fiel cumplimiento, por la retención de parte de la entidad compradora del cinco por ciento (5%) del monto total del contrato. La oportunidad, forma de retención así como las consecuencias de su incumplimiento se rigen por lo dispuesto por la Ley 28015”.

Finalmente, esta sucesión normativa ha sido incluida en similares condiciones por los artículos 40 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y 213 de su Reglamento.

c) Facilitación de acceso por montos (fraccionamiento admitido)

El artículo 21 de la Ley 28015 incluyó una figura de fraccionamiento tolerado con el fin de brindar facilidades para la postulación de las PYMES, entendiendo que, de ordinario, no pueden acceder a las licitaciones o concursos por los volúmenes de prestaciones que ellas demandan a sus proveedores. Por ello, dispuso “(...) Los procesos de selección se pueden llevar a cabo por etapas, tramos, paquetes o lotes. La buena pro por cada etapa, tramo, paquete o lote se podrán otorgar a las MYPES distintas y no vinculadas económicamente entre sí, lo que no significa un cambio de modalidad del proceso de selección (...)”.

La tendencia finalmente se consolidó en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuando ha dispuesto que no se considerará fraccionamiento “(...) a las contrataciones y adquisiciones por etapas, tramos, paquetes o lotes, posibles en función de la naturaleza del objeto de la contratación y adquisición, o para propiciar la participación de pequeñas y micro empresas en aquellos sectores económicos donde exista oferta competitiva” (a ser determinado mediante Decreto Supremo de la Presidencia del Consejo de Ministros) (Artículo 18).

10.4.4. Medidas de trato preferencial

Las medidas de trato preferencial, a diferencia de todas las anteriores técnicas de discriminación inversa, apuntan a dar un trato beneficioso a determinados proveedores en caso de convergencia de ofertas con otras empresas (dirimencia en caso de empates, o prioridad para ser considerados).

a) Tratamiento preferencial genérico a favor de MYPES

De modo general, la Ley 28015 indica que “(...) En las contrataciones y adquisiciones de bienes y servicios, las entidades del Estado, prefieren a los ofertados por las MYPES, siempre que cumplan con las especificaciones técnicas requeridas (...)”. La fórmula del artículo 19 de su Reglamento repite la fórmula, pero agrega que la preferencia operará cuando los bienes y servicios de las MYPES sean “ofrecidos en condiciones similares de calidad, oportunidad y precio”.

Complementando la medida, la Ley 28304, Ley de Promoción del Desarrollo Económico y Productivo, indica que: “En los casos de MYPE Descentralizadas, la preferencia que les dan las entidades del estado en las contrataciones de bienes y servicio, incluye a las exoneradas de los procesos de Licitación Pública, Concurso Público o Adjudicación Directa por ser realizados en situación de emergencia o de urgencia declarada de conformidad con el inciso c) del Artículo 8 del Texto Único ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del estado, aprobado por Decreto Supremo 012-2001-PCM”.

b) Tratamiento preferencial genérico para micro y pequeñas empresas de personas con discapacidad

El artículo 38 de la Ley 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad, determina que “Las empresas e instituciones del Sector Público darán preferencia a los productos manufacturados y servicios provenientes de micro y pequeñas empresas integradas por personas con discapacidad, tomando en cuenta similar posibilidad de suministro, calidad y precio para su compra o contratación”.

c) Tratamiento preferencial genérico para empresas de la localidad (localismo)

El artículo 30 de La Ley Orgánica de Municipalidad, Ley 27972, indica que: “Las contrataciones y adquisiciones que realizan los Gobiernos Locales se sujetan a la ley de la materia, debiendo hacerlo en acto publico y preferentemente con las empresas

calificadas constituidas en su jurisdicción, y a falta de ellas con empresas de otras jurisdicciones”.

Como veremos más adelante, esta tendencia se ha transformado, en el Reglamento de la Ley de Contrataciones, en una bonificación para las proveedoras domiciliadas en la provincia de la convocatoria o en zona colindante.

d) Medidas de tratamiento preferencial específicas para PYMES y MYPES

d.1) Preferencia en caso de empate

El artículo 133 del reglamento del TUOLCAE indica que cuando dos o más propuestas resulten empatadas, el otorgamiento de la buena pro se realizará preferentemente a favor de “las micro y pequeñas empresas ganadoras en adjudicaciones en adjudicaciones directas y de menor cuantía, alcanzando este beneficio a los consorcios siempre y cuando estén conformados íntegramente por micro y pequeñas empresas”.

d.2) Preferencia en caso de adquisiciones para reconstrucción de zonas afectadas

La quinta disposición complementaria del TUOLCAE indica que “En las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios y obras realizadas con recursos públicos para fines de la reconstrucción de las zonas afectadas por desastres naturales, las Entidades del estado prefieren, en condiciones de similar precio, calidad y capacidad de suministro, aquellos producidos o brindados por la pequeña y microempresa nacional”.

d.3) Preferencia para ser subcontratista del Estado

El artículo 208 *in fine* del TUO dispone que “las subcontrataciones se efectuarán de preferencia con las micro y pequeñas empresas”.

11. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El propósito de este ensayo ha sido plantear una revisión de los diversos momentos de la contratación administrativa a partir de los principios que el propio ordenamiento ha declarado como sus valores superiores, por lo que se someten a ellos para la interpretación de sus normas, integración de sus vacíos y el control de su corrección. Creemos que, luego de haber realizado este esfuerzo, podemos apreciar la gran distancia que existe entre la retórica de los principios y la práctica cotidiana de los procesos de selección, lo cual comprobaremos si contrastamos la definición principista con los casos enunciados como sus transgresiones comunes, los mismos que hemos relevado de nuestra práctica profesional y de la consulta a los pronunciamientos de los organismos oficiales del Estado.

No debemos perder de vista que las normas de contrataciones y los principios mismos tienen un objetivo preciso y único: garantizar que las Entidades del Sector Público obtengan bienes, servicios y obras de calidad requerida, en forma, oportunidad y a precios o costos adecuados. De modo que un buen proceso de adquisiciones no se caracteriza por el cumplimiento de la legalidad formal, ni aun con la satisfacción de los principios de la contratación, si concluye con una adquisición postrera (o póstuma, en muchos casos), es decir, cuando la necesidad ha sido satisfecha de otra manera o se ha consumido el presupuesto.

INVERSIÓN PRIVADA EN OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA Y DE SERVICIOS PÚBLICOS: UNA MIRADA DESDE EL SECTOR PÚBLICO*

René Cornejo Díaz**

En el presente artículo, el autor, quien cuenta con una vasta experiencia en materia de concesiones, realiza un recuento de las modalidades existentes en el Perú, explicando sus características y variantes de una manera muy comprensible.

Asimismo, describe los procedimientos y pasos a seguir para otorgar una concesión a través de ejemplos reales de concesiones realizadas en el país en los diversos sectores regulados de modo que se cumplan los objetivos de la misma y se logre satisfacer el interés público.

* El presente artículo representa las opiniones personales del autor y no necesariamente las del Estado de la República del Perú. Se ha elaborado a partir de información pública. El autor agradece a Susana Medina, Ana María Vertiz, Luis Miguel Yrivarren y Giancarlo Villafranqui cuyo apoyo resultó indispensable para la elaboración de este artículo.

** Director Ejecutivo de ProlInversión. Ingeniero Mecánico y Electricista. Magister en Administración por la Escuela de Administración de Negocios para Graduados (ESAN). Post grado en Teoría de Finanzas, Fusiones y Adquisiciones y Mercado de Opciones por la University of California at Los Angeles-UCLA, y post grado con especialidad en Gestión de la Producción por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente el autor se encuentra en preparación de la tesis de su Doctorado en Management Sciences: Administración y Dirección de Empresas por la Escuela Superior de Administración y Dirección de Empresas (ESAN).

“(…) Cuando las precondiciones de infraestructura básica (carreteras, energía y puertos) y el capital humano (salud y educación) están en su lugar, los mercados son poderosos constructores del desarrollo. Sin esas precondiciones los mercados pueden ser crueles puentes de miles de personas del mundo, dejándolos empobrecidos y sin ningún respeto. La acción colectiva a través de la efectiva provisión de salud, educación, infraestructura, así como la asistencia extranjera cuando sea necesaria, apuntala hacia el éxito económico”¹.

-Jeffrey D. Sachs

La señora Luna se despierta todos los días a las cuatro de la mañana para juntar agua, la que con suerte llega hasta las seis de la mañana, y que le permitirá saciar la sed de su familia, preparar sus alimentos y ayudar con la higiene familiar. Ella ha tenido que cavar la tierra hasta llegar a las tuberías de conducción porque la presión del agua no es suficiente para llegar hasta su casa y, de otra forma, no conseguiría ni una gota. Esto son los días con suerte porque en otras ocasiones tiene que salir a comprar el agua en barriles a un precio muy alto, con los riesgos a la salud que esto trae.

Esta es una necesidad real en la Región Tumbes donde de 182800 habitantes 30000 carecen del servicio de agua potable, 85000 tienen conexiones inactivas de agua y 100000 no disponen del servicio de alcantarillado².

Esto se repite en todo el país. Las estadísticas nos muestran que a fines del 2003, a nivel nacional, más de 7 millones de personas carecían del servicio de agua potable, 11.5 millones no disponían del servicio de alcantarillado y el nivel de tratamiento de las aguas residuales, aun en las zonas urbanas, era del orden del 20%. La infraestructura tiene una antigüedad promedio de 30 años y se encuentra en franco riesgo de colapso.

Se estima que para reducir el déficit de cobertura en un 50% se requiere una inversión del orden de US\$ 4500 millones. Esta cifra para un país como el nuestro con recursos insuficientes, en el que además las prioridades de gasto se deben centrar en los sectores salud, educación y seguridad, es casi imposible de mejorar con la sola participación del Estado, por lo que la pregunta que se plantea es ¿qué hacer para revertir dicha situación?

El objeto del presente artículo es mostrar al lector, sobre la base de una amplia experiencia, los principales aspectos que se deben tomar en cuenta a la hora de desarrollar un proceso de concesión, el cual incorpora actividades tales como el diseño de la estrategia a ser aplicada, la obtención de las aprobaciones o autorizaciones de las entidades del Estado relacionadas, la elaboración de los documentos clave como lo son el Contrato de Concesión y las Bases del proceso, la elaboración y aplicación de una estrategia para lograr la aceptación social, la promoción del proyecto al sector privado nacional e internacional y la firma del Contrato de Concesión.

INTRODUCCIÓN

La escasez de infraestructura de servicios públicos ha minado el comercio y el desarrollo peruano durante los últimos 20 años. Según estudios del Banco Mundial, el Perú tiene uno de los costos logísticos más altos de la región, indicador crítico en el camino de consolidar al país como un eficiente núcleo exportador.

Las limitaciones que se producen por una deficiente infraestructura pueden llegar a ser tan altas que según Limao y Venables³ un incremento de 10% en los costos de transporte reduce el volumen del comercio en un 20%, Radelet y Sachs⁴ opinan que un incremento de 100% en los costos de transporte reduce el PBI en un 0.5%, y Wilson, Mann y Otsuki⁵ sostienen que un mejoramiento de un 0.55% en la eficiencia portuaria reduce en 5.5% los aranceles aduaneros.

Un estudio elaborado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico⁶ muestra que las familias que carecen de electricidad, teléfono, agua y carreteras, tienen que recurrir a otros servicios más caros y menos eficientes.

Una mejora en la infraestructura se verá reflejada en el aprovechamiento máximo que se le puede dar a los núcleos productivos o logísticos, de forma tal que se pueda elevar su nivel de competitividad y asegurar que ningún potencial económico del país se deje de aprovechar por falta de infraestructura básica.

1. REQUERIMIENTOS DE INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE SERVICIOS PÚBLICOS EN EL PERÚ Y LA INVERSIÓN PRIVADA COMO UNA ALTERNATIVA PARA SU DESARROLLO

¹ SACHS, Jeffrey D. "The End of Poverty, Economic Possibilities for our Time". New York: The Penguin Press. 2005. p. 3.

² Cifras al 2003.

³ LIMA, Nuno y Anthony J. VENABLES. "Infrastructure, Geographical Disadvantage, Transport Costs and Trade". Nuno Limao es de Columbia University y Anthony J. Venables de la London School of Economics and CEPR.

⁴ "Shipping Costs, Manufactured Exports and Economic Growth". 1998. p.11.

⁵ "Maritime Transport Cost and Port Efficiency"

⁶ ADEPSEP y UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO. "Estimación de los costos de transacción producto de la inadecuada infraestructura en servicios públicos". 2005.

“Un incremento de un 1% en el nivel de sólo uno de las tipos de infraestructura –como por ejemplo, las líneas de teléfono por trabajador– puede incrementar el crecimiento del producto interior bruto en 0.20 puntos porcentuales”⁷.

-C. Calderón y L. Serven

La brecha de inversión en infraestructura de servicios públicos en el país ha sido calculada en US\$ 22879 millones por ADEPSEP al año 2005⁸. El concepto de “brecha de inversión” implica el reconocimiento de la falta de inversión para llegar a cierta meta o para cumplir con ciertos requerimientos de infraestructura, ya sea por el uso de instalaciones en condiciones sub óptimas o la dificultad de satisfacer la demanda actual y futura.

La escasez en infraestructura se acentúa en los países en desarrollo –como el nuestro– donde la administración de los servicios públicos se encuentra aún en manos de Estados que tienen un presupuesto limitado, debido a sus bajos ingresos que implican bajos niveles de ahorro, un balance primario con tendencia decreciente y un nivel de endeudamiento público cercano al 45%⁹. Adicionalmente, la administración de los servicios es deficiente debido a una falta de capacidades gerenciales y doctrinas de eficiencia.

Planteada la escasez de recursos y las dificultades que atraviesan Estados como el nuestro para proveer nueva infraestructura, se propone la alternativa de incorporar inversión privada en esta actividad. En el Perú, además de cubrir la escasez de recursos para el financiamiento

Cuadro 1: La Brecha de Infraestructura en el Perú

SECTOR	LIMA		
	METROPOLITANA	REGIONES	TOTAL
Transportes	681	7,003	7,684
Red Vial	58	6,771	6,829
Puertos	560	135	695
Aeropuertos	63	80	143
Ferrocarriles	0	17	17
Saneamiento	2,369	2,250	4,619
Agua Potable	1,081	1,152	2,233
Alcantarillado	838	942	1,780
Tratamiento de Aguas Servidas	450	156	606
Electricidad	207	5,316	5,523
Ampliación de Cobertura	207	1,109	1,316
Infraestructura de Transmisión	0	228	228
Ampliación de Capacidad Instalada	0	3,979	3,979
Gas Natural	100	320	420
Telecomunicaciones	2,745	1,888	4,633
Telefonía Fija	595	589	1,184
Telefonía Móvil	2,150	1,299	3,449
TOTAL BRECHA DE INVERSION (US\$ MILLONES)	6,102	16,777	22,879

Fuente: ADEPSEP

⁷ CALDERÓN, C. y L. SERVEN. “El Costo del Producto de la Brecha de Infraestructura de América Latina”. Palo Alto, California: Stanford University Press. Washington D.C.: Banco Mundial. 2003.

⁸ IPE y ADEPSEP. “La Infraestructura que necesita el Perú. Brecha de Inversión en Infraestructura de Servicios Públicos”. 2005.

⁹ El FMI recomienda como límite de endeudamiento el 45% del PBI.

de los proyectos, el sector privado ha probado ser más eficiente en la operación de los mismos¹⁰.

La incorporación de la inversión privada a través de las privatizaciones realizadas en el pasado ha significado una mejora en los indicadores de servicios públicos en los diversos sectores, como por ejemplo en el sector eléctrico donde los niveles de cobertura han pasado de 54.8% en el año 1992 a 76.3% en el año 2004, las pérdidas de energía han experimentado una sensible disminución de los sistemas de distribución pasando de 20.6% en el 1994 a 9.1% en el año 2003 y la potencia instalada del país se ha incrementado en 1827 MW, hasta totalizar 6016 MW en el año 2004. Algo similar ha ocurrido en el sector telecomunicaciones, en donde la densidad en telefonía fija ha pasado de 2.94 en el año 1993 a 7.39 en el año 2004, la densidad en telefonía móvil ha pasado de 0.16 en el 1993 a 14.75 en el año 2004 y el tiempo de espera promedio para la atención de una solicitud de nueva línea de telefonía fija pasó de 70 meses en el año 1993 a 5 días en el año 2004¹¹.

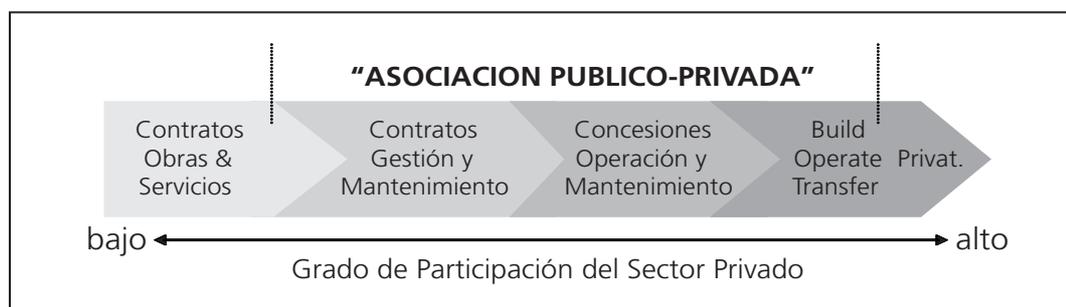
Por el lado de las concesiones, desde el año 1996, el Estado ha puesto en marcha un importante plan de desarrollo de la infraestructura de servicios públicos tales como el desarrollo de redes viales, aeropuertos, puertos, saneamiento y energía entre otros; generando

aproximadamente US\$ 6130 millones de inversión comprometida, US\$ 1006 millones de ingresos para el Estado, en adición a miles de puestos de trabajo creados, población beneficiada e ingresos por recaudaciones de impuestos¹².

Se estima que para lograr un crecimiento anual de 7% en la economía peruana, que permita sentir los beneficios positivos a todo nivel, es necesario un nivel de inversión cercana al 25% del Producto Bruto Interno (en adelante PBI). Actualmente la inversión se encuentra alrededor del 17% del PBI y, dadas las limitaciones de recursos del Estado, el diferencial sólo puede ser cubierto por el sector privado.

Las Asociaciones Públicas Privadas

La incorporación de la inversión privada se puede dar de distintas formas. Para hablar de los extremos, desde la privatización, donde la infraestructura pasa a propiedad privada de manera permanente, o a través de un Contrato de Obras en donde el sector privado sólo encarga de su construcción y la propiedad se queda en manos del Estado. Una figura intermedia mucho menos rígida y que ha venido tomando preponderancia a nivel mundial son las Asociaciones Público Privadas (en adelante APP).



El término APP no tiene una definición única entre los autores, pero es usualmente utilizado para describir un amplio espectro de posibles relaciones entre el sector público y el sector privado para llevar a cabo un proyecto o proveer un servicio. Las APP están basadas en el reconocimiento de que, tanto el sector público como el sector privado, pueden mutuamente beneficiarse uniendo sus recursos

financieros, conocimientos y experiencia para mejorar la entrega de los servicios básicos a todos los ciudadanos¹³.

El ejecutar un proyecto a través de una APP obliga a pensar en horizontes de largo plazo de manera que la operación y mantenimiento de la infraestructura estén explícitamente considerados. Al promover la

¹⁰ Por ejemplo, de acuerdo con el Banco Central de Reserva del Perú, durante el período 1970-1990, la pérdida acumulada de las empresas estatales peruanas ascendió a aproximadamente US\$7100 millones. Cerca de US\$2500 millones se generaron durante la década de los 70, US\$3000 millones en la primera mitad de los 80 y US\$1800 millones durante el período 1986-1990. Asimismo, un estudio conducido por el Banco Interamericano de Desarrollo demuestra que las empresas de servicios públicos privatizadas en los años 90 han mejorado sus ratios de desempeño como Ingresos Netos sobre Ventas (20%), Ingresos Operativos sobre Ventas (13%) y ventas por empleado (45%).

¹¹ Evaluación del Proceso de Privatización, COPRI. Ministerio de Energía y Minas, OSIPTEL.

¹² Fuente: ProInversión. Reporte del Proceso. Diciembre de 2005.

¹³ Herramienta para APP Municipales Pro Pobres. Maleye Diop, Programme Manager PPPUE, Sudáfrica. Programa de las Naciones Unidas - PNUD.

participación del sector privado, el Estado busca reducir las distancias económicas y por ende incrementar la competitividad del país para, entre otras metas nacionales, asegurar la continuidad del notable crecimiento del comercio exterior de los últimos años y la inclusión de poblaciones relegadas a la economía nacional.

“Un criterio importante para la realización de las APP es que el costo de realizar la infraestructura mediante una APP debe ser menor al costo en el que hubiera incurrido el gobierno en hacerlo directamente por mecanismos tradicionales de obra pública. Este es el criterio de maximizar el valor de los recursos públicos, que deben satisfacer todas las APP para evitar que, por la ilusión de la disponibilidad de recursos, se terminen construyendo obras innecesarias”¹⁴.

En el Perú, las APP se han venido desarrollando a través de las concesiones reconociendo que el Estado y el sector privado pueden llevar adelante una relación de largo plazo donde la suma de sus fortalezas permita un beneficio mutuo a través de la prestación de infraestructura de servicios públicos.

La definición de concesión ha tenido una interesante evolución pues en un inicio se planteó como un Contrato de Derecho Privado, luego como un Acto Unilateral de la Administración para finalmente llegar a nuestros días como un Acto de Poder Público y Contrato administrativo¹⁵. Esta última definición, también conocida como mixta o ecléctica, es suscrita por la doctrina nacional¹⁶ y establece que la concesión es una operación de carácter complejo que involucra dos aspectos:

i) **Aspecto legal o reglamentario**, según el cual la concesión implica un acto unilateral del poder público y la facultad reglamentaria de la administración respecto de las condiciones generales de prestación de los servicios.

ii) **Aspecto Contractual**, según el cual la concesión también implica un contrato administrativo en el que “se crea una situación jurídica individual y subjetiva a favor del concesionario, la misma que no puede ser alterada por un acto unilateral de la Administración concedente, sin tomar en cuenta el consentimiento de aquel”^{17 18}.

A efectos de precisar la definición de Concesión es válido recurrir al concepto desarrollado por la Corporación Andina de Fomento según la cual la Concesión de infraestructura pública es una especie de participación público privada que “(...) se encuadra dentro de las diferentes técnicas de gestión privada de infraestructuras, con la particularidad que en este caso, a diferencia de otros, el concesionario **no actúa por derecho propio y sí por cuenta de la Administración; aunque en nombre propio**. (...) En definitiva, se trata de una técnica a través de la cual el Estado delega a un tercero la ejecución/gestión (por cuenta y riesgo de éste) de una actividad o servicio de la que es titular; o bien, habilita a un tercero (...) a utilizar bienes de dominio público para la prestación de actividades o servicios de carácter libre; bajo control/fiscalización de parte de aquélla”¹⁹.

En los Contratos de Concesión celebrados por el Estado Peruano, el concepto de concesión ha ido evolucionando siempre en función de la vinculación con los bienes de la misma. Así, se le ha definido como: i) “el acto plasmado en el presente contrato de naturaleza administrativa (...), en virtud del cual el Concedente otorga al Concesionario el aprovechamiento de los Bienes de la Concesión (...)”²⁰; ii) “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 (...)”²¹; y, iii) “la relación jurídica de Derecho Público que se establece entre el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato, mediante la cual el CONCEDENTE

¹⁴ PASCÓ-FONT, Alberto. “Las Asociaciones Público Privadas y la mejora de la Infraestructura Nacional”. En: Revista PronInvertir. Procapitales. Diciembre de 2005. pp. 8-9.

¹⁵ La doctrina del Derecho ha desarrollado distintas teorías para definir qué se debe entender por “Contrato Administrativo”, “Contrato Estatal” o “Contrato de la Administración”. Sobre un recuento de estas definiciones y su limitada utilidad práctica en el Perú, ver: LINARES, Mario. “El Contrato Estatal”. Lima: Grijley. 2002.

¹⁶ Tomado de DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “Promoción de la inversión privada en materia de obras públicas de infraestructura y servicios públicos a través de las concesiones”. En: Advocatus. Nueva Época. Segunda entrega, año 2000. pp. 55 y siguientes; en el mismo sentido, ver: ZEGARRA, Diego. “Concesión Administrativa e Iniciativa Privada”. En: Themis-Revista de Derecho 39. pp. 99 y siguientes.

¹⁷ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Op. Cit. p. 57.

¹⁸ Esta distinción nos plantea la pregunta abierta de conocer a qué nos enfrentamos cuando los reglamentos emitidos por los Organismos Reguladores peruanos establecen su supletoriedad respecto de los contratos de concesión.

¹⁹ CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO. “Financiamiento Privado de Infraestructuras: Estudio de alternativas y experiencias en materia de proyectos de Participación Público-Privada para América del Sur. Sector Transporte”. Caracas. 2004. p. 43. Documento público disponible en la página web de la corporación.

²⁰ Contrato de Concesión de aprovechamiento óptimo de las aguas superficiales y subterráneas del Río Chillón. Diciembre de 1999.

²¹ Contrato de Concesión del Aeropuerto Jorge Chávez. Agosto de 2000. Ver también la Concesión de Ferrocarriles. 1999.

otorga al CONCESIONARIO el derecho a diseñar, construir, financiar, conservar y explotar de manera exclusiva "la nueva infraestructura" durante el plazo de vigencia del Contrato"²².

Actualmente, el Estado viene trabajando en sus distintos proyectos de concesión con una definición de esta básicamente vinculada a su objeto. Así, de acuerdo a dicha definición, la concesión es la relación jurídica de Derecho Público que se establece entre el concedente y el concesionario a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato, mediante la cual el concedente otorga al concesionario el derecho al aprovechamiento económico de los Bienes de la Concesión durante el plazo de vigencia de la misma.

Finalmente, en la definición de concesión es importante tener en cuenta tres aspectos fundamentales:

Un primer aspecto es que si bien existe un marco legal destinado a formar la voluntad del Estado para contratar con el concesionario a través de las licitaciones o concursos y regular las normas generales de prestación de los servicios, lo pactado en el contrato de concesión debe ser respetado y sólo puede ser modificado "previo acuerdo con el concesionario"²³. Incluso, el artículo 17 del Decreto Supremo 059-97-PCM establece que los contratos de concesión pueden contener cláusulas que estipulen el pago de una indemnización a favor del concesionario en caso el Estado modifique unilateralmente el contrato.

Un segundo aspecto importante a tener en cuenta es que las concesiones son una técnica de cooperación para proveer servicios públicos e infraestructura con particularidades. Existirán intereses divergentes entre el Estado y el particular en toda concesión, pues el concesionario se convertirá en un agente del concedente para satisfacer las necesidades de infraestructura y servicios públicos y este agente mantendrá el interés de maximizar sus beneficios. El agente siempre actuará "en nombre propio", pero "por cuenta de la Administración" pues esta mantendrá la titularidad de la infraestructura o servicio. Este último aspecto, el de titularidad, diferencia a las concesiones de las licencias o permisos, que son actos de "reconocimiento" de derechos preexistentes de los particulares.

El tercer aspecto es que la Concesión siempre implicará la explotación (gestión) de la infraestructura o del servicio por el Concesionario. Este es un aspecto fundamental, legalmente reconocido²⁴, que diferencia las concesiones de la provisión de infraestructura o servicios de manera directa por el Estado mediante mecanismos de obra pública u otras prestaciones directas de servicios.

2. ESTRUCTURACIÓN DE UNA CONCESIÓN

A continuación se desarrollan las principales actividades para estructurar una concesión. En la experiencia nacional se ha podido comprobar que en ocasiones estas actividades no se han seguido en el mismo orden que se mencionan debido a que los procesos de promoción de la inversión privada son dinámicos y responden muchas veces a niveles de complejidad y coyunturas distintas.

2.1 Identificación del proyecto

Las iniciativas de nuevos proyectos para el desarrollo u operación de la infraestructura de servicios públicos pueden tener un origen en el sector público (Gobierno Nacional, Gobierno Regional y Gobiernos Locales) o en el sector privado. En el primer caso, se debe estructurar mecanismos y sistemas para organizar y canalizar estas iniciativas; en el segundo caso, lo más importante es reconocer y acoger la libre iniciativa privada.

Los proyectos propuestos por el sector público, en una situación ideal, debieran responder orgánicamente a políticas nacionales, regionales y sectoriales de desarrollo que prioricen y programen los proyectos a ser ejecutados. Estos planes sectoriales independientes debieran ser recogidos en un Plan Maestro de Desarrollo de Infraestructura que permita, de manera coordinada, englobar las prioridades de los distintos sectores de forma tal que el desarrollo de la infraestructura necesaria se haga de manera organizada. Sin embargo, aún estamos lejos de esta situación.

El nuevo Reglamento de Organización y Funciones de ProInversión²⁵ establece que corresponde a esta entidad "proponer y ejecutar la política nacional de promoción de la inversión privada, en concordancia

²² Contrato de Concesión Terminal Portuario del Callao-Zona Sur. 2006.

²³ Existe doctrina jurídica que sostiene que el Estado está en capacidad de modificar unilateralmente los contratos de Concesión. Considero que a la luz de la legislación peruana esta posibilidad estaría seriamente restringida. Ver nota el pie anterior.

²⁴ El artículo 3 de la Ley de Concesiones establece que "La concesión de la obra implica la explotación del servicio." Por su parte, el artículo 3 del reglamento de esta Ley dispone que "(...) La explotación de la obra o la prestación del servicio comprende: a) La prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue entregada la concesión, de acuerdo a las condiciones de calidad establecidas en el Contrato; b) el mantenimiento de la obra; y, c) el pago de tarifas, precios, peajes u otros pagos pactados en el contrato de concesión que realizarán los usuarios como retribución por los servicios básicos y complementarios recibidos".

²⁵ Aprobado por Decreto Supremo 039-2006-EF. 4 de abril de 2006.

con los lineamientos establecidos por el Ministerio de Economía y Finanzas, los planes económicos y la política de integración, con arreglo a la legislación sobre la materia". Entonces, se podría generar mayor orden en las iniciativas, sin perjuicio de aprovechar las oportunidades que se presenten. En tal sentido, una vez establecidas las prioridades por parte de todos los sectores del Gobierno Nacional y de los Gobiernos Locales y Regionales en sus planes de desarrollo de infraestructura, todos aquellos proyectos que requieran de la participación de la inversión privada deben pasar a formar parte de un "Plan Nacional de Concesiones de Infraestructura Multisectorial".

A la fecha, se ha logrado un avance en este aspecto pues ya contamos con planes sectoriales de desarrollo para los próximos años y en muchos de ellos ya se ha podido definir en qué obras y servicios públicos resultaría conveniente incorporar la inversión privada. Por ejemplo, el Plan Nacional de Saneamiento para el período 2006-2015 ya establece la realización de alianzas público privadas en las Empresas Prestadoras de Servicios (en adelante EPS) de Piura, Huancayo, La Libertad y Ucayali.

Respecto de los proyectos propuestos por el sector privado, la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada y su Reglamento²⁶ regulan la posibilidad de que personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, identifiquen proyectos de inversión sobre recursos estatales (en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos) que puedan ser ejecutados por el sector privado. La iniciativa privada es tramitada como un derecho de petición, por lo que el Estado no esta en obligación de acceder a la misma.

2.2 Diseño general del Proceso de Promoción de la Inversión Privada

El primer paso para llevar a cabo un proceso de concesión es la elaboración del Plan de Promoción, el cual constituye el marco referencial técnico, legal y financiero, sobre el cual se licitará o concursará la concesión²⁷. También representa un compromiso político con relación a aspectos elementales de la concesión, así como una orden desde las más altas esferas del gobierno para que su contenido sea cumplido por los sectores. Este documento resulta particularmente útil cuando existen

muchos actores con diferente participación en la toma de decisiones vinculadas a la concesión.

El Plan de Promoción es elaborado por los Comités de ProInversión y debe ser aprobado por el Consejo Directivo de ProInversión, cuyo acuerdo deberá ser luego ratificado por Resolución Suprema, refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del sector correspondiente.

De acuerdo con el Reglamento de la Ley de Concesiones²⁸, el Plan de Promoción debe contener como mínimo:

- a) Diseño general del proceso;
- b) Modalidad de otorgamiento de la concesión (Licitación Pública Especial o Concurso de Proyectos Integrales);
- c) Esquema financiero;
- d) Plazo de la concesión; y,
- e) Cronograma del proceso

Para la definición de los literales a), c) y d) antes señalados, se debe evaluar los aspectos técnicos, financieros y legales aplicables al proyecto, a efecto de determinar un esquema que promueva el desarrollo del mercado, sea atractivo para el sector privado y resguarde los intereses del Estado y los usuarios.

Esta evaluación incluye la revisión de las proyecciones de demanda, la evaluación de las operaciones e instalaciones existentes, la definición de las obras y servicios requeridos, la estimación del monto de inversión y de los costos de operación y mantenimiento, la formulación del modelo financiero para conocer el plazo de concesión requerido y si la concesión será autosostenible o requerirá de un cofinanciamiento del Estado, el estudio de la organización industrial y el marco institucional a efectos de determinar el grado de competencia en el sector y la necesidad consecuente de regulación y la intensidad de la misma, el análisis de los riesgos involucrados en el negocio, procurando asignarlos a quien estuviera en mejor capacidad de sobrellevarlos y la definición del paquete de infraestructura a ser entregado en concesión.

Esta es una labor que realizan los Comités de ProInversión²⁹ con equipo propio o a través de terceros.

²⁶ Ley 28059 –Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada–. Decreto Supremo 015-2004-PCM –Reglamento de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada–.

²⁷ Numeral 3 del artículo 6 del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

²⁸ Ver: artículo 11 del Reglamento.

²⁹ Artículo 7, inciso a) del Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Decreto Supremo 060-96-PCM.

Por lo general, los Comités contratan asesores especializados, tales como Bancos de Inversión y consultores técnicos, dependiendo del nivel de especialización que se requiera o si se cuenta con experiencia previa en algún proyecto similar.

Respecto de la modalidad de otorgamiento de la concesión, literal b), podemos afirmar que, a diferencia del caso de la Licitación³⁰, no existe norma vigente³¹ que regule los alcances de un Concurso de Proyectos Integrales.

Sin embargo, se considera que se debe optar por un Concurso de Proyectos Integrales cuando el postor vaya a tener a su cargo el diseño y la tecnología a ser empleadas en la construcción de una obra o cuando la concesión se limite al mejoramiento y operación de la infraestructura existente; mientras que se debe optar por una Licitación Pública Especial cuando el diseño y la tecnología a ser empleadas en la construcción de las obras y en la prestación de los servicios ya se encuentran definidos por el Estado.

Respecto del cronograma del proceso, literal e), el plazo total del proceso debe tomar en cuenta la complejidad técnica del proyecto, los montos de inversión que serán requeridos, el momento político en que se ejecutará, el tiempo que necesitarán los postores para revisar los proyectos de contrato y preparar sus propuestas, y, en caso se requiera el cofinanciamiento o garantías del Estado, la obtención de las autorizaciones o aprobaciones requeridas mediante normas de los mecanismos de control del correcto uso de los recursos públicos.

Si una concesión requiere de la ejecución de una obra que califique como Proyecto de Inversión Pública, debe obtener la declaración de viabilidad del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP)³². Los Proyectos de Inversión Pública tienen distintas fases de aprobación obligatorias (Preinversión, Inversión y Postinversión); sin embargo, pueden establecerse excepciones mediante Decreto Supremo, refrendado por el Ministro del sector correspondiente y por el Ministro de Economía y Finanzas³³.

Por otro lado, si la concesión requiere garantías del Estado para respaldar las obligaciones del Concesionario derivadas de los préstamos bancarios comerciales o bonos emitidos para financiar el cumplimiento de sus obligaciones, se requiere también la aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección Nacional del Endeudamiento Público³⁴.

Todas estas aprobaciones están destinadas a cautelar la calidad de la inversión pública así como la capacidad de endeudamiento del Estado.

Finalmente, junto con la elaboración del Plan de Promoción se realiza un diagnóstico de la aceptación del proyecto por parte de los *stakeholders* (población, organizaciones privadas y estatales relacionadas y otros que vayan a estar directa influenciados por la concesión) y se plantea lineamientos de comunicación y consulta que permitan llevar el proceso de manera consensuada.

2.3 Elaboración de una estrategia de aceptación social

Luego de la aprobación del Plan de Promoción se debe comenzar a trabajar en la elaboración de una estrategia que permita generar un espacio de diálogo cerrado con los *stakeholders* y los líderes de opinión (políticos, representantes de la sociedad civil, prensa, representantes de grupos organizados) de la zona. El objetivo de crear un espacio de diálogo cerrado es que la información que en un futuro se transmita no sufra variaciones en el camino.

Para elaborar esta estrategia se debe partir de un análisis coyuntural que permita identificar cuáles son sus percepciones, conflictos, preocupaciones y expectativas con respecto del desarrollo de la concesión. Esta información se recolecta principalmente a través de entrevistas persona a persona durante un período que dependerá de la complejidad de la concesión.

Se recomienda que el primer paso sea generar alianzas con aquellos *stakeholders* y líderes de opinión en la zona que se encuentren a favor de la concesión. Para

³⁰ Su definición está contemplada en una serie de dispositivos legales como las Leyes de Presupuesto, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, entre otras.

³¹ El derogado Reglamento de la Ley de Concesiones (Decreto Supremo 189-92-EF) estableció la distinción entre estas modalidades: "Artículo 8.- El Concurso de Proyectos Integrales procederá cuando el organismo concedente no cuente con los estudios y proyectos requeridos para la ejecución de la obra o la explotación del servicio. En este caso, las propuestas que presenten los postores contendrán las condiciones contractuales, técnicas económicas, financieras de la obra que se pretende ejecutar o explotar, así como el proyecto respectivo". "Artículo 9.- La Licitación Pública Especial procederá cuando el organismo concedente determine previamente la obra a ejecutar y cuente con los estudio y proyectos requeridos".

³² Creado mediante la Ley 27293 con la finalidad de optimizar el uso de los recursos públicos destinados a la inversión. El artículo 2 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 157-2002-EF, contiene definiciones bastante amplias de lo que se entiende como proyecto de inversión pública y recursos públicos.

³³ Ver, en ese sentido, los artículos 6 y 10 de la Ley 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública.

³⁴ Ver la Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento.

lograr estas alianzas, se debe presentar y sustentar a cada uno de ellos los beneficios económicos y sociales que generará el proyecto. Luego, estos *stakeholders* y líderes de opinión se vuelven los principales interlocutores con la población, utilizando medios convencionales y no convencionales para la transmisión de la información, prestando atención principalmente a los últimos, como son: audiencias públicas, boletines de información, programas de radios, entre otros.

El tipo de información que se transmita puede ser de dos tipos: reactiva, si se identifica que existe campañas en contra de la concesión que deben ser rebatidas en el corto plazo; o proactiva, si se identifica que la población no tiene una opinión favorable hacia la concesión por falta de información sobre los beneficios que se generarán, las obligaciones que tendrá el concesionario, el tratamiento que tendrán las tarifas, entre otros.

Un ejemplo reciente corresponde a la concesión de la EPS de Tumbes. Esta empresa prestadora de los servicios de agua y saneamiento se encontraba en estado de insolvencia financiera y los niveles de servicio y cobertura eran deficientes.

El primer objetivo de la estrategia consistió en formar alianzas con los Municipios Provinciales, los Municipios Distritales y el Gobierno Regional para llevar adelante la concesión. La gestión para lograr este primer objetivo se basó en:

- Una estrategia de emergencia de visitas uno a uno para asegurar entendimiento de la problemática particular de cada caso.
- Audiencias Públicas en las tres provincias de Tumbes, talleres participativos, módulos de información a los pobladores, fijos e itinerantes en las tres provincias involucradas.

Luego de este programa de coordinación y comunicación, se logró el apoyo mayoritario de la dirigencia vecinal y de la población, y su participación efectiva defendiendo el proceso. Para ello, los procesos participativos fueron ejecutados cuidando aspectos de legitimidad y representatividad, de forma tal que contribuyeran a alcanzar resultados positivos para la población y no se convirtieran en espacios de aprovechamiento de intereses personales o grupales de carácter político y económico.

Un aspecto final que se debe tomar en cuenta es que la estrategia de aceptación social no termina con la firma del Contrato. Es necesario mantener un constante monitoreo de los avances del Concesionario y la opinión de la población al respecto, y trabajar con los Concesionarios para sobrellevar cualquier problema que se genere.

2.4 Licitación de la Concesión

2.4.1 Elaboración de Bases

Las Bases tienen por objeto regular los procedimientos administrativos que se seguirán para determinar al Adjudicatario de la Buena Pro del Concurso de Proyectos Integrales o de la Licitación Pública Internacional para la entrega en concesión de una determinada infraestructura de servicio público.

Los objetivos que deben cumplir las Bases son:

- Lograr un procedimiento transparente, simple, objetivo y en condiciones de igualdad.
- Definir las líneas básicas sobre las cuales los postores podrán elaborar sus propuestas.
- Lograr la concurrencia de la mayor cantidad de postores con experiencia en la prestación de los servicios a ser exigidos y con capacidad para financiar la infraestructura.

El Decreto Supremo 059-96-PCM y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 060-96-PCM establecen que las Bases deberán ser aprobadas por PROMCEPRI (actualmente Consejo Directivo de ProInversión). Asimismo, señalan que las Bases deberán incluir el destino y la utilización de los recursos que se puedan generar para el Estado por efecto del otorgamiento de la concesión al sector privado, así como las garantías requeridas que avalen las propuestas de los postores, la correcta ejecución de la obra y la prestación del servicio y el cumplimiento de las obligaciones³⁵.

Asimismo, las Bases deberán incluir necesariamente los requisitos de precalificación (técnicos, financieros y legales que deberá cumplir los postores), los estándares que se deberán cumplir durante la ejecución de las obras y la prestación de los servicios, así como el factor de competencia (mecanismo de evaluación de la propuesta técnica y la propuesta económica).

³⁵ Ver, entre otros, los artículos 23, 24 y 28 del Decreto Supremo 059-96-PCM.

Para mayor detalle sobre el contenido de las Bases y los aspectos importantes que se deben tomar en cuenta durante su elaboración, ver el numeral 3.

2.4.2 Convocatoria

Corresponde a la fecha de inicio del concurso o la licitación. Debe publicarse en el diario El Peruano y en dos diarios de circulación nacional por dos días consecutivos³⁶. Dependiendo del mercado objetivo, también se podrá publicar en otros medios nacionales especializados y medios internacionales (generales o especializados).

2.4.3 Elaboración del Contrato de Concesión

El contrato permite llevar a mayor profundidad los aspectos técnicos, legales y financieros definidos en las Bases, estableciendo el "cómo" se desarrollará la concesión durante los años que ésta dure.

Los contratos de concesión deben ser aprobados por el PROMCEPRI (actualmente Consejo Directivo de ProlInversión) de acuerdo a lo establecido en el artículo 23 del Decreto Supremo 059-96-PCM.

Para mayor detalle sobre el contenido del Contrato y los aspectos importantes que se deben tomar en cuenta durante su elaboración, ver el numeral 4.

2.4.4 Precalificación de postores

Corresponde al proceso formal a partir del cual se evalúa si los postores interesados cumplen con los requisitos técnicos, financieros y legales de precalificación establecidos en las Bases.

2.4.5 Opinión de los Organismos Reguladores

De acuerdo a lo establecido en la Ley 27701, a fin de garantizar la concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria, los contratos que regulen la materia de competencia de los organismos reguladores (OSIPTEL, OSITRAN, OSINERG y SUNASS) deberán contar con la opinión del Consejo Directivo de éstos, previo a su aprobación por parte del Consejo Directivo de ProlInversión.

2.4.6 Informe de la Contraloría General de la República

En caso la concesión implique la realización de operaciones, fianzas, avales y otras garantías del Estado

que en cualquier forma comprometan su crédito o capacidad financiera, sea que se trate de negociaciones en el país o en el exterior³⁷, corresponde a la Contraloría General de la República evaluar e informar si se ha cumplido con las normas legales vigentes que controlan el correcto uso de los recursos públicos y la capacidad de endeudamiento del Estado.

2.4.7 Evaluación de propuestas y adjudicación de la Buena Pro

Las propuestas técnicas definen el plan de acción técnico y de negocios de corto y largo plazo que plantea el postor para el proyecto. La evaluación sirve para identificar si este plan de acción cumple o no con los requisitos mínimos establecidos en las Bases. Aquellos que cumplen pasan a la evaluación de su propuesta económica. En algunos casos, se incluye un puntaje en función de lo establecido en la propuesta técnica.

Las propuestas económicas definen el valor que está dispuesto a pagar el postor por el derecho de concesión, en caso está sea autosostenible, o el monto de cofinanciamiento que requiere del Estado. Asimismo, la propuesta económica puede estar referida al valor de la tarifa, como en el caso de la concesión de los Gaseoductos Regionales. En todos los casos se incluye un puntaje en función de lo establecido en la propuesta económica.

Se adjudicará la Buena Pro al postor que obtenga el mayor puntaje final como producto de la evaluación de la propuesta técnica, cuando sea aplicable, y la evaluación de la propuesta económica.

2.4.8 Fecha de cierre

Es el día en el cual se concluye el concurso o la licitación. En dicha fecha, el Concesionario suscribe el contrato, paga –de ser el caso– el monto ofertado por el derecho de concesión y presenta la garantía que avalará el cumplimiento de sus obligaciones.

3. ASPECTOS IMPORTANTES A TOMAR EN CUENTA EN LA ELABORACIÓN DE LAS BASES

En concordancia con lo señalado en el Numeral 4.1, las Bases deberán incluir varios aspectos. Sin embargo, se considera relevante explicar a mayor profundidad los siguientes conceptos que definen en esencia las "reglas de juego" de un concurso o una licitación, es decir: quiénes participan y quién gana.

³⁶ Ver, en ese sentido, el artículo 26 del Decreto Supremo 059-96-PCM y el artículo 14 de su Reglamento.

³⁷ Ver literal I) del artículo 11 de la Ley 27785. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Contraloría General de la República.

3.1 Los requisitos de precalificación

Los requisitos de precalificación son las características mínimas, técnicas y financieras, que los postores deberán cumplir para poder participar en el Concurso o Licitación. El nivel que se fije deberá garantizar la calidad, seguridad y sostenibilidad de las obras a ejecutarse y los servicios a ser prestados durante la concesión y dependerá de las exigencias técnicas y financieras del proyecto y el tipo de postores que se busca atraer (dada su experiencia y solvencia). Asimismo, estos incluyen requisitos legales que tienen por objeto, entre otros, verificar que el postor sea una empresa constituida conforme a las normas legales vigentes, que los representantes legales cuenten con las facultades necesarias para efectos del proceso, que el postor esté habilitado para contratar con el Estado, y que no mantiene a la fecha juicios pendientes con el Estado.

Como requisitos técnicos de precalificación usualmente se utilizan indicadores que permitan demostrar la experiencia del postor en proyectos similares. El número de indicadores que se utilicen para demostrar esta experiencia dependerá muchas veces de las características de cada industria y de cada proyecto.

Por ejemplo, en el caso de las carreteras, se busca que los postores tengan experiencia en la construcción, mantenimiento y operación de un determinado número de kilómetros. Sin embargo, en el caso de los aeropuertos, los indicadores de experiencia están referidos al número de pasajeros transportados, número de aeronaves atendidas, número de toneladas métricas de carga atendidas, años de experiencia en el mantenimiento y operación de pistas, años de experiencia en la construcción de terminales de pasajeros internacionales, entre otros. Un caso similar sucede con las Empresas Prestadoras de Servicios de Agua y Alcantarillado donde se requiere demostrar experiencia en la provisión de estos servicios, en su gestión comercial, en la operación de plantas de tratamiento de agua, entre otros, a conglomerados no menores a cierto número de habitantes similares a los poblados donde se prestará el servicio.

Asimismo, los indicadores que se usen también dependerán del grado de competencia, más aún cuando una concesión es nueva en el país y en la región, como fue el caso de las carreteras en el año 2003. En ese entonces no se contaba con ningún operador de infraestructura vial a nivel nacional y con muy pocos a nivel Latinoamérica. Ante esto, se optó por promover la creación de nuevos operadores, requiriendo la incorporación de empresas con amplia

experiencia relacionada a la industria, en este caso las empresas constructoras, y se incluyó en el contrato de concesión mecanismos que aseguren el cumplimiento de los estándares de servicio.

Luego de nueve años desde la primera concesión de carreteras en el Perú, ya no es un requisito la incorporación de una empresa constructora como accionista de la Sociedad Concesionaria sino la participación de un Operador, sea como accionista o como un proveedor. Los requisitos técnicos de precalificación ahora se orientan a la experiencia en operación, ya que el fin último de las Bases y el Contrato es asegurar el correcto cumplimiento de los estándares de servicio para las obras y la operación, y no regular la relación entre la Sociedad Concesionaria y sus accionistas o proveedores.

Finalmente, como requisitos financieros de precalificación usualmente se fija un nivel de patrimonio mínimo, el cual depende del monto de inversión que será requerido durante la concesión de manera que se asegure que el futuro Concesionario contará con el respaldo financiero para financiar estas inversiones. Así se desarrolló en procesos como Matarani (US\$ 10 millones), Chillón (US\$ 180 millones), aeropuerto internacional Jorge Chávez (US\$ 30 millones), IIRSA Norte (US\$ 60 millones), entre otros.

3.2 El factor de competencia

El factor de competencia determina quién será el futuro Concesionario, y es el resultado de la evaluación de la propuesta técnica y la propuesta económica.

En muchos casos la propuesta técnica no recibe un puntaje sino que se evalúa si se cumple o no con los requisitos mínimos establecidos en las Bases, por lo cual el factor de competencia resulta ser la propuesta económica.

Este factor debe asegurar la competencia en el proceso, la eficiencia en la operación, el beneficio para los usuarios y mantener una situación de equilibrio fiscal para el Estado. Asimismo, debe ser fácil de medir y entender, transparente, simple e invariable en el futuro.

Entre las diferentes opciones de factores de competencia podemos destacar: menor tarifa, menor plazo, menor cofinanciamiento, mayor pago al Estado, mínimo valor presente de los ingresos netos, mejor plan de inversión, mejor estándar de servicio, entre otros. La menor tarifa y el mejor estándar de servicio aseguran el beneficio para los usuarios y la

eficiencia en la operación; el menor cofinanciamiento y el mayor pago al Estado aseguran una mejora en la situación fiscal del Estado; mientras que el menor valor presente de los ingresos netos asegura la competencia y el beneficio para los usuarios. El factor de competencia que finalmente se use dependerá de la industria y de los objetivos de la concesión³⁸.

Por ejemplo, en el caso de la concesión de la EPS de Tumbes, se estableció que el factor de competencia sería la propuesta económica. Al definir el contenido de esta propuesta, las opciones de menor tarifa o mayor meta de cobertura se descartaron ya que, para dar mayor seguridad en la transacción para los postores y para los usuarios, la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) iba a efectuar en forma previa a la concesión el proceso de fijación tarifaria, determinando las metas de gestión y las estructuras y fórmulas tarifarias aplicables al primer quinquenio.

Por otro lado, se evaluó el menor cofinanciamiento del Estado; sin embargo, al contar ya con subsidios aprobados vía donaciones o créditos concesionales, se consideró conveniente que la mayor eficiencia que pudiera lograr el concesionario se refleje en el servicio. Finalmente se optó porque la propuesta económica (factor de competencia) sea el menor valor presente de los ingresos garantizados anuales para el primer quinquenio de la concesión, con metas de cobertura y tarifas definidas y financiamiento para las inversiones asegurado; este factor de competencia permitió competir básicamente por la eficiencia en la operación y era invariable en el futuro.

3.3 La propuesta técnica y la propuesta económica

Sobre el contenido de las propuestas, el Decreto Supremo 059-96-PCM establece en su artículo 25 que la concesión se otorgará al titular de la propuesta técnica y económica más conveniente, la cual se determinará según el sistema de evaluación que se fije en las bases, teniendo en consideración entre otros:

- a) El nivel tarifario y su estructura de ser el caso;
- b) El plazo de otorgamiento de la concesión;
- c) La oferta financiera;
- d) Los ingresos garantizados por el Estado;
- e) El compromiso de riesgo asumido por el oferente, respecto del costo del proyecto y los riesgos en la explotación;
- f) La fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión, de ser el caso y;
- g) Otros servicios adicionales, útiles y necesarios.

Por otro lado, el Decreto Supremo 060-96-PCM establece en su artículo 20 que el Comité Especial procederá a evaluar las propuestas, teniendo en consideración, además de los indicados en el Artículo 25 del TUO, los criterios siguientes:

- a) Las condiciones técnicas;
- b) Los pagos que pudiera realizar el concesionario a favor del Estado;
- c) Consideraciones de carácter ambiental y ecológicas y;
- d) Otros establecidos en las bases.

No se cuenta con ninguna norma que dicte cuándo se debe solicitar o no una propuesta técnica y cuál debería ser el contenido de la misma. En la práctica, la decisión de incluirla o no está directamente relacionada con si se lleva a cabo un Concurso de Proyectos Integrales o una Licitación Pública Internacional.

Como se indicaba en el Numeral 7.2.4, se recomienda la realización de un Concurso de Proyectos Integrales cuando el postor tenga a su cargo el diseño y la tecnología a ser empleadas en la construcción de una obra o cuando la concesión se limite al mejoramiento y operación de la infraestructura existente. En estos casos, la presentación de una Propuesta Técnica donde se describa los aspectos técnicos del diseño y la tecnología a ser empleadas es indispensable.

Un ejemplo es la concesión del Eje Multimodal del Amazonas Norte del "Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana - IIRSA", sobre el cual se contaba con estudios técnicos realizados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones que permitieron definir las especificaciones mínimas de obras que se deben cumplir y el postor, en su propuesta técnica, debía presentar su plan de trabajo con las características principales de las obras y equipos, los procedimientos constructivos y las tecnologías previstas para la ejecución y posterior operación de las obras.

Por otro lado, se recomienda la realización de una Licitación Pública Internacional cuando el diseño y la tecnología a ser empleadas en la construcción de las obras y en la prestación de los servicios serán definidos por el Estado o cuando una concesión no requiera la ejecución de mayores obras de infraestructura y se limite al mejoramiento, mantenimiento y operación de una infraestructura existente. En estos casos no sería necesaria la presentación de una propuesta técnica; sin embargo, muchas veces se ha utilizado la propuesta

técnica para evaluar el conocimiento técnico, comercial y financiero del postor sobre la industria y el proyecto específico, pidiendo por ejemplo Planes de Desarrollo Conceptual, Estrategia Comercial y de *Marketing*, el Plan de Mantenimiento; como sucedió en los casos de las concesiones del aeropuerto internacional Jorge Chávez (Lima) o los terminales portuarios de Ilo y Matarani.

Un segundo punto importante a definir es el criterio de evaluación de las propuestas técnicas, es decir, si se le asignará un puntaje o sólo se evaluará que su concepción técnica cumpla o no con los requisitos mínimos establecidos en las Bases declarándolas "admisibles" o "no admisibles". En la mayoría de procesos de concesiones de infraestructura, las propuestas técnicas han sido evaluadas bajo el criterio de "admisibles" o "no admisibles" con excepción de la concesión del aeropuerto internacional Jorge Chávez (Lima) y la concesión del Eje Multimodal del Amazonas Norte del "Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana - IIRSA".

Como resultado de esta experiencia, se recomienda que la evaluación sea mediante puntajes siempre y cuando se cuente con criterios objetivos para su medición. Es usual que en estos casos ProlInversión contrate asesores técnicos especializados.

A la hora de definir el contenido de las propuestas técnicas también es necesario tomar en cuenta el nivel de competencia de postores en el Concurso o Licitación. Es decir, se debe cuidar que el costo de preparar una propuesta técnica no resulte una barrera de entrada para posibles postores interesados, que cumplen con los requisitos de precalificación. Por ejemplo, si en el caso del proyecto de entrega en concesión de los aeropuertos de provincia se hubiese determinado que la Propuesta Técnica debía incluir un Plan Maestro de Desarrollo por cada aeropuerto del Primer Grupo (12), el costo de preparar una propuesta hubiese ascendido a US\$ 10 millones aproximadamente; es decir, dos veces el monto aproximado de cofinanciamiento anual estimado. Ante esto, se optó por solicitar en la propuesta un Plan Maestro de Desarrollo Conceptual, incluyendo el perfil de los puestos de las gerencias principales, a fin de evaluar el conocimiento técnico, comercial y financiero del postor sobre la industria y el proyecto.

En el Perú se puede hacer una primera distinción entre los factores de competencia usados para las concesiones autosostenibles de aquellos usados para las concesiones que requirieron un cofinanciamiento del Estado.

El componente económico del factor de competencia que prima en las concesiones

autosostenibles es el mayor pago al Estado, muchas veces expresado como un porcentaje de los ingresos brutos como en el caso de las concesiones del aeropuerto internacional Jorge Chávez (Lima), el tramo vial Ancón-Huacho-Pativilca (Red 5) y el tramo vial Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica (Red 6). En otras concesiones, el pago al Estado se definió como un pago inicial más un porcentaje de los ingresos brutos anuales, como fue el caso de la concesión del terminal portuario Ilo-Matarani y la concesión de los ferrocarriles del centro y sur, estableciendo el pago inicial como el factor de competencia.

Por el contrario, en las concesiones que requirieron un cofinanciamiento del Estado, prima el menor pago por parte del Estado, expresado en sus inicios como un pago mensual, como fue el caso de la concesión para el aprovechamiento de las aguas del río Chillón. Últimamente se ha expresado como un pago anual por la operación y mantenimiento de la infraestructura más un pago anual por el servicio de construcción de la obra, siendo la suma de ambos el componente económico del factor de competencia como fue el caso de la concesión de las redes viales IIRSA Norte e IIRSA Sur, o sólo uno de ellos como es el caso planteado para los aeropuertos de provincia.

4. ASPECTOS IMPORTANTES A TOMAR EN CUENTA EN LA ELABORACIÓN DEL CONTRATO

Respecto del contenido del Contrato de Concesión, el artículo 26 del Decreto Supremo 060-96-PCM establece que el Contrato de Concesión deberá contemplar, como mínimo, los derechos, obligaciones, plazos, garantías y demás condiciones pertinentes al tipo de concesión que se trate.

En la doctrina se ha establecido que todo Contrato de Concesión debe contener un mínimo de cláusulas a las cuales se les ha denominado "el núcleo duro" entre las cuales se encuentra las obligaciones de las partes (concedente y concesionario), régimen de infracciones y sanciones, mecanismos de ajuste de contrato, aspectos económicos (tarifas, cálculo de contribuciones al Estado, criterios para reconocimiento de inversiones, mecanismos de co-pago y cofinanciamiento), aspectos financieros (tratamiento del endeudamiento), garantías, régimen de resolución de conflictos y caducidad del contrato.

A continuación se desarrollan cuatro aspectos que se consideran como principales y que se deben analizar a profundidad al momento de elaborar un Contrato de Concesión:

4.1 Aspectos técnicos

El contrato debe definir claramente aspectos que permitan asegurar que el proyecto esté en función al tipo y tamaño del mercado actual y futuro, la satisfacción de las necesidades de los usuarios y a los objetivos del Estado. Se debe tomar en cuenta que estos aspectos tendrán un impacto directo en los costos de operación e inversión y, por lo tanto, en la rentabilidad del proyecto y su atractivo en el sector privado.

En tal sentido, el contrato de concesión debe incluir cuando menos los siguientes aspectos:

- Las obras a realizarse y su magnitud, los plazos previstos para su ejecución, las condiciones del mercado que activarán estos plazos, las condiciones para su puesta en operación, entre otros.
- Los estándares mínimos que deberán ser cumplidos durante la prestación del servicio.
- Las obligaciones de mantenimiento de la infraestructura, si éste es periódico, rutinario, de emergencia o activado en función a una variable de calidad de la infraestructura.
- Los servicios que deberá prestar el Concesionario. Dentro de éstos se incluye la "canasta básica de servicios", los derechos de cobro que tendrá por la prestación de los mismos y la posibilidad de prestar servicios que no estén incluidos en la canasta básica.

Respecto de las obras, el nivel de detalle que se requiera dependerá de si se trata de una Licitación Pública Internacional, en la cual se incluirá los detalles del diseño y la tecnología a ser empleadas; o si se trata de un Concurso de Proyectos Integrales, en el cual se incluirá de manera general los aspectos técnicos de las obras y el Concesionario estará obligado a desarrollar los estudios definitivos de ingeniería durante los primeros meses de la concesión.

Por ejemplo, en el Contrato de Concesión de la Red Vial 6, otorgada a través de una Licitación Pública Internacional, se hizo referencia a los estudios definitivos de ingeniería con los que contaba el Estado; mientras que en el caso del Contrato de la Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Norte Perú-Brasil, otorgada a través de un Concurso de Proyectos Integrales, se incluyó las especificaciones técnicas mínimas que debían cumplir las obras.

Respecto de los estándares del servicio, el nivel de detalle que se requiera dependerá de la existencia de normas nacionales o internacionales aplicables a

la industria y utilizadas actualmente en el mercado. De existir este tipo de normas, no es necesario incluir en el contrato el detalle de los estándares de servicio que deberá cumplir el concesionario, sino sólo hacer referencia a estas normas como fue el caso de la concesión de los ferrocarriles del centro y sur, donde se estableció que el Concesionario estaba obligado a alcanzar los estándares de la United Status Railroad Administration (FRA) Class II durante los primeros cinco años de la concesión.

4.2 Aspectos financieros

El contrato, ya sea de una concesión autosostenible o de una concesión que requiera un cofinanciamiento del Estado, debe asegurar una rentabilidad para el concesionario. Para poder evaluar esto, los supuestos para calcular los ingresos y costos deberán ser definidos en el contrato.

Respecto de los ingresos, el Decreto Supremo 059-96-PCM establece que "el concesionario percibirá como compensación por las obras y servicios que explote, la tarifa, precio, peaje u otro sistema de recuperación de la inversión establecido, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el contrato (...). El contrato de concesión establecerá, en su caso, los mecanismos que aseguren al concesionario la percepción de los ingresos por tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, de acuerdo con la naturaleza de la concesión". Así, las preguntas que se debe responder en la parte de ingresos deberán ser: ¿Por qué conceptos podrá percibir el Concesionario un ingreso? ¿Estos conceptos podrán ser modificados a lo largo del tiempo? ¿Cuál será la fuente o fuentes de estos ingresos? ¿Por cuánto tiempo se podrán percibir estos ingresos? ¿Los ingresos del Concesionario por estos conceptos podrán sufrir alguna variación por decisión del Estado? ¿Cómo se determinará la magnitud de esta variación?, entre otras.

Por otro lado, para calcular los costos, los postores tomarán en cuenta los aspectos técnicos fijados para las obras y el servicio, las obligaciones establecidas para la contratación de los actuales trabajadores, el monto de las penalidades, el régimen de depreciación de los bienes de la concesión, entre otros.

El Contrato debe también asegurar la "bancabilidad" del proyecto. Asegurar que un proyecto sea "bancable" significa que las inversiones a ser realizadas sean financiables a nivel nacional o internacional y esto se logra garantizando el flujo de ingresos que servirán para el repago de la deuda.

En las diversas concesiones de infraestructura otorgadas en los últimos años se han venido utilizando distintos

mecanismos para garantizar estos ingresos, donde el fin último no es el de entregar a un operador privado un proyecto que le permita obtener una rentabilidad garantizada y sin riesgos, sino el de encontrar un agente que permita garantizar la provisión de un mejor servicio o una mejor infraestructura a la población y que le permita elevar su nivel de vida. Entre estos mecanismos se encuentran:

- **Firmar un Contrato de Seguridades y Garantías:** El artículo 2 del Decreto Ley 25570, sustituido por el artículo 6 de la Ley 26438, concordante con el artículo 4 de la Ley 26885, permite que el Estado otorgue mediante contrato, a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que realicen inversiones bajo el marco de los Decretos Supremos 059-96-PCM y 060-96-PCM, las seguridades y garantías que mediante decreto supremo, en cada caso, se consideren necesarias para proteger sus adquisiciones e inversiones, de acuerdo a la legislación vigente. En las concesiones de infraestructura, las obligaciones que se garantizan mediante el Contrato de Seguridades y Garantías son todas aquellas que figuran en el Contrato de Concesión. Se usa tanto en concesiones autosostenibles como en concesiones cofinanciadas. Para poder suscribir el Contrato de Seguridades y Garantías se requiere la publicación de un decreto supremo, el cual deberá ser aprobado por el Ministerio de Economía y Finanzas y el sector que actúe como Concedente.
- **Obtener una Garantía de Crédito Parcial:** Esta garantía asegura el fiel cumplimiento de los pagos que el Concedente, mediante el Contrato de Concesión, se comprometa a realizar a favor del Concesionario hasta el monto de la garantía, la cual en la mayoría de los casos asciende a un porcentaje del monto total de la inversión requerida. Se usa principalmente en concesiones cofinanciadas y puede ser otorgada por una entidad financiera nacional o internacional o una agencia multilateral. Un ejemplo donde se aplicó es la concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Norte Perú-Brasil, concretada con la Corporación Andina de Fomento (en adelante CAF) por un monto de US\$ 60 millones para garantizar el fiel cumplimiento de la obligación del Estado de efectuar los Pagos Anuales de Obra (en adelante PAO).
- **Buscar una fuente de ingresos privada para las obligaciones de pago del Concedente:** Este mecanismo se usa principalmente en concesiones cofinanciadas y se explica mejor mediante el esquema propuesto para la concesión de los aeropuertos de provincia.

En febrero del año 2001, se suscribió el Contrato de Concesión del aeropuerto internacional Jorge Chávez (en adelante AIJCH), el cual establece, entre otros aspectos, la obligación del Concesionario Lima Airport Partners (en adelante LAP) de entregar al Estado, por concepto de retribución, el 46.51% de sus ingresos brutos.

Por otro lado, el proyecto de Contrato del Primer Grupo de aeropuertos de provincia establece que el Concedente (Ministerio de Transportes y Comunicaciones) garantizará al Concesionario un ingreso constante anual que deberá cubrir los gastos de Operación y Mantenimiento (PAMO) y pagará por el servicio de construcción de obras que se realicen (PAO). Se ha propuesto que los fondos para este aporte del Estado provengan de parte de los ingresos que actualmente recibe el Estado por la retribución de la concesión del AIJCH.

Adicionalmente, se ha propuesto la creación de un Fideicomiso de Administración de Fondos que recibirá esta parte de los ingresos de la retribución del AIJCH directamente del Fideicomiso de Administración No Discrecional y de Garantía Irrevocable de LAP, y se encargará de entregarlos a los futuros Concesionarios de los aeropuertos de provincia.

Con este esquema se ha logrado que los ingresos para el aporte del Estado provengan del sector privado y no del tesoro público.

- **Garantizar Ingresos Mínimos Anuales:** Consiste en garantizar al concesionario un nivel fijo de ingresos anuales, es decir, si en un año la demanda genera un nivel de ingresos menores a los Ingresos Mínimos Anuales, el Estado cubrirá la diferencia.

Estos ingresos pueden ser sólo para la operación y mantenimiento o también para las inversiones. Este mecanismo se usó en la concesión de la Red Vial 6, en los Gaseoductos Regionales y en el Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia. En estos casos, se debe establecer en el contrato de concesión incentivos para la generación de nuevos ingresos y la mejora en los *ratios* de cobranza. Estos incentivos, pueden ser la eliminación de la garantía de ingresos mínimos anuales a partir de un determinado año de la concesión, como en el caso de los Gaseoductos Regionales, o un porcentaje de los ingresos adicionales que se genere por encima de los proyectados al día de hoy, como en el caso del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia.

Asimismo, en los últimos años, se ha venido utilizando también mecanismos que ayuden a los

Concesionarios a conseguir el financiamiento requerido en mejores condiciones, con una menor tasa de interés, permitiendo que el pago del Estado por las inversiones se reduzca y que un mayor número de empresas constructoras medianas y pequeñas puedan tener acceso al financiamiento.

Un ejemplo de estos mecanismos es la garantía financiera por US\$ 49.54 millones que el Estado, mediante el Decreto Supremo 057-2006 publicado el 6 de mayo de 2006, otorgó a favor de la CAF, por la Línea de Crédito de Enlace a ser acordada con la empresa Intersur Concesiones S.A., Sociedad Concesionaria del tramo Inambari-Azángaro del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil.

A través de esta garantía, el Estado garantizó a los acreedores financieros que el Concesionario repagará la deuda que ha obtenido para ejecutar las obras de la concesión. Asimismo, se creó un Fideicomiso de Administración de Fondos que recibirá el pago del Estado y lo destinará a los acreedores financieros.

Para que el Estado otorgue una garantía se requiere la aprobación de la Dirección Nacional de Endeudamiento Público y la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas, quienes se encargan de velar que ésta se encuentre dentro del límite máximo de garantías que el Estado puede otorgar o contratar para atender requerimientos derivados de los procesos de promoción de la inversión y concesiones, el cual para el año 2006 se ha fijado en US\$850 millones.

4.3 Equilibrio económico-financiero:

La finalidad de la cláusula de Equilibrio Económico-Financiero es mantener durante toda la concesión los derechos, responsabilidades y riesgos asignados a cada una de las partes (Concedente y Concesionario) al momento de la firma del Contrato de Concesión, frente a posibles eventos ajenos a su control que puedan modificar significativamente estos derechos, responsabilidades y riesgos.

En otras palabras, el Equilibrio Económico-Financiero es la situación inicial existente a la fecha de suscripción del Contrato y la cláusula de Equilibrio Económico-Financiero tiene por finalidad reestablecer esta situación inicial, cuando ella se vea alterada por eventos posteriores. La potestad para solicitar un reestablecimiento del Equilibrio

Económico-Financiero es aplicable a cualquiera de las partes, sea Concedente o Concesionario.

La explicación que otorga el Derecho a este tipo de disposiciones contractuales señala que "...el particular, al celebrar un contrato con la Administración, persigue una utilidad, la que no puede sufrir un menoscabo por razones sobrevinientes o imprevisibles (que no le sean imputables), en cuyo caso el beneficio económico previsto debe ser restablecido por la entidad contratante"³⁹.

A la hora de elaborar la cláusula de Equilibrio Económico-Financiero es importante tomar en cuenta tres puntos: a) Cuáles son las causas que generan una ruptura del Equilibrio Económico-Financiero, b) Cómo se mide y sustenta la magnitud del desequilibrio y; c) Cómo se reestablece el Equilibrio Económico-Financiero.

Respecto del primer punto, la doctrina jurídica ha identificado varias causales que, si bien pueden significar una ruptura del Equilibrio Económico-Financiero, no reciben un tratamiento específico en las cláusulas de Equilibrio Económico-Financiero.

Dentro de estas causales podemos señalar la reducción o falta de pago de los ingresos esperados por el Concesionario (ya sea a través de tarifas o el cofinanciamiento del Estado), la rescisión del contrato por decisión o culpa del Concedente o la modificación de los aspectos técnicos de las obras o servicios a prestarse como producto de solicitudes de la población. En estos casos, los Contratos de Concesión peruanos han establecido regulaciones específicas en otras cláusulas del contrato.

Para activar el reestablecimiento del Equilibrio Económico-Financiero, los Contratos de Concesión suelen requerir algunos requisitos concurrentes⁴⁰:

- a) Que el desequilibrio tenga origen en las normas aplicables a la concesión.
- b) Que las normas que originen el desequilibrio estén referidas a la inversión, titularidad u operación de la concesión o al propio contrato.
- c) Una variación en un porcentaje determinado en los ingresos, costos o gastos del concesionario.

Por ejemplo, en el caso de la concesión del aeropuerto internacional Jorge Chávez (Lima), concesión

³⁹ SÁNCHEZ, Sandra. "Equilibrio Financiero en los Contratos de Gestión de Servicios Públicos". En: www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/docs_html/contratacion%20administrativa.htm

⁴⁰ Ver, por ejemplo: Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (2000); Tramo Ancón-Huacho-Pativilca de la Carretera Panamericana Norte -Red 5- (2003); Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica (2005); Contrato de Concesión de los Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de Tumbes, Zarumilla y Contralmirante Villar y Municipios Distritales correspondientes (2005).

autosostenible, se establece como causal de ruptura del Equilibrio Económico-Financiero los cambios en las Leyes Aplicables o en las disposiciones establecidas en las normas que tengan exclusiva relación a aspectos económico-financieros vinculados a la inversión, titularidad u operación del aeropuerto o al contrato que generen:

- Que los Ingresos Brutos del Concesionario durante un periodo de cuatro trimestres fiscales consecutivos se redujeran en un 5.5% o más con respecto de los Ingresos Brutos pronosticados por el Concesionario para dicho periodo.
- Que los costos y gastos del Concesionario durante un periodo de cuatro trimestres fiscales consecutivos se incrementaran en un 5.5% o más con respecto de los costos y gastos pronosticados por el Concesionario para dicho periodo.
- Que el efecto compuesto de una reducción en los Ingresos Brutos y un incremento de los costos y gastos del Concesionario produjeran un resultado neto igual o mayor a cualquiera de las alternativas anteriores.

Se debe tomar en cuenta que en el caso de concesiones que requieren un cofinanciamiento del Estado, como el de aeropuertos de provincias donde se garantiza un nivel de ingresos brutos fijo año a año, el nivel de las tarifas no se reconoce como causal de ruptura del Equilibrio Económico-Financiero.

Respecto del punto de cómo se mide y sustenta la magnitud del desequilibrio, los Contratos de Concesión peruanos han determinado distintos indicadores y mecanismos para determinar la magnitud del desequilibrio. Esta magnitud será el monto que debe compensarse para reestablecer el equilibrio. Por ejemplo, en el caso de la concesión de las redes viales IIRSA Sur, se estableció que las partes (el concesionario o el concedente) deberán sustentar este impacto a través de las variaciones en los montos de inversión o en los costos de operación o mantenimiento y que estas variaciones se debían sustentar comparando el modelo matemático de evaluación económica y financiera auditado a la fecha *versus* el presentado por el concesionario 30 días antes del inicio de las obras. Dicho modelo debía mostrar la estructura de las inversiones a ser realizadas en las obras, los costos de operación y administración, los costos de mantenimiento, los ingresos contemplados en la oferta económica, amortizaciones e impuestos de la concesión, y una estimación referencial de la rentabilidad de la

inversión y el valor actual neto del proyecto, dejando explícita y claramente los supuestos económicos que se usaron para su elaboración.

Sin embargo, conforme han ido avanzando las concesiones en el país se ha ido buscando indicadores y mecanismos más sencillos y objetivos para la medición del desequilibrio llegando a la opción de usar como indicador la utilidad antes de los impuestos resultante del ejercicio y como mecanismo el estado de pérdidas y ganancias. Esta nueva opción ha sido propuesta para el caso de la Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores del Puerto del Callao.

Finalmente, respecto del tercer punto, algo que suele distinguir a las Cláusulas de Equilibrio Económico-Financiero respecto de otras disposiciones contenidas en el contrato de concesión es que los mecanismos de reestablecimiento del equilibrio están planteados de manera lata. Es decir, que rara vez se enuncia una consecuencia concreta frente al desequilibrio, sino que se establecen procedimientos para que en conjunto las partes lo reestablezcan. Un reestablecimiento del equilibrio podría darse, por ejemplo, mediante la modificación de las tarifas y de la vigencia de la Concesión. Estos mecanismos incorporan la opinión de los organismos reguladores, la misma que no tiene carácter vinculante. El reestablecimiento del Equilibrio Económico-Financiero de la concesión es un aspecto contractual por lo que su discrepancia no es resuelta en sede administrativa.

En cualquiera de estos casos, el Concesionario deberá proponer las soluciones y procedimientos a seguir para reestablecer el Equilibrio Económico Financiero y podrán incluir, entre otras propuestas, la modificación de las tarifas y del plazo de vigencia de la Concesión.

4.4 Modificación del Contrato de Concesión

“...el poder exorbitante por excelencia de la administración pública en materia de contratación es su potestad de decidir en forma unilateral y ejecutoria sin requerir la intervención de una autoridad judicial, vinculando al contratista a estas decisiones y obligándolo a impugnación *ex post* de estas ante los órganos jurisdiccionales y corriendo con la carga de la prueba”⁴¹.

-Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández

La modificación unilateral del contrato administrativo es la manifestación por excelencia del “poder exorbitante del Estado”. En la doctrina se regulan dos

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. Cuarta Edición. Madrid: Civitas. pp. 635-636.

formas mediante las cuales una decisión unilateral del Estado puede modificar un contrato suscrito por éste con un privado durante su fase de ejecución. La primera de ellas es el concepto de *factum principis* (acto del príncipe), que consiste en la afectación que produce en la relación contractual una decisión adoptada por el Estado, pero que no tiene como objetivo directo la modificación del contrato sino que se trata de medidas administrativas de carácter general. La segunda es la que en la doctrina se ha llamado el *ius variandi*, el cual constituye la potestad que tiene el Estado de modificar en forma unilateral el objeto o condiciones del contrato, quedando obligado el contratante a soportar la modificación⁴².

Al igual que los demás "poderes exorbitantes" que posee el Estado, el uso legítimo del *ius variandi* está circunscrito a la mejor satisfacción del interés general, interés que debe ser probado y motivado.

En la legislación nacional, el artículo 17 del Decreto Supremo 059-96-PCM establece que los contratos de concesión podrán contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el Concesionario en caso que el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión por causal no establecida en los artículos 38 y 39 de la referida norma (referidos a suspensión y caducidad de la concesión, respectivamente). Dichas cláusulas indemnizatorias serán garantizadas mediante contrato celebrado entre el Estado y el Concesionario, a solicitud de éste último.

De igual forma, el literal d) del artículo 32 de la norma antes referida establece que el Estado podrá modificar la concesión cuando ello resulte conveniente. En este caso, el artículo 33 de la misma norma establece que las partes procurarán respetar, en lo posible, lo siguiente:

- La naturaleza de la concesión.
- Las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas.
- El equilibrio financiero para ambas partes.

En el mismo sentido, el literal f) del artículo 3 del Decreto Supremo 060-96-PCM establece que es atribución de los sectores u organismos del Estado modificar el Contrato de Concesión cuando ello resulte necesario, previo acuerdo con el Concesionario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las partes.

Así, el poder del *ius variandi* autoriza al Estado a modificar el Contrato de Concesión en función del interés público; el interés de los usuarios. Un ejemplo de esto se advierte cuando se identifican necesidades nuevas no previstas en el diseño original de las obras o cuando aparecen causas técnicas imprevisibles.

Es importante señalar que de acuerdo a la normatividad vigente se requiere la previa opinión del organismo supervisor para cualquier renegociación de los Contratos de Concesión, el cual deberá realizar un análisis de los efectos de las medidas adoptadas.

4.5 Terminación de los Contratos de Concesión

Como resulta lógico el Contrato de Concesión concluirá por causas "normales" (vencimiento del plazo del Contrato de Concesión, el cual tiene como máximo 60 años contados a partir de la suscripción de éste) o causas "anormales", entre las que podemos contar el mutuo acuerdo entre las partes, la decisión unilateral del Concedente por incumplimiento del Concesionario o del Concedente o sin culpa de las partes.

El artículo 39 del Decreto Supremo 059-96-PCM establece como causales para la caducidad de la concesión el vencimiento del plazo por el que se otorgó, el incumplimiento de las obligaciones del Concesionario cuya violación haya sido expresamente tipificada como causal de caducidad en el contrato correspondiente, el acuerdo entre el Estado y el Concesionario, la destrucción total de la obra y otras causales que se estipulen en el contrato.

Hay que tener presente que los efectos o consecuencias que se generen de la caducidad de la concesión estarán en función de la causal invocada. Así, mientras en el caso de la caducidad por vencimiento del plazo de la concesión no se requiere pronunciamiento de algún organismo para tal fin, se devuelven los bienes de la concesión al Concedente y éste entrega las garantías presentadas y se pagan los bienes no depreciados que se hayan aportado; en la caducidad por decisión unilateral del Concedente, éste, entre otros, debe pagar una indemnización al Concesionario según lo estipulado en el contrato. De igual forma en la caducidad por incumplimiento del Concesionario se requiere una declaración de caducidad por parte del organismo regulador según el régimen sancionatorio establecido en el contrato, se ejecutan las garantías de fiel cumplimiento de contrato y se pagan las indemnizaciones pactadas.

⁴² En: www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/docs_bd/contratacion%20administrativa/20051/Solera%20Steller%20Angelica/Trabajo%20de%20Contratacion%20Publica.doc

Es importante considerar que una definición adecuada de los pagos y compensaciones al Concesionario a la conclusión del proceso, así como de las condiciones de conclusión anticipada no sólo harán “bancable” el proyecto, sino también financieramente viable la concesión, lo que en otras palabras significa generar certeza a los acreedores que frente a cualquier situación que afecte la continuidad de la concesión, el pago de sus créditos se encuentra garantizado.

4.6 Mecanismos de resolución de controversias

El artículo 17 del Decreto Supremo 059-96-PCM establece como una garantía para la inversión privada el hecho que el Estado pueda someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones a las que se refiere la referida norma a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 63 de la Constitución Política del Perú, aunque no se hubiera celebrado el contrato al que se refiere el párrafo anterior.

Al igual que el caso anterior, la regulación de procedimientos ágiles, eficientes y justos (peritajes técnicos o arbitraje) implicaran la viabilidad financiera de la concesión.

4.7 Obligaciones sobre responsabilidad social y el medio ambiente

El medio ambiente ya no es sólo un tema de responsabilidad social en el sentido de una relación armoniosa de la empresa o Concesionario con la

sociedad, cuidando de su imagen y efectos de su actividad productiva en el entorno.

Tomar en cuenta el medio ambiente para la empresa implica responsabilidades legales y sociales frente a la comunidad nacional e internacional que repercuten sobre sus cálculos económicos (componentes de diseño de ingeniería, economía y finanzas). Existen normas específicas relacionadas con las Evaluaciones de Impacto Ambiental (EIA) y otros dispositivos que emanan de la legislación ambiental vigente⁴³ y que colocan a las empresas bajo la supervisión de organismos y direcciones ministeriales de acuerdo al sector en el que participan.

Existen aspectos legales que regulan las obligaciones ambientales del titular del proyecto, los derechos ambientales comprendidos en su ámbito así como la institucionalidad establecida para la puesta en práctica de estos derechos y deberes⁴⁴.

Los componentes ambientales están en todo el proceso y directamente en los proyectos de Preinversión. El vínculo entre responsabilidad social y obligaciones socio ambientales es más claro cuando la empresa o Concesionario requiere de una evaluación del impacto social de su actividad, reflejada en el impacto sobre las variables socio ambientales, no sólo biológicas sino culturales con influencia en la demografía, distribución espacial de la población, del empleo, ingresos y bienestar; en el espacio en el que las empresas operan⁴⁵.

⁴³ Aun cuando la Ley de creación del CONAM, Ley 26410 (artículo 2), estableció que “la política nacional en materia ambiental que formula el CONAM es de cumplimiento obligatorio”, todavía no se cuenta con una política ambiental nacional formalmente aprobada. Este precepto ha sido reforzado en el Reglamento de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental (Decreto Supremo 008-2005-PCM) que señala que la Política Nacional Ambiental es de cumplimiento obligatorio por todas las entidades públicas (artículo 3).

⁴⁴ La Constitución Política del Perú establece que el Estado determina la política nacional del ambiente, señalando como corolario de esta política que el Estado promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

⁴⁵ TEJADA CHAUCA, Mario. ProInversión. 2006.

CONCESIONES COFINANCIADAS Y PPPS*

Miguel Ángel Ronceros**
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

En el desarrollo de la infraestructura y prestación de servicios públicos se está generando un cambio en la concepción de qué sector debe ser el que maneje estos servicios a favor de la sociedad.

Visto esto desde hace algún tiempo, en algunos países europeos, se ha impulsado la creación de las asociaciones públicoprivadas, como fórmulas que se adaptan al cambio constante de las necesidades elementales de la población.

En el contexto que engloba nuestro ordenamiento jurídico, ¿podemos considerar que, en el Perú, existe una etapa de promoción a esta novedosa tendencia? En el presente artículo, el autor desarrollará la respuesta a esta pregunta.

* A Doménica, para compensar en algo las muchas horas de juego que hemos debido sacrificar a causa de los PPPs.

** Profesor de Project Finance en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Universidad del Pacífico. Master en Derecho por The London School of Economics and Political Science, University of London.

"The Government recognises that there are some things which the private sector does best and others where the public sector has more to offer. The old argument, as to whether public ownership was always best or whether privatization was the only answer, is simply outdated. The Government firmly believes it will only deliver the modern, high quality public services that the public want and increasingly expect if it draws on the best of both public and private sectors". (Gobierno Británico. 2000)

1. INTRODUCCIÓN

Los Public-Private Partnerships¹ o "Asociaciones Público-Privadas" vienen revolucionando la forma tradicional de desarrollo de infraestructura y prestación de servicios públicos, habiéndose constituido en un mecanismo esencial para ello en países tales como el Reino Unido, Francia, Italia, Irlanda, Estados Unidos, España, México y Chile, entre otros.

De dichos países, es tal vez en el Reino Unido en donde las Asociaciones Público-Privadas se han desarrollado con mayor énfasis y éxito. En efecto, a raíz de la publicación de un documento gubernamental que constituyó un hito en la visión de cómo debía renovarse la infraestructura de servicios públicos en el Reino Unido ("Financiando la Inversión en Infraestructura: Promoviendo una Asociación entre Financiamiento Público y Privado")², el gobierno británico inició una campaña para lograr una nueva y mejor relación entre los sectores público y privado, reconociendo que aun cuando tales sectores podían contar con objetivos distintos, podían también válidamente complementar sus roles y objetivos para el desarrollo de infraestructura y para la prestación de servicios públicos³.

Es así que, a partir del reconocimiento de que la mejor forma de alcanzar los objetivos gubernamentales vinculados a servicios públicos e infraestructura era a través de algún tipo de combinación de los sectores público y privados, se inició un importante cambio en la ideología gubernamental, una revolución respecto de los mecanismos tradicionales de contratación estatal en el Reino Unido y una agresiva política de promoción de Asociaciones Público-Privadas.

La experiencia británica fue seguida por muchos países en Europa y otros continentes y, en la actualidad, -a propósito del desarrollo de proyectos como el de las concesiones de carreteras otorgadas dentro del Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana (en adelante IIRSA), de ciertas concesiones municipales para el servicio integrado de limpieza pública, parques y jardines y de la próxima concesión de los aeropuertos regionales y de varios proyectos en el sector de saneamiento- se sostiene que el Estado Peruano habría entrado a una etapa de promoción de inversión privada en infraestructura de servicios públicos a través de Asociaciones Público-Privadas.

Como es de público conocimiento, sin embargo, algunos de estos proyectos ya otorgados han sido objeto de observaciones por algunos organismos del propio Estado⁴, en virtud de una supuesta incompatibilidad entre el régimen general de concesiones y los compromisos asumidos por el Estado conforme a los contratos de concesión respectivos. En nuestra opinión, tales observaciones no toman en cuenta que dichos proyectos se enmarcan perfectamente dentro de un concepto amplio de concesiones cofinanciadas, tales como éstas deben ser entendidas a la luz del Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (en adelante "TUO de Concesiones")⁵.

Estas observaciones y nuestra opinión al respecto no son objeto de este artículo, pero son mencionadas para graficar la ausencia de una interpretación uniforme a nivel gubernamental respecto del actual alcance del concepto legal de concesiones cofinanciadas, la necesidad de contar con un marco legal que defina con mayor precisión y certeza los tipos de respaldo público que harían de un proyecto de infraestructura una concesión cofinanciada y, en particular, la necesidad de contar con normas que establezcan de manera inequívoca los niveles de coordinación y de aprobación que deberían obtenerse al interior del Estado para el otorgamiento de concesiones cofinanciadas, implementando los mecanismos que

¹ O siguiendo la tradición del Reino Unido, simplemente "PPPs".

² BROWN, Gordon, PRESCOTT, John y COOK, Robin. "Financing Infrastructure Investment: Promoting a Partnership between Public and Private Finance".

³ Algunos autores indican que es más bien en 1992 en que se presenta dicho hito, con la derogación de regulaciones que restringían la participación de financiación privada para el desarrollo de infraestructura pública (las "Ryrie Rules") y la incorporación por parte del Gobierno conservador de la Iniciativa de Financiación Privada (Private Finance Initiative). No obstante, lo cierto es que, hasta antes de la publicación citada, muy pocos contratos fueron suscritos bajo la Iniciativa de Financiación Privada y es, más bien, a partir de dicha publicación que se inicia un cambio real en las políticas públicas del Reino Unido.

⁴ Específicamente, por parte de la Contraloría General de la República y por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE).

⁵ Decreto Supremo 059-96-PCM.

resulten pertinentes para asegurar y garantizar que el Estado no asuma responsabilidades excesivas que pudieran poner en peligro la sostenibilidad fiscal.

Considerando que las concesiones cofinanciadas constituyen una de las modalidades más frecuentes de Asociaciones Público-Privadas, en el presente artículo haremos una breve introducción al concepto de Asociaciones Público-Privadas para, a partir de ello, establecer los tipos de respaldo público que el Estado podría otorgar como parte de una labor de promoción de concesiones cofinanciadas en proyectos que, no siendo financieramente rentables por sí mismos, son socialmente necesarios.

Finalmente, brindaremos algunas sugerencias para el desarrollo de las concesiones cofinanciadas en nuestro país como un primer paso para la promoción a mayor escala de las Asociaciones Público-Privadas.

2. LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

El concepto tradicional de un sector privado que actúa exclusivamente en búsqueda de sus objetivos egoístas e inmediatos (en especial maximización de utilidades) y un sector público con poderes discrecionales en garantía del interés público y que se convierte en un rival para el privado es un concepto que, aparentemente, ya no refleja la dinámica e interdependencia entre estos dos actores y que, por ende, está cada vez más desfasado⁶.

En efecto, contrariamente a dicho concepto tradicional, hoy en día cada vez más se propugna con mayor énfasis un concepto de cooperación (y no de rivalidad) entre el sector público y el privado para el desarrollo de infraestructura y para la prestación de servicios públicos adecuados, especialmente en aquellos países en los cuales se ha presentado el fenómeno privatizador. Es justamente en este contexto que surgen las Asociaciones Público-Privadas.

El término Asociación Público-Privada hace alusión a un espectro muy amplio de relaciones de cooperación entre el sector público y el privado en beneficio mutuo⁷, en las cuales los riesgos de un proyecto se distribuyen de manera eficiente entre dichos sectores con la finalidad de alcanzar un resultado público

deseado vinculado al desarrollo de infraestructura y la prestación de servicios públicos^{8 9}.

Como puede apreciarse, el concepto de Asociaciones Público-Privadas termina siendo sumamente amplio, pudiendo incluirse dentro de dicho concepto desde privatizaciones en sentido estricto (entendiendo dentro de este concepto a la transferencia en propiedad de acciones y activos del Estado a favor del sector privado), hasta mecanismos tales como proyectos BOT (Build Operate Transfer), arrendamientos, *joint ventures*, concesiones puras, contratos de gerenciamiento, entre otros.

El concepto más utilizado, sin embargo, es uno restringido, bajo el cual "el modelo PPP se distingue de los modelos tradicionales de propiedad estatal y de privatización al combinar elementos propios de cada uno de ellos, asociando capitales privados y públicos, y distribuyendo los riesgos derivados del proyecto entre ambas partes"¹⁰. Es justamente este concepto el que utilizaremos en el presente artículo.

Establecido el concepto de Asociación Público-Privada, es necesario mencionar un aspecto muy importante de dichas asociaciones. Por la diversidad de los proyectos que pueden ser objeto de una Asociación Público-Privada, no pueden existir reglas inmutables para su diseño y estructuración, razón por la cual las características particulares de cada Asociación Público-Privada estarán en función de la naturaleza, envergadura, riesgos y potencialidades del proyecto específico a ser ejecutado, así como del contexto en el cual dicho proyecto se llevará a cabo.

En este sentido, gran parte del desafío de estructurar Asociaciones Público-Privadas exitosas parte de la capacidad gubernamental de lograr satisfacer el reto de generar fórmulas que se adapten a las necesidades de cada proyecto, fórmulas que justamente en muchos casos, requerirán de una importante participación del Estado a partir del cofinanciamiento de dichos proyectos.

En atención a lo mencionado en los párrafos anteriores, debe concluirse que cada Asociación Público-Privada debe contar con características particulares e individuales, según el proyecto a ser ejecutado. No obstante ello, es importante resaltar que los acuerdos

⁶ PONGSIRI, Nutavoot. "Regulation and Public-Private Partnerships". Manchester: Centre on Regulation and Competition, Institute for Development Policy and Management. University of Manchester. 2001.

⁷ HM TREASURY. "Public Private Partnerships, The Government's Approach". Londres: The Stationery Office. 2000. p.10.

⁸ GRIMSEY, Darrin y MERVYN, Lewis. "Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance".

⁹ KUMAR, Sasi. "Public-private partnerships in urban infrastructure". En: KERALA CALLING. Febrero de 2004. p. 36.

¹⁰ FELICES, Enrique. "Asociaciones Público-Privadas para el Financiamiento de Infraestructura: El Nuevo Rostro del Project Finance". En THEMIS-Revista de Derecho 50.

que se celebran para el desarrollo de Asociaciones Público-Privadas en general pueden gozar de algunas o de todas las características siguientes:

- i. La relación entre el sector privado y el sector público debe ser duradera a lo largo del tiempo. En este sentido, aún cuando las Asociaciones Público-Privadas tienen un carácter de temporalidad, normalmente vinculan al sector privado con el público a través de relaciones de muy largo plazo.
- ii. El sector público pone a disposición del sector privado terrenos o infraestructura pública, con o sin un pago a cambio, usualmente por todo el plazo del contrato. El sector privado, por su parte, se obliga a ampliar o rehabilitar infraestructura existente o construir infraestructura nueva y a brindar servicios con dicha infraestructura (usualmente con restricciones vinculadas a los estándares de operación y las tarifas aplicables).
- iii. El sector público especifica el nivel de servicios operativos que deberá brindar el sector privado, lo cual incluye características de desempeño cualitativo y cuantitativo. Para este efecto, el sector público define los servicios que requiere a lo largo del plazo de duración de la Asociación Público-Privada, haciendo referencia a un resultado deseado de producción y a desempeños específicos, sin establecer en detalle los medios para lograr tales resultados.

En este sentido, el riesgo de diseño, en términos de la decisión respecto del tipo de activos que se requieren para proveer los servicios al estándar requerido, se deja al sector privado. Este elemento es muy importante mencionar, pues, justamente, la idea detrás de las Asociaciones Público-Privadas es que, a través, de dichas asociaciones, el sector público no compra un activo, sino que, más bien, compra un flujo de servicios bajo términos y condiciones previamente establecidos.

- iv. La distribución de responsabilidades y de riesgos se establece de manera colaborativa (sea que se trate de riesgos financieros, económicos, medioambientales, sociales o de cualquier otro tipo), pues existe un interés mutuo y un compromiso unívoco del sector público con el privado hacia el éxito del proyecto.
- v. El sector público no efectúa pagos durante la etapa de construcción y el riesgo por mayores costos,

demoras y similares queda con el sector privado. Los pagos del sector público son efectuados una vez que la infraestructura ha sido construida y se encuentra operativa y, adicionalmente, los pagos subsiguientes se encuentran sujetos a ajustes si los estándares de desempeño especificados por las partes no son cumplidos por el privado.

- vi. El sector privado transfiere la infraestructura objeto de explotación al sector público, con o sin una obligación de pago a cambio, al final del contrato.
- vii. Cada uno de los participantes brinda valor a la asociación. Las Asociaciones Público-Privadas tienen por objetivo que se usen las mejores capacidades, destrezas, conocimientos y recursos disponibles en beneficio del proyecto, independientemente de si éstos provienen del sector público o del sector privado. Uno de los objetivos de las Asociaciones Público-Privadas es obtener "Valor por Dinero" y, para ello, cada socio transfiere dinero, propiedad, autoridad, reputación o cualquier otro tipo de aporte requerido para el éxito del objetivo planteado.

Es justamente esta característica esencial de las Asociaciones Público-Privadas la que muchas veces deriva en el otorgamiento de respaldo público para el desarrollo de ciertos proyectos, en nuestro caso a través de concesiones cofinanciadas.

A continuación, revisaremos algunas de las modalidades más frecuentes y conocidas de respaldo público en el campo de Asociaciones Público-Privadas.

3. RESPALDO PÚBLICO EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE SERVICIOS PÚBLICOS

El respaldo público en proyectos de infraestructura de servicios públicos puede prestarse bajo una serie de modalidades, las mismas que podrían enmarcarse en dos grandes categorías.

En efecto, de un lado encontramos a formas de respaldo público que se traducen en soporte gubernamental de índole financiero, directa o indirectamente, para el desarrollo de un proyecto. De otro lado, encontramos una serie de mecanismos por los cuales el sector público brinda beneficios al inversionista privado y seguridades y remedios que normalmente son exigidos por los financistas del proyecto¹¹, tales como el otorgamiento de beneficios tributarios a favor del sector privado, la celebración de

¹¹ KERF, Michel y otros. "Concessions For Infrastructure, A Guide to Their Design and Award". World Bank Technical Paper 399. Washington: The World Bank. 1998. p. 143.

convenios de estabilidad jurídica, el otorgamiento de garantías de suministro por parte de proveedores estatales o el otorgamiento de garantías declarativas vinculadas a la libre convertibilidad del dinero, la libre transferencia de divisas, la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, entre otros.

En un sentido restringido, sin embargo, la existencia de respaldo público para un proyecto bajo la modalidad de Asociación Público-Privada hace referencia al primer tipo de soporte gubernamental, es decir, a la estructuración de medidas especiales de índole financiera o económica, que el Estado adopta para mejorar las condiciones de ejecución de determinado proyecto o para facilitar la asunción por parte del privado de ciertos riesgos que en condiciones normales no tomaría¹².

El presente artículo, justamente, se refiere a este sentido restringido de respaldo público y, por ende, no hace referencia a otros mecanismos de respaldo público

Normalmente son tres los sustentos que se emplean para fundamentar el otorgamiento de soporte gubernamental financiero directo o indirecto en proyectos de infraestructura de servicios públicos. En primer lugar se menciona que la existencia de riesgos políticos no asegurables legitiman al Estado a asumir compromisos que mitiguen este riesgo; en segundo lugar se hace mención a la necesidad de que ciertos servicios deban ser prestados a un valor "*socialmente deseable*" y que, por ende, acarreen la consecuente obligación del Estado de, en ciertos casos, asumir el impacto financiero de ofrecer tarifas por debajo de su costo. Por último, se utiliza una justificación muy amplia, según la cual simplemente en muchos casos resulta más eficiente que sea el Estado quien asuma determinados riesgos¹³.

En nuestra opinión, efectivamente es necesario y fundamental que el Estado pueda brindar respaldo público en ciertos supuestos, asumiendo determinados riesgos y brindando apoyo público de manera directa o indirecta para el desarrollo de proyectos de infraestructura de servicios públicos. Dicho respaldo público, sin embargo, debe otorgarse únicamente cuando ello resulte necesario y deseable bajo un análisis costo beneficio que considere el grado de interés público (por aspectos económicos o sociales) en la ejecución de determinado proyecto y las posibilidades de éxito de dicho proyecto si es que no se brindase tal respaldo público.

Considerando lo anterior, es importante destacar algunas de las principales formas de respaldo público que pueden ser utilizadas para estos efectos¹⁴:

- i. En primer lugar, el Estado puede otorgar préstamos a la sociedad que desarrolle el proyecto sin interés o a un interés inferior al del mercado. Sobre el particular, debe resaltarse que esta modalidad permitiría reducir el costo financiero del proyecto pero implica un desembolso efectivo por parte del Estado y, por ello, no es una de las fórmulas más utilizadas.

Cabe indicar, adicionalmente, que los préstamos que confiera el Estado pueden otorgarse bajo la modalidad de préstamos públicos subordinados. De este modo, las condiciones financieras del proyecto se mejorarían aún más, pues permitiría complementar el capital prestado por la banca comercial o por otros financistas sin que éstos deban competir con el Estado por el servicio de la deuda.

- ii. En segundo lugar, el Estado puede otorgar garantías de reembolso de los préstamos que tome la sociedad que desarrolla el proyecto. De esta manera, los financistas del proyecto contarían con garantías adicionales que reduzcan el riesgo de falta de pago frente a un eventual incumplimiento de la sociedad del proyecto.

El otorgamiento de este tipo de garantías puede ser más deseable que el otorgamiento de préstamos públicos, pues no suponen un desembolso estatal, salvo que exista un incumplimiento efectivo de la sociedad del proyecto en sus obligaciones de pago de deuda con los financistas. No obstante ello, debe tomarse en cuenta que aunque este tipo de garantías no supone un desembolso inmediato por parte del Estado, sí constituye una contingencia para éste.

Es importante mencionar que este tipo de garantía no necesariamente se otorga como una obligación de pago pura y simple por parte del Estado a favor de los financistas frente a un incumplimiento de la sociedad que desarrolla el proyecto. Por el contrario, normalmente, es una garantía limitada en la que tales límites son establecidos fijando, entre otros, topes máximos al monto garantizado (sobre la base de sumas

¹² COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL. "Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada".

¹³ KERF, Michel y otros. Op.Cit. pp. 143-144.

¹⁴ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL. Op. Cit.

fijas o basándose en porcentajes de la inversión total en el proyecto); estableciendo taxativamente los tipos de riesgos que son objeto de la garantía (de modo que no sea una garantía comprehensiva, sino que sólo garantice ciertos incumplimientos de pago derivados de acontecimientos fuera del alcance de las partes) o estableciendo que la garantía sólo sea ejecutable en la medida que los financistas hubieran previamente agotado otras alternativas para la continuidad del proyecto o para la ejecución de otras garantías disponibles.

- iii. En tercer lugar, una forma muy usada de respaldo público es a través de la participación estatal en el capital social de la sociedad que desarrolle el proyecto. A través de esta fórmula, el Estado participa con un aporte importante en el capital de la sociedad, disminuyendo el costo financiero del proyecto y (se dice) mitigando el riesgo político. En nuestro caso, sin embargo, esta alternativa tendría que analizarse a la luz de la disposición constitucional que establece que el Estado, sólo autorizado por ley, puede realizar subsidiariamente actividad empresarial directa o indirecta y por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.
- iv. En cuarto lugar, un típico caso de respaldo público se presenta a través de subvenciones estatales. A través de dichas subvenciones, la sociedad del proyecto recibe parte o toda su retribución directamente del Estado.

Esta fórmula es la que se usa en especial para proyectos de alta rentabilidad social y baja rentabilidad financiera con la finalidad de lograr objetivos gubernamentales tales como brindar acceso a servicios públicos de sectores de la población menos favorecidos o promover la descentralización productiva. No obstante ello, esta fórmula no es excluyente de proyectos que sí tienen una rentabilidad financiera razonable, ya que en éstos se puede utilizar a fin de mitigar riesgos de demanda o similares. Así, por ejemplo, dentro de esta categoría se encontrarían las garantías de ingreso del Estado a favor de la sociedad del proyecto y otros mecanismos contractuales que tienen por finalidad que el Estado asuma la obligación de complementar los ingresos de la sociedad del proyecto cuando la rentabilidad del mismo desciende por debajo de ciertos niveles mínimos.

El otorgamiento de este tipo de garantías debe siempre evaluarse a propósito de las normas que protegen la libre competencia, así como de los

convenios de integración regional que pudieran establecer alguna restricción para el Estado al respecto.

El listado anterior, por cierto, no constituye una lista taxativa de los tipos de respaldo público que puede otorgar el Estado, sino una mera enunciación de algunas de las formas más usuales de ello.

Al inicio de este artículo, mencionamos que algunos proyectos de infraestructura habían sido observados por entidades gubernamentales en virtud de una supuesta incompatibilidad entre el régimen general de concesiones y los compromisos asumidos por el Estado en los respectivos contratos de concesión y adelantamos que, en nuestra opinión, dichas observaciones carecían de sustento pues en realidad estábamos frente a supuestos de concesiones cofinanciadas. De hecho, los proyectos en mención han utilizado alguna o varias de las formas de respaldo público que hemos mencionado anteriormente.

No obstante lo indicado en el párrafo anterior, es de mencionar que la única regulación aplicable a las concesiones cofinanciadas en nuestro país se encuentra en el artículo 14, inciso c del TUO de Concesiones, que define a la concesión cofinanciada por el Estado como una modalidad de concesión en la que el cofinanciamiento se da "con una entrega inicial durante la etapa de construcción o con entregas en la etapa de la explotación, reintegrables o no".

Como puede apreciarse, si se desea una real promoción de las Asociaciones Público-Privadas a través de las concesiones cofinanciadas, resulta deseable reglamentar en mayor detalle (sin incurrir en una sobrerregulación o en una regulación ineficiente) a las concesiones cofinanciadas. Dicha reglamentación, como es evidente, debe ir acompañada de una labor de difusión de las bondades y beneficios de las concesiones cofinanciadas, de una labor de capacitación al interior del sector público y de un desarrollo efectivo de proyectos bajo esta modalidad.

A continuación, brindamos algunas ideas al respecto, a ser tomadas en cuenta para promover las concesiones cofinanciadas como parte de un plan de promoción de las Asociaciones Público-Privadas en nuestro país.

4. RESPALDO PÚBLICO, CONCESIONES COFINANCIADAS Y ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

Con la finalidad de impulsar un programa para la ejecución de proyectos que deban ser otorgados bajo la modalidad de concesiones cofinanciadas en particular y para la promoción de las Asociaciones

Público-Privadas en general, es necesario previamente adoptar una serie de medidas a nivel gubernamental¹⁵.

De un lado, se requiere compromiso político a todo nivel, se necesita que el Estado asuma como uno de sus objetivos el desarrollo de las Asociaciones Público-Privadas a fin de lograr mejor y mayor infraestructura de servicios públicos y un mayor acceso a estándares de servicios públicos más altos en beneficio de la población. En este orden de ideas, consideramos que se requiere que dicho compromiso sea asumido por el Estado en todas sus esferas y en sus tres niveles de gobierno, el nacional, el regional y el local.

Sólo en la medida que los tres niveles de gobierno asuman un compromiso efectivo con el programa de promoción de las Asociaciones Público-Privadas se podrá lograr que dicho programa se constituya en una oportunidad continua de negocios que atraiga al sector privado y que promueva la inversión de recursos en los procesos que se convoquen para tal efecto. En este contexto, la difusión que se realice de las potencialidades y beneficios de las Asociaciones Público-Privadas es también esencial.

De otro lado, se requiere generar capacidad técnica, tanto a nivel del sector público como del sector privado para lidiar con el proceso de Asociaciones Público-Privadas. En especial, el sector público debe promover programas de capacitación de sus funcionarios y crear unidades especializadas que desarrollen la experiencia necesaria en la estructuración de proyectos a través de Asociaciones Público-Privadas y que lideren el proceso de generación de nuevos proyectos.

Vinculado a lo anterior, se encuentra el requisito de priorización de proyectos. El gobierno debe identificar aquellos sectores y proyectos que deben tener prioridad bajo el programa de concesiones cofinanciadas y realizar estudios de viabilidad de los esquemas que se diseñen para cada uno de dichos proyectos, antes de las convocatorias correspondientes.

Establecidas las prioridades del gobierno, es necesario generar un flujo regular, importante y continuo de operaciones que, además, deben basarse en patrones predecibles de asignación de riesgos. Un flujo regular de transacciones bajo sistemas de distribución de riesgos usuales para el mercado nutre el desarrollo de un programa exitoso de Asociaciones Público-Privadas.

Por último, se requiere contar con una ley de concesiones que permita de la manera más amplia la aplicación del

programa y de normas que regulen los controles que se efectuarán al respaldo público que podrá otorgar el Estado para el desarrollo de proyectos bajo el programa. En este aspecto, nuestro país ha avanzado mucho con la generación de un marco legal que ha permitido el desarrollo de diversos proyectos de infraestructura a través del otorgamiento de concesiones. No obstante, con la finalidad de brindar mayor certeza a los inversionistas privados, asegurar la transparencia y tomar un primer paso hacia el crecimiento de las Asociaciones Público-Privadas, consideramos que resulta necesario desarrollar en mayor detalle los tipos de respaldo público que podrán otorgarse a proyectos de infraestructura de servicios públicos, así como establecer con absoluta certeza (en beneficio tanto del sector público como del privado), los procedimientos, autorizaciones y niveles de aprobación que se requieren para autorizar dicho respaldo público.

Si el éxito de los proyectos de infraestructura de servicios públicos depende en gran parte de que las estructuras contractuales que se diseñen para su ejecución respondan a las necesidades y características específicas de cada proyecto particular y que en ciertos supuestos sea el Estado quien asuma determinados riesgos (brindando apoyo público de manera directa o indirecta para el desarrollo de proyectos), para el éxito de una Asociación Público-Privada se requiere que las partes (tanto pública como privada) posean la flexibilidad necesaria a fin de lograr una adecuada distribución de riesgos.

Como consecuencia de lo anterior, el principio general respecto del cual debe partir una eventual regulación que se prepare al respecto es que no se debe limitar de manera innecesaria la flexibilidad del Estado para estructurar conjuntamente con los privados una distribución de riesgos que sea la que mejor se adecue a las necesidades específicas del proyecto. No obstante ello, dicho marco regulatorio debe también asegurar que el Estado no incurra en responsabilidades excesivas y garantizar que se respeten las reglas de sostenibilidad fiscal a lo largo del tiempo.

En este orden de ideas, el marco legal que eventualmente se dicte debe prever la aplicación de las Asociaciones Público-Privadas en los tres niveles de gobierno del Estado y debe tomar una posición respecto de los tipos de respaldo público que resultan deseables. Sobre el particular, debe tomarse en cuenta que la norma no debe ser taxativa respecto de los tipos de respaldo público que se podría brindar, justamente para permitir que ésta se pueda adaptar a las necesidades de los diversos

¹⁵ La publicación "Public Private Partnerships: UK Expertise for International Markets" contiene un listado interesante de "prerequisitos" sugeridos para que un programa de PPPs resulte exitoso. Parte de los puntos sugeridos en esta sección del artículo se basan en dicha publicación.

proyectos y amoldarse a las diversas estructuras financieras que para tal efecto podrían diseñarse.

Tal y como hemos mencionado anteriormente, el marco legal debe también establecer claramente los requisitos que se deberán cumplir a fin de obtener las autorizaciones pertinentes para el otorgamiento de respaldo público. Ello incluye tanto una regulación de los procedimientos formales en sí mismos, así como el nivel de coordinación que se deberá efectuar al interior del Estado para la aprobación de respaldo público. En este sentido, es necesario definir el rol que desarrollarán en el proceso de aprobación entidades tales como la Agencia de Promoción de la Inversión Privada PROINVERSIÓN —o las agencias de promoción regionales o locales de ser el caso—, el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante MEF), la entidad concedente (sea que ésta sea de nivel nacional, regional o local), la Contraloría General de la República, el Congreso de la República y cualquier otra entidad del gobierno regional o local de ser el caso.

De otro lado, resulta también fundamental que la norma establezca la forma como se deberá estimar el costo total del respaldo público a ser otorgado y que exija que se realice un análisis del impacto que podrían tener los compromisos del Estado en su situación fiscal, pues se debe buscar evitar que el Estado asuma responsabilidades contingentes mal definidas o excesivas¹⁶. Para ello, un programa de respaldo público debe tomar en cuenta métodos especiales para calcular el costo presupuestario del respaldo público otorgado, a fin de tomar en cuenta el valor actualizado de su futuro costo o de la pérdida de ingresos futuros de ser el caso.

Sobre el particular, debe considerarse que la entrega en concesión de proyectos cofinanciados debe realizarse tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 15 del TUO de Concesiones¹⁷, el impacto que el cofinanciamiento del Estado genere o que pudiera generar en la sostenibilidad fiscal y financiera del Estado, el respeto de las reglas de responsabilidad fiscal, la eficiencia en el cumplimiento de los objetivos del Estado y en el empleo de recursos públicos, la eficiencia en la distribución de riesgos del proyecto, las ventajas socioeconómicas del proyecto objeto de análisis, el grado de interés público en el desarrollo del proyecto y las ventajas generales de desarrollar el proyecto a través de la celebración de un contrato de concesión cofinanciada.

Por otro lado, sería importante incluir dentro del concepto de cofinanciamiento a los proyectos con

cofinanciamiento contingente, es decir, aquellos proyectos en los que las entregas a cargo del Estado no son ciertas y más bien resultan contingentes por estar vinculadas al cumplimiento de ciertos eventos que gatillen el cofinanciamiento.

Asimismo, en atención a las obligaciones que asumirá el Estado en virtud del respaldo público que preste, podría ser de utilidad la creación de un fondo de contingencias para respaldar las garantías que otorgue el Estado.

Por último, en lo que se refiere a los acuerdos específicos que se celebren entre el sector público y el privado para el desarrollo de proyectos, deben establecerse las reglas de juego de manera clara y brindar certeza a los miembros de la asociación. En cualquier caso, el Estado debe mantener la responsabilidad vinculada a las decisiones entre objetivos que pudieran competir, definir los objetivos elegidos y velar porque se cumplan bajo los estándares requeridos y salvaguardar el interés público. En este sentido, el Estado debe decidir el nivel de servicios que será requerido y los recursos públicos que estén disponibles para pagar por ello, debe fijar y monitorear el desempeño de los estándares de seguridad y calidad por dichos servicios y debe tomar acción si es que ellos no son alcanzados. No obstante lo anterior, debe también tomarse en cuenta que dichos acuerdos no deben (ni pueden) ser comprensivos y, por el contrario, lo que se requiere es fijar en ellos un entendimiento común y amplio respecto de las prioridades y objetivos públicos.

5. CONSIDERACIÓN FINAL

La colaboración entre los sectores público y privado a nivel de proyectos debe ir acompañada también de apoyo mutuo a nivel de fijación de políticas públicas, pues para la toma de decisiones acerca del diseño y formulación de iniciativas gubernamentales que evalúen formas de promoción de las Asociaciones Público-Privadas resulta de suma importancia la opinión e información que al respecto puede brindar el sector privado.

En este sentido, la labor de promoción de las Asociaciones Público-Privadas no debe ser una labor exclusiva o excluyente del sector público. Más aún, por qué no pensar en una primera labor importante de colaboración entre el sector público y el privado para el lanzamiento de un programa agresivo de Asociaciones Público-Privadas.

¹⁶ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL. Op. Cit.

¹⁷ D.S. 059-96-PCM. Artículo 15.- "Para determinar la modalidad de la concesión según el artículo 14 de este título deberá considerarse la necesidad de la obra y del servicio, su rentabilidad, la amortización de sus costos, y de los gastos de conservación y de explotación.

Cuando en aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, se opte por cualquiera de las modalidades previstas en los incisos b, c o d del artículo 14 y los ingresos resulten superiores a los previstos, podrán precisarse las obligaciones de reinversión del concesionario o de participación del Estado".

ASPECTOS ECONÓMICOS E INSTITUCIONALES RELATIVOS AL DISEÑO DE CONTRATOS DE CONCESIÓN VIALES

Gonzalo Ruiz Díaz*
Christy García Godos**

¿Cómo se viene desarrollando el proceso de concesiones viales en el país? ¿Cómo perfeccionar el marco regulatorio en la materia? ¿Qué aspectos deben tomarse en cuenta para llevar a cabo éste?

El presente artículo ofrece al lector un bien elaborado desarrollo sobre las concesiones viales y su regulación, además de brindarle las herramientas para realizar un análisis crítico sobre la situación de tales concesiones en la actualidad.

* Economista por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en economía por el programa ILADES de la Universidad de Georgetown. Profesor de la Maestría de Regulación de Servicios Públicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Gerente de Regulación de OSITRAN. Las opiniones contenidas en el presente artículo no representan la opinión institucional ni vinculan a ninguno de los órganos del OSITRAN.

** Economista por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en economía por la Universidad de York, Reino Unido. Analista de Regulación de OSITRAN. Las opiniones contenidas en el presente artículo no representan la opinión institucional ni vinculan a ninguno de los órganos del OSITRAN.

I. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas dos décadas los países de la región han venido utilizando de manera creciente las concesiones para la provisión de servicios de infraestructura como un mecanismo de atracción de la inversión privada al sector, resolver los problemas de financiación de infraestructura y mejorar la calidad de los servicios públicos. En el caso específico de las carreteras, durante los últimos años, se han venido suscribiendo contratos mediante los cuales el Estado ha transferido al sector privado los riesgos asociados a la construcción, operación, mantenimiento, entre otros, de dicha infraestructura.

El Perú no ha estado ajeno a esta tendencia a nivel regional. Sin embargo, el proceso ha sido

considerablemente más lento que en otros países. En efecto, si bien en el año 1994 se suscribió el primer contrato de concesión, correspondiente a la rehabilitación y mantenimiento de la carretera Arequipa-Matarani; fue recién en marzo del año 2003 que se retoma este proceso bajo un marco regulatorio más completo mediante la suscripción del Contrato de concesión de la Red Vial número 5 que comprende el tramo Ancón-Huachopativilca de la Carretera Panamericana Norte. A diferencia del primero que fue básicamente un contrato de conservación y mantenimiento, en este último caso se trató de un contrato del tipo "BOT" (construcción, operación y transferencia). De la misma naturaleza ha sido el Contrato de concesión de la Red Vial número 6 que comprende el tramo Puente Pucusana-Cerro Azulica de la Carretera Panamericana Sur, suscrito en septiembre del año 2005.

Cuadro 1
Principales Contratos de Concesión
viales vigentes

LOCALIDADES AÑOS	KMS	SOCIEDAD CONCESIONARIA	ACCIONARIADO	INVERSIÓN REFERENCIAL Mill. US \$ (*)
			SOCIOS	
Arequipa-Matarani Venc. May 2006	104.62	CONCAR S.A.	Graña y Montero S.A.	
ANCÓN HUACHO PATIVILCA 25 años	181.66	NORVIAL S.A.	Graña y Montero S.A.A.	1ra Etapa 24,60
			JJC Contratistas Generales S.A.	2da Etapa 35,00
PAITA YURIMAGUAS 25 años	955.10	CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A.	Construtora Norberto Odebrecht S.A.	260.61
			Construtora Andrade y Gutierrez S.A.	
URCOS INAMBARÍ 25 años	300.00	Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 S.A.	Graña y Montero S.A.A.	295.75
			Construtora Norberto Odebrecht S.A.	
			Graña y Montero S.A.A.	
			J.C.C. Contratistas Generales S.A.	
INAMBARÍ IÑAPARÍ 25 años	403.20	Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A.	Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.	366.7
			Construtora Norberto Odebrecht S.A.	
			Graña y Montero S.A.A.	
			J.C.C. Contratistas Generales S.A.	
AZANGARO INAMBARÍ 25 años	305.90	INTERSUR S.A.	Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.	243.99
			Construtora Andrade y Gutierrez S.A.	
			Construtora Queiroz Galvao S.A.	
PUCUSANA CERRO AZULICA 30 años	220.7	COVIPERU S.A.	Construcoes e Comercio Camargo Correa S.A.	187.83
			Hidalgo & Hidalgo (Ecuador)	
			Conorte Construcción y Administración (Perú)	

Adicionalmente, durante el último año han comenzado a implementarse nuevos esquemas contractuales mediante los que el Estado cofinancia parcialmente las actividades de construcción y mantenimiento de la infraestructura vial. A este tipo de esquemas corresponden los Contratos suscritos en el marco de la "Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana - IIRSA". A la fecha se ha suscrito el Contrato IIRSA Norte (el 17 de junio de 2005) que incluye el tramo Paita-Tarapoto-Yurimaguas y los Contratos de los Tramos 2, 3 y 4 (4 de agosto de 2005) del Proyecto IIRSA Sur que incluye los tramos Urcos-Puente Inambari, Puente Inambari-Iñapari y Inambari-Azángaro, respectivamente. Se espera que los tramos

restantes del Proyecto IIRSA Sur (los tramos 1 y 5) y el correspondiente al "IIRSA Centro" sea concesionadas durante el 2006.

En el transcurso de los últimos años, en cumplimiento de sus funciones regulatorias, el organismo Regulador ha venido participando en los procesos de concesión, emitiendo opinión respecto de los proyectos de contratos elaborados por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, PROINVERSIÓN), órgano licitante, de los Proyectos de Adenda solicitados por las partes, así como emitiendo opinión respecto de las solicitudes de interpretación de los contratos.

El presente documento tiene por objetivo analizar algunos de los aspectos económicos e institucionales más importantes de los contratos de concesión viales recientemente suscritos, a la luz de la experiencia acumulada en la aplicación de los contratos de concesión. Si bien el proceso de aprendizaje respecto del diseño de los contratos de concesión dista mucho de ser un proceso culminado o maduro, este documento representa un primer intento por recoger la experiencia acumulada sobre el tema.

La siguiente sección presenta de manera resumida el marco conceptual para el análisis de los contratos de concesión, la tercera presenta el marco legal e institucional de las concesiones en el Perú, mientras la cuarta sección resume los principales dilemas contractuales, vinculados con el diseño de contratos de concesión.

II. MARCO CONCEPTUAL PARA EL ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

Todo contrato de concesión constituye una transacción realizada por el Estado, en su calidad de concedente, y un operador de la infraestructura, en calidad de concesionario. En el marco de dicha transacción se asignan o dividen riesgos asociados a las actividades comprendidas dentro del contrato. Dependiendo del

esquema que las actividades comprendidas en el Proyecto, los riesgos se pueden agrupar en riesgos de gestión, construcción, operación, mantenimiento y explotación, político, regulatorio, entre otros.

Uno de los resultados más importantes provenientes de la literatura del análisis económico de los contratos y de la economía de la información¹ es que en un contexto de incertidumbre, el riesgo en una relación contractual es asumido por aquella parte que se encuentra en mejor capacidad de asumirlo. La capacidad para asumir mayores niveles de riesgo responde no sólo al grado de aversión al riesgo que enfrente cada una de las partes sino también de quien esté en mejor posición de evitar la ocurrencia de determinados eventos, así como de administrar, evaluar o mitigar su impacto, entre otros aspectos.

El Cuadro 2 es tomado de Kerf, Gray, Irwin, Levesque, y Taylor, R. (1997)² e ilustra una posible división de riesgos entre Concedente y Concesionario en el contexto de un contrato de concesión de infraestructura, separando los mismos en función a la actividad sobre la que versa dicho riesgo. Así, se establecen criterios para la división de riesgos asociados a la fase de diseño, construcción, operación, ingresos, variables financieras, eventos de fuerza mayor y medio ambiente.

Cuadro 2

IDENTIFICACION Y ASIGNACION DE LOS RIESGOS ENTRE CONCEDENTE Y CONCESIONARIO

¿Cuál es el riesgo?	¿Cómo surge?	¿Cómo debe ser asignado?
Riesgo de Diseño y desarrollo		
Defectos de diseño	Especificaciones técnicas exigidas por el Estado	Riesgo lo asume el Concedente
	Falla del diseño de la propuesta técnica	Concesionario asume el riesgo
Riesgo de Construcción		
Incrementos en costos de construcción	Derivados de ineficiencias o eventos bajo el control del concesionario	Concesionario asume el riesgo
	Cambios en el marco legal general	Concesionario, asume el riesgo (contratación de seguros)
	Acción específica del gobierno que afecta la Concesión	Riesgo lo asume el Concedente
Retrasos en la culminación de las obras	Derivados de ineficiencias o eventos bajo el control del concesionario	Concesionario asume el riesgo
	Fuerza mayor o fuera del control del concesionario	Concesionario, asume el riesgo (contratación de seguros)
No cumplimiento de especificaciones técnicas del contrato	Estándares de calidad, defectos en la construcción, etc.	Concesionario asume el riesgo

¹ Ver por ejemplo: MACHO-STADLER, I. y D. PÉREZ-CASTRILLO. "An introduction to the Economics of Information. Incentives et contracts". Oxford University Press. 1997.

² KERF, M., GRAY, D., IRWIN, T., LEVESQUE, C., y TAYLOR, R. "Concessions: A Guide to the Design and Implementation of Concession Arrangements for Infrastructure Services". Mimeo. The World Bank. 1997.

¿Cuál es el riesgo?	¿Cómo surge?	¿Cómo debe ser asignado?
Riesgo de Costos Operativos		
Incrementos en costos operativos	Cambios originados por iniciativa del Concesionario	Concesionario asume el riesgo
	Falla en la operación	Concesionario asume el riesgo
Falla originada en retrasos en obtención de permisos, aprobaciones, etc	Discrecionalidad del sector público	Concedente asume el riesgo
Incrementos de precios de insumos	Precios exógenamente determinados por el mercado	Depende de quien esté en mejor capacidad de asumirlo
Riesgo de Ingresos		
Cambios tarifarios	En concordancia con los términos del contrato	Concesionario asume el riesgo
	Incumplimiento por parte del Concedente	Concedente asume el riesgo
Cambios en la demanda	Reducción de la demanda	Concesionario asume el riesgo
Reducción inesperada en cantidad o calidad, que implique una reducción de la demanda.	Falla del operador	Concesionario asume el riesgo
Riesgo Financiero		
Tipos de cambio, tasas de interés	Devaluación de la moneda, fluctuaciones monetarias	Concesionario asume el riesgo
Tenencia de moneda extranjera	Restricciones a la convertibilidad o transferencia	Concedente asume el riesgo
Riesgo por Fuerza Mayor		
"Actos de Dios"	Terremotos, aludes y huelgas	Concesionario asume el riesgo
Cambios legales	Cambios en el marco legal	Generalmente, concesionario asume el riesgo
	Cambios legales o contractuales específicos que afectan la Concesión	Concedente asume el riesgo
Fuerza Mayor Política	Ruptura o caducidad del contrato (expropiación, etc)	Concedente asume el riesgo
Riesgo por Medio Ambiental		
Incidentes ambientales	Falla del Operador	Concesionario asume la responsabilidad
	Pasivo ambiental preexistente	Concedente asume el riesgo

Fuente: Adaptado de Kerf, Gray, Irwin, Levesque y Taylor³

El Cuadro 2 lejos de constituirse en un "recetario" para la implementación de contratos de concesión, muestra un conjunto de "buenas prácticas" que han sido recogidas de la experiencia seguida por otros países y que pueden utilizarse como referencia en el diseño de este tipo de contratos.

Cabe señalar que no todas las actividades comprendidas en el Cuadro 2 deben estar incluidas en un contrato de concesión. En el caso específico de los contratos de concesiones viales, dependiendo del tipo de actividad comprendida en el contrato de

concesión, la asignación de los riesgos dentro de éste puede diferir. El Cuadro 3 muestra las distintas modalidades de contratos de concesión, según la actividad que se transfiere al sector privado⁴. Así, por ejemplo, en el caso de contratos de mantenimiento, construcción, operación y mantenimiento, Rehabilitación-Operación y Mantenimiento (ROT), Construcción-Operación y Mantenimiento (BOT) y gestión. En cada caso, los riesgos transferidos, los plazos de concesión y los requerimientos exigidos al concesionario, pueden diferir sustancialmente.

³ Ibidem.

⁴ El cuadro ha sido tomado de Estuche y de Rus. "Privatización y Regulación de infraestructuras de transporte". Banco Mundial. Alfaomega. 2000.

Cuadro 3

Características	Contrato de mantenimiento	Construcción	Operación y mantenimiento	ROT	BOT	Gestión
Obligaciones del concesionario	Mantenimiento	Diseño y construcción	Mantenimiento y explotación	Financiación, rehabilitación, mantenimiento y operación	Financiación, diseño, construcción, mantenimiento y explotación	Financiación, diseño, construcción, mantenimiento y explotación. Desarrollar corredor/red
Ejemplos	Nueva Zelanda (New South Wales), Chile, Brasil	Estados Unidos, Hong Kong (China)	Argentina, Hong Kong (China)	Argentina, Colombia	Malasia, Filipinas, Tailandia, Argentina, México	Reina Unido (DBFO), Colombia, Brasil
Recuperación directa de costos con ingresos de peajes de los usuarios	No. Pago del gobierno al operador	No. Pago fijo del gobierno al operador	Reparto de ingresos entre operador y gobierno	El operador puede pagar al gobierno o viceversa	Suele necesitarse inversión del gobierno. Es común necesidad de subsidios ex post	Suele necesitarse aportación de otras carreteras y otras inversiones
Nivel de inversión privada	Muy baja	Considerable para muy corto plazo	Baja	Media	Alta	Media/Alta
Riesgo del sector privado	Mantenimiento	Diseño, construcción	Tráfico y nivel de ingresos, político y financiero	Rehabilitación, tráfico y nivel de ingresos, político, financiero	Diseño, construcción, tráfico y nivel de ingresos. Político y financiero	Diseño, construcción, tráfico y nivel de ingresos, político, financiero
Riesgo del sector público (riesgos de adquisición de terrenos y relocalización siempre son asumidos)	Diseño, construcción, tráfico y niveles de ingresos	Planificación, tráfico y nivel de ingresos	Ingresos, macroeconómico, regulación	Fuerza mayor, regulación	Planificación, macroeconómico, regulación	Planificación, fuerza mayor, macroeconómico, regulación
Tamaño habitual del contrato (dólares)	Pequeño	Mediano/Grande 50 800 mill.	Pequeño/Mediano	Mediano/Grande	Muy grande 100 - 1000 millones	Mediano/Grande 90 - 300 millones
Tamaño mínimo requerido del concesionario	Pequeño/empresa constructora local	Pequeño/empresa constructora local	Constructora con experiencia en gestión	Gran constructora con experiencia en gestión	Consorcio incluyendo una gran constructora	Consorcio generalmente incluyendo una gran constructora
Duración típica	2 - 10 años	Periodo de construcción fijo	2 - 10 años	10 - 20 años	30 años	30 años

Nota: Para más detalles y algunas referencias, véase ADB (1999)

Fuente: Estache, De Rus, Privatización y Regulación de Infraestructuras de Transportes. Ed. Alafomega, México DF 2003

III. MARCO INSTITUCIONAL Y LEGAL DE LAS CONCESIONES VIALES

A. Marco institucional

El marco institucional vinculado a la supervisión y regulación de la inversión en infraestructura vial,

presenta diferencias en los distintos países de la región. En algunos países como Argentina, Colombia y Costa Rica dichas funciones están a cargo a Comisiones u órganos que gozan de relativa autonomía de los Ministerios, mientras en otros como en Chile y Bolivia dichas funciones se encuentran a cargo de dependencias de los Ministerios de Obras Públicas.

Cuadro 4

MARCO INSTITUCIONAL DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA EN AMERICA LATINA

PAIS	Infraestructura	Autoridad Competente	Grado de Autonomía	Número de Concesiones
COLOMBIA ^{1/}	Carreteras	Comisión de Regulación Económica (CNRT)	Dependiente del Ministerio de Transporte	22
	Puertos	Comisión de Regulación Económica (CNRT)	Dependiente del Ministerio de Transporte	1
	Vías Férreas y Ferrocarriles	Comisión de Regulación Económica (CNRT)	Dependiente del Ministerio de Transporte	2
	Aeropuertos	Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (AEROCIVIL)	Adscrito al Ministerio de Transporte	Uno en proyecto
COSTA RICA ^{2/}	Carreteras	Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI)	Adscritas al Ministerio de	2
	Aeropuertos	Dirección general de Aviación Civil (DGAC)	Obras Públicas y Transporte (MOPT)	1 proyecto sujeto a aprobación
	Puertos	Dirección de Obras portuarias y Fluviales	Dependiente del MOPT	0
ARGENTINA ^{3/}	Carreteras	Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT)	Dependiente Minis. Plan Fed, Inv y SS PP	22
	Aeropuertos	Organismo Regulador del Sistema Nacioal de Aeropuertos	Adscrita al Ministerio de Economía	33
	Vías Férreas y Ferrocarriles	Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT)	Dependiente Minis. Plan Fed, Inv y SS PP	6

PAIS	Infraestructura	Autoridad Competente	Grado de Autonomía	Número de Concesiones
BOLIVIA ^{4/}	Carreteras	Ministerio de Obras Públicas	Ministerio de Obras Públicas	0
	Aeropuertos	Superintendencia de Transporte	Sistema de Regulación sectorial (SIRESE)	3
	Vías Férreas y Ferrocarriles	Superintendencia de Transporte	Sistema de Regulación sectorial (SIRESE)	2
CHILE ^{5/}	Carreteras	Dirección de Vialidad	Dependiente del	25
	Aeropuertos	Dirección de Aeropuertos	Ministerio de	8
	Puertos	Dirección de Obras portuarias	Obras Públicas	4
	Vías Férreas y Ferrocarriles	Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE)	Relacionada al Ministerio Transporte	1

1/. Fuente: www.mintransporte.gov.co, www.inco.gov.co, www.aerocivil.gov.co.

2/. Fuente: www.mopt.go.cr/planificacion/puertos, www.mopt.go.cr/cnv, mopt.go.cr/aviacion

3/. Fuente: www.orsna.gov.ar, www.cnrt.gov.ar

4/. Fuente: www.sirese.gov.bo, www.suptrans.gov.bo

5/. Fuente: www.concesioneschile.cl, www.dop.cl, www.moptt.cl/mop/dap, www.vialidad.cl

El marco institucional establecido en el Perú para la supervisión de la inversión en toda la infraestructura de transporte de uso público de alcance nacional constó en la creación de una entidad regulatoria que goce de cierta autonomía e independencia administrativa respecto del gobierno central a fin de garantizar una mayor imparcialidad en la administración de los Contratos de Concesión. Este arreglo institucional difiere del alcanzado en otros países en los que por lo general la administración de los contratos o se encuentra en manos de uno de los estamentos del Ministerio de Sector (como es el caso de Bolivia o Chile) o se encuentra en manos de Comisiones o Consejos que gozan de cierta autonomía pero cuya labor se encuentra circunscrita al ámbito vial.

En el caso del Perú, OSITRAN tiene la peculiaridad de ser un organismo que goza de relativa independencia del gobierno central y a la vez tiene atribuciones en materia

de regulación y supervisión en infraestructuras viales, portuarias, aeroportuarias y de ferrocarriles. Una ventaja de este arreglo institucional es que permite incorporar el criterio de "multimodalidad" como un elemento a considerar dentro del marco regulatorio específico aplicable a cada infraestructura. De otro lado, se producen economías de ámbito, pues con la misma tecnología se abordan los problemas regulatorios de más de una infraestructura.

En el Perú, a diferencia de otros países de la región, el número de carreteras concesionadas es reducido. El Cuadro 5 tomado de Bull (2004) muestra el número de Concesiones a junio de 2004. Como se aprecia en el caso de países como México y Brasil, el número de concesiones otorgadas es significativo. Actualmente, el Perú cuenta con 6 tramos viales concesionados que representan un total de 2171.18 kilómetros de carreteras correspondientes a la red nacional (13%).

Cuadro 5

CONCESIONES VIALES EN AMÉRICA LATINA, JUNIO DE 2004		
País	Cantidad	Kilómetros
Argentina	22	10691
Brasil	36	9644
Chile	25	2526
Colombia	22	3086
Costa Rica	2	144
Ecuador	6	1312
Guatemala	1	23
México	120	6436
Panamá	2	104
Paraguay	1	140
R. Dominicana	2	136
Uruguay	5	1572
Total	244	35814

Fuente y Elaboración: Alberto Bull. Concesiones viales en América Latina: situación actual y perspectivas. CEPAL. Santiago. Octubre del 2004.

Las concesiones de carreteras en el Perú se encuentran sujetas al régimen general de Concesiones establecido en el Texto Único Ordenado (en adelante "TUO") de Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (Decreto Supremo 59-96-PCM) y su Reglamento (Decreto Supremo 59-96-PCM). En su artículo 3, el TUO establece que el Estado promueve la inversión privada en obras de infraestructura y de servicios públicos y además regula su explotación. La concesión de la obra implica la explotación del servicio. Asimismo, define concesión como el acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura, o la prestación de determinados servicios públicos por un plazo establecido.

La Ley 26917, por su parte, define a OSITRAN como organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. Las funciones, competencias y facultades de OSITRAN se encuentran descritas en la Ley 26917, su Reglamento, Decreto Supremo 010-2001-PCM, Ley 27332 (Ley Marco de Reguladores); Ley 27631 y su Reglamento Decreto Supremo 032-2001-PCM y TUO.

IV. DILEMAS EN EL DISEÑO DE CONTRATOS DE CONCESIÓN VIALES

Los proyectos de infraestructura vial suelen perseguir diversidad de objetivos entre los que destacan el fomento de la integración o conectividad de ciertas regiones geográficas con otras regiones, la reducción de los costos de transporte, el acceso universal a determinados servicios, entre otros. Por el lado de la oferta, la infraestructura vial –al igual que en el caso de otras infraestructuras de transporte– se caracteriza por su indivisibilidad y por el elevado monto de inversiones necesarias para llevarlas a cabo. Ello obliga a diseñar mecanismos específicos que permitan la "bancabilidad" de dichos proyectos.

Por el lado de la demanda, la demanda por infraestructura vial se deriva de la actividad de transporte terrestre y ésta de las actividades económicas. En efecto, cuanto mayor sea la necesidad de conectar una determinada región productora de

espárragos, por ejemplo, con sus mercados de destino, mayor será la demanda potencial por infraestructura que integre ambas regiones. Una vez construida la infraestructura, dicha demanda potencial, se revela en términos efectivos, en el nivel de tráfico que enfrentan las vías entre ambas localidades.

Dado que una vez que la infraestructura de transporte vial es construida o rehabilitada, el costo marginal de su provisión –el costo generado por cada vehículo que transita en la carretera–, es muy pequeño (o cercano a cero); este último indicador, generalmente no es considerado como una buena referencia a fin del cálculo de las tarifas o peajes de carreteras. En general, dependiendo de si se trata de una concesión de carácter oneroso o no oneroso, los peajes se fijan de manera tal que cubran el costo privado de la inversión más un retorno razonable o cubran parte de dichos costos, siendo estos parcialmente financiados por el Estado.

Cuanto mayor sea el nivel de tráfico (demanda) en una carretera mayor será la posibilidad de que el proyecto pueda ser financieramente sostenible. Como se ver, es posible que ciertos proyectos que son socialmente rentables pero que no reciban un retorno razonable desde una perspectiva privada ameriten algún tipo de cofinanciamiento por parte del Estado. Dicha decisión debe hacer sobre la base de un análisis "caso por caso del costo" del beneficio social del Proyecto

A. Tipo de concesión: onerosa, subvencionada o mixta

Como se señaló anteriormente dependiendo de si la concesión es de carácter oneroso o autosostenible desde un perspectiva privada⁵ o requiera del cofinanciamiento del Estado (para actividades de construcción, mantenimiento, etc); dichos contratos pueden considerarse de onerosos o subvencionados. El carácter oneroso o subvencionado del Contrato tiene una serie de implicancias para el diseño del mismo, entre las que destacan:

1. Supervisión de obligaciones: En el caso de las concesiones subvencionadas, la supervisión debe necesariamente evaluar el destino de los fondos públicos utilizados en la realización de dichas actividades. En las concesiones de carácter onerosos compromisos de inversión son en muchos casos referenciales y la fiscalización se centra en el cumplimiento de hitos sobre la base de la entrega de obras y el cumplimiento de determinados niveles de "serviciabilidad".

⁵ ESTUCHE, Antonio; ROMERO, Manuel y John STRONG (2000) sostienen que carreteras con más de 15 000 vehículos al día son susceptibles de ser financiadas mediante peajes.

2. Explotación de la infraestructura: en el caso de las concesiones onerosas el Concesionario tiene fuertes incentivos para establecer mecanismos de cobro de peajes eficaces que permitan maximizar la recaudación. En el caso de las concesiones de tipo subvencionado, en tanto el mantenimiento sea cofinanciado y se garantice al concesionario un monto total fijo por dicho concepto, la actividad de cobro puede resultar un costo para el concesionario. En tales casos, el contrato debe establecer incentivos para una recaudación eficaz y eficiente de los peajes de la carretera por parte del concesionario.

Otro elemento que se encuentra directamente vinculado a una eficiente asignación de recursos es el control de pesos y dimensiones vehiculares. A través de un adecuado control de vehículos pesados se puede reducir significativamente el gasto en mantenimiento de la infraestructura vial. En tal sentido, el concesionario tiene incentivos a implementar unidades de pesaje, en la medida que los costos de mantenimiento pueden afectar sus utilidades. No obstante, para el caso de las concesiones cofinanciadas este incentivo es efectivo en la medida que el concesionario reciba un monto fijo para la realización de labores de mantenimiento y no exista ningún mecanismo de ajuste o de posibles pagos adicionales por este concepto por parte del concedente.

Dichas diferencias se han visto reflejadas en los contratos de concesión y de Asociación Pública Privada suscritos recientemente en el marco de los proyectos IIRSA.

B. Factor de Competencia

La variable utilizada por "PROINVERSION" para adjudicar los proyectos de promoción de la inversión privada resulta de crucial importancia para el desempeño futuro de la concesión. En efecto, el artículo clásico de Demsetz⁶ señalaba, por ejemplo, que la promoción de competencia en precios *ex ante* en el caso de industrias con características de monopolio natural, permitía garantizar la eficiencia asignativa en la provisión del servicio, aun cuando no sea posible la competencia efectiva *ex post*.

En la práctica, dependiendo de los objetivos que persiga el Estado (mayores ingresos para el fisco, mayor acceso de los usuarios, menor tiempo de entrega de la obra) con la concesión, se pueden utilizar diversas variables como el factor de competencia. Sea cual fuere dicho factor (algunos de estos se analizan a continuación)

autores como Klein⁷ resaltan la importancia de que como norma, las concesiones sean adjudicadas sobre la base de procesos competitivos.

En el Perú, particularmente en el caso de las concesiones de tipo oneroso, se ha empleado mayormente como factor de competencia el mayor porcentaje de los ingresos brutos ofrecidos al Estado, como retribución periódica. En el caso de la Red Vial 5 la retribución ofrecida por el ganador ascendió a 5,50% de los ingresos brutos de la concesión mientras que en el caso de la Red Vial 6 el porcentaje ofrecido por el ganador ascendió a 18,61%⁸.

La utilización de este tipo factor de competencia, obedece fundamentalmente al objetivo de maximizar el volumen de recursos que puede captar el Estado a efectos de destinarlos a otras inversiones en infraestructura. Así, por ejemplo, los recursos por concepto de tasa de regulación provenientes de las concesiones que se han venido recaudando han sido destinados al llamado "Fondo Vial" destinado a financiar principalmente la construcción y mantenimiento de la red vial nacional no concesionada.

En las licitaciones realizadas en el Perú, además de tomarse en consideración como factor de competencia la mayor retribución al Estado, se ha incorporando el porcentaje de componente nacional de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Puntaje} = (PI_{pc} - PI_{ref}) \times (1 + 0.2 \times CN) \times 10,000$$

Siendo: PI_{pc} : Es la retribución final obtenida; PI_{ref} : Es la retribución referencial comunicada previamente por Preinversión; CN: Es el Componente Nacional calculado como porcentaje del monto total estimado de compras locales.

La inclusión del factor CN que se hace en aplicación de lo establecido por la Ley 28242, en principio, distorsiona el criterio de asignación basado en la mayor retribución, en tanto incorpora un criterio distributivo y menos eficiente en la evaluación de las ofertas. Dicho criterio distributivo, no guarda relación necesariamente con los criterios de eficiencia que deberían primar en los procesos de adjudicación de las concesiones.

Otros factores de competencia mencionados por la teoría en el caso de concesiones de tipo oneroso son la menor tarifa o índice tarifario ofrecido y el menor valor actual neto. En el caso de la menor tarifa, este

⁶ DEMSETZ, Harold. "Why regulate utilities?". Journal of Law and Economics. Volumen 11. 1968.

⁷ KLEIN, Michael. "Bidding for Concessions". Mimeo. 1997.

⁸ Esta retribución es aplicable a partir de la culminación de las obras de la primera etapa o a más tardar al inicio del quinto año de la concesión.

mecanismo no ha sido utilizado para las concesiones viales. Lo que persigue este mecanismo es garantizar el acceso a la infraestructura a los usuarios y para ello garantiza la menor tarifa para la prestación del servicio, promoviendo competencia *ex ante* (a lo Demsetz).

Según Guasch (2004) la experiencia reciente en la región muestra que el uso de este tipo de factores de competencia (menor índice tarifario), promueve el oportunismo *post* contractual, lo cual se comprobaría en el hecho de que el mayor número de renegociaciones de contratos en la región se han generado en el caso de proyectos en los que se utilizó dicho variable como factor de competencia.

Otros factores de competencia como el menor valor actual neto o el menor plazo de concesión han sido utilizados en otros países pero no en el Perú.

En el caso de las concesiones de tipo no oneroso, en nuestro país se ha venido utilizando un criterio análogo al de máxima retribución como el mencionado líneas arriba. En este caso se puede utilizar el menor pago por mantenimiento y operación de obra ofrecido al Estado. En el marco del proceso de concesión del corredor vial interoceánico IIRSA Norte se incluyó adicionalmente como criterio de adjudicación el menor pago ofrecido por la realización de obras (PAO), sobre la base de la siguiente fórmula:

Donde: MOE: Monto de Oferta Económica; PAO: Pago

$$MOE = \sum_{m=1}^M \frac{PAO}{(1+i)^m} + \sum_{n=1}^N \frac{PAMO}{(1+i)^n}$$

Anual por Obras; PAMO: Pago Anual por Mantenimiento y Operación; i: Tasa de descuento definida en 10%; m: Periodo de pago para el PAO; n: Periodo de pago para el PAMO.

El objetivo central de este mecanismo es reducir el monto de cofinanciamiento requerido por el Estado, promoviendo competencia *ex ante* por el menor MOE. Cabe mencionar que, en este caso, aún cuando los pagos por obra y mantenimiento y operación, se determinan al inicio de la concesión, mediante un esquema competitivo, los riesgos de ingresos *ex post*, siguen siendo absorbidos por el Estado, en la medida que cualquier reducción en tarifas debe ser suplementada por financiamiento público.

En el caso de los proyectos IIRSA Sur tramos 2, 3 y 4 se excluyó del factor de competencia, el componente

derivado del PAO, dejando sólo el correspondiente al PAMO. En general, no se ha justificado el por qué de la exclusión del componente del costo de obras del factor de competencia. En principio sería deseable su inclusión a fin de reducir el costo de los recursos públicos destinados a dicha actividad.

Como principio general en todo esquema en el que el Estado participe parcialmente en el financiamiento de las actividades materia de la concesión, sería deseable que se utilicen criterios de asignación competitiva.

C. Las características del concesionario

En un contrato de concesión, la selección del concesionario debe procurar que sus características sean acordes con el objeto del contrato. En el caso de los contratos que incluyen simultáneamente actividades de construcción y operación resulta importante que la composición accionaria del concesionario refleje un equilibrio en la participación del constructor y del socio estratégico (operador). Ello debido a que pueden existir conflictos de interés entre las actividades de operación de la concesión y construcción. En efecto, como menciona Beato⁹ el nivel de experiencia de las primeras en obras públicas y financiamiento de corto plazo suele ser alto, sin embargo, éstas tienen experiencia limitada en la operación de infraestructuras y estructurar financiamientos de mediano y largo plazo. En segundo término, mientras los objetivos del accionista del Concesionario es reducir el costo de los insumos, los incentivos de la empresa constructora suelen ser elevar dicho costo. Cabe mencionar que estos últimos buscan recuperar los costos de la inversión mediante los pagos que reciba por construir, mientras que el accionista del concesionario busca recuperar su capital en función del flujo de caja, en un horizonte de tiempo más amplio.

En tal sentido, resulta recomendable que en el marco de contratos del tipo BOT, la participación de empresas constructoras sea limitada, a partir de umbrales establecidos en las bases del proceso de adjudicación. Asimismo, resulta importante que el propio contrato de concesión, establezca mecanismos a fin de garantizar que cualquier variación en la participación de los socios estratégicos dentro del Concesionario, deba contar con la evaluación y opinión previa del organismo Regulador.

D. El financiamiento de las obras

Los contratos de concesión viales que incorporan obras por lo general contemplan la etapa de construcción al

Gonzalo Ruiz Díaz
Christy García Godos

⁹ BEATO, Paulina. "Road Concessions: Lessons Learned from Experience of four Countries" Best Practice Study. Interamerican Development Bank. 1996.

inicio del proceso de concesión. En estos casos, cabe distinguir aquellas situaciones en las que ya existe una vía y en los que la labor de construcción consiste en ensanchar la misma o la construcción de desvíos, etcétera; de aquellos casos en los que se construye una nueva vía. En el caso de los primeros (como ha sido el caso de la Red Vial 5 ó 6), el concesionario puede iniciar paralelamente o antes de la etapa de construcción la explotación de la concesión. Ello puede complementar el financiamiento necesario para cubrir los costos de la obra. En el segundo caso, recién una vez entregada la obra, podrá comenzar la etapa de explotación. Es por ello que en estos casos, el concesionario requiere recurrir a mecanismos de financiamiento a fin de hacer frente al significativo volumen de egresos que se tendrá que afrontar al inicio de la concesión.

Como se mencionó anteriormente, los contratos de concesión tienen la característica de requerir volúmenes significativos de financiamiento, para cuya obtención el mercado no ofrece la posibilidad de constituir garantías. En este contexto, el propio proyecto y el contrato de concesión, pueden constituirse en una herramienta para obtener dicho financiamiento. En tal sentido, la inclusión en el marco del contrato de concesión, de la posibilidad de establecer como garantías los ingresos futuros del proyecto o el derecho de concesión, resulta de especial relevancia para efectos de que los Concesionarios puedan hacer “bancables” sus proyectos.

Los contratos de concesión bajo la administración de OSITRAN ya sea en las versiones originales de los Contratos como a través de Adendas, han incorporado tres tipos de mecanismo de garantías: hipotecas del derecho de concesión, hipotecas sobre ingresos futuros e hipotecas sobre acciones del concesionario.

Los contratos de concesión que contemplen este tipo de operaciones de financiamiento, deben considerar mecanismos que permitan al Regulador cautelar el uso diligente de las garantías arriba mencionadas. Los mecanismos más importantes son los siguientes:

- a. Acreedores Permitidos: dado que se está otorgando una garantía sobre los ingresos de la concesión o el mismo derecho de concesión, resulta importante determinar la “calidad” del acreedor, en tanto, éste será en caso de incumplimiento en el pago de la deuda, quien ejecutará las garantías. Una práctica habitual en los contratos de concesión suscritos en el Perú, ha sido considerar como acreedores

permitidos a bancos de primera categoría, según el listado que establece periódicamente el Banco Central de Reserva. Dentro de dicha lista, figuran por ejemplo, las entidades financieras multilaterales. En aquellos casos en los que la entidad financiera no figura en dicha lista, se le otorga al Regulador la facultad de determinar la calidad de acreedor permitido del solicitante.

- b. Contrato de Crédito: en algunos contratos se ha establecido como mecanismo adicional para cautelar el uso de las garantías arriba descritas, la opinión previa del Regulador sobre el contrato de crédito suscrito entre el Concesionario y el acreedor permitido. El Regulador, en estos casos, debe evaluar, entre otros aspectos, si la operación está destinada a cubrir exclusivamente inversiones que forman parte del proyecto.
- c. Contrato de Fideicomiso: en algunos contratos, se especifica que con la finalidad de garantizar el repago de la deuda debe constituirse un fideicomiso previa opinión del Regulador. En estos casos, al igual que en el caso anterior, el Regulador debe cautelar que los recursos que se depositan en el Fideicomiso sean exclusivamente aquellos que establece el contrato de concesión y no se incluyan bienes distintos para los que el contrato de concesión no contempla la figura de la garantía. Por ejemplo, los bienes mismos de la concesión.
- E. Mecanismos de financiamiento para concesiones de tipo no oneroso

En el caso de las concesiones viales de tipo no oneroso el Estado participa en el financiamiento de la inversión y el mantenimiento de la infraestructura.

Como se mencionó anteriormente, en el caso peruano, los montos de ingresos requeridos para las labores de mantenimiento y operación así como la realización de obras, han formado parte del factor de competencia¹⁰. En otros casos, se ha fijado el monto de ingresos requeridos para la realización de obras, y sólo los ingresos requeridos para mantenimiento como factor de competencia¹¹.

El ingreso requerido para el financiamiento del mantenimiento y operación se denomina Pago Anual por Mantenimiento y Operación (en adelante “PAMO”) e incluye los pagos por concepto de mantenimiento rutinario, mantenimiento periódico y, en algunos casos, mantenimiento de emergencia.

¹⁰ Este fue el caso del Contrato de IIRSA Norte.

¹¹ Este fue el caso de los tramos 2, 3 y 4 de los proyectos de IIRSA Sur.

Los ingresos requeridos para el financiamiento de las obras se denominan Pago Anual de Obra (en adelante "PAO").

El cofinanciamiento del Estado se calcula como la diferencia entre los ingresos por peajes obtenidos en el período menos el PAMO y PAO establecidos.

Cabe señalar que en el caso de este tipo de esquemas, el pago de los PAO, se inicia una vez entregadas las obras, por lo que corresponde al Concesionario la obtención del financiamiento para su realización. En este contexto, en el caso del Perú, se ha recurrido a fórmulas de financiamiento de corto y largo plazo. Para el corto plazo, se ha contemplado la constitución de Líneas de Crédito de Enlace (en adelante "LCE") que operan como una línea de crédito que se renueva indefinidamente, conforme se vaya repagando. Esta línea de crédito es garantizada por el Tesoro Público.

A fin de garantizar el financiamiento de las obras en el mediano plazo se ha contemplado un mecanismo de garantías, denominado Garantía de Crédito Parcial (en adelante "GCP") destinado a garantizar la obtención de financiamiento de mediano plazo en el mercado financiero. Este mecanismo ha sido diseñado para permitir, por ejemplo, la captación de financiamiento a través de la emisión de títulos, ya sea en el mercado financiero local o internacional.

El mecanismo de financiamiento opera según la siguiente secuencia:

1. Se utiliza la LCE para el inicio de las obras.
2. Se finaliza un primer hito de las obras y el Regulador emite un documento de certificación de avance

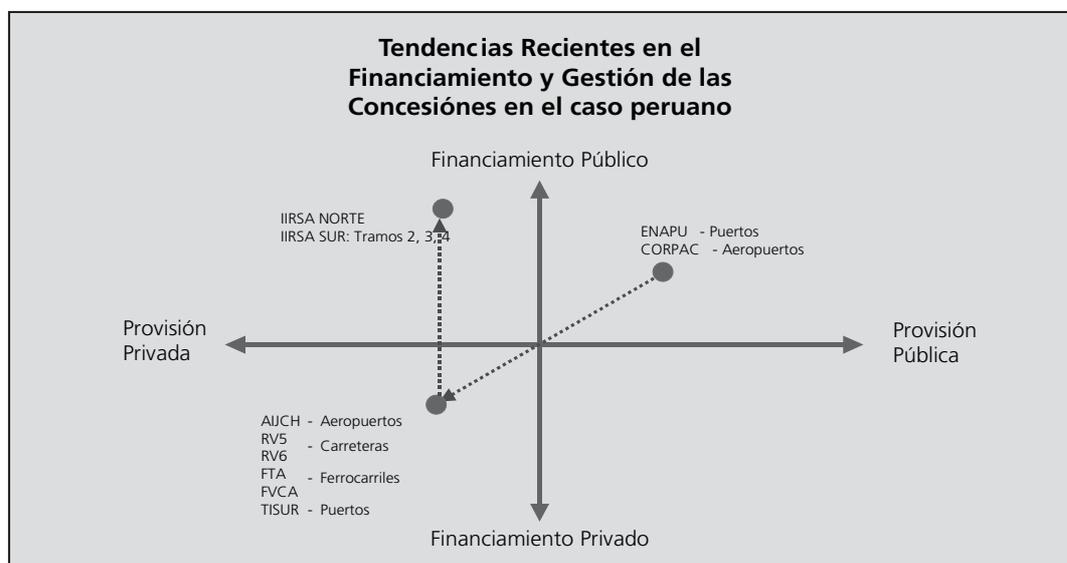
de las obras llamado Certificado de Avance de Obras (en adelante "CAO"). Este documento es emitido previa conformidad del Concedente con las obras realizadas.

3. El CAO acredita un reconocimiento por parte del Estado de la existencia de una obligación de pago asociada a la obra realizada. El pago de dichos documentos se materializa una vez culminada la etapa a la que corresponde la obra a través de pagos parciales denominados PAOCAO.
4. Dado que el CAO acredita la existencia de una obligación de pago por parte del Estado, éste (o un documento relacionado) se puede ofrecer en el mercado a un descuento a cambio del pago de una tasa de interés. En tal sentido, estos certificados pueden respaldar la emisión de títulos en el mercado.
5. Estos títulos son, a su vez, garantizados a través de la Garantía de Crédito Parcial (en adelante "GCP"), proporcionada por un banco multilateral.

De esta manera, en el marco del proceso la LCE puede "rotar sucesivamente" y conforme se avanza con las obras se van ofreciendo en el mercado títulos (respaldados en CAOs), los que van pasando a conformar el stock de deuda del Concesionario.

Este mecanismo resulta interesante en tanto el Estado, si bien coparticipa en el riesgo de la operación crediticia al garantizar el repago de la LCE, traslada al sector privado el riesgo asociado a la obtención del financiamiento para la realización de las obras.

Gráfico 1



Gonzalo Ruiz Díaz
Christy García Godos

F. Régimen tarifario

Los contratos de concesión viales, en el caso del Perú, tanto las tarifas como los mecanismos de reajuste suelen estar prefijados. Cabe mencionar que la tarifa utilizada para la determinación de los peajes (para cuya ubicación en el Perú, se ha establecido en aproximadamente una caseta de peaje cada 100 kilómetros) se ha mantenido en alrededor de 1,5 dólares americanos por eje (sin incluir IGV).

En principio, para un nivel dado de ingresos requeridos para financiar la construcción, mantenimiento y operación de la concesión; cuanto menor (mayor) sea la distancia entre las casetas de peaje, menor (mayor) el peaje necesario para garantizar la sostenibilidad del proyecto. En el caso del Perú, el monto del peaje se ha establecido en función a las tarifas que actualmente aplica Proviás contemplando un ligero incremento de las mismas, a partir de las recomendaciones del Estudio Tarifario publicado en noviembre de 2001, mediante Resolución Ministerial 555-2001-MTC/15.02¹².

Los mecanismos de reajuste en el caso de los peajes tienen el objetivo de mantener el valor de las tarifas en términos reales de manera que éstas permitan cubrir los aumentos en los costos asociados a la operación y mantenimiento de la carretera. En el caso peruano, por lo general, los reajustes se han establecido en función del Índice de Precios al Consumidor doméstico o una combinación lineal de éste y del Índice de Precios al Consumidor de Estados Unidos. La periodicidad del reajuste es anual.

Es importante tener en cuenta que, a diferencia del caso de servicios públicos, en el caso de la infraestructura vial, los ingresos por peajes son utilizados como parte del financiamiento de la operación durante un horizonte de tiempo relativamente largo. En tal sentido, los niveles tarifarios que se emplean al inicio de la concesión, pueden estar destinados a financiar infraestructura inexistente a la fecha, pero necesaria en el mediano plazo.

G. Modificación de ubicación y niveles de peajes

En algunos casos, los proyectos de contratos de concesión elaborados por PROINVERSIÓN han previsto la posibilidad de que el concedente unilateralmente pueda modificar los niveles de los peajes o el número de unidades de cobro. En el caso de la modificación de tarifas ello, además de constituir un elemento que

umentaría sustancialmente el riesgo regulatorio y político de la concesión, representa una clara vulneración de las competencias del Regulador en materia tarifaria. En efecto, toda revisión de las tarifas en el caso de las carreteras debe basarse en un análisis técnico e imparcial.

Respecto de la ubicación del número de unidades de cobro, en la práctica tiene una clara repercusión sobre los ingresos del concesionario y sobre el equilibrio económico e indirectamente implica el cobro de un mayor nivel de tarifa. En tal sentido dicha decisión, de contemplarse, debe adoptarse de manera imparcial y técnica, resguardando además el equilibrio económico en la relación concedente-concesionario y los intereses de los usuarios.

H. Equilibrio Económico Financiero

Como se señaló anteriormente, un contrato de concesión refleja los términos de una transacción entre concedente y concesionario, en la que como contrapartida de la distribución de los riesgos de las actividades contempladas en el mismo, ambas partes obtienen una expectativa de ingresos futuros. A la relación existente entre los costos y beneficios asumidos por las partes en el marco de un contrato de concesión se le denomina "equilibrio económico".

El equilibrio económico puede verse afectado por múltiples factores, algunos endógenos (controlables por las partes) y otros exógenos. En el caso de los primeros, el incumplimiento de una obligación por una de las partes, puede originar un costo no previsto a la otra. Este costo puede afectar los beneficios esperados como resultado de la transacción de dicha parte. Un ejemplo de ellos es que en el caso de las concesiones viales, de ello podría ser la aprobación por parte de una autoridad regional o local de una norma específica que pueda afectar la rentabilidad de la concesión.

En el caso de los factores exógenos, hechos como los denominados de "fuerza mayor" o "hechos de Dios" como terremotos, huracanes u otros fenómenos naturales, pueden alterar significativamente los términos de la relación contractual.

A fin de dar solución a eventos que puedan generar una alteración del equilibrio económico, los contratos de concesión viales han incorporado cláusulas específicas. En estas cláusulas resulta de especial importancia que se determinen parámetros objetivos

¹² Dicho estudio estimó el nivel de tarifas necesario para garantizar el mantenimiento y conservación de la Red Vial a Nivel Nacional, en manos de PROVIAS.

a partir de los cuales se “gatilla” el supuesto de ruptura del equilibrio económico. Una vez determinada la existencia de una ruptura del equilibrio económico, dependiendo del origen de dicha ruptura, los contratos pueden contemplar diversos tipos de soluciones, algunas de las cuales se revisan a continuación.

Algunos principios generales que deberían caracterizar la regla del contrato por la cual se rompe el equilibrio económico financiero son:

- Uso de indicadores objetivos para determinar cumplimiento del supuesto de ruptura del equilibrio económico.
- Uso de umbrales relativamente amplios a fin de reflejar situaciones que realmente impliquen una alteración de las condiciones en las que se realizó la transacción entre las partes.
- Uso de indicadores comprensivos que reflejen todas las variables que afectan la viabilidad de la concesión (costos, ingresos y tasa de descuento).
- Simplicidad. En lo posible evitar fórmulas excesivamente complejas que resten claridad u objetividad a los resultados.
- Verdad material. Los cálculos deben basarse, de preferencia, en información auditada.

1. ¿Cómo determinar la ruptura del equilibrio económico financiero?

a. Valor Presente Neto: desde una perspectiva teórica, el valor presente neto del proyecto al inicio de la concesión es la mejor medida de una posible alteración del equilibrio económico. El valor presente neto resume la expectativa generada al Concesionario al inicio de la Concesión, incluyendo los costos operativos, de mantenimiento, de inversión, distribuidos en el tiempo, así como el flujo de ingresos esperados.

Si bien desde una perspectiva conceptual el Valor Presente Neto constituye la mejor medida del equilibrio económico de la Concesión, una dificultad importante de ésta como indicador es la necesidad de contar con información de costos y de demanda actualizada. Asimismo, el valor de determinados componentes de la fórmula del valor presente neto como la tasa de descuento (costo del capital) puede estar sujeta a controversia. Frente a ello, a fin de determinar una posibilidad de ruptura del equilibrio económico en el caso de algunos contratos, se han utilizado medidas alternativas, como se verá a continuación.

- b. Tasa Interna de Retorno: El cálculo de la Tasa Interna de Retorno (en adelante “TIR”) enfrenta restricciones similares a las mencionadas en el caso del Valor Presente Neto, respecto de los requerimientos de información. Una dificultad adicional es la que en aquellos casos en los que los flujos descontados contengan tramos negativos, la TIR resultante puede no ser única (pueden existir distintas TIR) por la distribución de los flujos de caja. Este problema resulta importante en tanto la multiplicidad de resultados impide determinar con certeza cuál es la verdadera rentabilidad del proyecto.
- c. Variación en porcentaje de costos o ingresos: En algunos contratos de concesión viales se ha contemplado la posibilidad de que ante determinados eventos como la aprobación de una norma que afecte específicamente el proyecto y los costos o ingresos de la concesión en un porcentaje determinado respecto de períodos (años) inmediatamente anteriores se “gatillen” ajustes al contrato. El uso de este tipo de indicadores parciales a fin de determinar una alteración del equilibrio económico, si bien desde un punto de vista teórico puede considerarse incorrecta, a diferencia de las medidas mencionadas anteriormente, ofrecen la ventaja de ser fácilmente cuantificables.

Cabe mencionar, sin embargo, que este tipo de indicadores sólo se ha utilizado como un mecanismo que busca reducir el riesgo regulatorio de la concesión. En tal sentido, sólo se regula el caso en que se genere un perjuicio al Concesionario y no en el caso en que exista una variación a favor de éste último. De esta forma se puede considerar un mecanismo asimétrico de corrección frente a una eventual ruptura del equilibrio económico.

I. Mecanismos compensatorios

Algunos contratos de concesión establecen mecanismos de ajuste automático frente a situaciones que impliquen una alteración de alguna variable o componente del equilibrio económico financiero. Por ejemplo, en el caso en que los ingresos efectivamente recaudados por el concesionario estén por debajo de determinados umbrales, en algunos contratos se contempla la figura de la garantía tarifaria. Cabe mencionar que el mecanismo de garantía utilizado en el Perú, es asimétrico, en el sentido en que sólo se especifican compensaciones al concesionario en el caso en que sus ingresos estén por debajo de determinados umbrales más no a la inversa, es decir, compensaciones al Estado en caso se superen determinados umbrales de ingresos.

Debe mencionarse que este tipo de mecanismos de garantía si bien *ex post* constituye un mecanismo de compensación *ex ante*, una forma de asignar riesgos de ingresos entre concedente y concesionario.

Otros mecanismos de compensación establecidos en los contratos consisten en la compensación de variaciones en los plazos de vigencia de la concesión, modificaciones de las contribuciones del Estado en el caso de concesiones cofinanciadas, entre otros.

J. Riesgos de construcción y de obras

Los riesgos asociados a las etapas de construcción en el marco de contratos del tipo BOT, suelen estar vinculados con las características geológicas de los terrenos en que se realizan las obras, las características climáticas de la zona así como con la necesidad de cumplir con los requisitos mínimos de calidad, presupuesto y oportunidad previstos en el contrato. En el caso de concesionarios en los que no exista una clara separación entre el constructor y el operador, existe el peligro de que los riesgos asociados a la construcción sean transferidos a los accionistas quienes pueden verse obligados a responder con capital propio ante el surgimiento de contingencias. Ello pone de relieve nuevamente la necesidad de que exista una clara limitación a la participación del constructor dentro de la sociedad concesionaria.

Un mecanismo comúnmente utilizado por algunos concesionarios con la finalidad de transferir el riesgo de construcción a los proveedores y/o contratistas con alta reputación es la utilización de contratos "llave en mano" con incentivos por pronta terminación de la obra. Ello, si bien puede resultar un mecanismo eficiente desde la perspectiva del concesionario (reduciendo su exposición al riesgo), en aquellos casos en que el Regulador por mandato del contrato se encuentre obligado a verificar los costos de construcción, encierra la dificultad de que el uso de precios unitarios referenciales, no incluye (al menos totalmente) el costo asociado a los riesgos arriba mencionados. En tal sentido, el uso de este tipo de esquemas de transferencia de riesgo bajo determinados esquemas regulatorios puede dificultar la labor supervisora del Regulador.

K. Rol del Regulador y concedente: aspectos procedimentales

El marco institucional y contractual debe propender a simplificar la relación entre los distintos organismos del Estado y el concesionario. En tal sentido, los canales de comunicación entre concesionario, Regulador y concedente deben estar claramente establecidos.

Por lo general los contratos de concesión establecen procedimientos especiales para la entrega de documentación del Concesionario al Concedente. En aquellos casos en que dicha documentación requiera aprobación por parte del concedente y que tenga relación con obligaciones establecidas en el contrato, éste debe especificar que dicha aprobación debe contar con la opinión previa del Regulador (la cual tendrá naturaleza no vinculante). Cuando se trate de obligaciones que se encuentren fuera del ámbito de las facultades del Regulador, dichas comunicaciones y documentación deben remitirse igualmente al Regulador, quien canalizará la misma al concedente.

Estos mecanismos de comunicación deberían garantizar la existencia de una "ventanilla única" de atención para la documentación que remite el concesionario, evitando dobles trámites y comunicaciones que hagan más engorrosa e ineficiente la comunicación.

L. Silencio administrativo

El silencio administrativo positivo es un mecanismo legal reconocido por nuestro ordenamiento jurídico restringido a aquellos casos en los que efectos de la autorización ficta (el silencio positivo) no genere o no pueda generar efectos respecto de terceros tal como se establece en el inciso 3 del artículo 33 de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹³. Por su parte se reconoce expresamente que el silencio administrativo negativo es de aplicación a aquellos casos en los que no está involucrado el interés público y, en todo caso, se permite excluir de este tipo de silencio cuando sus

¹³ "Artículo 33.- Procedimiento de evaluación previa con silencio positivo.

Los procedimientos de evaluación previa están sujetos a silencio positivo, cuando se trate de algunos de los siguientes supuestos:

1. Solicitudes cuya estimación habilite para el ejercicio de derechos preexistentes, salvo que mediante ella se transfiera facultades de la administración pública o que habilite para realizar actividades que se agoten instantáneamente en su ejercicio.
2. Recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo.
3. Procedimientos en los cuales la trascendencia de la decisión final no pueda repercutir directamente en administrados distintos del petionario, mediante la limitación, perjuicio o afectación a sus intereses o derechos legítimos.
4. Todos los otros procedimientos a instancia de parte no sujetos al silencio negativo taxativo contemplado en el artículo siguiente, salvo los procedimientos de petición graciable y de consulta que se rigen por su regulación específica".

efectos recaigan sobre el interés del solicitante y sin exponer significativamente el interés general¹⁴.

Tratándose de procedimientos relacionados con diversos aspectos de la concesión, como es el caso de aprobación del Proyecto de Ingeniería Definitiva, de la autorización para la constitución de garantías, la aprobación de seguros, entre otros, las decisiones del concedente y/o del Regulador tienen una clara incidencia sobre el interés público derivada, además, del hecho de tratarse no solamente de bienes del Estado sino también de bienes de dominio y uso público. De esta forma, respecto de aspectos como los mencionados, no debe establecerse el silencio administrativo positivo para dichos procedimientos.

M. Potestad sancionadora del Regulador

Las sanciones administrativas derivan del incumplimiento de obligaciones legales y como tales representan el incumplimiento de obligaciones establecidas normativamente con carácter general. En contraste, las penalidades son indemnizaciones previamente pactadas y determinadas ante el incumplimiento de obligaciones contractualmente establecidas. En tal sentido, sanciones y penalidades se diferencian en origen, finalidad, ámbito, destino y procedimiento de imposición.

No debe dejarse de tener en cuenta que la sanción administrativa supone el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y constituye una consecuencia de la responsabilidad administrativa que se establece respecto de ciertos supuestos. De otra parte, la penalidad contractual, siendo una indemnización previamente pactada, constituye una manifestación de la responsabilidad civil que tiene como origen un acuerdo de voluntades.

En tal sentido, equiparar ambas figuras es identificar (y, por tanto, desnaturalizar a la vez) la responsabilidad administrativa y civil a la que puede estar sometido un particular. Sobre este punto, debe tenerse en cuenta que la Ley 27444 (Ley de Procedimiento Administrativo General) reconoce y admite en su artículo 232 la coexistencia de ambos tipos de responsabilidades. En virtud de lo anterior, los contratos de concesión deben distinguir claramente entre sanción administrativa y penalidad contractual.

N. ¿Arbitrajes y dirimencias entre Regulador y concesionario?

En algunos contratos de concesión recientemente aprobados, como los vinculados con los Proyectos IIRSA, se ha contemplado la posibilidad de que decisiones del Regulador vinculadas a la determinación de precios unitarios para efectos de reconocimientos de avances de obra, entre otros; puedan someterse a dirimencias, a cargo de un perito o árbitro. Estas disposiciones contravienen totalmente la naturaleza del marco institucional vigente, dentro del cual el organismo Regulador ejerce precisamente ese rol de ejecutor imparcial y neutral de las disposiciones que establece el Contrato. Dicho marco prevé que las decisiones del Regulador pueden ser revisadas o impugnadas a través de sucesivas instancias administrativas y, posteriormente, al Poder Judicial, a través de un proceso contencioso administrativo.

Cláusulas o procedimientos como el descrito, desnaturalizan y debilitan el marco institucional vigente, de ahí que deba evitarse su inclusión en futuros contratos de concesión.

V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

A pesar de que el ritmo que ha seguido el proceso de concesiones en el Perú ha sido considerablemente más lento que en el caso de otros países de la región, los resultados que se pueden exhibir son positivos. En el caso de las dos concesiones viales que ha venido administrando OSITRAN (Red Vial 5 y Arequipa Matarani), los niveles de servicio han mejorado significativamente en comparación con los niveles vigentes previamente. Asimismo, se han movilizado importantes inversiones hacia las infraestructuras concesionadas.

El presente documento tiene por objetivo abordar de manera analítica algunos aspectos relevantes relacionados con los contratos de concesión viales y, a su vez, pretende contribuir a perfeccionar el marco regulatorio en materia de concesiones viales. Los aspectos más importantes sobre los que ha incidido el documento son el factor de competencia a utilizarse, los riesgos involucrados en la concesión, las características del concesionario, el carácter oneroso y no oneroso de la concesión y sus implicancias, entre otros.

¹⁴ "Artículo 34.- Procedimientos de evaluación previa con silencio negativo.

34.1 Los procedimientos de evaluación previa están sujetos al silencio negativo cuando se trate de alguno de los siguientes supuestos:

34.1.1 Cuando la solicitud verse sobre asuntos de interés público, incidiendo en la salud, medio ambiente, recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación. (...)

34.2 Las autoridades quedan facultadas para calificar de modo distinto en su TUPA, los procedimientos comprendidos en los numerales 34.1.1. y 34.1.4, cuando aprecien que sus efectos reconozcan el interés del solicitante, sin exponer significativamente el interés general".

VI. REFERENCIAS

1. BEATO, Paulina. "Road Concessions: Lessons Learned from Experience of our countries". Best Practice Study. Interamerican Development Bank. 1996.
2. BULL, A. "Concesiones viales en América Latina: situación actual y perspectivas". Santiago de Chile: CEPAL. 2004.
3. DEMSETZ, Harold. "Why regulate utilities?". *Journal of Law and Economics* 11. 1968.
4. ESTACHE, A. y G. DE RUS. "Privatización y Regulación de infraestructuras de transporte". Banco Mundial. Alfaomega. 2000.
5. GUASCH, José Luis. "Granting and Renegotiating Infraestructura Concessions. WBI Development Studies". 2004.
6. KERF, M.; GRAY, D.; IRWIN, T.; LEVESQUE, C. y R, TAYLOR. "Concessions: A Guide to the Design and Implementation of Concession Arrangements for Infrastructure Services". Mimeo. The World Bank. 1997.
7. KLEIN, Michael. "Bidding for Concessions". Mimeo. 1997.
8. MACHO-STADLER, I. y D. PÉREZ-CASTILLO. "An introduction to the Economics of Information. Incentives et contracts". Oxford University Press. 1997.
9. MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES. "Estudio Problemática del Transporte y Cobro por Uso de la Infraestructura Vial (Peajes)" publicado mediante Resolución Ministerial 555-20101-MTC/15.02 de fecha 30 de noviembre de 2001. 2001.

LAS CLASES DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA EN EL PERÚ Y EL DISEÑO DE LA CONCESIÓN DEL MUELLE SUR EN EL TERMINAL PORTUARIO DEL CALLAO

Alejandro Manayalle C.*
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

El presente artículo analiza las clases de concesiones portuarias que pueden otorgarse en el Perú.

Asimismo, efectúa un análisis de la regulación actual y una interesante crítica a las condiciones que se imponen a los concesionarios de infraestructura portuaria. Al respecto, tomando como ejemplo el proceso de concesión del Terminal Portuario del Callao-Zona Sur, el autor nos manifiesta las críticas por las cuales considera que dicha concesión pudo ser mejor y expone sus propuestas para contar con un puerto eficiente que sea capaz de competir exitosamente a nivel internacional.

* Abogado de Rodrigo, Elías & Medrano. Adjunto de Docencia de los Cursos "Estado Regulador y Empresa" y "Derecho de la Competencia y Derechos Intelectuales" de la Maestría de Derecho de la Empresa con Mención en Regulación de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de "Derecho Civil (Contratos)" y "Análisis Económico del Derecho" de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Los comentarios vertidos en el presente artículo son de exclusiva responsabilidad del autor y no representan las opiniones de las instituciones mencionadas en el párrafo anterior.

INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, las concesiones de infraestructura de transporte de uso público más importantes de los últimos años son las relacionadas a instalaciones de desarrollo estratégico tales como las infraestructuras portuarias. Los puertos juegan un papel especial en el desarrollo de un país. Además de ser instalaciones necesarias para promover el comercio exterior y las exportaciones, están ubicados en zonas estratégicas relacionadas con la seguridad nacional y, usualmente, los sindicatos de trabajadores portuarios representan, en todo el mundo, gremios políticamente muy fuertes y bien organizados.

La conjunción de estos aspectos genera que las concesiones de infraestructura portuaria sean política y socialmente muy sensibles y que, en algunos casos, se deje de lado la eficiencia que debe primar en la concesión para ceder a presiones políticas o sociales que en nada benefician a la operación portuaria.

El Perú tiene una posición geográfica estratégica para convertir a sus puertos en un *hub* de distribución de toda la región. Representa la puerta de entrada a América del Sur por el Océano Pacífico. Sin embargo, la administración estatal de los puertos ha generado que estos operen ineficientemente y que las navieras prefieran desembarcar en terminales marítimos de otros países.

El Terminal Portuario del Callao (TPC) es, precisamente, un ejemplo de la ineficiencia en la operación portuaria. Un estudio reciente afirma que los sobrecostos de la operación estatal del Callao duplican el flujo total de las transacciones del puerto, implicando que por cada dólar facturado, en la práctica hay dos más de sobrecosto, los cuales son evitables¹.

La participación privada en la operación portuaria en el Callao, por tanto, es necesaria y urgente. Ésta se ha iniciado con la entrega en concesión de la nueva terminal de contenedores en la Zona Sur del Callao, cuya buena pro fue otorgada a la empresa DP WORLD CALLAO S.A., constituida por los integrantes del Consorcio Terminal Internacional de Contenedores del Callao (P&O Dover, Dubai Ports y Uniport), el día 19 de junio de 2006. El factor de competencia para el otorgamiento de la concesión fue la aplicación de una fórmula que incluyó la tarifa más baja a ser cobrada por los servicios que serán prestados a la nave y a la carga, conjuntamente con las inversiones adicionales a efectuarse en el Muelle Sur y en el TPC.

Si bien, en términos generales, el diseño de la concesión permitirá al concesionario obtener niveles de eficiencia en

la operación de la terminal de contenedores así como la implementación de tarifas baratas y atractivas para los usuarios, el plazo por el que legalmente se otorgó la concesión pudo ser mayor y, en consecuencia, también pudo mejorar el diseño del puerto y los niveles de eficiencia que se ejecutarán en el futuro.

Durante el concurso, los postores solicitaron que el plazo de la concesión sea superior al de 30 años propuesto por PROINVERSIÓN y la Autoridad Portuaria Nacional. Un plazo superior al de 30 años probablemente hubiera permitido a los postores ofrecer una inversión con montos mayores a los ofrecidos. También hubiera permitido a PROINVERSIÓN reducir el límite mínimo de la tarifa que podía ser ofrecida por los postores en el Concurso².

No obstante las solicitudes de los postores, durante el concurso, PROINVERSIÓN desestimó ampliar el plazo de la concesión señalando que las leyes vigentes no lo permitían. Una crónica económica publicada durante el concurso señaló que: "uno de los pedidos de los postores era aumentar el plazo de la concesión de 30 a 60 años. Al respecto, Proinversión señala que, en principio, conviene dar la concesión a 60 años; sin embargo, todos los informes legales que manejan indican que para ampliar el plazo se debería modificar la Ley de Puertos, lo que es inviable por el momento"³.

El presente artículo pretende demostrar que las normas vigentes sobre concesiones de infraestructura portuaria, en casos como el del Muelle Sur, sí permiten otorgar la concesión con plazos de 60 años y que no es necesario modificar el marco normativo para ello. Asimismo, el presente trabajo demuestra que una concesión de infraestructura portuaria otorgada con un plazo amplio permite la competitividad de las tarifas de las terminales y, por tanto, permite fomentar más rápidamente el desarrollo económico del comercio exterior.

El objetivo final del presente trabajo es evitar que en las futuras concesiones de infraestructura portuaria se cometa el mismo error y que éstas se otorguen en plazos mayores que permitan a los postores ofrecer tarifas más competitivas que las de otros puertos de la región e inversiones aún más importantes que las presentadas en el Muelle Sur para obtener, de esa manera, un mayor desarrollo de los puertos nacionales.

I. LA CONCESIÓN COMO TÉCNICA DE PARTICIPACIÓN PRIVADA EN OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA

¹ SGUT, Martín. "Facilitación del Transporte y del Comercio. Estudio de los costos y sobrecostos portuarios del puerto del Callao-Estrategia Conceptual para el Desarrollo de Concesiones de los Puertos Peruanos". Lima: USAID-PROYECTO CRECER. 2005. pp. 46-47.

² Cabe indicar que tres de los cuatro postores que presentaron ofertas ciñeron su tarifa al mínimo preestablecido.

³ MERINO, Marlene. "Operadores preocupados por promoción del Muelle Sur". En: La República. Martes 7 de marzo del 2006. p. 16.

1.1 La concesión es el acto de Derecho Público que confiere a una persona un derecho o un poder mediante la transmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio del Estado⁴.

La concesión de obra pública es aquella en la que el Estado habilita a un particular a ejercer un poder que le es privativo (operándose una “delegación trans-estructural de cometidos estatales”⁵): construir, mejorar o mantener (o conservar) una determinada infraestructura, exigiendo a los administrados el pago de una contraprestación por la explotación de la obra, la cual es de dominio público.

1.2 Nuestro marco legal vigente referido al régimen de concesiones señala que las obras públicas de infraestructura pueden entregarse en concesión para que los privados procedan a su ejecución y explotación.

La ejecución de la infraestructura puede involucrar, indistintamente, su construcción, reparación o ampliación. Por su parte, la explotación de la obra comprende su mantenimiento o conservación, la prestación del servicio que sobre ésta se brinda y el derecho a cobrar una tarifa⁶.

1.3 En este orden de ideas, la participación privada en concesiones de obras públicas de infraestructura puede otorgarse para el cumplimiento de diversos propósitos:

(i) En caso que el Estado plantee la creación de una nueva infraestructura de uso público o su recuperación o ampliación, éste otorgará la concesión para que el particular proceda a la ejecución de la infraestructura y, conjuntamente,

a su explotación mediante la prestación de determinados servicios.

(ii) En el caso de una infraestructura ya construida, el Estado podrá entregar en concesión solamente su explotación, la cual incluye el mantenimiento y conservación de la obra y, adicionalmente, la explotación del servicio. El otorgamiento de tal concesión se efectuará considerando que el mantenimiento y la operación de la infraestructura pueden ser desarrollados más eficientemente por la participación de los privados. Como es obvio, esta clase de concesiones involucra, también, un desembolso de inversiones por parte del particular, las cuales están destinadas al mantenimiento de la infraestructura y a desarrollar las mejoras necesarias para su funcionamiento y operación eficiente.

Al respecto, Gaspar Ariño⁷ afirma: “Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquél en cuya virtud la Administración Pública o entidad de Derecho Público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación de obras (...) que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra”.

1.4 Como es lógico, las concesiones que involucran la ejecución (construcción, rehabilitación o ampliación) y explotación de una infraestructura demandarán a los concesionarios un mayor requerimiento de

⁴ SAYAGUES LASO, Enrique. “Tratado de Derecho Administrativo”. Tomo I. Montevideo. 1963. p. 421.

⁵ Comentado por MERTEHIKIAN, Eduardo: “Análisis de Algunas de las Modificaciones Introducidas a la Ley de Concesión de Obra Pública (a propósito de la Ley de Reforma del Estado)”. En: “La Ley”. Tomo 1990-B. pp. 1131-1132.

⁶ El artículo 3 del Reglamento del Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos señala:

“Entiéndase por Concesión al acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la PROMCEPRI, por un plazo establecido.

Entiéndase por ejecución de la obra su construcción, reparación y/o ampliación.

La explotación de la obra o la explotación del servicio comprende:

a) La prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue entregada en concesión, de acuerdo a las condiciones de calidad establecidas en el Contrato;

b) el mantenimiento de la obra; y,

c) el pago de tarifas, precios, peajes u otros pagos pactados en el contrato de concesión que realizarán los usuarios como retribución por los servicios básicos y complementarios recibidos”.

⁷ ARIÑO, Gaspar. “Principios de Derecho Público Económico”. Lima: Ara Editores. 2004. p. 701.

En esa misma línea, José Fernando Vargas Fritz señala que la concesión de obra pública de infraestructura es: “Un contrato administrativo celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y un particular concesionario, en virtud del cual este último asume, **la ejecución, reparación o conservación de una obra pública fiscal**, a cambio del derecho a explotar dicha obra y a obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el Decreto Supremo de Adjudicación” (resaltado agregado). VARGAS FRITZ, José Fernando. “La concesión de obras públicas”. Concepción: Ediciones Jurídicas La Ley. 1997. pp. 117-188.

En la doctrina nacional, Jorge Danós señala: “Mediante la Concesión de Obras Públicas, la Administración transfiere a un particular (el Concesionario), **la ejecución, reparación o conservación de una obra**. Como contraprestación, el concesionario obtiene el derecho a la explotación de la obra pública y a obtener la tarifa o peaje pactados por el uso de la misma” (resaltado agregado). DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “Promoción de la inversión privada en materia de obras públicas de infraestructura y servicios públicos a través de las concesiones”. En: *Advocatus* 2. p. 60.

inversión y la asunción de mayores riesgos en la construcción. Asimismo, la construcción de la obra requerirá de conocimientos técnicos del concesionario referidos a las actividades propias de la construcción.

- 1.5 Las concesiones que involucran solamente la explotación (conservación, mantenimiento y prestación del servicio), por el contrario, no demandan de mayores compromisos de inversión toda vez que la obra ya está construida y basta su acondicionamiento o mantenimiento para iniciar la operación. Como es obvio, el Estado traslada al concesionario el deber de su mantenimiento y conservación, para lo cual, éste efectuará las inversiones necesarias que permitan preservar la infraestructura en óptimas condiciones para la prestación del servicio de interés económico general.

En una concesión que involucra solamente la explotación, el concesionario está obligado a efectuar mejoras necesarias dentro de la infraestructura con la finalidad de su conservación. Asimismo, el concesionario puede comprometerse a implementar mejoras útiles que servirán para generar una mayor eficiencia y competitividad en la normal operación de la infraestructura.

Las concesiones que involucran solamente la explotación de una obra son otorgadas cuando se trata de infraestructuras existentes. Esta clase de concesiones ha asumido un papel muy importante en la gestión indirecta de la operación de infraestructuras.

Al respecto, José Luis Villar Escurra⁸ señala: "Será igualmente necesario crear una figura genérica (la concesión de infraestructuras) que dé cabida, al menos, a dos modalidades diferentes. De un lado, a las concesiones para la construcción y explotación de infraestructuras y, de otro, a las concesiones para su conservación y mantenimiento... Y es que resulta absolutamente necesario tomar conciencia de que tan importante o más que la creación de nuevas infraestructuras es la conservación y adaptación de las existentes para lo cual parece que lo más adecuado consiste en externalizar esas tareas. De esta forma se llegaría a un modelo de gestión privada integral de las infraestructuras ya que, al contrato para su

construcción y explotación (durante un plazo suficiente para amortizar la inversión) le seguirán, sin solución de continuidad, otros para su conservación y mantenimiento".

- 1.6 Lo señalado por Villar Escurra es muy importante para establecer el régimen bajo el cual se otorgará una concesión. Inicialmente, se otorgará la concesión para la construcción y explotación de una obra. Esta concesión involucrará fuertes inversiones y programas de diseño detallados, mayor participación técnica y mayor control de autoridades competentes para supervisar las obras y la prestación de los servicios.

Una vez culminado el período por el cual se otorgó la concesión, el Estado estará interesado en preservar la infraestructura y en que los servicios de interés económico general sean prestados eficientemente. Para ello, buscará otorgar la concesión en aras de la conservación y el mantenimiento de la infraestructura, así como de la adaptación a las nuevas tecnologías o al incremento de la demanda, buscando la eficiencia en la prestación del servicio y otorgando una concesión solamente para la explotación de la infraestructura.

- 1.7 En este contexto, resulta lógico que el tratamiento de estas dos modalidades de concesión (una que involucra la construcción y explotación, y otra que involucra sólo la explotación) sea diferenciado, atendiendo a las características y necesidades propias de cada una de ellas.

En efecto, el concesionario que construye debe contar con mayores prerrogativas que el concesionario que únicamente explota porque la inversión demandada y los riesgos asumidos son mayores. El concesionario puede encontrar en la etapa de construcción diversos inconvenientes para continuarla como, por ejemplo, el hallazgo de restos arqueológicos o la generación de daños al medio ambiente. Como señalan Antonio Estache y Ginés de Rus "en la fase de construcción puede ocurrir que se produzcan cambios legales o retrasos en expropiaciones de terrenos que elevan los costes"⁹. Por el contrario, el concesionario que sólo se encarga de la explotación no verá perjudicada la operación de su negocio con este tipo de inconvenientes.

⁸ VILLAR ESCURRA, José Luis. "Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos". En: "Nuevo Derecho de las Infraestructuras". Madrid: Ariño & Almuquera-Editorial Montecorvo-REDETI. 2001. p. 116.

⁹ ESTACHE, Antonio y Ginés DE RUS (editores). "Regulación de Servicios e Infraestructuras de Transporte: Conceptos Básicos". En: "Privatización y regulación de infraestructuras de transporte. Una guía para reguladores". Bogotá: Banco Mundial-Alfa Omega. 2003. p. 24.

Es por eso que el negocio que se implementa por primera vez en una infraestructura recién construida tiene mayores riesgos que aquel que desarrolla un concesionario que únicamente explota, conserva, mantiene y adapta la obra.

En ese sentido, las prerrogativas del concesionario en una concesión de construcción y explotación deben ser mayores a las de una concesión solamente de explotación porque, en el primer caso, los compromisos de inversión y el riesgo que se asumen son mucho mayores. En palabras de Fanelli Evans, “así como la seguridad se paga, el riesgo se cobra”¹⁰.

- 1.8 En el Perú, con ciertos matices, se han otorgado concesiones de obras de infraestructura de uso público bajo estas dos modalidades. Por ejemplo, en el otorgamiento de las concesiones de los Tramos Viales 2, 3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil, se encargó a los concesionarios la construcción de cada uno de los tramos mencionados, su mantenimiento y conservación, así como la explotación de la infraestructura mediante el cobro de una retribución denominada Pago Anual por Mantenimiento y Operación, la cual está conformada básicamente por el cobro de peajes. De otro lado, una concesión con actividades esenciales de explotación es aquella que fue otorgada para la operación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, en la cual se otorgó al concesionario el derecho de prestar los servicios aeroportuarios manifestados en operaciones principales y operaciones no principales (que son prestadas con terceros en un régimen de competencia) dentro de dicha infraestructura¹¹.

II. LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA

- 2.1 El artículo 3 de la Ley 27943 –Ley del Sistema Portuario Nacional¹² (LSPN)– establece en su inciso 8 que constituye un lineamiento esencial de la Política Portuaria Nacional el fomento de la participación del sector privado,

preferentemente, a través de la inversión en el desarrollo de la infraestructura y equipamiento portuario.

- 2.2 Consistentemente con lo señalado en el capítulo anterior, la LSPN regula dos sistemas distintos de participación de la inversión privada en infraestructura portuaria¹³:

- (i) La administración de infraestructuras portuarias, la cual incluye esencialmente la *explotación* de la obra (en conjunto con su conservación y mantenimiento). En adelante, en el presente artículo, denominaremos a estas concesiones como “concesiones de administración”.
- (ii) Las inversiones en infraestructuras portuarias, las cuales incluyen *el desarrollo, construcción, equipamiento y explotación* de una nueva infraestructura portuaria. En el presente artículo, denominaremos a estas concesiones como “concesiones de construcción y explotación”.

Como se detallará más adelante, el tratamiento a estas dos modalidades de inversión privada en infraestructura portuaria dentro de la LSPN es *distinto*, toda vez que, en la primera, solamente se otorga el derecho de explotar (administrar) una infraestructura existente, mientras que, en la segunda, existe la obligación del concesionario de construir una nueva infraestructura y el derecho a su posterior explotación.

La LSPN regula los aspectos propios de la *concesión de administración* en el artículo 10, mientras que aquellos relacionados con la *concesión de construcción y explotación* están regulados en el artículo 11¹⁴.

En los párrafos siguientes, se detallará los regímenes propios de cada una de estas modalidades de participación del sector privado en infraestructura portuaria, destacando sus principales diferencias.

¹⁰ FANELLI EVANS, Guillermo. “El riesgo de la Concesión de Obra Pública”. En: La Ley 1992-C. Sección Doctrina. p. 1087.

¹¹ En el caso del Aeropuerto Jorge Chávez, el concesionario también es el responsable de realizar las obras civiles propias de su conservación y mantenimiento, así como ciertas mejoras implementadas con la finalidad de mantener la eficiencia y competitividad en la operación de la infraestructura de acuerdo con la demanda aeroportuaria internacional.

¹² Publicada el 1 de marzo del 2003.

¹³ La cual puede producirse a través de concesiones o de cualquier otra modalidad de participación privada permitida, como, por ejemplo, asociación en participación, contratos de arrendamiento, contratos de riesgo compartido, contratos de gerencia, contratos societarios, entre otros.

¹⁴ En esta misma línea, el artículo 48 del Reglamento de la LSPN, aprobado por Decreto Supremo 003-2004-MTC del 4 de febrero del 2004, reconoce esta distinción al señalar que “la Autoridad Portuaria Nacional es la entidad competente para celebrar **los contratos señalados en los artículos 10° y 11° de la Ley en puertos y/o terminales portuarios de ámbito nacional**” (resaltado agregado).

2.3 Concesión de Administración de Infraestructura Portuaria

El artículo 10 de la LSPN regula el régimen de participación privada en las concesiones de administración de infraestructura portuaria. El artículo 10.2 señala: “las autoridades portuarias nacionales y regionales podrán otorgar temporalmente la administración de una infraestructura al sector privado”.

Los aspectos esenciales y diferenciados de dicho régimen son los siguientes:

2.3.1 Explotación de la Infraestructura: conforme al artículo 10.2 de la LSPN, la administración de una infraestructura portuaria permite al concesionario la explotación de la obra mediante la prestación de servicios portuarios. Los servicios portuarios (según la definición 19 de la Vigésima Sexta Disposición Transitoria y Final de la LSPN) son aquellos que se prestan en las zonas portuarias para atender: (i) a las naves; y, (ii) a la carga.

2.3.2 Prestación No Exclusiva de Servicios Portuarios: conforme al artículo 10.2 de la LSPN, los servicios portuarios brindados por el administrador portuario no serán de prestación exclusiva. Según dicha norma, la Autoridad Portuaria: “podrá otorgar temporalmente la administración de una infraestructura al sector privado (...) sin uso exclusivo de dicho bien para la prestación de servicios portuarios que se presten en libre competencia, por lo que la explotación económica de dichos bienes no puede impedir el acceso de los usuarios intermedios a la infraestructura portuaria que éstos requieran necesariamente para proveer sus servicios”.

Los servicios portuarios prestados por un administrador portuario pueden ser de dos clases: (i) servicios monopólicos por la naturaleza de la infraestructura; y, (ii) servicios en competencia.

En cuanto a los servicios monopólicos, el administrador portuario podrá prestar, en exclusiva, el servicio de uso de amarradero y servicios generales como energía y comunicaciones (para la nave) y el servicio de

uso de muelle y pesaje (para la carga)¹⁵.

Sin embargo, el administrador portuario no tendrá exclusividad y deberá competir en la prestación de los servicios de amarre y desamarre, servicios a las lanchas y agenciamiento, servicios de estiba y desestiba, de carga y descarga, de manipuleo y transferencia, entre otros¹⁶.

En este caso, serán aplicables los principios de neutralidad, libre competencia, no discriminación e igualdad ante la ley y libre elección, regulados en el artículo 14.3 de la LSPN. Asimismo, serán aplicables las disposiciones y principios de libre acceso contenidos en el Reglamento Marco de Acceso a las Infraestructuras de Transporte de Uso Público (REMA)¹⁷. Por ello, el administrador portuario deberá permitir el ingreso de Usuarios Intermedios para que presten, en competencia, los servicios portuarios a los Usuarios Finales (naves y dueños de la carga). Para tales efectos, el concesionario de la concesión de administración de la infraestructura deberá aprobar un Reglamento de Acceso propio para su concesión.

2.3.3 Plazo Máximo de 30 Años: una característica esencial de las concesiones de administración es el plazo máximo de 30 años. El artículo 10.3 de la LSPN señala: “La infraestructura portuaria podrá entregarse en administración al sector privado, en plazos no mayores de 30 años”.

Por su parte, el artículo 50 del Reglamento de la LSPN señala que, adicionalmente a los 30 años establecidos en el artículo citado, los contratos con los administradores portuarios pueden ser prorrogados por 30 años más.

Es muy importante notar que, los dos artículos citados se refieren y aplican textual y únicamente a las concesiones de administración.

2.4 Concesiones de Construcción y Explotación

De otro lado, el artículo 11 de la LSPN regula el régimen de participación privada en la inversión en construcción de nueva infraestructura portuaria. Para tales efectos, la LSPN señala que deberá otorgarse una

¹⁵ Ver página 25 del Plan Nacional de Desarrollo Portuario aprobado por Decreto Supremo 006-2005-MTC.

¹⁶ Ver página 25 del Plan Nacional de Desarrollo Portuario aprobado por Decreto Supremo 006-2005-MTC.

¹⁷ Aprobado por Resolución 14-2003-CD/OSITRAN del 25 de septiembre del 2003.

concesión de construcción y explotación. El artículo 11.3 de la LSPN establece que la Autoridad Portuaria Nacional y las Autoridades Portuarias Regionales: “celebran compromisos contractuales con el sector privado para la explotación de un área de desarrollo portuario o de un área dentro de una zona portuaria con la finalidad de que se desarrolle, construya y equipe por cuenta y riesgo del titular del contrato, una infraestructura portuaria nueva”¹⁸.

La necesidad de implementar una nueva infraestructura deberá estar recogida en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario (PNDP), aprobado por Decreto Supremo 006-2005-MTC.

A continuación, se describirán los principales aspectos y características de las concesiones de construcción y explotación de infraestructura portuaria.

2.4.1 Construcción de Nueva Infraestructura Portuaria: el artículo 11.1 señala que la nueva infraestructura portuaria debe estar contemplada en el PNDP. El mismo artículo establece que los contratos de concesión deben prever que las obras se ejecuten y que los programas de inversión en construcción se cumplan. Como es evidente, la diferencia con las concesiones de administración es que estas últimas no disponen la construcción de nueva infraestructura.

2.4.2 Explotación Exclusiva de la Infraestructura: el artículo 11.3 de la LSPN señala que, en esta clase de concesiones, el concesionario tiene el derecho a explotar la infraestructura. La explotación se refiere al derecho que tiene el concesionario a prestar los servicios portuarios. Es muy importante mencionar que, a diferencia de las concesiones de administración, las concesiones de construcción y explotación sí permiten la exclusividad en la prestación de la totalidad de servicios portuarios.

El artículo 11.3 de la LSPN establece textualmente que las Autoridades Portuarias: “celebran compromisos contractuales con el

sector privado para la explotación de un área de desarrollo portuario o de un área dentro de una zona portuaria con la finalidad de que se desarrolle, construya y equipe por cuenta y riesgo del titular del contrato, una infraestructura portuaria nueva, en cuyo caso se podrá aplicar la ejecución o prestación exclusiva de actividades y servicios portuarios”.

Es importante entender que esta prerrogativa excluye a los concesionarios de la aplicación de los principios de neutralidad, libre competencia, no discriminación y libre elección regulados en el artículo 14.3 de la LSPN. Asimismo, tampoco le son aplicables las disposiciones del REMA.

La razón de la distinción con el régimen de competencia establecido para las concesiones de administración es que la exclusividad en la prestación de todos los servicios portuarios (relacionados o no relacionados al monopolio natural que constituye la infraestructura) permitirá al concesionario recuperar más rápidamente y con mayor seguridad la inversión efectuada en la construcción de la infraestructura. La exclusividad constituye una especie de mecanismo de garantía de la recuperación de la inversión.

Los consultores del Banco Mundial, Lourdes Trujillo y Gustavo Nombela¹⁹ afirman:

“Exclusividad
(...) considérese el caso de una terminal de contenedores que se otorga en concesión a un operador privado, pero en la cual se admite la entrada de terceros operadores a mover carga general utilizando sus propias grúas. Aunque en principio la competencia en el segmento de carga general pueda significar una mejora para los usuarios, probablemente es preferible la existencia de un solo operador para todos los tipos de servicios en la terminal (contenedores y carga general), con el objetivo de evitar interferencias con las operaciones de contenedores.

(...) la empresa concesionaria debe recibir garantías de recuperación de la inversión que se realiza”.

¹⁸ En este mismo orden de ideas, el artículo 49 del Reglamento de la LSPN indica: “Artículo 49.- La inversión en infraestructura portuaria de titularidad pública conforme a los requerimientos que establezca el Plan Nacional de Desarrollo Portuario puede efectuarse de las siguientes maneras:

a. Administración de los bienes de dominio público portuario (...).
b. Desarrollo, construcción, equipamiento y explotación de nueva infraestructura portuaria en áreas de desarrollo portuario y en áreas dentro de una zona portuaria, referidas en el artículo 11.3 de la Ley”.

¹⁹ TRUJILLO, Lourdes y Gustavo NOMBELA. “Puertos”. En: “Privatización y regulación de infraestructuras de transporte. Una guía para reguladores”. Editores: Antonio Estache y Ginés de Rus. Bogotá: Banco Mundial - Alfa Omega. 2003. pp. 137-138.

La exclusividad en el servicio del titular de la concesión de construcción y explotación garantiza la recuperación de su inversión.

Posteriormente, una vez finalizada la concesión, se podrá implementar sobre la infraestructura un régimen de competencia, en la cual el futuro concesionario de una administración portuaria competirá con Usuarios Intermedios.

2.4.3 Plazo Máximo de 60 Años:

2.4.3.1 A diferencia de las concesiones de administración de infraestructura portuaria, el artículo 11 de la LSPN no establece un plazo máximo específico para las concesiones de construcción y explotación.

El artículo 11.1 señala simplemente que “en el caso de los compromisos suscritos con el sector privado la inversión comprometida se establece, conjuntamente con sus plazos, proporcionalidades y modalidades en el respectivo contrato”.

2.4.3.2 Es evidente que el plazo máximo de 30 años señalado en artículo 10.3 anteriormente citado no es aplicable a las concesiones de construcción y explotación, puesto que éste se prevé textual y únicamente para las concesiones de administración.

No puede aplicarse por analogía el plazo máximo de 30 años previsto para las concesiones de administración a las concesiones de construcción y explotación. En efecto, no se verifica de ninguna manera la presencia del argumento *a pari* (a igual razón, igual derecho) en ambas clases de concesiones. No atiende a la misma razón –y por lo tanto, no habrá el mismo derecho– el hecho que un concesionario “construya y explote” y que el otro únicamente “explote” determinada infraestructura portuaria. Las obligaciones de construcción de nuevas infraestructuras determinan una diferencia sustancial en ambas clases de concesiones porque involucran inversión y riesgos adicionales²⁰.

2.4.3.3 Dado que la LSPN no prevé un plazo máximo para las concesiones de construcción y explotación, se debe considerar que es aplicable el plazo máximo previsto para las concesiones de obras públicas de infraestructura, establecido en el Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, aprobado por Decreto Supremo 059-96-PCM (TUO).

El artículo 16 del TUO establece que las concesiones se otorgarán por el plazo de vigencia que se indique en el contrato de concesión, el que en ningún caso excederá de 60 años. El plazo máximo de 60 años previsto en el TUO está regulado para concesiones que también comprenden la construcción y explotación de una infraestructura²¹.

Por ello, la aplicación analógica del plazo máximo de 60 años en este caso es perfectamente viable, porque existe igual razón y, por tanto, igual derecho en las responsabilidades y obligaciones asignadas al concesionario por el TUO y por el artículo 11 de la LSPN, las cuales incluyen la construcción y explotación.

2.4.3.4 Cabe indicar que, en caso que una concesión sea otorgada bajo los alcances del TUO, las normas del TUO adquieren rango de especialidad y su aplicación prima sobre aquellas normas que regulan las concesiones sectoriales de rango general.

Así, por ejemplo, las concesiones eléctricas que han sido otorgadas bajo los alcances del TUO no respetaron el plazo (que obligatoriamente debe ser indefinido) establecido en la Ley de Concesiones Eléctricas²² (LCE), cuyo artículo 22 señala que “la concesión se otorgará por plazo indefinido”. Más bien, el plazo fijado en estas concesiones eléctricas que fueron otorgadas bajo los alcances del TUO se encontraba dentro del margen de 60 años permitido en el TUO.

²⁰ Por ejemplo, Trujillo y Nombela señalan que “en la fase de construcción debe tenerse en cuenta también que el concesionario cuide los aspectos medioambientales negativos que se generen (por ejemplo, vertido de materiales de dragado, impacto sobre terrenos adyacentes, etc.)”. TRUJILLO, Lourdes y Gustavo NOMBELA. Op. Cit. p. 144.

²¹ Ver artículo 3 del Reglamento del TUO.

²² Aprobada por Decreto Ley 25844 del 4 de diciembre del 2002.

Un caso concreto que confirma la preferencia de la aplicación de los plazos del TUO sobre el plazo regulado por la LCE es la Concesión del Reforzamiento de los Sistemas Eléctricos de Transmisión Sur. El Contrato BOOT de dicha concesión, firmado en 1999, estableció en su cláusula cuarta que su plazo sería de 32 años²³. El Contrato de Concesión Eléctrica –es decir, el contrato sectorial firmado bajo los alcances de la LCE por el cual el concesionario obtuvo los derechos eléctricos necesarios para operar la infraestructura obtenida por el Contrato BOOT–, firmado en 2002, no aplicó el plazo indefinido de la LCE sino que señaló en su cláusula tercera que el plazo de la concesión eléctrica era de 30 años²⁴, es decir, un tiempo consistente con el plazo de concesión otorgado en el Contrato BOOT. Debido a que esta concesión fue otorgada bajo los alcances del TUO, las disposiciones sectoriales eléctricas respetaron el carácter de especialidad del TUO y no dispusieron que la concesión sea indefinida sino que más bien regularon el plazo en función del máximo permitido por el TUO, por ser una norma de carácter especial.

En este contexto, cabe indicar que se debe respetar el criterio de la aplicación de la norma especial para el caso de las concesiones de construcción y explotación de infraestructura portuaria. Si la concesión se entrega bajo el procedimiento del TUO, entonces es obligatorio respetar el plazo máximo allí establecido. La aplicación del TUO como norma especial es aún más necesaria si consideramos que, a diferencia de la LCE, la LSPN no regula un plazo específico para las concesiones de construcción y explotación.

2.4.3.5 De otro lado, es importante notar que es lógico que las concesiones de construcción y explotación cuenten con un plazo máximo superior al de las concesiones de administración de infraestructura portuaria. En efecto, al igual que la prerrogativa concedida para la explotación exclusiva, los concesionarios de construcción y explotación necesitan de un plazo mayor para recuperar sus inversiones.

No es razonable que se otorgue una concesión por igual plazo a un concesionario que “construye y explota” la infraestructura y a otro concesionario que solamente la “explota” porque el primero requiere de un término mayor para recuperar su inversión y para mitigar los mayores riesgos asumidos.

Al respecto, Lourdes Trujillo y Gustavo Nombela²⁵ señalan: “en el caso de aquellas concesiones asociadas con fuertes inversiones para la remodelación de puertos existentes o la construcción de nuevas infraestructuras, la adjudicación de contratos debe realizarse condicionada a la presentación por parte de las empresas de planes de realización de la inversión (con plazos de ejecución y detalle de los proyectos a realizar). Normalmente, este tipo de concesiones sujetas a inversión deberá realizarse a plazos más largos, de forma que se garantice a las empresas privadas el tiempo suficiente para garantizar la recuperación de la inversión”. En la misma línea, Antonio Estache y Ginés de Rus²⁶ mencionan: “Las infraestructuras portuarias o las autopistas exigen duraciones más largas, ya que de otra manera sería muy difícil recuperar la inversión”.

2.4.3.6 En este orden de ideas, si el plazo máximo que se otorgara fuera el mismo para cada una de las dos modalidades de concesión (30 años), llegaríamos al absurdo que el titular de la concesión de administración cuente con un plazo mayor que el titular de una concesión de construcción y explotación para recuperar sus inversiones puesto que no descuenta de dicho plazo de 30 años el tiempo de construcción de la infraestructura.

Como se ha señalado, es absurdo aplicar un plazo máximo de 30 años a las concesiones de construcción y explotación puesto que si la etapa de construcción demoró tres años, el plazo para recuperar la inversión será sólo de 27 años. En las concesiones de administración, el concesionario sí contará íntegramente con el plazo de 30 años para explotar la concesión porque su contrato no prevé una etapa previa de construcción. Es

²³ “Cláusula 4. Salvo que se produzca la Caducidad de la Concesión antes del plazo estipulado en esta Cláusula, el plazo por el que se otorga la Concesión (‘el Plazo del Contrato BOOT’) es de treinta y dos (32) años a partir de la Fecha de Cierre”.

²⁴ “Cláusula Tercera: Salvo que se produzca la Caducidad de la Concesión antes del vencimiento del plazo estipulado en esta Cláusula, el plazo por el que se otorga la Concesión es de treinta (30) años”.

²⁵ TRUJILLO, Lourdes y Gustavo NOMBELA. Op. Cit. pp. 139-140.

²⁶ ESTACHE, Antonio y Ginés DE RUS. Op. Cit. p. 16.

decir, sin ninguna lógica se disminuirían los derechos y prerrogativas que debe otorgar una concesión de construcción y explotación, incluso por debajo de los derechos que otorga una concesión de administración.

- 2.4.3.7 De otro lado, cabe indicar que un plazo de 60 años permite al concesionario de construcción y explotación fijar una tarifa más competitiva en el mercado, así como proponer mayores montos de inversión. Si el plazo fuera el mismo para ambas concesiones, las tarifas de la nueva infraestructura serían considerablemente superiores a las tarifas cobradas por un concesionario de administración, puesto que las primeras deben reflejar la recuperación de una inversión en construcción, mientras que las segundas no. Si el objetivo que se persigue es la construcción de un nuevo puerto que preste sus servicios con tarifas competitivas, es obvio que el plazo debe ser superior al de una concesión de administración (en donde no se construye).

Al respecto, se ha señalado que “la fijación del plazo de la concesión es importante, puesto que la mayoría de los inversionistas privados son de la idea de que mientras más largo sea el plazo, más bajo puede ser el precio global del proyecto”²⁷. En este contexto, mientras menor sea el costo total del proyecto, las tarifas serán también menores y, por lo tanto, la infraestructura portuaria será más competitiva.

- 2.2.3.8 Adicionalmente, un plazo mayor de la concesión permitirá al inversionista efectuar cabalmente todas las inversiones comprometidas dentro de la infraestructura, generando la eficiencia que se requiere en la prestación del servicio. Trujillo y Nombela²⁸ señalan: “la teoría sobre regulación económica nos indica que cuanto mayor el período de concesión, mejores serán los incentivos para la empresa concesionaria para realizar las inversiones necesarias para la explotación portuaria”.
- 2.2.3.9 Por lo señalado, es claro que el plazo máximo aplicable a las concesiones reguladas en el artículo 11 de la LSPN que involucran la

construcción y explotación de nueva infraestructura considerada en el PNDP es de 60 años.

- 2.2.3.10 Sin perjuicio de ello, una interpretación conservadora de la LSPN establecería que el plazo de duración de la etapa de construcción no estaría comprendido dentro del plazo máximo de 30 años establecido para la administración o explotación de la infraestructura. En efecto, si el plazo máximo de 30 años es fijado para la administración o explotación de una infraestructura, no estaría incluido dentro de éste el tiempo que demanda la construcción de la obra. Así, si en una determinada infraestructura la etapa de construcción dura 5 años, entonces el plazo máximo que puede concederse es de 35 años (resultado de la suma 5 años de construcción más 30 años de administración o explotación).

III. LA CONCESIÓN DEL MUELLE SUR SE ENCUENTRA BAJO LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 11 DE LA LSPN

- 3.1 Como se ha señalado, el artículo 11.1 de la LSPN y el artículo 49 inciso b) de su Reglamento, establecen que el PNDP dispondrá la construcción de nueva infraestructura portuaria dentro de una zona portuaria.

Una zona portuaria es definida por el numeral 28 de la Vigésimo Sexta Disposición Transitoria y Final de la LSPN como el “área del territorio nacional que comprende los límites físicos de las áreas de terreno asignadas a los puertos incluyendo las áreas delimitadas por los perímetros físicos en tierra, los rompeolas, defensas, canales de acceso y las estaciones de prácticos”. De acuerdo a esta definición, el TPC califica como una zona portuaria. Por lo tanto, el PNDP puede establecer y disponer la necesidad de construir nuevas infraestructuras portuarias dentro del TPC.

- 3.2 El PNDP estableció la necesidad de la construcción de una nueva infraestructura portuaria dentro del Callao. La intención de construir y explotar esta nueva infraestructura

²⁷ AGUSTI, Filiberto (Steptoe & Johnson. LLP). “Estructuración de las transacciones de concesión BOO y BOT”. Documento inédito. En: Materiales de Enseñanza del Curso *Project Finance* de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Washington D.C. p. 7.

²⁸ TRUJILLO, Lourdes y Gustavo NOMBELA. Op. Cit. p. 139.

portuaria atendió a hacer más eficiente la carga y descarga de contenedores, ubicándola estratégicamente en la zona sur del TPC²⁹.

- 3.3 La construcción de una nueva terminal de contenedores, como es evidente, debe estar regulada íntegramente por los principios y disposiciones recogidos en el artículo 11 de la LSPN.

Es decir, la concesión de la nueva terminal de contenedores debe ser otorgada en los siguientes términos:

- (i) Exclusividad de la prestación de los servicios portuarios al concesionario; y,
- (ii) Plazo máximo de 60 años de concesión.

- 3.4 Los documentos integrantes del pliego licitatorio y del propio Contrato de Concesión del Muelle Sur señalan y disponen determinados aspectos básicos que enmarcan a la concesión del Muelle Sur dentro del artículo 11 de la LSPN.

Si bien es cierto que la concesión del Muelle Sur reconoce el derecho del concesionario a prestar todos los servicios portuarios en exclusividad –y no establece un régimen de competencia aplicable a las concesiones de administración–, consideramos que debió otorgarse un plazo máximo de 60 años para la vigencia de la concesión.

- 3.5 Sobre lo señalado, a continuación describimos los elementos esenciales de la concesión del Muelle Sur y, en algunos casos, exponemos determinadas sugerencias para incluir modificaciones legalmente permitidas:

- 3.5.1 Construcción de una Nueva Infraestructura

La Cláusula 2.4 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el TPC-Zona Sur (“Contrato”) establece que su objeto es: “el diseño, Construcción, financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores-Zona Sur”.

A su vez, la Cláusula 2.6 del Contrato establece que las principales actividades o

prestaciones de la Concesión, que constituyen los derechos y obligaciones materia del Contrato, son las siguientes:

- a) La entrega y reversión de los Bienes del Concedente.
- b) La Construcción del Nuevo Terminal de Contenedores.
- c) La Ejecución de las Obras Complementarias Comunes al TPC.
- d) La Conservación del Nuevo Terminal de Contenedores.
- e) La Explotación de la Concesión.

Por lo tanto, la concesión de la Terminal Sur involucra inversiones en desarrollo, construcción, mantenimiento y explotación de una infraestructura portuaria. Es netamente una concesión de construcción y explotación.

- 3.5.2 Exclusividad en la Prestación de los Servicios Portuarios

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.3 de la LSPN, la concesión del Muelle Sur otorga al concesionario la prerrogativa y el derecho a prestar todos los servicios portuarios en un régimen de exclusividad³⁰. Los servicios que serán prestados en exclusiva por el concesionario de la Terminal Sur comprenden no solamente los servicios relacionados con el monopolio natural de la infraestructura (como, por ejemplo, el uso de amarradero o el uso de muelle), sino también aquellos que podrían –en una concesión de administración– prestarse en condiciones de competencia, como, por ejemplo, la descarga y/o embarque, carga o descarga del contenedor y cualquier otro servicio que sea prestado en la Terminal Sur³¹.

- 3.5.3 Plazo

- 3.5.3.1 Sin considerar que el plazo máximo de la concesión del Muelle Sur (por ser una concesión de construcción y explotación) puede ser hasta de 60 años, el Contrato ha fijado un plazo de 30 años contados desde su firma.

Dado que la LSPN permite fijar un plazo máximo de 60 años, hubiera sido deseable

²⁹ Ver los numerales 5.3.1.4 y 5.3.2.1 del PNDP.

³⁰ Ver cláusulas 1.20.24, 1.20.38, 1.20.48, 1.20.67, 2.5, 5.4 del Contrato.

³¹ Ver cláusulas 8.12 y 8.13 del Contrato.

modificar la Cláusula 4.1 del Contrato con la finalidad de que se amplíe el plazo establecido.

3.5.3.2 En efecto, según el Plan de Promoción de la Inversión Privada del TPC, los objetivos del otorgamiento de la concesión son:

- (i) Incrementar la competitividad y eficiencia del Terminal TPC y, por ende, del país;
- (ii) Reducir los costos y sobrecostos portuarios; y,
- (iii) Mejorar la calidad de los servicios prestados y optimizar la cadena logística.

En la misma línea, la LSPN señala en su artículo 1 que “tiene por finalidad promover el desarrollo y la competitividad de los puertos, así como facilitar el transporte multimodal, la modernización de las infraestructuras portuarias y el desarrollo de las cadenas logísticas en las que participan los puertos”.

3.5.3.3 La competitividad del TPC se obtendrá principalmente con el cobro de tarifas eficientes (lo cual incluye el monto de la tarifa y la calidad del servicio que está relacionada con la inversión efectuada en el Muelle Sur y en el TPC) que permitan a los usuarios preferir los servicios del TPC a los servicios prestados por otros puertos ubicados en la región.

3.5.3.4 Uno de los componentes del factor de competencia para la obtención de la concesión fue la tarifa que el Concesionario ofreció en el Concurso. A menor tarifa ofrecida, mayor era el puntaje otorgado a los postores en el Concurso. Asimismo, otro elemento del factor de competencia fue la Inversión Complementaria Adicional (ICA) ofrecida por el Concesionario. Un plazo de concesión de 60 años posiblemente hubiera mejorado la ICA para cumplir, con mayor eficiencia aún, los objetivos de competitividad, reducción de costos e incremento de calidad en el TPC.

3.5.3.5 Se debe recordar, respecto de las terminales de contenedores de Chile, que “las principales terminales de contenedores del

país, localizadas en los puertos de Valparaíso, San Antonio y San Vicente, se otorgaron en concesión al sector privado en agosto de 1999, por períodos de 20 y 30 años”³².

Los operadores de estas terminales obtuvieron la concesión en agosto de 1999 y empezaron a explotar la infraestructura en enero de 2000. Como es evidente, estas terminales ya estaban construidas al momento de su concesión por lo que los concesionarios no cargan a la tarifa el valor de la construcción destinado a la recuperación de su inversión en construcción. En efecto, estas tarifas están fijadas en función a una recuperación de inversión que no tiene las magnitudes de la inversión que será realizada en el Muelle Sur.

3.5.3.6 Un Estudio encargado por PROYECTO CRECER – USAID (que formó parte de la información de la que el Estado dispuso para diseñar la Concesión), señaló que “es posible obtener la inversión de riesgo en infraestructura si se dan las siguientes condiciones: Transparencia, Plazo aceptable, bajo canon, contrato entendible y simple”³³.

El plazo de 60 años es un plazo aceptable que hubiera permitido en la concesión del Muelle Sur –y que permitirá en futuras concesiones de nueva infraestructura portuaria– que PROINVERSIÓN estableciera índices tarifarios menores al límite mínimo permitido para lograr tarifas más competitivas y establecer mejores mecanismos que permitan reducir los costos y sobrecostos existentes en los puertos nacionales respecto a la operación de carga y transporte de contenedores.

3.5.3.7 Cabe señalar que, en el Perú, se han otorgado contratos de concesión de infraestructura portuaria por un plazo permisible de 60 años, antes de la vigencia de la LSPN. Por ejemplo, el Contrato de Concesión para la Explotación del Terminal Portuario de Matarani³⁴ estableció un plazo de 30 años, renovable por 30 años más, sin que su vigencia total pueda exceder los 60

³² TRUJILLO, Lourdes y Gustavo NOMBELA. Op. Cit. p. 150.

³³ SGUT, Martín. Op. Cit. p. 3. Cabe indicar que este Estudio forma parte del pliego licitatorio del concurso conforme consta en el Apéndice 1 del Anexo 8 de las Bases.

³⁴ La concesión del puerto de Matarani fue otorgada en 1999, es decir, antes de la vigencia de la LSPN.

años³⁵. Si bien esta concesión involucraba labores de construcción de mejoras propias de una operación eficiente, las obligaciones asumidas por el concesionario se refieren básicamente a una concesión de administración (se debe recordar que el Puerto de Matarani ya estaba construido al momento de su concesión).

El plazo concedido al concesionario le permite competir agresivamente con otros puertos de la región especializados en granos como Arica y Antofagasta. Cabe recordar, también, que el concesionario del Puerto de Matarani inició la explotación portuaria al momento de la fecha de cierre de su contrato de concesión³⁶, con lo que no descontó ningún período por etapa de construcción de la infraestructura.

3.5.3.8 A diferencia de ello, el plazo de 30 años fijado para la concesión del Muelle Sur otorgará al concesionario solamente un período de 27 años efectivos para explotar la concesión, toda vez que la etapa de construcción durará tres años³⁷.

3.5.3.9 Sin perjuicio de lo hasta aquí señalado, si aplicáramos la interpretación conservadora a la que nos hemos referido anteriormente, podría entenderse que el plazo de 30 años únicamente se aplica como máximo a la explotación o administración de la infraestructura y que la etapa de construcción no está incluida dentro de éste.

Por ello, una interpretación conservadora, al menos, hubiera sugerido a PROINVERSIÓN ampliar el plazo máximo de la concesión a 33 años (en vista que la etapa de construcción está prevista para un período de 3 años).

V. CONCLUSIONES

- La LSPN establece dos modalidades distintas de participación privada en infraestructura portuaria: (i) administración de infraestructura portuaria; y, (ii) desarrollo, construcción, equipamiento y explotación de infraestructura portuaria.

- La administración involucra la conservación y el mantenimiento de la infraestructura portuaria ya construida, así como la explotación de los servicios portuarios y la inversión en instalaciones que permitan su operación eficiente. El desarrollo, construcción, equipamiento y explotación de infraestructura portuaria comprende las labores propias de construcción de una nueva infraestructura o de rehabilitación o ampliación, así como las labores de conservación y mantenimiento y su posterior explotación. En la medida que el desarrollo, construcción, equipamiento y explotación involucran un mayor grado de inversión y de asunción de riesgos por parte del inversionista privado (dado que hay que construir una nueva infraestructura), la LSPN establece un régimen diferenciado para ambas modalidades.

- En el caso de la administración de infraestructura portuaria, la prestación de servicios portuarios debe hacerse en condiciones de competencia. La LSPN señala que respecto de esta modalidad la infraestructura portuaria en "administración" no podrá entregarse al sector privado por plazos superiores a los 30 años.

- En cambio, para el caso del desarrollo, construcción, equipamiento y explotación de una infraestructura portuaria, la LSPN permite al inversionista privado prestar servicios portuarios en un régimen de exclusividad (y no de competencia). La LSPN no establece un plazo máximo para este tipo de inversiones por lo que, en caso la inversión se manifieste a través de una concesión, deberá aplicarse el plazo máximo legal de 60 años establecido por las normas especiales de concesiones.

- El Muelle Sur involucra participación privada para el desarrollo, construcción, equipamiento y explotación de una infraestructura portuaria. Por lo tanto, le es aplicable el régimen establecido para esta modalidad. En ese sentido, el inversionista tendrá derecho a prestar en exclusiva los servicios portuarios y PROINVERSIÓN debió otorgarle un plazo contractual de 60 años.

³⁵ Cláusula 3 del Contrato de Concesión del Puerto de Matarani.

³⁶ Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión del Puerto de Matarani.

³⁷ Cláusula 6.15 del Contrato de Concesión del Puerto de Matarani.

LA CONSIDERACIÓN INTERNACIONAL DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS EN LOS ÚLTIMOS AÑOS: EVOLUCIÓN Y ASIGNATURAS PENDIENTES

Soledad Torrecuadrada García-Lozano*

Vivimos en un mundo que, para muchos, sufre de un incremento poblacional, ya no aritmético sino geométrico y por tanto desproporcionado. Sin embargo, de forma inversa se manifiesta ante nosotros una realidad que trae consigo la reducción y posterior desaparición de muchos pueblos indígenas.

Ante este fenómeno con raíces históricas, muchos organismos internacionales han respondido desde mediados del siglo XX en busca de soluciones eficientes con el fin de proteger y reivindicar los derechos de una población indígena mundial de más de 300 millones de habitantes.

De esta manera, en el presente artículo, la autora reflexiona acerca del proceso que trajo consigo la celebración de dos Decenios Internacionales de las Poblaciones Indígenas, así como los logros y fracasos que dicho proceso trajo consigo. Además, realiza un análisis de las consecuencias culturales, económicas, políticas y jurídicas de estos importantes sucesos.

Consideramos que este artículo es de particular importancia en un país como el Perú, en el que gran parte de la población es indígena y sufre muchos de los problemas que se relatan en este trabajo, brindándose soluciones que, eventualmente, podrán ser aplicadas en nuestro contexto.

* La autora es Profesora Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Autónoma de Madrid.

I. INTRODUCCIÓN

El 20 de diciembre de 2004 la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante AGNU) adoptó la resolución 59/174 en la que se proclamaba el Segundo Decenio Internacional de las poblaciones indígenas, que estrenamos el pasado 1 de enero de 2005. Lejos de afanes rupturistas, esta resolución reitera (reproduciendo) algunos de los contenidos de su predecesora, la resolución 48/163, de 18 de febrero de 1994, que declaraba el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo.

La comparación del texto de ambas resoluciones nos conduce (debido a sus semejanzas) a pensar que los objetivos marcados para estos diez años no se han alcanzado, y es cierto. Pese a ello, el Decenio concluido no puede calificarse de fracaso, ya que a lo largo de este tiempo se han producido algunos avances reseñables en relación con los pueblos indígenas que difícilmente se hubieran obtenido de no contar con la cobertura que le ha proporcionado el proclamado Decenio. Entre ellos hemos de destacar que aunque, en palabras de B. Clavero “*seguimos viviendo en contextos poco menos que invisibles*” en lo que a los derechos de los pueblos indígenas se refiere¹, en estos diez años se han producido algunos avances en relación con la situación anterior. Subrayemos aquí, a modo de ejemplo, que estos *invisibles* se han hecho presentes en Organizaciones Internacionales (en adelante OO.II) como las Naciones Unidas (en adelante NN.UU²) y la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA). Esta presencia se ha visto materializada de una doble forma, en primer lugar porque estas organizaciones se ocupan de estudiar su situación (además de perfilar y definir los derechos colectivos de los que son titulares) y, en segundo término, porque en ellas se han creado foros que cuentan con representación de organizaciones y comunidades indígenas, por lo que hacen oír su voz en primera persona.

Además de lo anterior, se ha generalizado el interés por estos grupos humanos, buena muestra de ello es que

incluso en países que, como España, carecen de población indígena, han aparecido organizaciones, centros, asociaciones... que persiguen proporcionar alguna modalidad de ayuda a estos grupos humanos³.

Lo cierto es que el Decenio nos ha servido para redescubrir no sólo a los pueblos indígenas, sino también, y lo que es más importante, la paupérrima situación en la que, en la inmensa mayoría de los casos, habitan. Tengamos en cuenta que la realidad indígena afecta a trescientos setenta millones de personas residentes en unos setenta países⁴, que existe población indígena en más de una tercera parte de los Estados que conforman la comunidad internacional. Todos los continentes cuentan con población indígena. En Europa, por ejemplo, los sami habitan en Laponia (desde el norte de Noruega hasta la península de Kola en Rusia) y los *inuit* en Groenlandia. Esos trescientos setenta millones de personas representan cinco mil lenguas y culturas, muchas de las cuales, de acuerdo con la UNESCO, se encuentran en la actualidad amenazadas de extinción⁵.

Dada la disparidad geográfica y cultural entre los pueblos considerados, es lógico que entre ellos se aprecien múltiples diferencias, pero también observamos importantes coincidencias. Desgraciadamente, podemos identificar unas características comunes a todos los grupos indígenas con independencia del continente en el que habiten: una de ellas es la paupérrima situación económica en la que sobreviven; la otra, la discriminación de la que son objeto, al ser marginados y privados de los derechos humanos básicos y, de forma muy especial, de los de naturaleza cultural.

El trabajo que sigue se ha estructurado en tres partes: una primera histórica, en la que nos detendremos a considerar el punto en el que nos encontrábamos cuando comenzó el Primer Decenio; en la segunda nos centraremos en los avances (escasos) que se han producido en el ámbito material que nos ocupa; y, en la tercera miraremos al horizonte para subrayar las

¹ Ver: la presentación de la monografía del Profesor ANAYA, J. “Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional”. Editorial Trotta. 2005.

² En Naciones Unidas encontramos múltiples foros encargados de estudiar cuestiones relacionadas con los pueblos indígenas: el Grupo de Trabajo sobre las poblaciones indígenas (que ha elaborado el Proyecto de Declaración de los Derechos de los pueblos indígenas) y el Grupo de Trabajo –abierto– sobre el Proyecto de Declaración recién citado, ambos incardinados en la estructura de la Comisión de Derechos Humanos. Además en 2000 se creó el Foro Permanente para los pueblos indígenas, órgano asesor del Consejo Económico y Social, del que depende; en 2001 la Comisión de Derechos Humanos nombró a Roberto Stavenhagen Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, con el objeto de estudiar la discriminación en contra de las mujeres indígenas, así como las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las que son víctimas los niños indígenas (mandato que ha sido recientemente renovado). A todo lo anterior hay que sumar la realización de diversos informes relacionados con los pueblos indígenas sobre variada temática como la protección del patrimonio de los pueblos indígenas, la relación de los pueblos indígenas con su territorio, tratados, acuerdos y otros arreglos de entre los Estados y las poblaciones indígenas. Además, no podemos olvidar que en la estructura de NN.UU hay otros foros que también se ocupan, aunque sea sectorialmente de los pueblos indígenas, es el caso del PNUD, la FAO, UNICEF (...).

³ Por señalar sólo dos ejemplos, citaré la inauguración, en diciembre del 2000, del Centro Internacional de Información y Documentación de los Pueblos Indígenas, gracias al apoyo del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz y con la colaboración de la Diputación Foral de Álava. Centro que se creó con el propósito de mantener y sistematizar un fondo bibliográfico y documental sobre temas indígenas. Antes ya existía la Fundación de Artistas e Intelectuales por los Pueblos Indígenas de Iberoamérica, que articula mecanismos de apoyo a las iniciativas de desarrollo que las mismas comunidades indígenas proponen y elaboran.

⁴ Ver: el informe de UNFPA sobre el estado de la población mundial en 2005. En: <http://www.unfpa.org>

⁵ Ver: el informe de la UNESCO en el que se alerta acerca de esta amenaza de extinción que se cierne sobre las culturas indígenas. En: <http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php>

asignaturas que quedan pendientes. Si queremos que éste sea el último Decenio Internacional de las poblaciones indígenas debemos de poner todos los medios a nuestro alcance para lograr alcanzar si no todos los objetivos marcados para el período temporal considerad sí al menos los más importantes. Para finalizar, no podía ser de otra manera, el trabajo termina con unas conclusiones.

II. ANTES DEL DECENIO: LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y NACIONES UNIDAS

El Primer Decenio de Naciones Unidas de las Poblaciones Indígenas del Mundo ha tenido la virtualidad de generalizar el interés por estos grupos humanos, pero hemos de reconocer que mucho antes que NN.UU considerara la situación de los pueblos indígenas, otra Organización Internacional –de carácter materialmente sectorial– se interesaba por sus derechos. Era la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) que, mientras la Sociedad de Naciones cerraba sus puertas a los líderes indígenas que querían transmitirle la difícil situación en la que vivían los grupos a los que representaban⁶, se ocupó de sus derechos.

La OIT, desde principios de los años veinte, ha procurado proteger y promover los derechos de los indígenas, primero individuales y luego colectivos. Bajo sus auspicios se han celebrado dos modalidades de convenios: 1. los que definen los derechos exclusivamente laborales de los trabajadores indígenas –por tanto, individuales–, realizados en un momento inicial; y, 2. recientemente y una vez que los Derechos Humanos exceden a la jurisdicción doméstica estatal, los derechos (no sólo laborales,

que también) de las denominadas poblaciones indígenas –derechos colectivos–.

Dentro de la categoría indicada en primer lugar, los convenios concluidos sobre diferentes aspectos laborales, encontramos un Convenio que proscribía el reclutamiento de trabajadores indígenas⁷; otro que regula los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas; también pretenden impedir las sanciones penales impuestas a los trabajadores indígenas⁸; se limita la duración máxima de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas⁹; o un nuevo convenio que revisa y complementa el anteriormente concluido sobre abolición de las sanciones penales por incumplimiento de contrato de trabajo por parte de trabajadores indígenas¹⁰, reduciendo el margen de discrecionalidad estatal permitido en aquel. Aunque estos textos, en la actualidad no estén vigentes¹¹, son indicativos de los abusos de los que eran víctimas en la primera mitad del siglo XX los trabajadores indígenas.

El primer Convenio celebrado en la OIT que define los derechos de las denominadas poblaciones indígenas no sólo de carácter laboral –por tanto en la segunda categoría antes indicada–, es el 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en países independientes¹². Texto que incorporaba junto a disposiciones en materia laboral otras que exceden este ámbito (como los derechos sobre las tierras, la formación profesional, la artesanía e industrias rurales, la seguridad social y sanidad o la educación y medios de información). El objetivo último que perseguía este tratado, tal y como se desprende de su mismo título, era la asimilación de los indígenas a los sectores sociales mayoritarios¹³.

⁶ En 1923, el Jefe Cayuga Deskahen, visitó la sede de la Sociedad de Naciones (SdN) como representante de las Seis Naciones de Iroqueses, sin que su desplazamiento tuviera resultados prácticos. Al año siguiente, 1924, W.T. Ratana, dirigente religioso maorí viajó hasta Londres con la intención de pedir ayuda al Rey Jorge ante el incumplimiento del Tratado de Waitangi. Como no se le recibió, su delegación fue a Ginebra, recibiendo de la SdN un trato muy parecido al cosechado en Londres. Un año más tarde, en 1925, Ratana acudió personalmente a Ginebra, aunque tampoco fue recibido por esta organización. En: <http://www.un.org/spanish/indigenas/2003>

⁷ Adoptado el 20 de junio de 1936, en él se establecían mecanismos para el reclutamiento de trabajadores indígenas, prohibiendo unas prácticas hasta entonces aplicadas para estos fines, como el reclutamiento forzoso o el traslado de un número considerablemente elevado de población masculina. Se prohibía también el reclutamiento de personas no adultas.

⁸ Ambos textos se adoptaron el 27 de junio de 1939 y entraron en vigor el 7 de agosto de 1948. El primero incorpora unas medidas de protección laboral para estos trabajadores considerados especialmente vulnerables, entre otras la celebración, salvo excepciones, del contrato en forma escrita, la presunción *iuris tantum* de que el contrato obliga sólo al trabajador y no a su familia o a las personas a su cargo. El tratado mencionado en segundo lugar persigue la abolición de las sanciones penales derivadas del incumplimiento del contrato de trabajo celebrado con un trabajador indígena.

⁹ Este tratado se adoptó el 11 de julio de 1947, en vigor desde el 13 de febrero de 1953. Tiene por objeto, como su propia denominación indica, establecer el compromiso estatal de incorporar en las legislaciones de los Estados partes la duración máxima que podría preverse en los contratos escritos o verbales para prestar servicios laborales. Además se incorporan unos límites temporales. Se distingue si el contrato implica un viaje largo y costoso, en cuyo caso no podrá bajo ningún concepto superar uno o dos años, límite que se hace depender de si el trabajador se desplaza acompañado de su familia.

¹⁰ Se adopta el 21 de junio de 1955, entrando en vigor el 7 de junio de 1958.

¹¹ En: <http://www.ilo.org>

¹² Es el Convenio 107, adoptado el 26 de junio de 1957, en vigor desde el 2 de junio de 1959. Hasta el 16 de julio de 1986, fecha en la que recibió la última ratificación, habían manifestado el consentimiento en vincularse por él los siguientes Estados: Angola, Argentina, Bangladesh, Bélgica, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Egipto, El Salvador, Ghana, Guinea-Bissau, Haití, India, Irak, Malawi, México, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, República Árabe Siria y Túnez.

¹³ Si tenemos en cuenta los propósitos y fines del indigenismo oficial de la época, observaremos que el objeto del Convenio de la OIT no se apartaba en gran medida de ellos. De acuerdo con A. Caso, aquel pretendía la aceleración y consolidación de la integración de la población indígena en el Estado en el que estaban ubicados, además de la promoción del desarrollo económico y social de las comunidades indígenas. Ver: CASO, Alfonso. "La Comunidad indígena". México. 1971. p. 139.

Años más tarde, este texto se revisó, dando lugar a la adopción de un nuevo Convenio de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (el 169¹⁴), que toma como punto de partida –reflejo de la nueva percepción acerca de este objeto– el respeto de la diversidad cultural para definir los derechos de los que son titulares los pueblos indígenas. Es un tratado internacional que enuncia los derechos básicos de estos grupos humanos. Además de ello incorpora obligaciones de resultado dirigidas a los Estados partes –la adopción de medidas concretas para lograr las finalidades propuestas–, aunque en algunas ocasiones introduce cierto margen de discrecionalidad estatal¹⁵.

Evidentemente, los Convenios de la OIT contienen estándares mínimos de protección, lo que implica que los Estados a través de sus respectivas legislaciones internas pueden superar el nivel de protección internacionalmente establecida. Este incremento se detecta ya no sólo en los sistemas normativos nacionales de los Estados que cuentan con el estatuto de partes en estos textos convencionales, sino también en otros que no han manifestado su consentimiento en obligarse por ellos¹⁶. Sin embargo, a pesar de los avances que supusieron estos convenios, en ellos se aprecia una laguna importante: carecen de mecanismos específicos de control, beneficiándose únicamente de lo establecido con carácter general en la Constitución de la OIT¹⁷.

Si bien no es posible la presentación de quejas por parte de individuos u organizaciones no gubernamentales, sí se prevé en el mismo texto constitucional (artículo 24) que empleadores, organizaciones nacionales o internacionales, o incluso particulares acudan a la OIT para denunciar a un Estado que no haya observado o garantizado satisfactoriamente la aplicación de un convenio en el

que es parte. Por esta vía podrían presentar reclamaciones personas u organizaciones indígenas. Los resultados, sin embargo, pueden ser escasos; al limitarse a la publicidad de la demanda recibida y, en su caso, de la respuesta remitida por el Estado presuntamente infractor (artículo 25¹⁸).

De todos modos, con independencia de cuales sean las deficiencias de los Convenios OIT o de las críticas que puedan merecer por variados motivos, lo cierto es que de momento los únicos textos internacionales en vigor o que en algún momento han tenido vigencia, son los celebrados bajo sus auspicios. Reconozcámonos por tanto, todo el mérito que deriva de esta consideración.

Mucho más tarde que en la OIT pero antes del inicio del Primer Decenio ya había surgido el interés por los derechos de los pueblos indígenas en NN.UU. Así, en 1971 el Consejo Económico y Social autorizó a la Subcomisión sobre Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías a desarrollar un estudio sobre la discriminación de la que eran víctimas los pueblos indígenas. A la elaboración de este trabajo dedicó el Relator Especial, J.R. Martínez Cobo nada menos que quince años, presentándolo en 1986¹⁹. De hecho, cuatro años antes de concluirse este voluminoso texto, el Consejo Económico y Social (resolución 1982/34) había establecido el Grupo de Trabajo sobre las poblaciones indígenas, en cuyo seno se preparó un proyecto de Declaración sobre los derechos de estos grupos humanos. El texto definitivo se adoptó en el décimo primer periodo de sesiones del Grupo, en julio de 1993. Por tanto, el texto del Proyecto de Declaración con que contamos en la actualidad nació antes de iniciarse el Primer Decenio. También, la Asamblea General de las Naciones Unidas había creado un Fondo de contribuciones voluntarias para las poblaciones

¹⁴ El Convenio 169 se adopta el 27 de junio de 1989, texto en vigor desde el 5 de septiembre de 1991. En noviembre de 2005 cuentan con el estatuto de partes, en él los diecisiete Estados siguientes: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Holanda, Paraguay, Perú y Venezuela.

¹⁵ Esto ocurre, por ejemplo en relación con la enseñanza infantil de la lectura y la escritura en la propia lengua de los afectados (artículo 28.1). En este caso, “siempre que sea viable, deberá enseñarse (...)” en los idiomas referidos; “cuando ello no sea viable” la única obligación que se impone al Estado parte es la consulta con los pueblos interesados para procurar la “adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo”. Hemos de tener en cuenta que quien califica la viabilidad o no de este tipo de enseñanza es el propio Estado afectado, por tanto, lo hará discrecionalmente y atendiendo a razones múltiples, entre ellas por ejemplo, la política económica o las prioridades presupuestarias.

¹⁶ En este sentido, recordemos que, por ejemplo, en Nueva Zelanda –que no es parte en el Convenio 169–, las madres maoríes han conseguido que se garantizara por Ley la financiación de la educación indígena.

¹⁷ En este sentido, recordemos que la promoción y supervisión de cumplimiento de los convenios celebrados en el seno de esta organización es una responsabilidad de la misma OIT. De acuerdo con el artículo 22 de la Constitución de la OIT los instrumentos de control se reducen a la presentación de informes periódicos que han de precisar las medidas que los Estados partes hayan adoptado para ejecutar estos convenios. Lo curioso del caso que nos ocupa es que incluso Estados que carecen del estatuto de miembros en los convenios actualmente en vigor sobre esta materia han venido presentando esos informes. En: <http://www.ilo.org>

¹⁸ El artículo 25 de la Constitución de la OIT indica que la reclamación individual formulada se comunica al Consejo de Administración de la Organización, éste tiene la facultad de transmitírsela al Estado miembro frente al que se presenta aquella, a los efectos de que declare lo que considere oportuno respecto al contenido de la reclamación individual formulada. Si en un plazo prudencial no responde o su respuesta no se considera satisfactoria, el Consejo de Administración puede hacer pública la reclamación y la respuesta si se hubiere recibido. En otros supuestos, el Consejo puede decidir acerca del fondo de la reclamación, correspondiendo a la Comisión de expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones el seguimiento de las medidas tomadas por el gobierno para dar cumplimiento a aquella decisión. En todo caso, la Comisión de cuestiones jurídicas y normas internacionales de trabajo informa en su 288ª reunión, de noviembre 2003 (párrafos 20 y ss.) que los artículos 24 y 25 de la Constitución son susceptibles de mejoras y se han formulado sugerencias al respecto. Ver: Documento GB.288/LLS/1 pp. 7 y ss.

¹⁹ Ver: UN Documento E/CN. 4/Sub.2/1986/7/Add.4

Indígenas en diciembre de 1985²⁰ para ayudar a financiar los gastos derivados de la participación de los representantes indígenas en las sesiones del Grupo de Trabajo.

Por tanto, el interés de NN.UU acerca de los pueblos indígenas es anterior al Decenio, no podía ser de otra manera, puesto que esos trabajos previos condujeron al convencimiento de la necesidad de dar a los derechos de estos grupos humanos la mayor cobertura posible para atajar los niveles de pobreza y discriminación de los que eran, y continúan siendo, objeto.

También otras OO.II o instituciones internacionales se han interesado por los derechos de los pueblos indígenas. Es el caso del Banco Mundial que en septiembre de 1991 adoptaba su Directiva Operacional 4.20²¹ y que ha venido desarrollando estudios y financiando proyectos concretos en comunidades indígenas desde antes del Primer Decenio. No podemos olvidarnos, en el ámbito regionalmente limitado al Continente Americano, los trabajos elaborados en el seno de la OEA, fruto de los cuales está cercana la conclusión de una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

III. DURANTE EL PRIMER DECENIO SE HA AVANZADO POCO

Como decíamos al inicio de estas páginas, las resoluciones en las que se proclaman el primer y el segundo Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas guardan importantes similitudes. Es cierto que cuando comparamos ambos textos observamos una diferencia: la última es más breve que la primera. Pasamos de los veintitrés puntos de la adoptada en 1994 a los quince de la más reciente. Sin embargo, esto no significa que pueda hacerse una lectura cuantitativamente positiva, en el sentido de haber cumplido al menos ocho de los objetivos

inicialmente marcados. Por el contrario, esa reducción se debe primordialmente a la desaparición de aspectos circunstanciales como la solicitud relativa al análisis de los frutos del Año Internacional de las Poblaciones Indígenas que fue el que precedió a la adopción de la resolución en la que se proclamaba el Decenio.

Vaya por delante que el gran fracaso del Decenio ha sido no conseguir los que eran sus dos objetivos principales: la disminución de la pobreza indígena²², y la aprobación de la Declaración de NN.UU sobre los derechos de los pueblos indígenas²³. Por tanto, siendo benévolos, podremos calificar el Decenio ya concluido cuando menos de desilusionante. En las páginas que siguen observaremos junto a estos dos grandes fracasos, los logros que se han obtenido a lo largo de los pasados diez años.

A. Los dos grandes fracasos: ni ha disminuido la pobreza indígena ni se ha aprobado la Declaración de NN.UU sobre los derechos de los pueblos indígenas

Si para valorar los logros obtenidos con el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas tomamos como único parámetro los progresos producidos en lo que al desarrollo material y humano de estos grupos se refiere, el resultado no puede ser más desalentador. Recientemente se ha elaborado en el seno del Banco Mundial un informe regionalmente limitado a América Latina en el que se analizan precisamente los avances económicos obtenidos durante el segmento temporal que abarca el primer Decenio Internacional de NN.UU²⁴ y los resultados difícilmente podrían ser peores²⁵.

i) No ha disminuido la pobreza indígena

La pobreza es un fenómeno que vulnera los derechos humanos de forma evidente²⁶. Se trata de una

²⁰ El Fondo de contribuciones voluntarias de las NN.UU para las poblaciones indígenas se crea en aplicación de la resolución 40/131 de la AGNU, de 13 de diciembre de 1985. El Fondo, como su propia denominación indica, se nutre de las contribuciones de naturaleza voluntaria tanto de los gobiernos, como de organizaciones no gubernamentales y otras entidades privadas o públicas.

²¹ La Directriz Operativa 4.20 se ha visto recientemente (desde el 1 de julio de 2005) sustituida por la Política Operacional y las Normas del Procedimiento del Banco 4.10

²² Es verdad que el problema de las tasas de pobreza y extrema pobreza emerge como uno de los más importantes a los que han de enfrentarse los pueblos indígenas. Ver en este sentido: Las palabras formuladas el 16 de mayo de 2005 por L. Frechette, Vicesecretaria General de NN.UU, en las que afirmaba que se precisa un plan de acción para mejorar las condiciones de vida de los pueblos indígenas y lograr mayor respeto de sus derechos humanos, en cuya confección habrán de participar necesariamente los interesados que no son otros que los pueblos indígenas. Ver: Centro de Noticias de NN.UU.

²³ Ver en este sentido: las resoluciones 49/214, de 23 de diciembre de 1994 y la resolución 50/157, de 21 de diciembre de 1995, objetivo primordial recordado por la resolución 59/174, de 24 de febrero de 2005.

²⁴ Es un informe editado por Gillette Hall y Harry Anthony Patrinos, bajo el título "Pueblos indígenas, pobreza y desarrollo humano en América Latina: 1994-2004", aparecido en noviembre 2005. Editorial Palgrave Macmillan.

²⁵ Para su elaboración se han estudiado los datos provenientes de los cinco Estados que cuentan con las poblaciones indígenas más numerosas, se trata de Bolivia, Ecuador, Guatemala, México y Perú.

²⁶ Observemos que los 191 Estados Miembros de NN.UU se han comprometido a cumplir los objetivos de desarrollo del Milenio de la Organización. Precisamente el que figura en primer lugar es erradicar la pobreza extrema y el hambre. Por este concepto se persigue reducir a la mitad el porcentaje de personas cuyos ingresos sean inferiores a 1 dólar por día y reducir a la mitad el porcentaje de personas que padecen hambre. Convergamos por tanto que no se ha sido muy ambicioso a la hora de dar contenido a este objetivo que ha de entenderse, en todo caso, como prioritario y necesario. En el Informe de 2005 sobre los avances en los objetivos del Milenio no resulta nada halagüeño en lo que a la erradicación de la pobreza y el hambre se refieren. Así se pone de manifiesto, con carácter general no sólo en lo que a los indígenas se refiere, pero también a ellos evidentemente, que los pobres son cada vez más pobres, que decrece el ritmo de reducción del hambre, que los retrocesos casi superan los avances en la lucha contra el hambre y que más de una cuarta parte de los niños del mundo en desarrollo padece desnutrición.

condición generadora de discriminación y que priva a quienes la padecen del disfrute de los derechos fundamentales. La pobreza, además, dificulta el ejercicio de la titularidad de los derechos evidentemente económicos, pero también de los de carácter social y cultural, así como de los civiles y políticos. En el caso concreto de los pueblos indígenas, resulta especialmente grave al ir acompañada de discriminaciones derivadas de las diferencias de carácter étnico, religioso o cultural. Por tanto, las circunstancias en las que los pueblos indígenas tienen que desarrollar su vida provocan un círculo del que es difícil salir, al encontrarse inmersos en un fenómeno generador de discriminación con múltiples materializaciones, como se verá en las páginas que siguen²⁷.

Hemos de partir indicando que, cuando se evalúa la situación económica de los pueblos indígenas se hace utilizando para ello parámetros no indígenas, por lo que los resultados de estas aproximaciones pueden no ser compartidos por los miembros de estas comunidades que muestran mayor interés por la defensa de sus valores y tradiciones culturales que por una renta o la posesión de bienes traducibles en términos económicos. En todo caso, quienes sí pueden sentirse víctimas de estas situaciones de pobreza son los miembros de las comunidades

indígenas que deseen beneficiarse de los bienes ofrecidos por las sociedades consumistas en que se han convertido los sectores no indígenas de la población²⁸.

En la actualidad se constata la evolución producida en lo que al disfrute de los derechos políticos se refiere. Resulta innegable que la capacidad de influencia política indígena ha crecido y continúa incrementándose²⁹. Sin embargo, esta progresión no se refleja en los ámbitos económicos o sociales. En los últimos diez años ha aumentado de forma importante el ejercicio del derecho de sufragio activo³⁰ y pasivo³¹ de las personas indígenas. Además, sus movilizaciones han provocado no sólo inestabilidad política³², su apoyo a una candidatura ha conseguido auparla a la Presidencia³³, mientras la pérdida de su confianza ha implicado, en algunos casos, el derrocamiento presidencial. Para ilustrar esta afirmación sólo tenemos que recordar los recientes casos de Bolivia o Ecuador³⁴.

Esos mismos grupos humanos que han adquirido recientemente esa relevancia política continúan viviendo en su mayor parte en altos niveles de pobreza cuando no de extrema pobreza³⁵. La falta de simetría entre los planos político y económico puede conducirnos a considerar que la participación política indígena es poco eficaz para resolver los problemas de aquellos a quienes

²⁷ Sobre la pobreza indígena, ver el informe "Indicadores de pobreza indígena", elaborado por J. Renshaw y N. Wray, cuyo borrador preliminar se publicó en enero 2004 por el Banco Interamericano de Desarrollo.

²⁸ Además en el informe citado supra se afirma también que en tres de los cinco Estados cuya situación sirvió de base para la realización del Informe del Banco Mundial (Bolivia, Guatemala y México) se redujeron tanto la tasa de pobreza como la brecha existente a estos efectos entre la población indígena y la que no lo es pero a una lentitud mayor que la existente entre los sectores no indígenas de la población. Claro que la situación de pobreza extrema de los pueblos indígenas en la que se encontraban en los primeros años de la década de los noventa hace que afirmar que las tasas de pobreza indígena decaigan más lentamente que en años anteriores suene a sarcasmo. En situaciones de penuria absoluta difícilmente se puede empeorar y afirmar que existe una lenta recuperación es poco menos que decir que seguimos igual que antes. Es evidente que, partiendo con unos niveles ínfimos de ingresos, lo difícil no es mejorar sino empeorar.

²⁹ En septiembre de 2005, la protagonista del caso *Lovelace* (ver: *infra*) fue designada senadora del Estado al que demandó en la década de los 80 por las disposiciones contenidas en el *Indian Act*.

³⁰ En algunos casos por la toma de conciencia de la relevancia de su participación y en otros porque se han eliminado impedimentos existentes hasta entonces. En este capítulo hemos de considerar la realización de nuevos censos en muchos de estos Estados, en los que se ha pretendido la inscripción de la universalidad de la población. Para ello por ejemplo, se han evitado aspectos generadores de rechazo por parte indígena, así se aprecia una clara tendencia a permitir la inscripción de los nombres tradicionalmente indígenas, no en todas partes permitido hasta ahora. Otras dificultades, como las altas tasas de analfabetismo o la lejanía de los colegios electorales se mantienen, como puso de relieve el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial en el párrafo 18 de sus observaciones en relación con los informes periódicos 12 y 13 presentados por Perú (Documento NU CERD/C/298/Add.5), publicadas el 13 de abril de 1999, en Documento NU CERD/C/304/Add.69, donde afirma tomar nota "de las informaciones según las cuales la población indígena, a menudo sin documentos de identidad y analfabeta, de hecho se encuentra en la imposibilidad de ejercer sus derechos cívicos y políticos". Es cierto que esas observaciones tenían un destinatario concreto, pero son extrapolables a cualesquiera otros.

³¹ Constitucionalmente se ha reconocido la posibilidad de participación en el sufragio pasivo y establecido los procedimientos aplicables para la elección de los representantes de las comunidades indígenas en las instituciones estatales. Ver en este punto: El caso de la Constitución Colombiana (artículo 171), la Constitución de Paraguay (artículo 65) o la de Venezuela (artículos 125, 166 y 186).

³² Las movilizaciones indígenas no sólo se han producido durante este Decenio, en Ecuador, por ejemplo las comunidades indígenas del país organizaron el levantamiento indígena de 4 de junio de 1990, durante la presidencia de Rodrigo Borja Cevallos como reivindicación de su derecho a la tierra.

³³ Ilustremos este caso con el reciente ascenso (en las elecciones de diciembre de 2005) a la presidencia boliviana de Evo Morales.

³⁴ En el caso de Bolivia las protestas callejeras condujeron al Presidente Carlos Mesa a renunciar a su cargo en los primeros días de junio de 2005, el día 9 del mismo mes juraba como Presidente de Bolivia Eduardo Rodríguez Veltzé, elegido para un mandato de transición de 180 días. Días antes de cumplirse los cuatro meses de su nombramiento aseguró que dejaría su cargo anticipadamente si se producía un retraso en la fecha prevista para las elecciones (inicialmente establecida el 4 de diciembre). Desde 2002 es el tercer presidente que ha tenido Bolivia. Ecuador ha tenido cuatro presidentes desde 2000. Las medidas económicas adoptadas por el presidente ecuatoriano Jamil Mahuad y concretamente su decisión de dolarizar la economía fueron utilizados como fundamento de la unión entre indígenas y efectivos del ejército para forzar al Presidente a abandonar la sede del Gobierno y el país en enero de 2000. Poco después Gustavo Noboa Bejarano prestaba juramento como Jefe del Estado sustituyendo al constitucionalmente electo, con la misión de convocar elecciones presidenciales, en las que, en segunda vuelta, venció Lucio Gutiérrez que había tenido un papel significativo en el golpe de Estado de enero de 2000. Quienes le auparon hasta la presidencia (fundamentalmente indígenas y militares) se sintieron traicionados por las decisiones adoptadas por su candidato provocando importantes y continuadas marchas de protesta en el país. En abril de 2005, el Congreso Nacional declaró vacante el cargo de Presidente (desde su vuelta a Ecuador en octubre de 2005, encarcelado), ocupando este puesto el que fuera Vicepresidente con el exmilitar, Alfredo Palacio.

³⁵ Ver en este sentido: el estudio realizado por Roger Plant sobre "Pobreza y desarrollo indígena: algunas reflexiones" para el Banco Interamericano de Desarrollo.

representan. Sin embargo, esa opinión ha de matizarse puesto que aún no es comparable la representación de que son objeto los sectores sociales indígenas y los no indígenas. Para ilustrar esta afirmación, detengámonos por ejemplo en el caso de Venezuela, donde las comunidades indígenas sólo eligen tres representantes para formar parte de la Asamblea Nacional de los 165 diputados que la componen. Por tanto, su capacidad para defender los intereses de los grupos humanos a los que representan es altamente limitada. Lo que nos indica que esa falta de eficacia es cierta hoy pero no podemos olvidar que la participación indígena en las instituciones del Estado es muy reciente por lo que el camino no ha hecho sino empezar. Esa limitada y muy reciente presencia nos conduce a afirmar, quizá de forma optimista, que es pronto para obtener mejoras sustantivas en las condiciones de vida indígena como consecuencia de esta presencia política, pero estas llegarán cuando la situación se normalice y consolide.

En este contexto resulta preocupante la falta de éxito de los planes estatales aplicados para reducir la pobreza indígena, subrayada por el mismo Informe del Banco Mundial. En unos casos, ese resultado se debe a la falta de medios para ponerlos en práctica, ausencia de voluntad política o sencillamente a que son más ambiciosos de lo que las capacidades estatales permiten abarcar y, en otros, a un problema de concepción. En ocasiones, se elaboran programas en este sentido para aplicarlos a toda la población estatal que vive por debajo del umbral de la pobreza, con independencia de que sean indígenas o no, que cosechan un éxito asimétrico entre ambos sectores de población. En estas situaciones, para superar esos niveles económicos habría que atacar precisamente al origen de la situación que en el caso que nos ocupa (indígenas y no indígenas) es diverso. De ahí que siempre se aconsejen las soluciones particularmente dirigidas a unos y otros para incrementar su eficacia. De modo que la elaboración de instrumentos particulares en función de los destinatarios, atendiendo al origen, las características y particularidades de cada uno de los grupos que van a ser sus destinatarios, emerge como un recurso óptimo.

En todo caso, el éxito de estos programas tendentes a procurar el avance de los pueblos indígenas (no sólo de ellos evidentemente) depende de múltiples factores añadidos a su concepción, como la disposición de fondos necesarios para su aplicación. Pero además, aun reuniendo todo ello es posible que su ejecución resulte problemática por ejemplo cuando nos encontremos con comunidades indígenas y no indígenas que comparten pobreza en un mismo territorio. Estos últimos difícilmente entenderán el motivo por el que se utilizan instrumentos distintos entre ellos, por lo que, en estos casos, la aplicación de soluciones diferenciadas será una fuente no sólo de más discriminación, sino de tensiones sociales importantes.

ii) No se ha aprobado la Declaración de NN.UU sobre los derechos de los pueblos indígenas

El otro objetivo primordial del Decenio que no se ha alcanzado durante su vigencia ha sido la aprobación del texto de la Declaración de los Derechos de las Poblaciones Indígenas, en el que trabaja desde hace más de una década³⁶. Sin desdeñar lo anterior, lo cierto es que durante estos diez años se han logrado avances importantes en la búsqueda de consensos acerca de la redacción definitiva de su articulado³⁷. También lo es que los derechos reconocidos en este texto se han visto incorporados y, en muchos casos superados, en las legislaciones internas de los Estados que cuentan con población indígena. Esto último no puede quitarnos el resquemor producido por el hecho de que el objetivo que se apuntaba como primordial no sólo no se ha logrado al concluir el primer Decenio³⁸. La incorporación de la protección indígena en los textos nacionales puede tener utilidad ya que la inmensa mayoría de las violaciones de sus derechos fundamentales se producen en el interior de las fronteras estatales, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de las normas nacionales. Éstas, por otra parte, carecen de utilidad cuando, como en algunos supuestos, no contamos de normas reglamentarias de desarrollo que permitan su aplicación o cuando esas infracciones resultan imputables a los órganos del Estado³⁹.

³⁶ Sobre los progresos realizados en la redacción del texto definitivo de la Declaración, ver: El Informe del Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos, de 3 de marzo de 1995, sobre su décimo período de sesiones, documento E/CN.4/2005/89, de 28 de febrero de 2005.

³⁷ Ver, acerca de los avances más recientemente logrados: El Informe de Luis Enrique Chávez, Presidente Relator del Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos, de 3 de marzo de 1995 –conocido como Grupo de Trabajo de composición abierta entre períodos de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, que es el encargado de elaborar el proyecto de declaración que nos ocupa-, sobre su undécimo período de sesiones. Es el documento E/CN.4/2005/89, de 28 de febrero de 2005.

³⁸ Ver: parágrafo 18 del Informe del Secretario General sobre el examen preliminar realizado por el Coordinador del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo de las actividades del sistema de las Naciones Unidas en relación con el Decenio.

³⁹ Ver, por ejemplo: algunos supuestos sometidos a conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se trata de los casos de la Masacre de Plan de Sánchez o de la Finca La Exacta en Guatemala Respectivamente se trata del Informe 31/99, caso 11.763 de 11 de marzo de 1999 (es un informe sobre la admisibilidad de la demanda, no hay informe de fondo) y 57/02, caso 11.382, de 21 de octubre de 2002– o de Calotto en Colombia –Informe 36/00, en el caso 11.101, de 13 de abril de 2000–. En el primer caso murieron, en 1982, 268 indígenas a manos de las Fuerzas Armadas guatemaltecas, hechos, por tanto, imputables al Estado. En el segundo caso, se produce 12 años más tarde, es el de la Finca La Exacta también las fuerzas de policía guatemalteca entraron en la finca de forma violenta, provocando la muerte de tres trabajadores y once heridos. En Colombia en 1991 –es el asunto de Calotto en Colombia– perdieron la vida una treintena de indígenas a manos de hombres fuertemente armados con vestimenta propia de las fuerzas de seguridad del Estado. En este último caso se convoca a una reunión a cerca de 80 indígenas y cuando están todos presentes aparecen los hombres armados y piden la identificación de sus líderes procediendo a su ejecución.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos vino en nuestra ayuda para superar esa ausencia de normas de desarrollo en la sentencia dictada el 31 de agosto de 2001 (*Awas Tingni contra Nicaragua*⁴⁰). En ella se formula una afirmación de extraordinario interés: todos los Estados que reconozcan constitucionalmente los derechos indígenas sobre sus tierras y no establezcan mecanismos eficaces y reales de delimitación están vulnerando, con esta omisión, la Convención Americana de Derechos Humanos⁴¹. Ello es así al entender que la propiedad de la tierra de los Awas Tingni deriva de la norma constitucional nicaragüense. En consecuencia, la ausencia de mecanismos efectivos adecuados para el ejercicio por parte de los indígenas del derecho para la delimitación, demarcación y titulación de las tierras indígenas vulnera, entre otros, el artículo 21 de la Convención, precepto que establece precisamente el derecho a la propiedad privada de todas las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados Partes sin discriminaciones⁴². Así se pone de relieve la importancia de la existencia de normas internacionales que regulen esta cuestión.

El análisis realizado por la Corte Interamericana se refería evidentemente a una cuestión relacionada con los derechos sobre las tierras de la comunidad afectada, sin embargo, sería aplicable por analogía a cualesquiera otros derechos constitucionalmente reconocidos que tuvieran igualmente acomodo en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En cuanto al factor indicado en segundo lugar, si sólo tenemos normas nacionales de protección difícilmente podremos ver reparada la violación de estos derechos cuando la misma sea debida a la falta de regulación infraconstitucional o a la falta de medios para su aplicación. Por tanto, emerge aquí la necesidad de la existencia de normas internacionales de protección y de órganos encargados de garantizar el cumplimiento de las mismas.

Por otra parte, hemos de considerar que la existencia de un texto internacional que proclame y recuerde a la

Comunidad Internacional cuales son los derechos de los pueblos indígenas no sólo es conveniente, sino necesario. No estará de más apuntar aquí que los derechos fundamentales se caracterizan por su universalidad ya que todos los Estados están obligados a respetarlos y la Carta de NN.UU se compromete (artículo 55) a promover precisamente ese respeto con carácter universal, sin que podamos olvidar en este punto la Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales que han venido a desarrollarla que reiteran este carácter.

Hay que tener en cuenta que, aunque el texto que se está redactando es una Declaración que, en su día, de aprobarse, se plasmará en una resolución de la AGNU, será un texto que reunirá los derechos mínimos de los que son titulares los pueblos indígenas. Es cierto que las resoluciones de la AGNU no son por sí mismos instrumentos jurídicamente vinculantes para los Estados. Pero recordemos que la Declaración Universal de Derechos Humanos también se incorporó en una resolución del mismo órgano y hoy se considera que forma parte del Derecho Internacional General⁴³. Además, tengamos presente que la existencia de textos internacionales aunque no sean jurídicamente vinculantes para los estados son capaces de crear esa obligación sociológica de cumplimiento que se apunta en relación por ejemplo a los acuerdos no normativos y que puede derivarse también de las resoluciones de la Asamblea, especialmente cuando contienen una definición de derechos fundamentales de determinados grupos humanos.

Por lo demás, resulta conveniente, no sólo la existencia de una definición de cuales son esos derechos, sino también del establecimiento de los mecanismos de control de cumplimiento oportunos. Este aspecto no contempla la posible incorporación en la Declaración⁴⁴. Es cierto que existen órganos internacionales competentes para conocer de la violación de algunos derechos individuales de las personas indígenas, es el caso del Comité de Derechos Humanos que, antes de iniciarse el Decenio, había conocido de demandas

⁴⁰ Ver acerca de este caso: GÓMEZ ISA, Felipe (editores). "El caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas". Bilbao: Universidad de Deusto. 2003.

⁴¹ En concreto se refiere a la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y a la Constitución Nicaragüense cuyo artículo 5 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a "mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley". La Corte entiende que de este precepto se desprende el reconocimiento de la propiedad colectiva de las tierras indígenas y la existencia de títulos de propiedad en beneficio de los awas tingni, al establecer que "la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro".

⁴² No olvidemos el contenido de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana que establecen el compromiso de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio sin ninguna discriminación "de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; así como la obligación estatal de incorporar en sus respectivos ordenamientos, las medidas legislativas que sean necesarias para ello.

⁴³ La Declaración Universal de los Derechos Humanos se incorpora en la resolución 217 A (III) de la AGNU que fue adoptada el 10 de diciembre de 1948. Dos años más tarde, para celebrar la proclamación de la Declaración Universal se designa el día 10 de diciembre como Día Internacional de los Derechos Humanos, en aplicación de la resolución 423 (V) de 4 de diciembre de 1950.

⁴⁴ Por lo que con su adopción se estaría ante el mismo problema suscitado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que resolvieron los Pactos Internacionales de Nueva York adoptados en 1966.

individuales de indígenas frente a los Estados en los que habitan por vulnerar el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁵. Sin embargo, esta protección resulta insuficiente, dado que existen problemas particulares de los grupos indígenas difícilmente fiscalizables por esta vía, especialmente cuando se trata de violaciones de derechos colectivos y no individuales, que son objeto de protección en el texto⁴⁶.

El mismo Comité de Derechos Humanos, en sus observaciones a los Estados también ha indicado en algunas ocasiones, su preocupación por la discriminación de la que son víctimas los pueblos indígenas así como la obligación de los Estados de garantizar que todas las personas puedan disfrutar en su territorio de los derechos establecidos en el Pacto⁴⁷. No podemos, sin embargo olvidar en este punto los limitados efectos de los informes redactados por el Comité o de su *jurisprudencia*⁴⁸.

En cuanto al momento en el que nos encontramos, en lo que a la redacción de la Declaración de Naciones Unidas se refiere, observemos que previsiblemente el texto inicial quedará excesivamente descafeinado en su redacción final al resultar mucho menos ambicioso que el inicialmente redactado como consecuencia de los ansiados acuerdos necesarios para lograr que deje de ser un proyecto⁴⁹. Consideración que resulta aplicable igualmente al que está igualmente en fase de elaboración (también a la búsqueda de consensos) en la OEA. Sin embargo quizás es más útil adoptar

una Declaración que contenga una concreción de derechos mínimos ya incorporados en los ordenamientos internos estatales o de fácil incorporación, que ser ambiciosos en exceso y conseguir un reconocimiento formal de unos derechos a la postre inasumibles por las autoridades estatales.

De lo anterior se desprende que, como ha afirmado R. Stavenhagen “el nuevo derecho internacional de los derechos indígenas, que se está construyendo en el marco de las organizaciones multilaterales, refleja también la búsqueda de una nueva relación entre los pueblos indios y el estado nacional, que caracteriza la etapa actual en varios países latinoamericanos”⁵⁰. Es evidente que el escenario en el que ahora nos encontramos es producto de una múltiple autoría: de organizaciones indígenas, agrupaciones políticas, asociaciones profesionales junto con algunos sectores del Estado. Los principales interesados en este esfuerzo deben ser los Estados ya que las situaciones de desigualdad existentes en el seno de sociedades pluriétnicas amenazan con romper la paz social. Los líderes indígenas de América Latina advirtieron ya, en abril de 2004, que “la región puede caer en un Estado de ingobernabilidad si los gobiernos no respetan los derechos de los pueblos indígenas”. Unos meses antes de formularse estas palabras se habían producido las caídas del Presidente J. Mahuad en Ecuador, en enero de 2003 y en octubre del mismo año la del Presidente G. Sánchez de Losada en Bolivia, a las que contribuyeron de forma sustancial las movilizaciones indígenas⁵¹.

⁴⁵ En los casos de Kitock contra Suecia (Dictamen sobre el caso 197/1986, aprobado el 27 de julio de 1988) y Sandra Lovelace contra Canadá (Dictamen sobre la Comunicación). R.6/24, aprobado el 30 de julio de 1981). Bien es cierto que en relación con el asunto Lovelace, el Comité sigue solicitando a Canadá información –ver: La última lista de cuestiones redactada por el Comité en relación con la situación de Canadá (de 25 de julio de 2005)–, acerca de las modificaciones introducidas para evitar que se reproduzcan situaciones como las que dieron lugar al caso referido, es decir, que indique las medidas adoptadas para “rectificar los efectos discriminatorios que tiene la Ley sobre la Comunidad aborigen en las mujeres aborígenes y sus hijos, en particular para hacer frente al problema de la pérdida del estatuto aborigen en una reserva en la segunda y tercera generaciones si una mujer aborigen se casa con un hombre no perteneciente a su comunidad”. Ver en: CCPR/C/85/L/CAN. Estas no son, sin embargo, las dos únicas demandas de personas indígenas que entienden se vulneran los derechos que les reconoce el artículo 27 del Pacto, es el caso de la Comunicación 167/1984 contra Canadá, resuelta el 10 de mayo de 1990 (CCPR/C/38/D/167/1984), en la que el Comité declara que los hechos alegados por las víctimas (la agrupación del Lago Lubicon) son contrarios al artículo 27; o la Comunicación 358/1989, presentada por miembros del grupo indio Whispering Pines, también contra Canadá, inadmitida por el Comité el 28 de noviembre de 1990 (CCPR/C/43D/358/1989).

⁴⁶ No podemos tampoco olvidar las dificultades generales existentes para el conocimiento por parte del Comité de demandas particulares, en función de que el Estado reclamado sea o no parte en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, texto del que deriva la competencia del Comité para recibir este tipo de demandas en virtud de su artículo 1.

⁴⁷ Ver: Las observaciones finales redactadas por el Comité evacuadas fruto del examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del citado Pacto y entre ellas, por ejemplo la remitida a Colombia tras el quinto informe remitido por este Estado al citado órgano, Documento CCPR/CO/80/COL, de 26 de mayo 2004, o la lista de cuestiones dirigidas a Finlandia pocos días antes, el 7 de mayo del mismo año, Documento CCPR/C/81/L/Fin, donde se pregunta acerca de los derechos de las minorías y de forma expresa sobre las medidas a adoptar para “solucionar lo antes posible la cuestión del derecho de propiedad territorial de los *sami*”, o para potenciar la utilización del idioma *sami*, entre otras.

⁴⁸ Ver al respecto: Los artículos 41 y 42 del Pacto.

⁴⁹ De acuerdo con el Informe Definitivo de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en que se examinan las actividades del sistema de las Naciones Unidas en el marco del programa del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo, de 4 de enero de 2005, “quedan 19 párrafos del preámbulo y 43 artículos por examinar”. Esto supone que no se han producido demasiados avances, ya que el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, tal y como está incluido en el Informe anual de 1994 de la Subcomisión para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos (Documento E/CN.4/Sub.2/1994/56), se compone tan sólo de 45 artículos. Para conocer de forma detallada la situación actual del texto puede verse el Informe del Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos de 3 de marzo de 1995, sobre su décimo periodo de sesiones, documento E/CN.4/2005/89, de 28 de febrero de 2005.

⁵⁰ STAVENHAGEN, Rodolfo. “Los derechos de los pueblos indígenas en el ordenamiento internacional”. En: “Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas”. Madrid: F.M. Mariño Menéndez y J.D. Oliva Martínez editores. 2004. p. 11.

⁵¹ Además, piden que se les tenga en cuenta a la hora de discutir cuestiones que de cualquier forma puedan afectar a estos grupos, como el ALCA, los tratados de libre comercio y el Plan Puebla Panamá. Ver: Información acerca de la XXI reunión del Fondo Indígena. En: <http://www.aeci.mae.es>

B. Los éxitos del Primer Decenio

Aunque como hemos visto los objetivos primordiales del Decenio no se han cumplido, su existencia ha tenido repercusiones reseñables en otros ámbitos. En primer lugar, como se mencionó en la introducción, hemos redescubierto a los pueblos indígenas y esto se ha materializado no sólo en publicaciones científicas, también los medios de comunicación habitualmente se hacen eco de los acontecimientos que afectan la vida de los grupos indígenas, de las difíciles condiciones en las que se desarrolla su existencia y de su evidente e importante repercusión política.

Por otra parte en el periodo temporal cubierto por el Decenio se ha hablado de los pueblos indígenas, se han organizado seminarios –auspiciados en su mayoría por organismos internacionales– incluso en lugares que, como España, carecen de población indígena. Los pueblos indígenas aparecen en los medios de comunicación tanto activa (existen medios indígenas que informan) como pasivamente (son noticia los hechos que les acontecen⁵²).

Además, en segundo término, en la actualidad existen múltiples foros internacionales que trabajan de forma central o tangencial sobre los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos destacaremos⁵³ aquí a la UNESCO y tres de los sectores en los que ha centrado su atención: los pueblos indígenas y el turismo rural, la proclamación de las obras maestras del patrimonio oral e inmaterial de la humanidad y la promoción de la diversidad lingüística con su programa de lenguas en peligro de desaparición⁵⁴. También en el ámbito regional, se están realizando importantes trabajos en la OEA en cuyo seno se ha

constituido el Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁵⁵, que ha preparado un texto que se encuentra en una fase bastante avanzada de redacción. También aunque muchísimo más modesta, la Unión Europea se ha preocupado por los derechos de los pueblos indígenas, eso sí, de los que se ubican fuera del territorio comunitario⁵⁶.

Por tanto, no se puede decir que el Decenio haya sido un rotundo fracaso y necesitemos otro para intentar lograr los objetivos marcados (que, evidentemente lo ha sido en relación con los dos primordiales no alcanzados), sino que romper dinámicas establecidas y consolidadas durante siglos no es una tarea fácil. Si veinte años no es nada, diez es la mitad, por tanto muy poco tiempo para lograr las ambiciosas metas inicialmente marcadas. La AGNU en 1994 cuando proclamó el Decenio y se indicaron sus objetivos conocía las insuficiencias temporales para lograrlos. Recordemos que ocho años antes se había publicado el extenso trabajo de Martínez Cobo, en el que se ponía de relieve la situación en la que se encontraban los pueblos indígenas, por tanto, el punto de partida era sabido y, consecuentemente, debían serlo también las dificultades existentes para alcanzar todas las metas marcadas⁵⁷.

De uno de los méritos principales del Decenio (la proliferación no sólo en el seno de NN.UU pero especialmente en esta OI de foros de discusión de los problemas relacionados con las poblaciones indígenas) deriva una dificultad: la inexistencia inicialmente de un órgano encargado de la necesaria

⁵² Y no sólo los de mayor calado en ámbitos de sustancial relevancia política como las situaciones producidas en Bolivia o Ecuador, por mencionar sólo aquellos que más páginas han ocupado en la prensa, sino también otras que hasta hace relativamente poco tiempo no eran noticia. Así, entre 1999 y 2000 nos enteramos que Los indios descubrieron el antídoto, aludiendo a un remedio medicinal descubierto por indígenas bolivianos y patentado por un químico francés; la cúpula castrense de Ecuador utilizó y engañó a los indígenas y coroneles golpistas, sólo por citar un título de los que se publicaron para relatar los sucesos ocurridos en Ecuador a comienzos del año; que recientemente han sido descubiertas en la selva de Brasil dos nuevas tribus de indígenas, cuyos miembros van desnudos y armados con mazas de piedra, y se esconden de los colonos; que los miembros de una tribu india de Oregón se proclaman Dueños de la piedra que vino del cielo, y se han decidido a solicitar judicialmente la devolución de un meteorito que consideran sagrado; que un cherokee condenado a muerte demanda a California, porque las autoridades le impiden participar en una ceremonia religiosa tradicional de su tribu antes de su ejecución; que *Carlos Medeiros*, es el fantasma de la Amazonia. Especuladores ocultos tras ese nombre compraron 120.000 km² de selva, poniendo de relieve la existencia de múltiples títulos falsos de propiedad sobre las tierras de los indios brasileños; que Brasil celebra su 500 aniversario con una antológica dedicada a la minoría indígena; que los indios de Brasil boicotean los actos del V Centenario de la llegada de Pedro Álvares Cabral a las costas brasileñas; o que una ONG compra 172.000 hectáreas de la Amazonia para que los indígenas puedan subsistir son destruir la selva –Ver: EL PAIS, respectivamente 6 de septiembre de 1999, 1221; 24 de enero de 2000, 1361; 27 de enero de 2000, 1364; 1 de marzo de 2000, 1398; 12 de marzo de 2000, p.12; 26 de marzo de 2000, p. 30; 9 de abril de 2000, p. 39; 23 de abril de 2000, p. 8; 12 de junio de 2000, 1501–.

⁵³ Además de los indicados *supra* en la nota 2.

⁵⁴ Recientemente, el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA) en el Informe sobre el estado de la población mundial, publicado este año 2005, afirmaba que si a la pobreza le sumamos la discriminación el resultado es una restricción de libertad, y la consiguiente privación a las personas de las oportunidades de ejercer sus derechos humanos.

⁵⁵ El Grupo de trabajo lo constituyó la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente.

⁵⁶ Ver en este sentido: El Informe de la Comisión al Consejo, de 11 de junio de 2002, sobre el progreso del trabajo con los pueblos indígenas [COM (2002) 291 final-no publicado en el Diario Oficial] o las Conclusiones del Consejo de Asuntos Generales sobre los pueblos indígenas, de 18 de noviembre de 2002.

⁵⁷ Ver en este sentido: la resolución 49/214, de 23 de diciembre de 1994, de la Asamblea General en la que se decide como tema del Decenio “Las poblaciones Indígenas: la colaboración en acción”. Un año después, se adopta la resolución 50/157, de 21 de diciembre de 1995, también de la AGNU, que contiene el programa de actividades del Decenio en la que se afirma el objetivo principal indicado en el texto, además de otros más concretos.

coordinación entre todos ellos. A comienzos del Decenio, según el Secretario General, los programas de los organismos de NN.UU “eran muy dispares, difíciles de comparar y, en general, desconocidos fuera de las zonas de los proyectos”, es cierto que había muchos proyectos pero sin “cooperación interorgánica⁵⁸” entre ellos. El Foro Permanente para las cuestiones indígenas se establece en aplicación de la Resolución 2000/22 del Consejo Económico y Social (a propuesta de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, formulada celebrada en Viena en junio de 1993⁵⁹) surge (como un órgano subsidiario del Consejo Económico y Social con la misión de asesoría⁶⁰) precisamente con el objeto de consolidarse como mecanismo garante de “la coordinación y el intercambio periódico y constante de información entre las partes interesadas: los gobiernos, las Naciones Unidas y las poblaciones indígenas⁶¹”. Hasta que este Foro empezó a funcionar, las dificultades iniciales se mitigaron con el establecimiento oficioso de una consulta informal entre los organismos que trabajaban estas cuestiones dentro de las NN.UU (evidentemente sin olvidar la OIT), así como con los esfuerzos del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas que ha realizado un importante papel relacional entre los organismos interesados en los derechos de los pueblos indígenas, realizando un trabajo central en este aspecto⁶².

En la actualidad se conocen mucho mejor los problemas que afectan a las poblaciones indígenas. Téngase en cuenta que existen múltiples foros

dedicados al estudio de este ámbito material que además cuentan con la presencia de personas indígenas que se ha visto incrementada en los últimos diez años⁶³. Además, uno de los aspectos que merece subrayarse en este punto (en cuanto a la aproximación e identificación de los problemas indígenas) es la designación del mexicano Rodolfo Stavenhagen como Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas⁶⁴. El Relator ha realizado visitas sobre el terreno a estados que cuentan con población indígena⁶⁵, elaborando informes subjetivamente sectoriales⁶⁶, además de otros generales acerca de la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales⁶⁷.

Fruto de todos estos informes y trabajos de los órganos que de forma central o tangencial tienen como objeto el estudio de la situación real de los pueblos indígenas, conocemos mucho mejor ésta desde múltiples perspectivas o enfoques. Así por ejemplo, en el Decenio se han realizado cuatro informes sobre cuestiones indígenas fruto de los estudios realizados por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos: sobre las poblaciones indígenas y su relación con la tierra; sobre la protección del patrimonio de las poblaciones indígenas; sobre la soberanía permanente de las poblaciones indígenas sobre los recursos naturales; y, sobre los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas⁶⁸.

⁵⁸ Ver: El Informe del Secretario General sobre el examen preliminar realizado por el Coordinador del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo de las actividades del sistema de las NN.UU en relación con el Decenio, de 24 de junio de 2004.

⁵⁹ Ver: A/CONF.157/24 (Parte I), capítulo III, sección II B, párrafo 32.

⁶⁰ Bien es cierto que celebrará un único periodo de sesiones al año de diez días hábiles, de acuerdo con la resolución indicada en la nota anterior, debiendo presentar informes anuales de sus actividades al Consejo.

⁶¹ Resolución 2000/22 del Consejo Económico y Social.

⁶² Ver en este sentido: El informe del Secretario General de 25 de junio de 2004, párrafo 10.

⁶³ En este sentido se pronuncia la resolución 59/174 de 24 de febrero de 2005 de la AGNU que aporta importantes pistas acerca de los aspectos en los que más se ha avanzado y en los que aún hay que realizar importantes esfuerzos para conseguir una progresión adecuada. En el capítulo de los éxitos del Primer Decenio se refiere en sus considerandos como tales “el establecimiento del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y las aportaciones al cumplimiento de los objetivos del Decenio hechas por el Foro Permanente, el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos y el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, tales como el amplio programa de trabajo que el Foro Permanente está llevando a cabo en beneficio de los pueblos indígenas en las esferas de la cultura, la educación, el medio ambiente, la salud, los derechos humanos y el desarrollo social y económico”. Su éxito no puede afirmarse porque su existencia estaba sólo apoyada por un número minoritario de Estados y cosechó incluso las reticencias de algunos indígenas.

⁶⁴ Ver: la resolución 2001/57 de la Comisión de Derechos Humanos, de 24 de abril de 2001 que contiene el mandato dado al Relator y que ha sido prorrogado por otros tres años por la resolución 2004/62, de 21 de abril de 2004, de la misma Comisión.

⁶⁵ Ello sin embargo no ha impedido que otros relatores especiales hayan tratado los temas relacionados con las poblaciones indígenas. Es el caso de los Relatores Especiales para la intolerancia religiosa, el racismo, los derechos humanos, medio ambiente...

⁶⁶ Ver: los realizados acerca de sus visitas a Guatemala (E/CN.4/2003/90/Add.2) Filipinas (E/CN.4/2003/90/Add.3), México (E/CN.4/2004/80/Add.2), Chile (E/CN.4/2004/80/Add.3), Colombia (E/CN.4/2005/88/Add.2) y Canadá (E/CN.4/2005/88/Add.3).

⁶⁷ Como el presentado el 16 de septiembre de 2005 en cumplimiento del párrafo 18 de la resolución 2005/51 de la Comisión de Derechos Humanos. Ver: A/60/358.

⁶⁸ Ver: los informes finales realizados por la Relatora Especial, Erica-Irene Daes, sobre la protección del patrimonio de las poblaciones indígenas, de 21 de junio de 1995, documento /CN.4/Sub.2/1995/26; sobre las poblaciones indígenas y su relación con la tierra, de 30 de junio de 2000, documento E/CN.4/Sub.2/2000/25; y, sobre la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, de 13 de julio de 2004, documento E/CN.4/Sub.2/2004/30. También el Informe Final del Estudio sobre los Tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre Estados y Poblaciones Indígenas, elaborado por el Relator Especial, Miguel Alfonso Martínez, de 22 de junio de 1999, documento E/CN.4/Sub.2/1999/20. Además de otros que contienen las conclusiones alcanzadas en el desarrollo de un seminario, como el Informe del Seminario de Expertos en Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, de 6 de octubre de 2004, documento E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/6

Uno de los éxitos más importantes de estos últimos años es el buen funcionamiento del Programa de Becas para personas indígenas, que ha permitido la formación de los becados en la adquisición de conocimientos sólidos en materia de Derechos Humanos. Ello desde una perspectiva teórico-práctica con el objeto de capacitar a los beneficiarios de este programa como profesionales formadores sobre derechos humanos en sus comunidades de origen. Permitiendo así la multiplicación de los conocimientos adquiridos, ya que los formados como formadores podrán promoverlos en sus respectivos países⁶⁹.

El incremento de las actividades relacionadas con los pueblos indígenas en el sistema de NNUU⁷⁰ nos conduce a la identificación de un problema derivado de esta proliferación: el de su financiación. La falta de fondos necesarios para ello podría haber dificultado de forma considerable la obtención de las metas del Decenio. Para superar el obstáculo económico se han creado dos fondos que se nutren de contribuciones voluntarias: el Fondo de Contribuciones Voluntarias para las Poblaciones Indígenas y el Fondo Voluntario para el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo. El primero de ellos persigue ayudar económicamente a los representantes de las organizaciones y de las comunidades de poblaciones indígenas que desearan participar en los Grupos de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, en el de composición abierta entre periodos de sesiones establecido por la Comisión de Derechos Humanos para elaborar el Proyecto de Declaración de NN.UU y en el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas⁷¹. El Fondo Voluntario para el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo tiene por objeto

sufragar los proyectos y programas a emprender en el contexto del Decenio en marcha⁷². A pesar de las dificultades que hubieron de superarse para su nacimiento, el Fondo ha financiado un elevado número de proyectos indígenas⁷³. Evidentemente, sin este instrumento fundamental la valoración general del Decenio ya concluido habría sido absolutamente negativa debido a la imposibilidad de llevar a cabo esas actuaciones determinantes para el éxito –aunque muy moderado– de este segmento temporal ya terminado.

IV. ASIGNATURAS PENDIENTES (O LOS DESAFÍOS) PARA EL SEGUNDO DECENIO INTERNACIONAL DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS DEL MUNDO

En el Decenio que acaba de empezar hay dos tareas prioritarias: la reducción de la pobreza indígena; y, la adopción del texto de la Declaración cuyo proyecto ha cumplido más de una Década sin los acuerdos necesarios para lograr un texto definitivo. En la Resolución de la AGNU (de 20 de diciembre de 2004) en la que se proclama el Nuevo Decenio se “*insta*” a todos aquellos que participan en la negociación del ansiado documento a presentar lo antes posible un “proyecto final de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas⁷⁴”.

La educación es un instrumento de especial relevancia para reducir tanto la discriminación de la que son víctimas las personas indígenas como la pobreza. La educación es fundamental para avanzar en la defensa de los derechos humanos de los grupos diferentes de la población mayoritaria, ya sea por

⁶⁹ Ver: la información acerca del Programa de becas en <http://www.ohchr.org/> En el Informe definitivo de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en que se examinan las actividades del sistema de las Naciones Unidas en el marco del programa del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (E/CN.4/2005/87, de 4 de enero de 2005) se aportan datos de considerable interés en este punto.

⁷⁰ Ver: el Informe Definitivo de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en que se examinan las actividades del sistema de las Naciones Unidas en el marco del programa del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo.

⁷¹ El Fondo se estableció mediante la resolución 40/131 de la AGNU, adoptada el 13 de diciembre de 1985 con el objeto inicial apuntado en primer lugar, pero la aparición de nuevos foros de discusión en la materia provocó dos ampliaciones del mandato inicial del Fondo, instrumentalizadas mediante sendas resoluciones de la AGNU, la res. 50/156, de 21 de diciembre de 1995 y la 56/140, de 19 de diciembre de 2001. En la medida que el Secretario General de Naciones Unidas es el encargado de administrar el Fondo no es de extrañar que deba dirigir informes acerca de la situación del Fondo con carácter bienal. Más información acerca de este Fondo en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu2/9/vfindgdec_sp.htm

⁷² Este Fondo se crea en respuesta a la solicitud de la AGNU al Secretario General, incorporada en la misma resolución en la que se proclama el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (la 48/163, de 21 de diciembre de 1993), junto con la necesaria llamada a la colaboración de los posibles donantes (14. “*Pide* al Secretario General que establezca un fondo de contribuciones voluntarias para el Decenio y lo autoriza a aceptar y administrar contribuciones voluntarias de gobiernos, de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, de otras fuentes privadas, así como de particulares, con objeto de financiar proyectos y programas durante el Decenio. 15. *Insta* a los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales a que hagan aportaciones al fondo de contribuciones voluntarias para el Decenio que establezca el Secretario General e indica a las organizaciones indígenas a que hagan lo mismo”). Puede encontrarse más información acerca de este Fondo en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu2/9/vfindgdec_sp.htm. Sin embargo, su creación no fue tan rápida, como lo pone de relieve que en febrero de 1995 el mismo órgano principal de las NN.UU recomendara al Secretario General su establecimiento inmediato. En la resolución 49/214, de 17 de febrero de 1995, la Asamblea General recomienda al Secretario General “a) que establezca, en el primer trimestre de 1995, el Fondo de Contribuciones voluntarias para el Decenio y que lo incluya en la conferencia anual sobre promesas de contribuciones para actividades de desarrollo que se celebra en la Sede de las Naciones Unidas.”. En todo caso, el éxito del Fondo dependía del dinero aportado por los posibles donantes, en este sentido, la AGNU, en su resolución 50/157 de 29 de febrero de 1996 “20. *Alienta* a los gobiernos a que apoyen el Decenio mediante: a) la aportación de contribuciones al Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para el Decenio; (...)”

⁷³ Un total de 176 de acuerdo con el párrafo 30 del Informe del Secretario General sobre el examen preliminar realizado por el Coordinador del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo de las actividades del sistema de las Naciones Unidas en relación con el Decenio.

⁷⁴ En el mismo texto se mantiene la solicitud de la AGNU al Secretario General para que asista bajo cualquier forma que pudiera necesitar el Decenio para lograr el éxito en la obtención de sus metas.

razones étnicas, religiosas, de género o cualquier otra⁷⁵. Pero hemos de tener en cuenta que para avanzar en este intento hay que dirigirse tanto a los sectores sociales no indígenas como a los indígenas. A los primeros hay que educarles en la tolerancia para que vean al diferente como una fuente de enriquecimiento (y no exclusivamente cultural que también) y no como una amenaza. El conocimiento del *otro*, de su historia, sus valores, cultura y tradiciones es un arma de considerable utilidad para intentar vencer el origen de la discriminación. En este sentido, el Relator Especial "recomienda (...) la ampliación del contenido académico sobre pueblos indígenas (su historia, filosofía, cultura, artes, modos de vida, etc.) en la educación nacional en todos sus niveles, con un enfoque antirracista, multicultural, de respeto a la pluralidad cultural y étnica, en especial a la igualdad de género". Al grupo que es víctima de la discriminación hay que proporcionarle una formación adecuada a su situación, facilitándole no sólo un *currículum* que le sirva para conocer y enorgullecerse de la cultura de la que provienen⁷⁶, sino también que sea un vehículo para permitirles mejorar económicamente. Ambos enfoques han de ir unidos porque de nada nos sirve centrarnos en la formación de los pueblos indígenas si no se incide en cambiar la visión de los sectores no indígenas acerca de aquellos y continúan realizando prácticas discriminatorias⁷⁷.

La relación entre la educación y la pobreza indígena es muy complicada, por cuanto son elementos que conforman un círculo muy difícil de romper. La pobreza impide el acceso a una formación suficiente que permita a quienes la sufren acceder a trabajos cualificados, ya que la situación económica es tal

que la incorporación laboral es muy temprana. Por otra parte, la falta de formación a la que conduce esta situación de pobreza provoca que sólo puedan acceder a trabajos de muy baja o ninguna cualificación y en consecuencia a los que suponen una remuneración inferior. Ahora se trata de utilizar mecanismos que permitan romper estas dinámicas para que, roto el círculo, se pueda progresar.

No es por ello de extrañar que, conocida la importancia del elemento educativo, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, R. Stavenhagen, recomiende "a los Gobiernos que den alta prioridad a los objetivos y principios de la educación indígena y que doten a las agencias e instituciones públicas y privadas dedicadas a promover la educación indígena de los medios materiales, institucionales e intelectuales suficientes⁷⁸". Sin embargo, estamos en un ámbito muy complejo. En primer lugar, es necesario elaborar programas adecuados para los fines que se pretenden alcanzar, teniendo en cuenta la heterogeneidad indígena⁷⁹, por lo que habrán de elaborarse programas particulares teniendo presente en cada caso las características y particularidades de la comunidad a la que nos dirigimos. Pero además, los planes de estudios deberán realizarse conjuntamente con representantes indígenas, porque sólo contando con su participación se podrán confeccionar currículos que tengan éxito⁸⁰. Por otra parte, no sólo hablamos de educación a niveles básicos o primarios entendidos como alfabetización (en los que se han centrado los esfuerzos estatales en este punto) sino también de niveles superiores. En este sentido el Relator Especial, en el informe antes

⁷⁵ En el Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los Indígenas, Rodolfo Stavenhagen. Las Cuestiones Indígenas. Derechos Humanos y Cuestiones Indígenas. Adición. Conclusiones y Recomendaciones del Seminario de Expertos sobre pueblos indígenas y educación (Documento. E/CN.4/2005/88/Add.4), se establece (parágrafo 9) que "El derecho a la educación es un instrumento clave para el respeto de la diversidad cultural y un elemento crucial para conseguir un desarrollo equitativo. En este contexto, los pueblos indígenas han contribuido a la efectividad del derecho a la educación, incluidos los aspectos de cultura, idioma, curandería y tradición, que constituyen aportes fundamentales y propician la dignidad humana, el enriquecimiento cultural y el diálogo intercultural".

⁷⁶ Téngase en cuenta que en el mismo informe del Relator Especial recién citado, en el parágrafo 10 apartado i) se subraya que en muchas instituciones educativas de Estados que cuentan con población indígena, no sólo se ignoran los valores de estos grupos humanos sino que "se consolidan aún más los estereotipos negativos" creados alrededor de ellos. De ahí la importancia que tiene este aspecto para luchar contra la discriminación.

⁷⁷ Ver: El Informe del Relator Especial (citado en nota anterior) en cuyo parágrafo 7 se indica que "no siempre se respeta la diversidad cultural de los pueblos indígenas y que la discriminación y la xenofobia siguen siendo el principal impedimento para que los pueblos indígenas gocen del derecho a la educación en todas las regiones del mundo".

⁷⁸ Ver: página 2 del Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, centrado en el estudio de los Derechos humanos y las cuestiones indígenas (E/CN.4/2005/88), de 6 de enero de 2005.

⁷⁹ Eso significa, entre otras cosas, erradicar de las prácticas estatales que provocan el rechazo por parte indígena, como la exigencia de que los niños que van a matricularse en centros educativos cuenten con nombres y apellidos permitidos desde la perspectiva no-indígena o "la imposibilidad de utilizar el nombre indígena, llevar el cabello largo y usar el vestido tradicional en la escuela, crean una dificultad todavía mayor para el pleno goce del derecho a la educación". Ver: informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas (E/CN.4/2005/88/Add.4) parágrafo 10 d).

⁸⁰ Cuando imperaban las tesis asimilacionistas, la actuación en materia educativa consistía en escolarizar a los niños indígenas para que siguieran los que podemos denominar planes de estudios oficiales sin tener en cuenta su origen. Esto provocaba unas elevadas tasas de fracaso escolar de quienes provenían de realidades sociales particulares y contaban con lenguas maternas distintas de aquella en la que se impartían los programas, además de la destrucción de las culturas indígenas en aras de la cultura nacional. Estos planteamientos tuvieron los resultados nefastos que comprobamos hoy en día.

señalado “recomienda que se amplíen y consoliden las universidades indígenas⁸¹”.

En segundo lugar, el camino hacia la normalización de la formación de las personas indígenas no está exento de obstáculos difíciles de franquear. Así, se trata generalmente de los sectores sociales más pobres entre los pobres⁸², lo que nos lleva a imaginar instrumentos que nos permitan atraerlos a las escuelas. Para ello no nos sirven sólo metodologías didácticamente atractivas, a ellas hay que añadir necesariamente mecanismos económicos que posibiliten que los destinatarios de la formación—habitualmente colaboradores de la pervivencia económica doméstica— se centren en los estudios alejándose consecuentemente del mundo laboral⁸³.

Algunos Estados han ensayado algunos de estos instrumentos. Es el caso de Ecuador donde puso en marcha el Programa de Alimentación Escolar para los niños indígenas, que no ha funcionado correctamente, ya que “más de 1.3 millones de alumnos no reciben regularmente el desayuno y el almuerzo previstos en el programa⁸⁴”. Esta afirmación nos lleva a un importante obstáculo a superar para lograr el éxito de estos programas, se trata de contar con la capacidad financiera necesaria para ponerlos en marcha. Si no se cuenta con los fondos necesarios para sufragarlo o con la voluntad política imprescindible para recabarlos, no tiene sentido publicitar algo que por estos motivos no se va a poder aplicar. La desconfianza de la existencia de esa voluntad política condujo a las madres maoríes a movilizarse hasta que consiguieron que se garantizara por ley la financiación de la educación indígena.

En tercer lugar, si las estadísticas no engañan, habría que destinar a la educación indígena una partida presupuestaria proporcionalmente superior por alumno indígena a la destinada a los no indígenas por el desequilibrio existente en uno y otro caso. Sin embargo, el Relator Especial ha constatado la relación contraria, se siguen destinando más medios a la formación no indígena que a la que más la precisa en estos momentos si nos atenemos a la realidad actual⁸⁵.

En todo caso, el elemento fundamental para promover con éxito programas formativos indígenas es la financiación. Pensemos que hay que elaborar estos planes, formar al profesorado, editar materiales de estudio adecuados e implantar mecanismos que sirvan para atraer a los alumnos a las escuelas que cuenten con todo lo anterior. Además, las necesidades formativas no pueden reducirse a la educación básica o primaria, ha de mantenerse en la superior. Sin embargo, con ser muy importante la financiación estatal de estos proyectos, la cooperación en este punto existe, aunque no sea suficiente, y así la UNESCO, el Banco Mundial o (en el ámbito regional) el Banco Interamericano de Desarrollo costean algunos proyectos orientados hacia el logro de estos fines.

En este sentido, la misma Resolución de la AGNU que proclama el Segundo Decenio identifica como otro de sus objetivos el mantenimiento de “la cooperación internacional para la solución de los problemas a que se enfrentan los pueblos indígenas en esferas tales como la cultura, la educación, la

⁸¹ Existen universidades indígenas con programas propios, el Relator Especial en el párrafo 74 de su informe indica su implantación en Nueva Zelanda, Canadá, Estados Unidos, los países nórdicos, Ecuador, Nicaragua y México entre otros. También contamos con universidades que cuentan con programas dirigidos a indígenas o que tratan sobre una temática indígena, es el caso de la Universidad canadiense de Saskatchewan, donde desde 1973 se imparte un Programa de estudios jurídicos para indígenas abierto a todos los estudiantes aborígenes del país que tiene como propósito preparar a los estudiantes indígenas para acceder a las Facultades de Derecho, proyecto basado en alguna medida en el existente en la Universidad de Albuquerque, Nuevo México. En Estados Unidos diferentes instituciones imparten estudios tribales—normalmente de grado secundario o post-secundario—, cuyos planes de estudio están más o menos controlados por las tribus indígenas. Señalemos entre otras Bay Mills Community College; College of the Menominee Nation; D-Q University; Dull Knife Memorial College; Fond du Lac Tribal & Community College; Fort Belknap College; Haskell Indian Nations University; Institute for American Indian Arts; Leech Lake Tribal College; Little Big Horn College; Navajo Community College; Oglala Lakota College; Salish Kootenai College; Sisseton Wahpeton Community College; Southwestern Indian Polytechnic Institute; Stone Child College; Turtle Mountain Community College, United Tribes Technical College.

⁸² Además, la lejanía de las escuelas de los poblados indígenas y la ausencia de facilidades para su desplazamiento colaboran al absentismo en mucha mayor medida en los niños indígenas que en los que habitan en zonas urbanas o rurales.

⁸³ Si la situación de las personas indígenas en materia de educación es una cuestión sensible, debido a múltiples factores, especialmente complicada resulta además si nos referimos a la educación de las niñas, ya que las cuestiones de género también inciden aquí. Hemos de tener en cuenta que en el mandato del Relator se le pedía una atención especial a las mujeres indígenas (Ver: La resolución 2001/57 de la Comisión de Derechos Humanos, de 24 de abril de 2001, en la que “2. Invita al Relator Especial a que, en el desempeño de su mandato, tenga en cuenta una perspectiva de género, y preste especial atención a la discriminación en contra de las mujeres indígenas”. Las niñas indígenas son víctimas de una discriminación añadida (ya sea por razón de género, fruto de sus propias tradiciones culturales y la del entorno no indígena en el que es innegable este tipo de discriminación). Por tanto, en materia educativa hay que adoptar planes muy ambiciosos y hay que ser especialmente imaginativo para avanzar en la concienciación social de la importancia de la formación de las niñas cuyas tasas de escolarización son inferiores a la de sus compañeros varones. Según el párrafo 36 del estudio del Relator Especial, la mayor parte de las niñas indígenas latinoamericanas acuden por primera vez a la escuela a los diez años. También en la resolución 2004/62, de 21 de abril de 2004, de la Comisión de Derechos Humanos, en la que se decide prorrogar el mandato del Relator Especial, se reitera el encargo recién referido. No sólo en esta resolución se recuerda esta invitación, lo mismo ocurre, por ejemplo, en las resoluciones 2002/65, de 25 de abril de 2002 o en la resolución 2003/56, de 24 de abril de 2003), debido precisamente a la situación de subrayada precariedad, desde todas las perspectivas que barajemos, de la que son víctimas.

⁸⁴ Ver: El párrafo 30 del Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas de 6 de enero de 2005.

⁸⁵ En el párrafo 32 del Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas de 6 de enero de 2005 se afirma que “los presupuestos públicos destinados a la educación de la niñez indígena son generalmente inferiores a los de otros sectores de la población, que los maestros de educación indígena tienden a recibir menor remuneración y estímulos que otros maestros, y que su nivel de preparación también se encuentra por debajo de la media”.

salud, los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo social y económico, por medio de programas orientados a la acción y proyectos específicos, una mayor asistencia técnica y las actividades normativas pertinentes⁸⁶. Por tanto, ha de mantenerse la cooperación económica, imprescindible para avanzar en el camino iniciado, y también la de carácter técnico y de apoyo para que emprendan las modificaciones normativas necesarias para lograr los objetivos marcados para el Decenio. Cooperación coordinada a la que están llamados a participar no sólo los gobiernos (a los que se reserva un papel de subrayada importancia⁸⁷) sino también todos los foros que se han creado en el seno de las NN.UU para el tratamiento de las cuestiones indígenas⁸⁸.

Por último, un tema especialmente sensible para los pueblos indígenas y que debería afrontarse durante este Decenio recién estrenado es el relativo a los derechos indígenas sobre sus tierras ancestrales de las que se han visto, total o parcialmente, privados⁸⁹. El origen de este problema es su incapacidad para registrarlas debido a que persiguen el reconocimiento de la propiedad colectiva de toda la comunidad sobre este elemento y a que carecen de títulos de propiedad registrables. Por estos motivos (cuando no por la celebración de tratados fraudulentamente consentidos), se han visto en muchas ocasiones desposeídos de su elemento territorial. En fechas recientes las poblaciones indígenas han tratado de negociar con las autoridades nacionales su recuperación y en algunos

casos, como en el de los *inuit* canadienses o el de los *enxet-lamenxay* y *kayley-phapopyet* en Paraguay⁹⁰, han logrado el éxito.

Sin embargo, convengamos que no siempre es viable esta recuperación ya que cuanto más lejana en el tiempo sea la privación más difícil será establecer los cauces necesarios para lograr un acuerdo al respecto. Pensemos en un caso muy reciente, el de la Nación Indígena *Shinnecock* que reclama 1.500 hectáreas en The Hamptons, una de las zonas más costosas del mundo, en Long Island, cerca de Nueva York⁹¹. En este supuesto concreto, el grupo reivindicante ha anunciado conformarse con percibir una compensación económica al precio actual de los terrenos usurpados por el Estado en 1859. Esta solución parece la más fácil de obtener (sobre todo si tenemos en cuenta las residencias exclusivas que se han edificado en ellos), aunque haya que negociar la cantidad a percibir por este concepto. Sin embargo, en el mismo territorio estadounidense encontramos casos en los que el pueblo indígena privado de sus tierras no está dispuesto a aceptar esa compensación económica porque supondría la extinción de sus derechos sobre ellas. Es el caso de los *Shoshone* orientales⁹² o de los *sioux*⁹³.

A pesar de todos los conflictos y reclamaciones actuales, lo cierto es que no existe una norma internacional que confiera a los pueblos indígenas la titularidad del derecho a la recuperación de sus tierras ancestrales. La devolución de las tierras indígenas no existe como derecho, aunque tanto en

⁸⁶ Ello en la medida en que tal y como proclama la misma Resolución 59/174, de 24 de febrero de 2005, la meta de este Segundo Decenio será incidir en los ámbitos materiales en los que la actuación desarrollada a lo largo de su predecesor puede calificarse de exitosa.

⁸⁷ Ya que durante el Segundo Decenio se les mantiene como destinatarios de la invitación para que actúen como supervisores de que las metas y actividades que se planifiquen sigan respondiendo a los intereses de los pueblos indígenas, lo que sólo se consigue si se permite la participación activa de los afectados en el diseño de esas actividades y objetivos. En la resolución de 1994 era el apartado 8, diez años más tarde pasa a ocupar el quinto lugar, concretamente se "Invita a los gobiernos a que velen por que las actividades y los objetivos del Segundo Decenio se planifiquen y ejecuten en plena consulta y colaboración con los pueblos indígenas". Sustancialmente, el contenido de ambas resoluciones en lo que se refiere a este ámbito material es idéntico, aunque se hayan producido algunas alteraciones de carácter estrictamente gramatical.

⁸⁸ La resolución 59/174 de la AGNU solicita al Coordinador del segundo Decenio que desempeñe su mandato en estrecha cooperación y consulta con ellos. Así, en su apartado 4 se mencionan expresamente a "los gobiernos, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y otros órganos y mecanismos pertinentes del sistema de las UN, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, otros miembros del Grupo de Apoyo interinstitucional sobre Cuestiones Indígenas y Organizaciones indígenas y no gubernamentales". En la resolución de 1994 (apartado 6) se pedía esa coordinación "con los gobiernos, los órganos competentes, la Organización Internacional del Trabajo y otros organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas, las organizaciones de las poblaciones indígenas y las organizaciones no gubernamentales".

⁸⁹ Para las poblaciones indígenas en general, la propiedad colectiva de sus tierras es un derecho fundamental, aunque desde una perspectiva no-indígena pueda parecerlos un reconocimiento no merecedor de entrar en esta categoría. Sin embargo, la particular filosofía indígena de su relación con la tierra hace necesaria su consideración como un derecho cultural y no sólo económico. No olvidemos que estos grupos humanos establecen un vínculo espiritual con las tierras que han recibido de sus antepasados y han de transmitir a sus descendientes. En este sentido, puede afirmarse que la tierra es la cultura de los pueblos indígenas debido a la importancia que se le reconoce en sus costumbres y tradiciones.

⁹⁰ A partir de 1885 el Gobierno paraguayo comenzó a vender todas las tierras del Chaco a extranjeros y en 1950 todo el territorio *enxet* había sido ocupado por los nuevos propietarios. Estas comunidades indígenas han logrado una solución amistosa consistente en que el Estado paraguayo se comprometió (mediante un acuerdo promovido, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, celebrado con las Comunidades interesadas) a adquirir de nuevo las tierras en cuestión (21.884'44 Has. En el Chaco Paraguayo), con el objeto de transferírselas a las comunidades indígenas interesadas y registrarlas de esta manera. Ver: Comunidades Indígenas *Enxet Lamexay* y *Kaleyphapopyet-Riachito* contra Paraguay, Caso 11.713, Informe 90/99, OEA/Ser.L/V/II.106 Documento 3 rev. at 350 (1999).

⁹¹ Esta tribu presentó el mes de junio de 2005 una demanda en la que solicita la devolución de esas tierras y 1.000 millones de dólares en concepto de renta e intereses. Ver información al respecto, en: <http://www.shinnecocknation.com>.

⁹² En agosto de 2005 la Nación de los *Shoshone* Orientales pidieron urgentemente la acción del Comité de Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación racial para que intentara remediar la discriminación de la que este pueblo ha sido y continúa siendo objeto. Ver: Información acerca de esta tribu en: <http://www.wsdp.org/>

⁹³ En: <http://www.sioux.org>

el Proyecto de Declaración de NN.UU. (artículo 27), como en el de Declaración Americana (artículo 18 inciso 3) se establecía inicialmente en cuanto tal⁹⁴, pero no debemos ser excesivamente optimistas en este punto, pues la búsqueda de consensos (en el caso de la OEA) no ha llegado a este precepto y, con carácter general, nada hace indicar que la versión definitiva de las declaraciones pueda incorporar un reconocimiento del derecho considerado.

V. CONCLUSIONES

Un balance sobre el Primer Decenio Internacional sobre las Poblaciones Indígenas ha de ser moderadamente positivo, sobre todo si tenemos en cuenta el punto del que partíamos: la invisibilidad que sufrían con anterioridad. Desde un punto de vista económico la situación en la que viven los pueblos indígenas no ha variado de forma significativa. Quizá siendo optimistas podamos llegar a pensar que estos diez años igual han servido para poner las bases para el progreso en este ámbito. Sin embargo sólo podremos comprobar la veracidad de esta afirmación cuando encontremos resultados positivos sostenidos. Sí es cierto que algo se ha hecho a lo largo de estos años, no podemos negar que se han financiado proyectos concebidos por personas indígenas o que se han de desarrollar en sus comunidades.

Desde una perspectiva económica, la situación de los pueblos indígenas no se ha visto alterada. Es cierto que en el Informe del Banco Mundial indicado en las páginas anteriores se aportan algunos elementos favorables pero que en realidad no lo son tanto, es el caso de la afirmación según la cual los pueblos indígenas se ven afectados en menor medida por las crisis económicas que el resto de la población estatal. En este punto hemos de tener en cuenta dos datos que probablemente nos hagan perder nuestro moderado optimismo: en primer lugar, muchas de estas comunidades se autoabastecen, no participando en la economía de mercado, de modo que es lógico que no se vean afectadas por los ciclos económicos, sean de crecimiento o de crisis; en segundo lugar, nada puede perder el que nada tiene, por tanto es absolutamente lógico que las crisis les afecten en menor medida que a los que sí tienen algo que perder.

Jurídicamente, es cierto que el derecho comparado nos ofrece muestras de reconocimientos constitucionales de la titularidad de múltiples derechos por parte de los pueblos indígenas. Sin embargo, estas normas muestran escasa eficacia, normalmente debido a dos motivos: 1) ausencia de desarrollo reglamentario de las normas legales nacionales existentes en la materia, lo que imposibilita la aplicación de éstas; 2) falta de medios económicos para su aplicación.

Es cierto comparando las resoluciones en las que se indican de manera general las metas marcadas para uno y otro Decenio que parecen haberse logrado muy pocos objetivos marcados para el primero de ellos. Es cierto que salvo excepciones, los fines marcados para el Primer Decenio se mantienen para el Segundo, lo que puede considerarse desde una doble perspectiva, pesimista o esperanzadora. Pesimista por cuanto sólo se han logrado los fines del Primer Decenio que han desaparecido como tales para el Segundo. Esperanzadora, porque se plantearon objetivos ambiciosos y vamos por el buen camino para lograrlos de forma eficaz y definitiva. El horizonte óptimo sería que no hubiera necesidad de un Tercer Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo, porque ello será muestra de que se han logrado esos fines.

A lo largo del Primer Decenio nos hemos enterado también de la desaparición de lenguas indígenas e incluso de pueblos indígenas, además de encontrarse otras y otros en procesos galopantes hacia su extinción. Si queremos tener sociedades multiculturales basadas en el respeto a los derechos humanos de todos, hemos de tener muy claro que estas situaciones no pueden repetirse, deben ser las últimas. Se ha de procurar no volver a cometer los errores que nos han conducido hacia este punto, recordemos especialmente aquí el caso de los *yanomamis* producido como consecuencia de las invasiones de mineros de sus territorios que les transmitieron enfermedades para ellos desconocidas y contra las que carecían de defensas. Además, las masacres de las que han sido víctimas los *yanomamis* no son tan lejanas en el tiempo, ya que se produjeron entre los años setenta y bien entrada la década de los noventa. Por tanto, aprendamos de los errores y evitémoslos.

⁹⁴ El texto consolidado del proyecto preparado en 2003 por la Presidencia del Grupo de Trabajo en el seno de la OEA incorpora en el artículo 24.1 el "derecho al reconocimiento de su propiedad y de los derechos de dominio con respecto a las tierras y territorios que ocupan históricamente, así como al uso de las tierras a las que tradicionalmente han tenido acceso para la realización de sus actividades tradicionales y de sustento, respetando los principios del sistema legal de cada Estado. Estos derechos también comprenden las aguas, mares costeros, la flora, la fauna, y los demás recursos de ese hábitat, así como de su medio ambiente, preservando los mismos para sí y futuras generaciones". Por tanto de la redacción del precepto transcrito se deriva la limitación del derecho a los territorios históricos ocupados actualmente.

Con todo lo anterior, quizá el mayor fracaso del Decenio Internacional haya sido no haber podido adoptar la Declaración de Derechos de las Poblaciones Indígenas, que sigue avanzando lentamente pero sin conseguir ver la luz. Pero si veinte años no es nada, diez años son la mitad, por tanto, tiempo insuficiente para resolver la pobreza y discriminación de la que son víctimas los pueblos indígenas. Su situación actual

es fruto de dinámicas mantenidas a lo largo de quinientos años. Quizá veinte años resulten también insuficientes para romper esas dinámicas, pero seamos optimistas y pensemos que probablemente basten para poner en marcha movimientos tendentes a iniciar un largo pero provechoso camino hacia la erradicación de toda la pobreza y la discriminación, incluida la indígena.

GARANTÍA MOBILIARIA: NOVEDAD Y REIVINDICACIÓN

Martín Mejorada Chauca*
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

Todas las normas son imperfectas, dado que, de una u otra manera, en el Derecho, a diferencia de lo que sucede con otras profesiones, siempre quedan vacíos y, sobre todo, las más variadas interpretaciones se encuentran a la orden del día.

Con la finalidad de evitar los riesgos inherentes a toda nueva ley, el doctor Mejorada, en el presente artículo, hace un breve recuento sobre los principales aspectos de la Nueva Ley de la Garantía Mobiliaria, desarrollando temas como los derechos de las partes dentro de una relación jurídica, donde los derechos del acreedor se encuentran respaldados por una garantía mobiliaria, la extensión de dicha garantía en relación al crédito garantizado y al bien mismo, los mecanismos de ejecución de la garantía mobiliaria, entre otros temas de fundamental importancia.

Recomendamos la lectura del presente artículo, a fin de que, sobre la base del conocimiento de los beneficios que la novedosa garantía mobiliaria nos concede y, sobre todo, de su flexibilidad, esta sea constantemente utilizada, de tal manera que el otorgamiento de créditos sea incentivado, con todos los beneficios que ello supone.

* Socio del estudio Jorge Avendaño Abogados. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La Ley 28677 (en adelante Ley o LGM)¹ ha creado una nueva categoría jurídica: “La Garantía Mobiliaria”. También ha establecido un régimen de oponibilidad para todos los negocios sobre muebles a partir de lo que denomina “Sistema Integrado de Garantías y Contratos”². El inédito régimen de oponibilidad es un aporte fundamental de la Ley; sin embargo, la “estrella” es la Garantía Mobiliaria, garantía que es “novedad” y, al mismo tiempo, “reivindicación” de viejos planteamientos³, esos que por años han exigido la puesta en marcha de un verdadero sistema de garantías a favor del crédito.

Son numerosos los aspectos que merecen comentario. Me ocuparé brevemente de los más relevantes, a saber: i) noción y naturaleza jurídica; ii) constitución; iii) derechos y obligaciones de las partes; iv) extensión; y, v) ejecución. Para facilitar la lectura de este artículo e inducir a un acercamiento directo con la Ley, a pie de página se han transcrito las normas relevantes.

Si bien debe felicitarse la innovación y el rescate de propuestas, estamos ante una Ley no exenta de críticas. El panorama que presento en las siguientes líneas describe el régimen de la Garantía Mobiliaria; sin embargo, a la vez, cuestiona algunos vacíos y excesos.

I. NOCIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA

¿Qué es la Garantía Mobiliaria? Es la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico por la cual se asegura el cumplimiento de una obligación. La Garantía Mobiliaria puede darse con o sin entrega del bien. De acuerdo al segundo párrafo del artículo 17

de la Ley⁴, para su oponibilidad la garantía requiere inscribirse en el Registro Mobiliario de Contratos (bienes no registrados⁵) o en el Registro Jurídico de Bienes (muebles registrados⁶). La inscripción no es constitutiva de la garantía; sin embargo, sino se realiza, el acreedor no podrá oponer su derecho a otros acreedores o adquirentes del bien.

La Sexta Disposición Final de la LGM deroga las normas sobre prenda del Código Civil y todas las disposiciones sobre prendas especiales, de modo que, en adelante, la Garantía Mobiliaria comprende a la *prenda ordinaria* y a las llamadas “*prendas con registro*” (prenda agraria, prenda industrial, prenda minera, prenda global y flotante, etcétera)⁷.

A partir de una misma categoría (Garantía Mobiliaria) se pueden constituir hasta cinco fórmulas de aseguramiento o relaciones de garantía, a saber: i) garantía con entrega del bien sin inscripción; ii) garantía con entrega del bien más inscripción en un Registro Jurídico de Bienes; iii) garantía con entrega del bien, más inscripción en el Registro Mobiliario de Contratos; iv) garantía sin entrega del bien, pero con inscripción en un Registro Jurídico de Bienes; y, v) garantía sin entrega del bien, pero con inscripción en el Registro Mobiliario de Contratos.

Las primeras cuatro corresponden a la prenda ordinaria del Código Civil (prenda con entrega física y prenda con entrega jurídica, artículos 1058 y 1059, aunque, en el caso de la segunda y tercera, son situaciones no usuales que, sin embargo, tendrán relevancia en el ámbito de la LGM por la oponibilidad que genera el

¹ La LGM se publicó el 1 de marzo de 2006 y conforme a su Primera Disposición Final entrará en vigencia el 1 de junio de 2006. Algunas voces en el Congreso de la República vienen comentando la posibilidad de prorrogar su entrada en vigencia para más adelante.

² El artículo 32 de LGM permite que, además de la Garantía Mobiliaria, se inscriba en el Sistema Integrado de Garantías y Contratos cualquier negocio sobre bienes muebles, tales como cesión de derechos, fideicomisos, arrendamientos, contratos preparatorios, etcétera. Los contratos inscritos son oponibles incluso contra los poseedores. Esta solución de la LGM es muy discutible tratándose de aquellos actos inscritos en el Registro Mobiliario de Contratos donde la publicidad no es efectiva. En otra oportunidad desarrollaré este tema.

³ Desde las aulas de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y otras universidades, acompañados del entusiasmo y lucidez del maestro Jorge Avendaño V., un grupo de profesores hemos venido impulsando la modificación del esquema tradicional de garantías a favor de uno que privilegie el cumplimiento de las obligaciones. La ausencia de un verdadero “sistema de garantías” (sencillo, ordenado y con objetivos claros) ha sido el reclamo permanente. La Ley de la Garantía Mobiliaria resuelve gran parte del problema.

⁴ “Artículo 17.- Constitución.

Para que la garantía mobiliaria sea oponible frente a terceros debe estar inscrita en el Registro correspondiente”.

⁵ Son bienes normalmente fungibles respecto de los cuales no existe un registro que dé cuenta de su origen, modificaciones, transferencias, cargas, etcétera. Por ejemplo, las mesas, los lapiceros, los libros, los televisores, las computadoras, los insumos, etcétera no cuentan con un registro propio. Sin embargo, a partir de la vigencia de la LGM los negocios que se celebren respecto de estos bienes pueden acceder al Registro Mobiliario de Contratos donde la información no se obtiene por el bien, ni contiene el detalle del mismo, sino a partir de la identidad de las personas que intervienen.

⁶ Son los bienes identificables que sí tienen un registro que informa directamente sobre ellos. Es el caso de los automóviles, las marcas, las naves y aeronaves, los derechos intelectuales, etcétera, todos los cuales cuentan con un registro preexistente. Estos registros detallan la situación jurídica de los bienes. El acceso a la información es sencillo y confiable.

⁷ Según la Sexta Disposición Final de la LGM, quedan derogados los artículos 1055 al 1090 inclusive del Código Civil; los incisos 4, 6 y 9 del artículo 885 del Código Civil; el artículo 1217 del Código Civil; los artículos 315, 316 y 319 del Código de Comercio; los artículos 178 al 183 inclusive del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo 014-92-EM; los artículos 82 al 87 inclusive de la Ley 23407, Ley General de Industrias; la Ley 2402, Ley de Prenda Agrícola; el inciso 12 del artículo 132, el inciso 1 del cuarto párrafo del artículo 158 y el artículo 231 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros; Ley 6565, Ley del Registro Fiscal de Ventas a Plazos para Lima, Callao y Bañeros; Ley 6847, Ley Ampliatoria de la Ley 6565; Ley 2411, Ley de la Hipoteca Naval; el artículo 44 inciso c) y los artículos 49 al 53 de la Ley 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú; Ley 27682, que modifica el artículo 172 de la Ley 26702; Ley 27851, Ley que modifica la Ley 27682; las disposiciones legales y reglamentarias referentes a la prenda de acciones, así como todas las leyes y demás disposiciones que se opongan a la referida Ley.

Sistema Integrado de Garantías y Contratos a partir de la inscripción). La quinta corresponde al esquema de las prendas con registro de la legislación especial.

La Garantía Mobiliaria no se queda en la unificación de las prendas, sino que permite la libre estipulación de garantías sin desplazamiento a favor de cualquier persona y sobre cualquier mueble (de los señalados en el artículo 4 de la LGM)⁸, lo que no ocurre en el régimen de las prendas con registro, el cual reserva estas garantías para ciertos acreedores, ciertos créditos y ciertos bienes⁹.

Con la entrada en vigencia de la LGM, todas las garantías sobre muebles recibirán el mismo tratamiento legal. La cuestión es: más allá de compartir la categoría nominal (Garantía Mobiliaria), ¿todas las fórmulas de aseguramiento antes mencionadas tienen la misma naturaleza jurídica? Opino que no.

En el ámbito de la Garantía Mobiliaria, existen relaciones que se basan en la afectación real de un bien (de la primera a la cuarta antes mencionadas), lo que implica

la posibilidad material de perseguir el mueble donde quiera que se encuentre y sin importar que se haya transferido o que sobre él se hayan constituido nuevos gravámenes o cargas. No es una mera afirmación de la ley o de la dogmática, sino de una apreciación real. Se sustenta en la posesión que ejerce el acreedor o un tercero, o en la inscripción en un Registro Jurídico de Bienes. Esta es la característica esencial de los *derechos reales de garantía* y de los *derechos oponibles* en general. Dicha particularidad no se presenta en los casos de Garantía Mobiliaria sobre bienes no registrados sin desposesión, pese a su inscripción en el Registro Mobiliario de Contratos. En estos casos, el acreedor no goza de una efectiva persecutoriedad. Como el bien se queda en poder del dueño, éste puede disponer de él sin informar al acreedor, lo que implica que el bien se puede perder en un mar de consumidores de buena fe, a los que resultará muy difícil, sino imposible, oponer la Garantía Mobiliaria.

El artículo 13 de la LGM¹⁰ señala que el gravamen se mantiene aunque el bien no registrado se transfiera a

⁸ "Artículo 4.- Bienes muebles comprendidos en esta Ley.

La garantía mobiliaria a que se refiere la presente Ley puede constituirse sobre uno o varios bienes muebles específicos, sobre categorías genéricas de bienes muebles o sobre la totalidad de los bienes muebles del constituyente de la garantía mobiliaria, sean presentes o futuros, corporales o incorporeales. Pueden ser objeto de la garantía mobiliaria:

1. Los vehículos terrestres de cualquier clase.
2. Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.
3. Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal.
4. Los materiales de construcción o procedente de una demolición si no están unidos al suelo.
5. Los inventarios, estén constituidos por bienes fungibles o no fungibles.
6. El saldo de cuentas bancarias, depósitos bancarios, cuentas de ahorro o certificados de depósito a plazo en bancos u otras entidades financieras.
7. Conocimientos de embarque o títulos de análoga naturaleza.
8. Las acciones o participaciones en sociedades o asociaciones, aunque sean propietarias de bienes inmuebles.
9. Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patente, nombres comerciales, marcas y otros similares.
10. Los créditos, con o sin garantía mobiliaria.
11. Los títulos valores de cualquier clase incluyendo aquellos amparados con hipoteca o los instrumentos en los que conste la titularidad de créditos o derechos personales, excepto los cheques.
12. Los bienes muebles futuros.
13. Las pólizas de seguro.
14. El derecho de obtener frutos o productos de cualquier bien.
15. Todo tipo de maquinaria o equipo que conserve su carácter mobiliario.
16. Los derechos a dividendos o a utilidades de sociedades.
17. Todo bien mueble dado en arrendamiento financiero o arrendado.
18. Las concesiones privadas que sean muebles y que no tengan carácter personalísimo.
19. Las naves y aeronaves.
20. Los pontones, plataformas y edificios flotantes.
21. Las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles.
22. En general, todos los bienes muebles, registrados o no registrados, excepto las remuneraciones, el fondo de compensación por tiempo de servicios, los warrants y los Certificados de Depósito.

Los bienes muebles inembargables, señalados en el artículo 648 del Código Procesal Civil, no están afectos a garantía mobiliaria.

No pueden afectarse en garantía mobiliaria los recursos que constituyen el encaje bancario de conformidad con el artículo 163 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Tampoco están afectos a garantía mobiliaria los bienes que integran los Fondos de Aportes Obligatorios, el Encaje Legal, el Fondo de Longevidad, el Fondo Complementario y los demás señalados en el artículo 20 del Decreto Supremo 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones".

⁹ Las prendas con registro son fórmulas sectoriales expedidas en diferentes momentos de nuestra historia legislativa para atender necesidades concretas de ciertos sectores de la economía del país, lo cual explica que su ámbito se haya restringido a los agentes, créditos y bienes vinculados al sector materia de regulación. Así, por ejemplo, la prenda agrícola se estableció para asegurar créditos agrícolas, otorgados a favor de agricultores mediante la afectación de bienes destinados a la actividad agraria. Todas las prendas con registro juntas no logran comprender a todos los bienes, de modo que, en los hechos, hay muchos agentes económicos que no pueden constituir garantía sin desplazamiento. Esto queda resuelto con la LGM.

¹⁰ "Artículo 13.- Persecutoriedad de la garantía mobiliaria.

La enajenación que hiciere el constituyente o el eventual adquirente del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, no perjudicará la plena vigencia de ésta. Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige cuando el bien mueble afectado en garantía mobiliaria es adquirido en tienda o local abierto al público y siempre que sea amparado por comprobante de pago del transferente. Se excluye de esta regla el caso de los bienes muebles inscritos en un Registro Jurídico de Bienes".

terceros, salvo que la transferencia se haya realizado en un local abierto al público. En la práctica, los terceros que adquieren derechos sobre el bien gravado no tienen cómo saber a ciencia cierta que existe la Garantía Mobiliaria. Esto es así porque el Registro Mobiliario de Contratos no informa sobre la situación de los bienes a partir de una identificación de estos, sino sobre la situación patrimonial de las personas, de la cual resulta muy difícil identificar el bien. Por ello, sostengo que la naturaleza de estas garantías (sobre bienes no registrados y sin desplazamiento) es distinta a los derechos reales de garantía. En las garantías sin desplazamiento y sobre bienes no registrados (hoy regulados como prendas con registro) no existe verdadera oponibilidad, pese a su denominación e incluso a lo que dice la Ley sobre la persecutoriedad. Su atractivo en el mercado reposa en la sanción penal que se genera por la negativa del dueño a entregar el bien cuando el acreedor lo requiere (artículo 50 de la LGM), no en la persecutoriedad.

Ahora bien, el caso especial y polémico ocurre con la garantía constituida con entrega y sin inscripción, pues pese a que la posesión del acreedor o tercero es un elemento de oponibilidad suficiente, la inscripción en el Registro Mobiliario de Contratos de cualquier otro derecho incompatible hará preferir a éste último (artículo 17 LGM). Para la Ley, la entrega del bien no es un elemento de oponibilidad, sino la inscripción en dicho registro. Esta solución contradice la fuerza real de la posesión y la oponibilidad efectiva que conlleva.

En resumen, así como en la situación actual la prenda ordinaria y las prendas con registro no comparten la misma naturaleza jurídica (una goza de efectiva persecutoriedad y las otras no), así también al interior de la Garantía Mobiliaria se repite esta diferencia estructural. La Garantía Mobiliaria da lugar a relaciones con diferente naturaleza según la manera como se extiende cada contrato o acto unilateral.

¿La Garantía Mobiliaria es un *derecho real*? Como sabemos, la vieja distinción entre derechos reales y personales ha pasado de la crisis a la inocuidad; sin embargo, debemos responder. La LGM no utiliza el término “derecho real” en ningún momento, lo que

se explica precisamente por la diversidad de relaciones de garantía que alberga. Si prescindimos del nombre, debemos concluir que la Ley da lugar a derechos reales sólo en los casos de garantía con entrega o con inscripción en un Registro Jurídico de Bienes, pues sólo en esos casos hay verdadera oponibilidad.

Por el contrario, si la garantía se constituye sin entrega y con la sola inscripción en el Registro Mobiliario de Contratos, el derecho tendrá otra naturaleza. Tener presente esta diferencia no sólo tiene utilidad conceptual, sino que permite discriminar en la aplicación de algunas normas de la LGM. Por ejemplo, la presunción contenida en el artículo 38 de la Ley¹¹, según la cual la inscripción se presume conocida, no puede tener el mismo valor para un derecho real que para uno que no lo es. La garantía inscrita en el Registro Jurídico de Bienes produce conocimiento cierto sobre la situación legal del bien, no así el Registro Mobiliario de Contratos.

II. CONSTITUCIÓN

La constitución de una garantía real se estudia sobre la base de dos conceptos fundamentales: *título* y *modo*. En la regulación de la prenda del Código Civil se distinguen perfectamente estos dos momentos. Título es la fuente de la garantía (el contrato o la ley); modo es el acto de publicidad por el cual se exterioriza el nacimiento del derecho real (entrega del bien o inscripción en un registro de bienes). Lo mismo en las prendas con registro: las diversas normas que se ocupan de ellas convienen en que el derecho nace con la inscripción del título en el respectivo registro de contratos.

La LGM no diferencia momentos. Según el artículo 17¹², la Garantía Mobiliaria se constituye mediante contrato celebrado entre el titular del bien mueble (deudor o no) y el acreedor, o por acto unilateral extendido por el titular del bien. La Ley no lo dice; sin embargo, debemos entender que, tratándose del acto unilateral, la relación jurídica sólo surge cuando el acreedor toma conocimiento del título otorgado, pues resulta contrario a los principios de libertad económica que la Garantía Mobiliaria se considere existente pese al desconocimiento de su titular.

¹¹ “Artículo 38.- Presunción de conocimiento.

La inscripción en el Registro correspondiente se presume conocida, sin admitirse prueba en contrario”.

¹² “Artículo 17.- Constitución.

La relación jurídica entre las partes derivada de la garantía mobiliaria sobre el bien mueble se constituye mediante acto jurídico constitutivo unilateral o plurilateral, debidamente otorgado con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación.

Para que la garantía mobiliaria sea oponible frente a terceros debe estar inscrita en el Registro correspondiente.

El acto jurídico constitutivo constará por escrito y podrá instrumentarse por cualquier medio fehaciente que deje constancia de la voluntad de quien lo otorga, incluyendo el télex, telefax, intercambio electrónico de datos, correo electrónico y medios ópticos o similares, de conformidad con la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, el Decreto Supremo N° 019-2002-JUS, Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales, y las demás normas aplicables en esta materia.

Cuando la garantía mobiliaria se constituya por un tercero, no se requerirá del consentimiento del deudor”.

El acto debe constar por escrito. Esta formalidad no es requisito de validez del negocio jurídico pues la norma no ha sancionado con nulidad su inobservancia (artículo 144 del Código Civil). La inscripción en el Registro Mobiliario de Contratos o en el Registro Jurídico de Bienes sólo tiene el efecto de oponer la garantía a terceros. El derecho nace del mero título.

El acto constitutivo debe cumplir los requisitos señalados en el artículo 19 de la LGM¹³. A diferencia del Código Civil y parte de la legislación especial sobre prendas con registro, la LGM no señala si los mencionados requisitos son condición de validez del acto, aunque dice que ellos son elementos “mínimos” del acto. El listado del artículo 19 contiene elementos a los que se les reconoce fácilmente como esenciales a la garantía (por ejemplo, la identidad del acreedor, el monto del gravamen y la obligación garantizada); sin embargo, también se señalan aspectos accesorios (por ejemplo, el valor del bien, los datos de inscripción del bien registrado y el plazo de vigencia de la garantía). Tratándose de estos últimos, su ausencia no debería ocasionar la invalidez del acto. La precisión es importante pues si los requisitos del artículo 19 son todos de validez, basta la ausencia de alguno para que se considere que no hay vínculo entre las partes, mientras que si estamos ante omisiones de menor

gravedad, el vínculo podría ser el instrumento para subsanar las ausencias sin desconocer el negocio.

Todos los requisitos del artículo 19 deben constar en un formulario de inscripción que aprobará la SUNARP. A efectos de su inscripción en el registro correspondiente, el formulario debe estar certificado por un Notario Público, quien realiza las constataciones señaladas en el artículo 34 de la Ley¹⁴.

Una novedad de la Ley es la llamada “*Garantía Preconstituida*”, la cual se refiere a bienes ajenos, bienes futuros y obligaciones futuras y eventuales, que se pueden inscribir en el registro correspondiente según la naturaleza del bien. Tratándose de bienes futuros la inscripción se realiza en el Registro Mobiliario de Contratos mientras la garantía no adquiere eficacia (artículo 20 de la LGM)¹⁵.

III. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

En la Garantía Mobiliaria, las partes son el acreedor de la obligación garantizada y el constituyente de la garantía. Este último es sucedido por el adquirente del bien. Pueden presentarse otros personajes auxiliares que, aunque no son parte de la garantía, cumplen un rol importante. Me refiero al tercero depositario y al apoderado designado para la venta extrajudicial del bien o para la adjudicación vía pacto comisorio.

¹³ “Artículo 19.- Contenido del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria.

El acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria deberá contener como mínimo:

1. Los datos que permitan la identificación, incluyendo el domicilio, del constituyente, del acreedor garantizado y del deudor, así como la firma escrita o electrónica cuando menos del primero.
2. En caso de bienes no registrados, la declaración jurada del constituyente sobre su condición de propietario del bien mueble afectado en garantía mobiliaria. El constituyente asumirá las responsabilidades civiles o penales que pudieran derivarse de la falsedad o inexactitud de esta declaración.
3. El valor del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, acordado entre las partes o fijado por un tercero de común acuerdo.
4. El monto determinado o determinable del gravamen.
5. La identificación y la descripción del bien mueble afectado en garantía mobiliaria. La descripción se realizará preferentemente de forma específica o genérica, según lo acuerden las partes.
6. La descripción específica o genérica de la obligación garantizada, según lo acuerden las partes.
7. El nombre o razón social, documento oficial de identidad y domicilio del depositario, si fuera el caso.
8. La fecha cierta del acto jurídico constitutivo.
9. El plazo de vigencia de la garantía mobiliaria. Podrá pactarse un plazo indefinido. En defecto de plazo pactado, se presume que es indefinido.
10. La forma y condiciones de la ejecución del bien mueble afectado en garantía mobiliaria.
11. Indicación de los datos de inscripción del bien mueble en un Registro Jurídico de Bienes, cuando corresponda.
12. Identificación de los representantes a que se refieren los artículos 47, inciso 1, y 53, numeral 53.6, de ser el caso.

Toda la información que antecede deberá constar en el formulario de inscripción correspondiente”.

¹⁴ “Artículo 34.- Formulario de Inscripción.

Para la inscripción de los actos señalados en el artículo 32 de la presente Ley en el Registro correspondiente, tiene mérito suficiente el Formulario de Inscripción aprobado por la SUNARP suscrito por los otorgantes del acto, en donde conste la información señalada en el artículo 19. Dicho Formulario tendrá carácter de declaración jurada y deberá estar certificado por un notario público.

Los Formularios de Inscripción deberán incluir la posibilidad de incorporar uno o más actos inscribibles o bienes objeto de garantía mobiliaria.

En la certificación a la que se refiere el párrafo anterior, el notario público verificará bajo responsabilidad, la identidad y capacidad de los suscriptores. Tratándose de garantías mobiliarias, deberá verificar además que el Formulario de Inscripción esté completo, cumpliendo con todos los requisitos señalados en el artículo 19 de la presente Ley. En el caso de los demás actos inscribibles, verificará el cumplimiento de los requisitos que la SUNARP establezca para tal efecto. La certificación no supone la evaluación de la legalidad ni de la validez de la garantía o del acto inscribible.

El Formulario de Inscripción se extenderá y certificará por lo menos en duplicado. Un ejemplar del mismo quedará en poder del notario, quien lo guardará y custodiará, pudiendo expedir traslados del mismo con valor legal. Otro ejemplar será destinado al archivo del Registro correspondiente”.

¹⁵ “Artículo 20.- Garantía mobiliaria preconstituida.

Puede preconstituirse la garantía mobiliaria en los siguientes casos:

1. Sobre bien mueble ajeno, antes de que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien mueble.
2. Sobre bien mueble futuro, antes de que exista.
3. Para asegurar obligaciones futuras o eventuales.

En los casos mencionados, deberá dejarse constancia en el acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria del carácter ajeno o futuro del bien mueble o del carácter futuro o eventual de la obligación garantizada”.

3.1 Derechos y deberes del constituyente y del eventual adquirente o depositario

El artículo 11¹⁶ se ocupa de los derechos y deberes del constituyente o, en su caso, del eventual adquirente del bien mueble afecto a Garantía Mobiliaria. Según esta norma, salvo pacto distinto, estas personas tienen los siguientes derechos y deberes:

- 3.1.1 Derecho a usar, disfrutar y disponer del bien afectado en garantía, incluidos sus frutos y productos. Deben abstenerse de todo acto que importe el abuso del bien

La constitución de una garantía genera el derecho a cobrar la obligación con cargo a la venta del bien. Nacida la garantía, el dominio continúa en poder del constituyente o de quien éste decida. En consecuencia, aun cuando el bien soporta un gravamen, el propietario conserva los atributos más importantes: uso, disfrute y disposición. Así pues, no sorprende que la norma afirme la plena vigencia de los atributos antes señalados.

Llama la atención que se permita el pacto en contrario, pues, hasta ahora, la postura de la legislación civil fue reacia a esta posibilidad, en particular, con relación al atributo de la disposición. El artículo 882 del Código Civil señala que: "No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita". La LGM se convierte así en una excepción a la norma prohibitiva. En la Garantía Mobiliaria se permite que el constituyente quede obligado a no disponer, lo que implica la prohibición válida de constituir nuevas garantías sobre el mismo bien o de transferir la propiedad u otro derecho.

El pacto de no disposición es válido en el marco de una Garantía Mobiliaria. No se puede acordar como una condición autónoma. Otro pacto válido para no disponer es el previsto en el artículo 101 de la Ley General de Sociedades, el cual está sometido a un plazo

máximo de 10 años y debe indicarse en el estatuto. En la Garantía Mobiliaria no hay plazo máximo; sin embargo, se entiende que, siendo una condición del acto constitutivo, dicho pacto sólo rige mientras exista garantía.

De otro lado, la norma incluye una prohibición contra el abuso del bien. Se puede usar, disfrutar y disponer, aunque sin abuso ¿Qué se entiende por abuso del bien? La norma se refiere al abuso del derecho. El sistema jurídico nunca ampara el abuso del derecho (artículo 103 de la Constitución y artículo II del Título Preliminar del Código Civil). En la fórmula general del abuso del derecho, la víctima sufre un daño patrimonial o personal. En la Garantía Mobiliaria, el abuso del propietario se traduce en una pérdida de valor del bien, lo que evidentemente amenaza el resultado de la ejecución y el pago de la obligación garantizada. También hay abuso si por los actos del dueño se dificulta la ejecución. Esto ocurre, por ejemplo, si los actos de disposición complican la recuperación física del bien para efectos de su venta o para el ejercicio del pacto comisorio.

El propietario abusaría de su derecho si excede las conductas que normalmente se esperan para la explotación o disposición. Por ejemplo, si al usar no adoptara los cuidados razonables para la conservación del bien, o si al disponer realizara sucesivos actos de entrega poniendo en peligro el valor del mueble gravado.

- 3.1.2 Obligación de entregar el bien al representante designado para su venta o, en su defecto, al acreedor cuando éste notifique al constituyente su decisión de proceder a la ejecución

Ésta es una obligación fundamental en la funcionalidad de la Garantía Mobiliaria, y está referida a la entrega del bien con fines de ejecución. Para vender el bien es indispensable contar con él, no sólo para ofrecerlo al

¹⁶ "Artículo 11.- Derechos y deberes del constituyente y del eventual adquirente o depositario.

El constituyente o, en su caso, el eventual adquirente del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, tendrá, salvo pacto distinto, los siguientes derechos y deberes:

1. El derecho de usar, disfrutar y disponer del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, incluidos sus frutos y productos. Deberá abstenerse de todo acto que importe abuso del bien mueble;
2. La obligación de entregar la posesión del bien mueble dado en garantía mobiliaria al representante designado para su venta o, en su defecto, al acreedor garantizado cuando éste notifique al constituyente su decisión de proceder a la ejecución de la garantía mobiliaria;
3. La obligación de conservar el bien mueble afecto en garantía mobiliaria y, consecuentemente, evitar su pérdida o deterioro. Si el constituyente o, en su caso, el eventual adquirente, dañara o pusiera en peligro el bien mueble dado en garantía mobiliaria, el acreedor garantizado tendrá derecho a exigir su entrega en depósito a una tercera persona o proceder a la ejecución de la garantía mobiliaria conforme al Título III de la presente Ley, sin perjuicio del derecho a solicitar la entrega de un bien mueble de igual o mayor valor al que reemplaza; el deterioro o daño del bien mueble se verificará comparando el estado de conservación encontrado, con el declarado en el inciso 5 del artículo 19 de la presente Ley o mediante peritaje acordado entre las partes;
4. La obligación de permitir que el acreedor garantizado inspeccione en cualquier momento el bien mueble afectado en garantía mobiliaria para verificar su cantidad, calidad y estado de conservación. Dicha inspección no debe perturbar la posesión pacífica y regular del constituyente o, en su caso, del eventual adquirente; y,
5. La obligación de informar, por conducto notarial, al acreedor garantizado sobre la ubicación, traslado, venta, transformación o transferencia del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, que no está incorporado en un Registro Jurídico.

Es aplicable al eventual depositario lo establecido en los incisos 2, 3, 4 y 5 de este artículo".

mercado, sino para transferir el dominio (artículo 947 del Código Civil) ¿Quién compraría un bien que no puede ver?, y ¿cómo se transferiría la propiedad del mueble sin entregarlo? Se entiende pues la importancia de la entrega. Naturalmente, se está hablando de entrega como tradición real y no como tradición ficta o entrega jurídica (artículos 901 y 902 del Código Civil).

Aquí es necesario adelantar algunas líneas sobre la ejecución de la Garantía Mobiliaria. La ejecución es extrajudicial si se ha pactado entre las partes. La venta del bien necesariamente debe formalizarla un tercero distinto del acreedor (artículo 47 incisos 1 y 3 de la LGM). Asimismo, el acreedor y el constituyente pueden pactar que el primero se quede con el bien en pago de la obligación garantizada (pacto comisorio previsto en el artículo 53 de la LGM). En todos estos casos la entrega del bien es inevitable.

¿Qué ocurre si no se cumple con la entrega? El artículo 50 de la LGM¹⁷ señala que el depositario es civil y penalmente responsable si no entrega el bien cuando debe hacerlo. Esta responsabilidad es el centro de atención y la clave de la garantía tratándose de bienes no registrados.

3.1.3 Obligación de conservar el bien. Si el constituyente o, en su caso, el eventual adquirente, dañara o pusiera en peligro el mueble, el acreedor tendrá derecho a exigir su entrega en depósito a un tercero o proceder a la ejecución de la garantía, sin perjuicio del derecho a solicitar la entrega de un bien de igual o mayor valor al que reemplaza

Como todas las normas del artículo 11, cuando se indica la obligación del constituyente o del eventual adquirente del bien, se refiere al poseedor quien siempre tiene la calidad de depositario (artículos 12 y 50 de la LGM). El artículo 11 parece decir en su parte final que hay poseedores que no son depositarios, pero ello es un error pues, dada la existencia de la Garantía Mobiliaria, el poseedor siempre es depositario, sea que el bien permanezca en poder del constituyente (o adquirente), o que se entregue al acreedor o a un tercero. Dicha calidad de depositario es indispensable para el funcionamiento de la garantía sobre bienes no registrados. De lo contrario, los poseedores podrían burlar al acreedor sin mayor consecuencia.

Como todo depositario, el poseedor tiene el deber de custodia y conservación, evitando su pérdida o

deterioro (artículos 1814 y siguientes del Código Civil).

La norma describe lo que ocurre en caso de daño o peligro del bien: entrega a un tercero o ejecución anticipada. Es un derecho del acreedor, por lo que su ejercicio sólo es concebible cuando el bien estuvo en poder del constituyente o adquirente. Otra alternativa habría sido que el bien se entregue al acreedor; sin embargo, dicha posibilidad no ha sido considerada por la norma. El pacto puede suplir esta omisión legislativa.

Hay un problema en la redacción de la norma. Al otorgar el derecho a pedir otro bien del mismo o mayor valor, señala que es "sin perjuicio" del derecho a la ejecución anticipada o la entrega del bien a un tercero. El derecho a otro bien supone un reemplazo del bien dañado o expuesto al peligro, tal como la propia norma lo revela. Si el bien se reemplaza, no puede al mismo tiempo ser ejecutado o entregado a un tercero. En consecuencia, pese al texto de la norma, debemos entender que el acreedor elige entre la entrega del bien, la ejecución anticipada o el reemplazo. Ahora bien, nada obsta para que algunas de estas medidas se den de manera sucesiva (por ejemplo, ante el daño o peligro del bien, el acreedor pide la entrega como medida precautoria pero, al mismo tiempo, exige su reemplazo).

La fórmula para establecer si hay daño o deterioro (comparar el estado actual con el señalado en el título), se refiere fundamentalmente a cosas materiales, pues conlleva la comparación del estado del objeto a partir de la descripción del bien en el acto constitutivo. No debemos olvidar que hay bienes inmateriales como los créditos que igualmente se perjudican y pierden valor por el descuido del poseedor (prescripción de la acción o mora del acreedor). Debemos aplicar la norma en lo que fuere pertinente. Es decir, ante situaciones como las indicadas, el acreedor puede pedir la ejecución anticipada (cobro o venta del crédito) o la sustitución del bien (cambio del crédito por otro de igual o mayor valor).

Finalmente, la alternativa del peritaje para establecer si existe daño o deterioro del bien no debe considerarse la única posibilidad. Nada impide estipular otras fórmulas para establecer el grado de daño que afecta al bien, como, por ejemplo, el recurso a las cotizaciones bursátiles u otras fuentes no periciales. El pacto tiene la palabra.

¹⁷ "Artículo 50.- Responsabilidad del poseedor del bien mueble.

En la garantía mobiliaria a que se refiere esta Ley, el poseedor del bien mueble afectado en garantía es responsable civil y penalmente, con la calidad de depositario, de la custodia y entrega inmediata del bien mueble a quien corresponda".

3.1.4 Obligación de permitir que el acreedor inspeccione el bien para verificar su cantidad, calidad y estado de conservación. Dicha inspección no debe perturbar la posesión del constituyente o, en su caso, del eventual adquirente

El acreedor tiene derecho sobre el valor del bien mueble. Con él se cobrará la obligación garantizada en caso de incumplimiento. Es decir, el interés del acreedor reposa fundamentalmente en el valor. El bien es sólo la expresión de ese valor. Por ello, es natural que la Garantía Mobiliaria otorgue al acreedor mecanismos para asegurar que el importe recibido en garantía se mantenga en el tiempo.

La inspección es la verificación del coste. Verificar cantidad, calidad y estado de conservación no es más que un examen de valoración. El acto de inspección puede ser muy sencillo o revestir cierta complejidad según la naturaleza del bien. Si el bien es uno cuyo funcionamiento o conservación requiere de pruebas técnicas, el derecho de inspección comprende la realización de dichas pruebas. El acreedor también puede verificar los procesos de custodia y conservación que el poseedor utiliza para el cuidado del bien, pues en ellos podría estar la causa de un eventual perjuicio.

La norma describe el derecho de inspección en un escenario donde el bien está en poder del constituyente o un adquirente. Sin embargo, la inspección también es un derecho cuando el bien está en poder de un tercero desde el acto constitutivo.

Permitir la inspección es un deber general de todo depositario según los principios que emanan de la regulación civil sobre el depósito (artículo 1815 y siguientes del Código Civil). No olvidemos que constituida la Garantía Mobiliaria con o sin desplazamiento, quien se queda con el bien siempre tiene la calidad de depositario.

Se podría creer que la inspección sólo es posible en bienes ciertos y existentes; empero, debemos interpretar la norma en su fundamento y así permitir que el acreedor verifique todo lo concerniente al bien dado en garantía, a fin de asegurarse que tenga el valor esperado para una eventual ejecución, aun tratándose de géneros o bienes futuros. En los géneros (por ejemplo, 100 televisores de 14 pulgadas), el acreedor puede inspeccionar el lugar de depósito de los bienes, verificando especialmente que el mecanismo de flujo y reposición asegure la permanencia de la especie y número comprendidos en la garantía mobiliaria. En el caso de los bienes

futuros, la inspección comprende el examen de los procesos destinados a hacer que el bien exista.

Finalmente, la norma indica que la inspección no debe perturbar la posesión pacífica y regular del constituyente o adquirente. En realidad, la inspección siempre es perturbación. La advertencia de la norma debe entenderse como un aviso para ponderar la perturbación, buscando siempre el momento y forma más adecuados para la visita. Aquí hay que conducirse con especial prudencia. No se puede admitir que el poseedor abuse del derecho a no ser perturbado ni que el acreedor abuse del derecho a inspeccionar. No es mala idea si las partes pactan en el contrato de garantía la forma y oportunidad de la inspección a fin de evitar discusiones posteriores.

3.1.5 Obligación de informar al acreedor sobre la ubicación, traslado, venta, transformación o transferencia del bien no registrado

La norma sólo se ocupa de los bienes no registrados, entendiéndose que en ellos es mayor el peligro de fraude y pérdida real de la persecutoriedad. Los terceros que adquieren derechos sobre el bien podrían no conocer la Garantía Mobiliaria, pese a su inscripción en el Registro Mobiliario de Contratos. Por ello, es muy importante que el constituyente o adquirente informe al acreedor sobre los cambios físicos y/o jurídicos del bien. Con esta información, el acreedor puede tomar sus previsiones y ejercer adecuadamente sus derechos.

La exoneración de informar respecto a los bienes registrados no se justifica. Tratándose de ellos, su transferencia, traslado o transformación son hechos relevantes que no necesariamente se registran, por lo que pueden generar inconvenientes al acreedor que desconoce la situación material de los bienes.

Cabe preguntarse qué ocurre si el constituyente o adquirente no cumplen con este deber de información. Es de aplicación el segundo párrafo del artículo 12 de la LGM, según el cual el acreedor garantizado puede adelantar la ejecución ante la sospecha de que la falta de información podría perjudicar su derecho. Sin embargo, esta medida no es contundente porque si ya el bien ha salido del ámbito del constituyente, no se podrá ejecutar algo que no está.

Es recomendable que las partes estipulen algunas medidas que incentiven el cumplimiento de esta norma. Las cláusulas penales serán muy útiles. De esta manera, el constituyente se preocupará de hacer saber al adquirente sobre la obligación que, a su vez, el primero tiene de informar las modificaciones físicas y/o jurídicas del bien.

3.2 Derechos y deberes del acreedor garantizado

Los derechos y deberes del acreedor garantizado se señalan en el artículo 12¹⁸. Según esta norma, el acreedor garantizado, salvo pacto distinto, tiene derecho a:

3.2.1 Ejecutar la garantía cuando se produzca el incumplimiento de la obligación garantizada. Excepcionalmente, el acreedor puede ejecutar la garantía antes del vencimiento, cuando cuente con fundamentos de que el bien no se encuentra conservado o descubriera otras circunstancias que pudieran dificultar o hacer imposible la ejecución

La ejecución consiste en la venta del bien o en su adjudicación al acreedor con el fin de pagar la obligación garantizada. El detalle de la ejecución está en el Título III de la LGM. Tradicionalmente, se ha entendido que la ejecución es el acto de transferir para pagar; sin embargo, nada obsta para que la ejecución se entienda simplemente como una conversión de bien (por dinero), donde el nuevo objeto sirve para abonar la obligación o simplemente para seguir cumpliendo el rol de garantía.

El artículo en comentario entiende la ejecución de manera amplia. No sólo se ejecuta ante el incumplimiento, sino también cuando concurren ciertas circunstancias que hacen dudar de la efectividad de la garantía, sea en razón del estado del bien o por hechos ajenos. Por ejemplo, si el bien es uno que se deteriora con el transcurso del tiempo y ese hecho amenaza su valor en garantía, el acreedor podrá adelantar la ejecución incluso antes del vencimiento de la obligación. Lo mismo ocurre cuando por razones de mercado el bien comienza a perder valor más allá de lo previsible. No lo dice la norma, pero es evidente que la ejecución anticipada no faculta al acreedor a cobrarse

la obligación garantizada antes de tiempo. Esta ejecución simplemente sustituye el objeto que viene perdiendo valor, o evita el peligro que haría imposible su ejecución futura. Sobre el resultado de esta ejecución, continúa la Garantía Mobiliaria hasta el vencimiento de la obligación. Las partes podrían pactar que la ejecución anticipada implique también el pago anticipado de la obligación, pero esa no es una consecuencia de la Ley.

La sola reducción de valor no autoriza la ejecución adelantada, sino sólo aquella que amenaza la garantía. Eso tiene que ver con el valor del bien, el gravamen y la obligación garantizada. Si el valor del bien es tal que aun reduciéndose no afecta la garantía, el acreedor no puede ejecutar sino hasta el incumplimiento.

¿La ejecución anticipada requiere acuerdo en el acto constitutivo? No, por mérito del artículo 12 de la LGM y de concurrir las circunstancias antes señaladas se puede ejecutar. Las partes podrían convenir una ejecución adelantada, retrasada o de cualquier otra naturaleza. Cuando media acuerdo, la autonomía privada permite que las partes digan cuándo se ejecuta y cómo se ejecuta, sin que sus fórmulas estén limitadas a los tradicionales y más usadas.

3.2.2 El acreedor, en caso de que tuviese la posesión del bien, debe cuidarlo y mantenerlo en buen estado. Si lo dañara o pusiera en peligro, el deudor o el constituyente pueden exigir su entrega en depósito a una tercera persona

El acreedor que está en posesión del bien tiene la condición de depositario, según lo señala expresamente el artículo 50 de la LGM. Al igual que el deudor o el adquirente que conservan la posesión, el acreedor es responsable por la custodia y conservación del bien. Si se produjera un incumplimiento de este deber, es natural que la parte interesada pida el traslado del bien

¹⁸ "Artículo 12.- Derechos y deberes del acreedor garantizado.

El acreedor garantizado, salvo pacto distinto, tiene el derecho de ejecutar la garantía mobiliaria cuando se produzca el incumplimiento de la obligación garantizada.

Excepcionalmente, el acreedor garantizado podrá ejecutar la garantía mobiliaria antes del vencimiento de la obligación garantizada, cuando cuente con fundamentos razonables y objetivos de que el bien mueble dado en garantía mobiliaria no se encuentra debidamente conservado o descubriera otras circunstancias que pudieran dificultar o hacer imposible la ejecución de la garantía mobiliaria.

El acreedor garantizado, en caso de que tuviese la posesión del bien mueble, tendrá la calidad de depositario y deberá cuidarlo y mantenerlo en buen estado. Si el acreedor garantizado dañara o pusiera en peligro el bien mueble afectado en garantía mobiliaria, el deudor o el constituyente tendrán derecho a exigir su entrega en depósito a una tercera persona, sin perjuicio de la indemnización a que hubiere lugar; el deterioro o daño del bien mueble se verificará comparando el estado de conservación encontrado con el declarado en el inciso 5 del artículo 19 de la presente Ley o mediante peritaje acordado entre las partes.

Si el acreedor garantizado tiene la posesión del bien dado en garantía mobiliaria y éste produce frutos o intereses, el acreedor garantizado los percibirá por cuenta del deudor, y los imputará a los intereses de la deuda garantizada y el exceso que hubiere al capital; salvo pacto en contrario. El acreedor garantizado está obligado a devolver el bien afectado en garantía mobiliaria al constituyente o deudor cuando se cumpla con la obligación principal garantizada. Si se perdiere o destruyere el bien dado en garantía mobiliaria, éste será pagado por el acreedor garantizado, quien sólo podrá eximirse de esta obligación, probando que no se perdió o destruyó por su culpa. Cuando la pérdida fuere por caso fortuito o fuerza mayor, acaecida después de extinguida la obligación principal garantizada, el acreedor garantizado pagará los bienes afectados en garantía mobiliaria si no tuvo justa causa para demorar su devolución. Tiene igual responsabilidad el acreedor garantizado que, sin haber tenido causa legal, rehúsa el pago de la obligación garantizada ofrecido por el deudor.

Si el acreedor garantizado pierde la posesión del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, puede recuperarla en poder de quien se encuentre, inclusive del deudor".

a una tercera persona. Llama la atención que la norma sólo señale la entrega a un tercero, pues también podría entregarse el bien al propio deudor o constituyente de la garantía. La fórmula de la Ley es acertada y protectora de los intereses del acreedor. Empero, nada obsta que el convenio señale también la posibilidad de traslado del bien hacia el deudor o constituyente en caso de descuido por parte del acreedor depositario.

Si el incumplimiento de los deberes de conservación por parte del acreedor ha ocasionado un perjuicio al dueño del bien, éste deberá ser indemnizado por el acreedor responsable. Es un tema de responsabilidad civil contractual, de manera que para establecer la obligación de pago con cargo al acreedor, deberán acreditarse los elementos típicos de esta figura legal (incumplimiento contractual, dolo o culpa del deudor, relación de causalidad y daño).

3.2.3 El acreedor que tiene la posesión del bien percibe los frutos e intereses que produzca y los imputa a los intereses de la deuda garantizada y el exceso que hubiere al capital; salvo pacto en contrario

Tratándose de bienes fructíferos en poder del acreedor, correspondía que la LGM se pronuncie sobre el destino de los frutos. Repitiendo en parte la fórmula del artículo 1077 del Código Civil, la Ley permite que el acreedor perciba los frutos y los impute sobre la obligación garantizada, señalando un orden para este acto que empieza por los intereses y termina en el capital.

Evidentemente la posibilidad de imputar los frutos sobre la obligación garantizada depende de que ésta sea exigible. Si la obligación garantizada aún no ha vencido (o tratándose de obligaciones futuras), los frutos deberán conservarse como parte de la Garantía Mobiliaria.

No se ha reproducido el artículo 1078 del Código Civil, según el cual tratándose de bienes destinados a la explotación económica, el poseedor debe destinarlos a dicha explotación con conocimiento del propietario. Es una fórmula interesante que pone a disposición del acreedor depositario un mecanismo adicional para cobrarse, por eso extraña que la LGM no la haya comprendido expresamente. Pese a que esta fórmula se podría considerar dentro del derecho general a percibir los frutos, es conveniente que las partes lo señalen expresamente en el título.

3.2.4 El acreedor está obligado a devolver el bien al constituyente o deudor cuando se cumple con la obligación principal garantizada

La Garantía Mobiliaria es un derecho accesorio a la obligación garantizada, de modo que al extinguirse esta

última por cualquier causa, se extingue también la garantía. El pago o cumplimiento es una forma de terminar la obligación, razón por la cual se entiende que ante ese evento el mueble deba entregarse a su propietario.

Hasta aquí, la norma no tiene nada especial; sin embargo, hay que tener cuidado porque el texto indica que la obligación de devolver el bien se produce ante el cumplimiento de "*la obligación principal garantizada*", lo que significaría que dicha obligación nace aun cuando estén pendientes otras obligaciones no principales, a las cuales la Garantía Mobiliaria se extiende de conformidad con lo previsto en el artículo 3.2 de la LGM. Para evitar discusión al respecto, es conveniente pactar la permanencia de la garantía y, en consecuencia, de la posesión que ostenta el acreedor hasta que se cumpla íntegramente la obligación garantizada y todas las prestaciones a las cuales se extiende.

3.2.5 El acreedor debe pagar el valor del bien en caso de pérdida por su culpa. Cuando la pérdida fuere por caso fortuito o fuerza mayor, ocurrida después de extinguida la obligación, el acreedor pagará los bienes si no tuvo justa causa para demorar su devolución, o, sin haber tenido causa legal, rehusó el pago de la obligación garantizada ofrecida por el deudor

La obligación de custodia y conservación que corresponde al acreedor depositario comprende naturalmente la responsabilidad derivada de la pérdida del bien. El valor del mueble no es más que el daño emergente en un caso de responsabilidad civil contractual como corresponde a la situación del acreedor.

Esta responsabilidad se agrava en caso de pérdida del bien, aun si ésta se debe a un hecho fortuito o de fuerza mayor, cuando la obligación ya se encontraba extinguida, o, si estando vigente, el acreedor se había negado a recibir el pago. En todos estos casos, el acreedor se convierte en un poseedor de mala fe, por lo que la LGM le aplica con acierto el mismo criterio previsto para estos poseedores en el artículo 909 del Código Civil.

3.2.6 El acreedor puede recuperar la posesión del bien de manos de quien lo tenga, inclusive del deudor

El acreedor depositario es un poseedor con derecho a poseer y como tal puede ejercer todas las defensas posesorias previstas en el Código Civil y otras normas. Las más importantes son: i) la defensa extrajudicial señalada en el artículo 920 del Código Civil, que le

permite recuperar la posesión sin intervalo de tiempo, empleando la fuerza que sea necesaria para repeler la agresión; ii) los interdictos judiciales, en los casos de bienes muebles registrados, según previsión del artículo 921 del Código Civil; y, iii) las acciones posesorias ordinarias para bienes muebles en general, las que se tramitan en procesos de conocimiento.

La norma no lo dice, pero es evidente que el acreedor también podrá ejercer la defensa posesoria contra actos de perturbación sin esperar al despojo (interdicto de retener). Estos son derechos del acreedor.

Conservar y recuperar la posesión también son obligaciones del acreedor, pues en su calidad de depositario es responsable por el destino y conservación del bien.

IV. EXTENSIÓN DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

Son cuatro las normas que tratan de la extensión y están contenidas en los artículos 3.2, 6, 14 y 15 de la Ley¹⁹.

La extensión de las garantías se estudia en dos ámbitos: i) extensión respecto al crédito; y, ii) extensión respecto al bien. El artículo 3.2 de la LGM se ocupa del primer ámbito. Los otros artículos tratan de la extensión respecto al bien.

La extensión tiene que ver con situaciones imprevistas que afectan al crédito o al bien, modificando el estado que tenían al tiempo de constituirse la garantía²⁰. La extensión resuelve situaciones vinculadas a la modificación material y jurídica del crédito o el bien. ¿Cómo son estas modificaciones? Modificaciones materiales son las que cambian la composición física del bien, sea por alteración de su estructura o porque

otros bienes se asocian a él (incorporación de integrantes y accesorios). Las modificaciones jurídicas ocurren cuando el bien se altera producto de una carga o gravamen (por ejemplo, cuando sobreviene un usufructo sobre el bien o un seguro que mejora su situación). La obligación garantizada se modifica cuando se asocia a ella una serie de conceptos vinculados, como los intereses, los gastos de cobranza, etcétera.

La utilidad de la extensión se aprecia ante la falta de regulación contractual. Si las partes estipularan todo lo que puede ocurrir con el crédito y el bien, la extensión sería innecesaria.

4.1 Extensión respecto al crédito

El artículo 3.2 de la LGM sigue la línea del artículo 1107 del Código Civil, pero con importantes agregados. La Garantía Mobiliaria comprende, salvo pacto en contrario, la deuda principal, los intereses, las comisiones, los gastos, las primas de seguros, las costas y costos procesales, los gastos de custodia y conservación, las penalidades, la indemnización por daños y cualquier otro concepto acordado por las partes, hasta el monto del gravamen.

En primer lugar, debo resaltar la referencia al "*pacto en contrario*". La fórmula de la LGM, comprensiva de una serie de obligaciones adicionales a la obligación principal garantizada, sólo funciona si las partes han guardado silencio sobre qué comprende la garantía. El pacto puede discriminar dichos conceptos y sólo garantizar la obligación principal. El pacto podría comprender también otras obligaciones no señaladas en la norma, como, por ejemplo, las obligaciones tributarias que soporta el bien y que el acreedor hubiese pagado, o cualquier otra.

¹⁹ "Artículo 3.- Garantía mobiliaria.

(...)

3.2) La garantía mobiliaria comprende, salvo pacto distinto, la deuda principal, los intereses, las comisiones, los gastos, las primas de seguros pagadas por el acreedor garantizado, las costas y los costos procesales, los eventuales gastos de custodia y conservación, las penalidades, la indemnización por daños y perjuicios y cualquier otro concepto acordado por las partes hasta el monto del gravamen establecido en el acto jurídico constitutivo".

"Artículo 6.- Extensión de la garantía mobiliaria.

La garantía mobiliaria tendrá la extensión, en cuanto al bien mueble afectado, que las partes convengan. A falta de pacto, la garantía mobiliaria afectará el bien mueble, sus partes integrantes y accesorios existentes al tiempo de la ejecución y, eventualmente, el precio de la enajenación, el nuevo bien mueble que resulte de la transformación del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, la indemnización del seguro que se hubiese contratado y la justipreciada en el caso de la expropiación".

"Artículo 14.- Extensión de la garantía mobiliaria sobre el precio de la enajenación.

Si el deudor enajena a título oneroso el bien dado en garantía mobiliaria, ésta se extenderá al precio de la enajenación mientras permanezca en su posesión o control, sin perjuicio de la persecutoriedad a que se refiere el artículo 13 de la presente Ley.

Se presumirá que el precio de la enajenación es resultado de la disposición o transferencia del bien mueble dado en garantía mobiliaria, salvo que el deudor pruebe lo contrario".

"Artículo 15.- Extensión de la garantía mobiliaria sobre un nuevo bien mueble.

Si el deudor transforma, en un segundo bien mueble, el bien mueble afectado en garantía mobiliaria, ésta se extenderá al nuevo bien mueble. El deudor está obligado a comunicar al acreedor garantizado, dentro de los 5 días y mediante carta notarial, la fecha en que ocurra la transformación y las características del nuevo bien mueble, resultante de la transformación. En este caso, el acreedor garantizado deberá inscribir en el Registro correspondiente la garantía mobiliaria que recae sobre el nuevo bien mueble, levantándose la garantía anteriormente constituida".

²⁰ Al momento de constituirse la garantía, el bien y el crédito involucrados son los que las partes señalan, ni más ni menos. No hay lugar para la extensión en el acto constitutivo.

La extensión funciona a partir del pacto que identifica una o varias obligaciones garantizadas, haciendo que la garantía cubra otras obligaciones no señaladas por las partes.

En tal sentido, el artículo 3.2 de la LGM sólo opera cuando las partes no pactaron cobertura para las obligaciones señaladas en dicha norma. Si el contrato de garantía incorporó tales obligaciones u otras, no estaríamos ante un caso de extensión sino ante la cobertura convencional de la garantía.

Lo dicho no es una exquisitez. La extensión siempre está vinculada a obligaciones que guardan relación con la obligación garantizada. En cambio, cuando las obligaciones cubiertas son señaladas por el contrato pueden ser obligaciones autónomas sin vinculación entre sí. La relación contenida en el artículo 3.2 de la LGM, pese a su generalidad, se refiere en todos los casos de obligaciones vinculadas a la deuda principal o a la garantía.

De otro lado, el artículo 3.2 termina con la vieja discusión sobre el límite de la extensión. La LGM indica claramente que el monto del gravamen es el punto máximo para la extensión de la garantía con relación al crédito. Sin importar el monto de las obligaciones comprendidas en virtud de la extensión, la cobertura no supera el monto del gravamen.

Cabe preguntarse si este límite a la extensión admite pacto en contrario. Se pactaría que las obligaciones garantizadas vía extensión se cobren incluso por encima del gravamen. Aunque sería extraño que el propietario acepte, considero que es un acuerdo válido ya que no estamos ante una norma de orden público. El límite del gravamen es un derecho patrimonial renunciable. Por ejemplo, podrá pactarse un tope porcentual sobre el monto del gravamen y únicamente para atender obligaciones comprendidas en la extensión. Claro, si esto ocurriera, el bien dejaría de ser interesante para eventuales adquirentes o nuevos acreedores (límite a la circulación), pero ese es un tema que sólo interesa a las partes. Por lo demás, ya la LGM permite que el constituyente se obligue a no disponer del bien, lo que demuestra que para la Ley está permitido limitar la circulación de los bienes (artículo 11 inciso 2).

4.2 Extensión de la garantía con relación al bien

El objeto de la Garantía Mobiliaria puede ser un bien específico, un género, la totalidad de bienes de un sujeto, bienes presentes o futuros y bienes materiales o inmateriales (artículo 4 de la LGM). Es inevitable que se presenten cambios en el objeto durante la vigencia de la garantía. Estos cambios implican

modificaciones en el bien o la presencia de bienes asociados. Ahí entra en juego la extensión de la garantía con relación al bien.

El artículo 6 de la LGM adolece de la misma deficiencia técnica que el artículo 3.2, pues comienza diciendo que la extensión de la garantía es la que las partes convengan. Si las partes señalan el bien presente o futuro sobre el cual recae la garantía, ya no estamos ante un tema de extensión sino ante la cobertura ordinaria de la garantía. Naturalmente, los bienes afectados son los que las partes indican.

Si el constituyente y el acreedor sólo señalaran un bien como objeto de la garantía, se aplica el artículo 6 que extiende la cobertura a los integrantes y accesorios existentes al tiempo de la ejecución. La definición de "integrantes" y "accesorios" está prevista en los artículos 887 y 888 del Código Civil. Son integrantes los que no pueden ser separados sin destruir, deteriorar o alterar el bien. Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares. Son accesorios los bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien. Los accesorios pueden ser materia de derechos singulares.

Aunque estas categorías ("integrantes" y "accesorios") se concibieron pensando en bienes materiales, nada impide que se apliquen a bienes inmateriales objeto de la Garantía Mobiliaria. Por ejemplo, tratándose de una garantía que recae sobre un crédito (el crédito es un bien mueble), es evidente que la garantía que se otorgue a favor de dicho crédito estará comprendida como "accesorio" del bien objeto de la Garantía Mobiliaria.

Ahora bien, los integrantes y accesorios son conceptos que sólo se aplican a bienes ciertos. No funcionan respecto de géneros o categorías de bienes. En el caso de los bienes futuros, mientras no existan, no es posible que reciban integrantes o accesorios dado que no hay bien al cual estos se pueden incorporar o asociar.

Es importante la previsión de la norma sobre el momento de la extensión a los integrantes y accesorios: al momento de la ejecución de la garantía. Significa que el bien puede modificarse sucesivamente hasta la ejecución sin que el acreedor tenga derecho a afectar los bienes que entran y salen del objeto en garantía. Coincido con la solución tratándose de los accesorios, pero en el caso de los integrantes, por la incorporación que sufren (no pueden separarse sin daño), deberían quedar afectadas a la garantía desde que se produce la integración. Retirarlos implica necesariamente un perjuicio para el acreedor por el deterioro o destrucción del bien.

Ante la discutible solución de la LGM, el pacto viene al auxilio. Mucha atención con los contratos. Se puede estipular que los integrantes quedan comprendidos en la garantía desde que se incorporan. En este aspecto, la extensión se vincula con la transformación que es un supuesto que trataré más adelante.

Los otros supuestos de extensión respecto al bien acogen la fórmula del artículo 1101 del Código Civil, aunque incorporan dos situaciones nuevas e interesantes. Me refiero a la extensión sobre el precio de la enajenación y al bien que resulta de la transformación. Estos dos supuestos son desarrollados por los artículos 14 y 15 de la LGM.

La extensión sobre el precio de la enajenación es una herramienta útil para el acreedor, pero genera dudas sobre su impacto en la naturaleza jurídica de la Garantía Mobiliaria y sobre su aplicación práctica.

En efecto, producida la venta del bien por parte del deudor, el acreedor extiende su derecho al precio obtenido por el vendedor, pero, al mismo tiempo, conserva la persecutoriedad sobre el bien transferido. Es decir, en ese momento, el acreedor ha duplicado el objeto de su garantía. Tiene el bien más una suma equivalente al valor del mismo. Hubiera sido mejor que el acreedor opte y señale sobre qué bien permanecerá la garantía. La doble afectación es un exceso. El artículo 14 señala que la extensión se mantiene mientras el precio esté en poder o bajo el control del deudor enajenante, pero no indica de qué manera el acreedor puede hacer efectiva su garantía sobre dicho monto. Más aún, el texto de la norma deja entender que si el deudor dispone de la suma, entregándosela a otro o realizando una nueva adquisición onerosa, la extensión terminará. Si esto es así, ¿para qué sirve la extensión?

Se debió establecer un mecanismo para que el acreedor haga efectivo su derecho sobre el dinero, quedando éste convertido en objeto de la garantía. La presunción que contiene la parte final del artículo 14 no es suficiente. Aun cuando se presume que el dinero en poder del deudor es producto de la enajenación del bien, nada impedirá que al desprenderse de él termine la extensión. El vacío de la norma debe suplirse con el pacto. Operativamente, es posible una regulación convencional de este tema, partiendo de que el acreedor será informado de la transferencia del bien.

Hubiera sido interesante que la norma no limitara la extensión al precio, lo que nos habla sólo de la disposición vía compraventa o suministro (artículos 1529 y 1604 del Código Civil), pues la misma lógica

está tras todo lo que el deudor obtiene por la disposición del bien objeto de la Garantía Mobiliaria. Por ejemplo, si los bienes son aportados a una sociedad y se reciben acciones, o si son objeto de una permuta y se reciben otros bienes, etcétera. Sobre ellos debió extenderse la garantía. Una vez más el pacto puede suplir el olvido de la LGM.

Finalmente, la extensión por transformación prevista en el artículo 15 de la LGM señala que la garantía comprende al bien que resulta de la transformación. Puede ocurrir que el bien se transforme manteniendo relevancia o importancia (por ejemplo, cuando la madera se convierte en una mesa o una silla), pero también puede suceder que la transformación opere cuando el bien se incorpora a otro mayor (por ejemplo, cuando unas turbinas son incorporadas en un avión, o unos tornillos son utilizados para ensamblar un vehículo). El tema de la propiedad del nuevo bien se resuelve con las normas sobre partes *integrantes* y *accesión* del Código Civil, pero la extensión de la garantía se resuelve con el artículo 14 de la LGM. Según esta norma, el acreedor adquiere la garantía sobre el nuevo bien, aunque éste sea de mayor valor. Si el bien más valioso ya estaba afectado en garantía, ésta se extenderá al bien menor. Es decir, se produce una integración y extensión recíprocas, lo que implica que el nuevo bien soporta dos gravámenes. La preferencia de uno sobre otro será la que corresponda según la fecha de inscripción (artículo 25 de la LGM).

La extensión es un tema de cobertura, no de persecutoriedad. En tal sentido, las peculiaridades de una garantía que se constituye con o sin desplazamiento y con una inscripción que no siempre informa adecuadamente sobre el gravamen hacen inevitable que se presenten dificultades operativas en el ejercicio de la extensión.

V. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

Uno de los aspectos más importantes de la LGM, que reivindica viejos postulados a favor del cumplimiento oportuno de las obligaciones, es la ejecución. La ejecución es el momento climático de la garantía, es cuando se sabe si la garantía sirve o no. De ahí la importancia de una regulación adecuada.

La LGM ha puesto en funcionamiento dos instrumentos fundamentales en materia de ejecución: la ejecución extrajudicial y el pacto comisorio. Estos dos mecanismos, aún ajenos al Código Civil, facilitan el pago de la obligación garantizada sin que ello implique un agravio contra la propiedad o contra los intereses del deudor.

La ejecución extrajudicial está prevista en un procedimiento detallado en el artículo 47 de la LGM²¹. Paradójicamente, siendo uno de los aspectos más relevantes de la Ley, no tengo mucho que comentar pues el legislador ha puesto especial cuidado en este tema y casi no se le escapa detalle. En resumen, el bien puede ser vendido si es que así se ha pactado en el título, mediante la intervención de un apoderado designado por el constituyente, quien transfiere la propiedad del bien por un monto que no puede ser menor a las dos terceras partes del valor del mueble.

Debo resaltar los mecanismos auxiliares consagrados en la LGM para llevar adelante la ejecución extrajudicial. Me refiero a la forma de tomar posesión del bien y a la incautación previstas en los artículos 51 y 52²². Para la

venta del bien, es indispensable tomar posesión de él. La LGM permite que las partes señalen un mecanismo para acceder a la posesión de manera privada. Si no hay pacto, el acreedor puede tomar los bienes directamente, absteniéndose de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. Esto significa que el acreedor no puede emplear violencia ni atentar contra las libertades personales del poseedor. El acreedor también puede solicitar al juez un requerimiento de incautación. La norma parece decir que el recurso judicial es una alternativa para el acreedor, pero es evidente que dicho recurso se ejercerá ante el fracaso de la acción directa y no como una alternativa.

De otro lado, el pacto comisorio, regulado bajo la denominación "*Adjudicación del bien por el acreedor*",

²¹ "Artículo 47.- Venta extrajudicial.

Si es exigible la obligación garantizada, el acreedor garantizado puede proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria en la forma establecida en los párrafos siguientes o en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria. Excepcionalmente, si mediante pacto o la situación prevista en el inciso 6, se venderá el bien mueble con arreglo al Código Procesal Civil:

1. En el acto constitutivo de la garantía mobiliaria se otorgará poder específico e irrevocable a un tercero para realizar y formalizar la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. No se admite el pacto mediante el cual el propio acreedor garantizado sea el representante. El poder no requiere inscripción distinta de la que contiene el Registro respectivo. Para estos efectos no resulta aplicable el segundo párrafo del artículo 153 del Código Civil ni el artículo 156 del mismo.
2. Es nula la venta realizada en precio menor a las dos terceras partes del valor del bien mueble pactado por las partes (según el inciso 7 del artículo 33 de la presente Ley) o, en su defecto, del valor comercial del bien mueble al tiempo de la venta. La nulidad debe ser planteada dentro de los 15 días siguientes de la venta. Este plazo es de caducidad.
3. Producido el incumplimiento del deudor, del cual dejará constancia el acreedor garantizado mediante carta notarial dirigida al deudor y al representante y, en su caso, al constituyente, el acreedor garantizado podrá proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, después de transcurridos tres días hábiles de recibida la carta notarial.
4. Si el bien mueble estuviere afecto a gravámenes anteriores a la garantía mobiliaria que dio lugar a la venta, el representante deberá consignar a la orden del Juez Especializado en lo Civil, el importe total de la venta del bien mueble dentro de los tres días hábiles siguientes al cobro del precio. Si hubiese gravámenes posteriores a la garantía mobiliaria que ha dado lugar a la venta, el representante consignará a la orden del juez el saldo del precio de venta que hubiese después de haberse hecho cobro el acreedor garantizado. El juez procederá con arreglo al Código Procesal Civil.
5. En ningún caso podrá suspenderse la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, salvo que el deudor cancele el íntegro de la deuda. Cualquier controversia respecto del monto o de la extensión de alguno de los gravámenes será resuelta por el Juez Especializado en lo Civil, en la vía sumarísima, conforme al Código Procesal Civil, sin suspenderse la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, bajo responsabilidad.
6. Si transcurrieran sesenta días desde la remisión de la carta notarial al deudor y, en su caso al constituyente y al representante y el bien mueble no hubiese sido vendido, el acreedor garantizado podrá solicitar su ejecución judicial conforme al Código Procesal Civil. Las partes podrán convenir un plazo distinto.
7. El acreedor garantizado es civil y penalmente responsable de la existencia, exigibilidad y cuantía de la obligación garantizada al tiempo de la venta del bien mueble gravado. El representante es civilmente responsable por el cumplimiento de las condiciones pactadas para la venta. En todo caso, el representante deberá actuar con diligencia y buena fe.

Las partes podrán pactar la forma de ejecución de la garantía mobiliaria, pero deberán observar necesariamente las disposiciones establecidas en los incisos 2 y 4 del presente artículo.

Tratándose de una garantía mobiliaria constituida sobre dinero o créditos, regirán las reglas que anteceden en cuanto fueren aplicables".

²² "Artículo 51.- Forma de tomar posesión del bien mueble afecto en garantía mobiliaria.

Las partes podrán regular mediante pacto la forma de tomar posesión del bien mueble afecto en garantía mobiliaria.

A falta de pacto, el acreedor garantizado o el adquirente de la propiedad del bien mueble afecto en garantía mobiliaria pueden asumir directamente la posesión de este último, absteniéndose de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. Para la toma de posesión se requiere, bajo responsabilidad civil y penal, la certificación notarial del acto en la que se deje expresa constancia del estado y características principales del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, así como la notificación notarial al deudor y, en su caso, al constituyente y al depositario del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, dentro de los dos días hábiles siguientes.

El acreedor garantizado o el adquirente podrán, alternativamente, solicitar al Juez Especializado en lo Civil, por la vía sumarísima, un requerimiento judicial de incautación del bien mueble afecto en garantía mobiliaria.

El juez no correrá traslado al deudor del pedido de requerimiento y, además, queda prohibido, bajo responsabilidad, de admitir recurso alguno que entorpezca la expedición o la ejecución de su mandato. El juez expedirá el requerimiento por el solo mérito de la solicitud del acreedor garantizado y de la documentación presentada, pudiendo dictar un apercibimiento de empleo de la fuerza pública.

El requerimiento judicial será notificado mediante oficio a la autoridad policial del lugar y dispondrá la entrega inmediata del bien mueble afecto en garantía mobiliaria al acreedor garantizado o al adquirente".

"Artículo 52.- Incautación.

La autoridad policial encargada de ejecutar el requerimiento judicial a que se refiere el artículo anterior deberá llevar a cabo la incautación dentro de las 48 horas de recibido dicho requerimiento, bajo responsabilidad de la referida autoridad. El bien mueble afecto en garantía mobiliaria incautado será entregado de inmediato al representante encargado de la venta del bien mueble o, en su defecto, al acreedor garantizado. El acreedor garantizado deberá hacer los arreglos necesarios para el transporte y custodia del bien mueble. Es responsable de su conservación".

está previsto en el artículo 53 de la Ley²³. Basta decir que la LGM ha tomado diversas precauciones para evitar el abuso del acreedor que adquiere el bien en pago de su crédito. La presencia de un tercero que adjudica la propiedad, la multa por no abonar la diferencia de valor que hubiere (diferencia entre el valor del bien y el monto de la obligación garantizada) y el condicionamiento de la transferencia al previo pago de la diferencia o la multa son instrumentos eficaces para un funcionamiento adecuado de esta figura. En todo caso, vale la pena mencionar que, según el artículo 53.6, el tercero designado transfiere la propiedad del bien al acreedor sólo si se ha pagado la diferencia de

valor o la multa, de lo que resulta que el acreedor moroso siempre preferirá pagar la diferencia de valor que es un quinto de la multa. Hubiera sido conveniente que el condicionamiento esté referido al pago del monto mayor para desincentivar así las conductas irregulares de los acreedores.

Este ha sido un panorama general de la LGM. Pese a los detalles omitidos por esta –los que he mencionado y otros–, se debe saludar y felicitar la incorporación de la Garantía Mobiliaria ¡Bienvenida Garantía!

10 de mayo de 2006.

²³ "Artículo 53.- Adjudicación del bien por el acreedor

53.1 Es válido que las partes acuerden que el acreedor garantizado pueda adjudicarse la propiedad del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. Para la validez del pacto se requiere, bajo sanción de nulidad, incluir el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes y, además otorgarse el poder a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo.

53.2 Producido el incumplimiento, el acreedor garantizado que desee adjudicarse el bien mueble afecto en garantía mobiliaria deberá comunicar notarialmente al deudor y al representante a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo, así como, de ser el caso, al constituyente y al depositario, el monto detallado de la obligación garantizada no pagada y el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes.

53.3 Si el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria fuera menor que el monto de la deuda, el acreedor garantizado podrá exigir el saldo mediante la emisión de un título con mérito ejecutivo o en la vía del proceso de ejecución.

53.4 Si el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria fuere mayor que el monto de la deuda, el acreedor garantizado deberá pagar la diferencia al representante a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo, dentro de un plazo de diez días de recibida por el deudor la comunicación mencionada en el numeral 53.2 de este artículo. Vencido dicho plazo sin pagarse la diferencia, el deudor podrá exigir en la vía sumarisima el pago de una multa no menor de cinco veces la diferencia, más intereses y gastos. Todo pacto que fije un monto inferior, es nulo.

53.5 Cuando el acreedor garantizado pretenda adjudicarse el bien mueble afecto en garantía mobiliaria de conformidad con este artículo, dicho acreedor garantizado deberá cancelar o pagar el crédito de los acreedores garantizados que lo preceden en el rango o consignar su importe al Juez. Si hubiese gravámenes posteriores, los acreedores garantizados cancelarán su crédito con cargo a la diferencia prevista en el numeral 53.4 de este artículo. Para este efecto el representante a que se refiere el numeral 53.6 cumplirá con consignar judicialmente el monto a que se refiere el numeral 53.4 de este artículo.

53.6 Al momento de pactarse la posibilidad de adjudicación del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, las partes deberán otorgar poder específico e irrevocable a un representante común para que en caso de incumplimiento proceda a suscribir la documentación necesaria para la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. En ningún caso el representante podrá ser el propio acreedor garantizado. El poder constará en el formulario de inscripción y se inscribirá conjuntamente con el pacto. Para estos efectos no resulta aplicable el segundo párrafo del artículo 153 del Código Civil. Es requisito de validez para efectos de transferir la propiedad del bien mueble gravado a favor del acreedor garantizado, que éste pague al representante la diferencia de valor o la multa previstos en el numeral 53.4 que antecede.

53.7 El representante expedirá una constancia de adjudicación para los efectos tributarios correspondientes".

LA 'NATURALEZA MUERTA' DEL CONTRATO DE REPORTE: CORTO RÉQUIEM A LAS PARADOJAS DEL PROFESOR ARATA

Freddy Escobar Rozas*

Hace ya cierto tiempo existe una discusión entre los profesores Freddy Escobar y Carlos Arata en torno a la naturaleza jurídica del contrato de reporte. Así, mientras el primero de ellos señala que resulta irrelevante pronunciarse en relación a la misma, desde que dicho contrato se encuentra tipificado en nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, la normativa legal aplicable y sus consecuencias se encuentran predeterminadas, el segundo señala que nos encontramos ante un préstamo dinerario con garantía mobiliaria irregular de valores, dada la función económico-social que dicho contrato está destinado a satisfacer.

Este artículo representa y documenta un cambio radical en la manera de ver el derecho por parte del autor, acogiendo postulados más cercanos al análisis económico del Derecho.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho por la Universidad de Harvard. Profesor de Derecho Civil y de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Las notas del editor estuvieron a cargo de Luis Miguel Velarde, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS-Revista de Derecho.

I. PERDONEN LA 'JUSTIFICACIÓN'

Desde hace algunos años, el profesor Carlos Arata y yo estamos envueltos en una discusión académica sobre la naturaleza jurídica del contrato de reporte, animados exclusivamente por el interés que tenemos en encontrar, a través de la dialéctica, la "esencia" de una de las operaciones contractuales más originales y útiles de los últimos tiempos.

No piense el lector que detrás de esta discusión existe algún tipo de rivalidad o de encono personal. En absoluto. El profesor Arata y yo mantenemos una relación bastante cordial, pues, entre otras cosas, somos profesores del mismo curso (j) en la misma casa de estudios. De hecho, antes de escribir estas líneas le comenté que estaba interesado en ensayar una breve respuesta a su última entrega. El amablemente me indicó que sería provechoso saber qué opinaba yo frente a los nuevos argumentos que había esgrimido. Este es pues el clima en el que se desenvuelve este pequeño debate.

Si es verdad lo que digo, ¿por qué los títulos desafiantes, las frases subidas de tono y toda la parafernalia que rodea esta entrega? La respuesta es simple, pero honesta: ¡para llamar su atención! Y es que si no fueran por esos 'trucos', ¡nadie se animaría a 'hojear' este texto!, dedicado básicamente a la tarea de aclarar conceptos ya expresados y, por tanto, carente de todo interés. Perdonará pues el lector la falta de clase de este 'escritor', pero en tiempos del 'mercado', no le queda otro remedio que competir, aunque no le importe mucho reconocerlo, 'deslealmente' con los que sí tienen algo interesante que decir en el presente número de THEMIS-Revista de Derecho.

Exorcizados los demonios propios, subamos pues al 'ring'. Pero recuerde, querido lector, que tiene que tomar mis palabras, frases y expresiones de manera 'positiva', como si hubiesen salido de la boca del 'Hermanón'. Por tanto, si en algún momento siente que estoy 'pasando la raya', no deje de leer el artículo... por favor. Acuda más bien a la milagrosa receta del entrañable personaje de Seinfeld y grite: *serenity now!*

II. LA INCREÍBLE AVENTURA DEL SEÑOR 'TIJERAS'

- a) Les contaste un 'cuento', sabiéndolo contar (el mito de Casandra)

En 1995 escribí un corto artículo sobre el "contrato de reporte"¹, en el cual afirmé, en una frase suelta, que el tema de la naturaleza jurídica de dicho contrato carecía de interés debido a que se encontraba tipificado.

En el 2000 el profesor Arata escribió un artículo sobre la "naturaleza jurídica del contrato de reporte"². En ese artículo, él dedicó no pocas líneas a criticar mi posición, afirmando que yo estaba equivocado debido a que la naturaleza jurídica de las instituciones estaba determinada no por su tipicidad sino por su "función económico-social". En ese sentido, y luego de analizar las funciones del contrato de reporte, el profesor Arata concluyó que la naturaleza jurídica de dicho contrato era la que correspondía a un "préstamo con prenda irregular".

En el 2003 escribí otro artículo sobre el "contrato de reporte"³. En ese artículo, critiqué, en una nota a pie de página, la tesis sostenida por el profesor Arata en el artículo ya comentado. En otras palabras, en una nota a pie de página defendí la afirmación suelta que había formulado ocho años atrás.

En la última edición de THEMIS-Revista de Derecho, el profesor Arata publicó un artículo sobre el reporte en el Perú⁴. En ese artículo, él desarrolla una larga línea argumental para 'demostrar', por un lado, que mis críticas a su tesis son erróneas; y, por el otro, que el reporte tiene la naturaleza jurídica de un préstamo con prenda irregular, tal como lo había sostenido seis años atrás.

Como el lector notará, a lo largo de estos años yo expresé mis ideas en unas cuantas líneas, mientras que el profesor Arata lo hizo en un buen número de páginas. Evidentemente, él no tiene la culpa de que yo haya sido lacónico. Por lo demás, el hecho que haya dedicado dos artículos a defender su posición dice mucho de él. Lamentablemente, sin embargo, eso que pudo ser un mérito es, en realidad, un desmérito. Y es que, aprovechando mi lacónica explicación (por la torpe creencia de que todo lector entiende el bagaje conceptual que llevan consigo mis enrevesadas frases), el profesor Arata ha puesto en mi boca ideas que nunca expresé, conceptos que nunca defendí y conclusiones que nunca imaginé. Ese 'método' ha creado un efecto perverso: hacerle creer al lector desinformado que yo, además de 'ignorante', soy 'bruto' (porque confundo figuras contractuales, porque mis ideas carecen de lógica, etcétera).

¹ "Cuestiones esenciales sobre el contrato de reporte". En: Informe Legal del Estudio Benites, Mercado & Ugaz Abogados.

² Arata Delgado, Carlos. "Naturaleza jurídica del contrato de reporte". En: THEMIS-Revista de Derecho 40. 2000. pp. 197 y siguientes.

³ Escobar Rosas, Freddy. "Reflexiones en torno al contrato de reporte". En: IUS ET VERITAS 26. Lima. 2003. pp. 53 y siguientes.

⁴ Arata Delgado, Carlos. "Reflexiones en torno al contrato de... ¿reporte?... ¿en el Perú?". En: THEMIS-Revista de Derecho 51. 2006. pp. 223 y siguientes.

Me enfrento, pues, a un 'artista', fenomenal por cierto, capaz de crear caos ahí donde no lo había (como se verá casi en seguida, convertí mi silencio en 'confusión', mi interés en el Derecho comparado en 'ignorancia' del Derecho local, y mi apego a la racionalidad conceptualista en 'simplismo' e 'incongruencia'), para luego regalarnos su 'luz' (nacionalista, *by the way*) y rescatarnos de la nefasta influencia que el Derecho italiano ejerce en nuestro medio a través de algunos profesores de Derecho Civil de 'La Católica'⁵.

Pero esa 'luz', en realidad, no es más que una 'lucecita de escena' puesta por el propio Arata para montar su espectáculo. ¿Qué lo ha animado a proceder de semejante manera? No lo sé. Quizás no le gustó que lo criticara cuando daba sus primeros pasos en el mundo académico?⁶. Lo que sí sé es que ha llegado la hora de poner un 'stop'. Para ello, sin embargo, no voy a emplear las 'artes' del profesor Arata; conozco otras mejores.

b) What is your problem? Junior

¿Cuál es la discrepancia básica que mantenemos el profesor Arata y yo? Básicamente es la siguiente:

- (i) El profesor Arata sostiene que la naturaleza jurídica de un contrato está determinada por su "función económica-social".
- (ii) Yo sostengo que el reporte, en tanto tipificado por el Derecho positivo, tiene naturaleza propia.

Uno de los argumentos que utilicé para criticar la posición del profesor Arata (y no para demostrar la validez de mi tesis)⁷ fue el siguiente:

- El reporte puede ser a la baja, a la par o a la alta.
 - Si el reporte fuese un préstamo dinerario con garantía prendaria irregular de valores, los dos primeros casos (reporte a la baja y reporte a la par) quedarían excluidos de la figura, lo que no es aceptable por razones obvias.
- (iii) El profesor Arata sostiene que mi argumento es erróneo, pues el reporte a la baja no existe en

nuestro sistema. Eso que yo llamo reporte a la baja constituiría "préstamo bursátil". En consecuencia, el profesor Arata insiste en que no hay razón alguna que válidamente impida concluir que el reporte (bursátil) tiene la naturaleza de un "préstamo dinerario con garantía prendaria irregular de valores".

¿Qué pienso de todo esto? Pienso que el profesor Arata está totalmente equivocado o, como dicen los más chicos, 'perdido'.

III. EL LIBRO DE LA BUENA MEMORIA (SEGÚN ESCOBAR)

- a) 'Riporto' e 'Reporte': quale fuoco nella notte accende la tua fantasia?

Yo escribí un artículo sobre el "contrato de reporte" y no sobre el "reporte bursátil" tipificado en el "Reglamento de Operaciones en Rueda de Bolsa de la Bolsa de Valores de Lima", aprobado mediante Resolución CONASEV 021-99-EF/94.10 (el "Reglamento"). Como en el Perú el "contrato de reporte" no se encuentra tipificado en una norma de aplicación general (Código Civil, por ejemplo), mi artículo estuvo fundamentalmente dedicado a seguir de cerca el desarrollo legislativo y doctrinario experimentado en Italia, país que prácticamente vio nacer al contrato en cuestión.

Si el lector tiene la amabilidad de revisar mi artículo, notará que el mismo se encuentra dividido en ocho partes. De esas ocho partes, siete están dedicadas a ciertos aspectos generales del "reporte" como figura negocial de Derecho comparado (sus orígenes históricos, el problema que existió en torno a su naturaleza jurídica, los fines prácticos que permite obtener, el problema que se generó respecto de los derechos accesorios, etcétera) y sólo una al reporte bursátil contemplado en la regulación peruana. Por lo tanto, en ese artículo uno puede encontrar reflexiones sobre la figura contractual en abstracto y reflexiones sobre la figura bursátil regulada en el Perú. Al efectuar las reflexiones sobre la figura contractual en abstracto tomé como punto de referencia las normas contenidas en el Código Civil italiano de 1942. Al efectuar las

⁵ "(...) debe entender Escobar que nuestro reporte es distinto al italiano, que tiene una regulación diferente y para ámbitos distintos, y, por lo tanto, mal hace en analizar la operación de reporte a la luz de una visión diferente". Ver: *Ibid* p. 231.

⁶ "The passing from the state of nature to the civil society produces a remarkable change in man, it puts justice as a rule of conduct in the place of instinct, and gives his actions the moral quality they previously lacked. It is only then, when the voice of duty has taken the place of physical impulse, and right that of desire, that man, who has hitherto thought only of himself, finds himself compelled to act on other principles, and to consult his reason rather than study his inclinations". ROUSSEAU, Jean-Jacques. "The Social Contract". Translated by Maurice Cranston. Great Britain: Penguin Books. 1968. p. 64.

⁷ Este dato es fundamental, ya que incluso si la crítica efectuada a la postura del profesor Arata (reporte = préstamo + prenda irregular) fuese incorrecta, la idea de que la naturaleza jurídica de una institución jurídica está determinada por su función económico-social seguiría siendo cuestionable por otro tipo de razones.

reflexiones sobre la figura bursátil tipificada en nuestro país tomé como punto de referencia las normas contenidas en el Reglamento.

¿Por qué escribí un artículo con esas características? Básicamente, porque quería demostrar que en otros países (Italia) el reporte era utilizado en toda su magnitud y gozaba de una regulación legal bastante razonable, derivada de la madurez de las discusiones doctrinales que habían existido en torno a la figura.

Ahora bien, como seguramente usted, lector perspicaz, está adivinando, el profesor Arata tomó mis expresiones sobre el “contrato de reporte”, las sacó de su contexto y las empleó como si las mismas hubieran sido realizadas respecto del “reporte bursátil” regulado en el Perú.

En efecto, si usted lector tiene la amabilidad de leer la nota de página 23, en la que incluyo mis críticas a la postura defendida años atrás por el profesor Arata, notará que la misma pertenece al capítulo dedicado a la naturaleza jurídica del “contrato de reporte” desarrollado en Italia, ¡y no a la naturaleza jurídica del “reporte bursátil” tipificado en el Perú! ¡Así de simple! Invito al lector a revisar las páginas que escribí y a constatar si lo que digo es cierto o no.

He aquí, pues, la primera paradoja: ante una crítica (absolutamente justa) que efectué a la manera como el profesor Arata definió los conceptos de naturaleza jurídica y causa, él me tildó de “lector poco diligente”, afirmando que debí haber interpretado sus expresiones de un modo distinto del meramente literal⁸. Sin embargo, ¡el profesor Arata no predica con el ejemplo! A mí me exige mayor ‘diligencia’ para (re)interpretar sus expresiones, pero no tiene el menor escrúpulo en sacar de su contexto mis expresiones o, en el peor de los casos, de leerlas y entenderlas de una manera mucho menos ‘diligente’ que la mía.

b) El tuerto y el ciego

El profesor Arata me acusa de haber prestado atención exclusivamente al Derecho italiano⁹. Esa sería la causa de mi ‘desgracia’: la confusión entre préstamo bursátil (en el cual el precio de la segunda operación sería

“menor” que el precio de la primera operación) y reporte (en el cual el precio de la segunda operación sería “mayor” que el precio de la primera operación)¹⁰. Como he indicado, sin embargo, la atención prestada al Derecho italiano tenía un propósito claro y concreto: hacer notar cómo en Italia el reporte cumplía valiosas funciones que en el Perú ignorábamos por completo (por lo menos a nivel positivo). No es, pues, que yo haya interpretado la naturaleza del reporte bursátil peruano empleando para ello categorías contempladas en la legislación italiana. Lo que hice fue analizar una ‘figura contractual’ notablemente desarrollada en el sistema italiano, exponiendo sus distintos usos y beneficios, para luego hacer notar que en nuestro país no sólo habíamos regulado únicamente un tipo de reporte, sino que además lo habíamos hecho deficientemente. La crítica del profesor Arata, por tanto, es injustificada.

El carácter injustificado de dicha crítica no sería muy importante si es que el profesor Arata hubiese procedido con coherencia. Increíblemente, sin embargo, después de acusarme de no prestar atención a la ley local, el profesor Arata, defendiendo la ‘soberanía legal nacional’, pasó a definir al “reporte bursátil peruano” y al “préstamo bursátil peruano” ¡al margen de lo que dispone el Reglamento!

En efecto, en el artículo del profesor Arata uno alcanza a leer literalmente lo siguiente:

“Más allá de la definición dada por el Reglamento de Operaciones, podría definirse a la operación de reporte como aquella en la que un agente necesitado de liquidez (reportado), pero propietario de activos (los valores), transfiere la propiedad de estos a un tercero (reportante) por un determinado precio y simultáneamente asume la obligación de comprarlos dentro de un plazo a un precio normalmente superior”¹¹ (el énfasis es agregado).

“Más allá de la definición establecida en el Reglamento de Operaciones, como señala Juan Antonio Egúez: “El préstamo bursátil es una operación destinada a contribuir con la oportuna liquidación de las operaciones. A través de dicha operación, se busca

⁸ “Queda claro, como dice Escobar, que la conclusión a la que podemos llegar de una lectura literal de dicha afirmación es que la causa del contrato de reporte es el propio contrato de reporte. Esto es, evidentemente, un absurdo. Sin embargo, resulta innecesario –y a pesar de ello agradezco a Escobar sus buenas intenciones– que me aclare la diferencia entre la concepción aristotélica de causa y la negocial, pues la conozco, tratándose dicha afirmación de un error de redacción, tal como podría haberse percatado un lector un poco más diligente (...)” (el énfasis es agregado). Ver: Arata Delgado, Carlos. “Reflexiones en torno al contrato de... ¿reporte?... ¿en el Perú?”. Op. Cit. p. 228.

⁹ “Tal vez el error de Escobar sea haberse ceñido a la legislación y doctrina italiana, donde el contrato de reporte tiene una regulación en el ámbito civil, a diferencia de en el Perú, donde este contrato solo ha sido regulado en el ámbito bursátil. Además, legislativamente el Código Civil italiano no distingue entre reporte (riporto) y el préstamo bursátil (deporto). Así, al haberse Escobar restringido a lo señalado en la legislación italiana y por autores italianos, resulta “entendible” que incurra en dicho error” (el énfasis es agregado). Ver: Ibid. p. 231.

¹⁰ “Escobar confunde la operación de reporte con el préstamo bursátil. En buena medida dicho error viene dado por una remisión a legislación y doctrina extranjera, en la que la operación de reporte tiene un tratamiento positivo distinto al peruano” (el énfasis es agregado). Ver: Ibidem.

¹¹ Ibid. p. 224.

proveer de valores a los agentes que –por cualquier razón– carecen de ellos a fin de que puedan utilizarlos para liquidar sus operaciones en las fechas previstas” (...) A lo que agrego que no sólo es empleada para liquidación de operaciones sino también, por ejemplo, para obtener determinado porcentaje de votación en las juntas generales de accionistas cuando se trate de un préstamo sobre acciones”¹² (el énfasis es agregado).

¿Por qué el profesor Arata describe los alcances de las referidas figuras contractuales al margen de las definiciones contenidas en el Reglamento? ¿Será porque no puede explicar la razón por la cual el precio de la segunda operación es “menor” en el préstamo bursátil y “mayor” en el reporte? Detengámonos brevemente a analizar este aspecto de su discurso.

El artículo 34 del Reglamento establece que la operación de reporte es:

“(...) aquella que comprende una venta de valores, a ser liquidada dentro del plazo establecido para las operaciones al contado o a plazo, y una simultánea compra a ser liquidada dentro del plazo pactado, por la misma cantidad y especie de valores y a un precio determinado” (el énfasis es agregado).

Por su parte, el artículo 42 del Reglamento establece que la operación de préstamo bursátil es:

“(...) aquella que comprende una compra de valores a ser liquidada dentro del plazo establecido para las operaciones al contado o a plazo, y una simultánea venta a ser liquidada dentro del plazo pactado, por la misma cantidad y especie de valores y a un precio determinado” (el énfasis es agregado).

Como el lector observará, literalmente no habría problema alguno para que tanto en el reporte como en el préstamo bursátil la segunda operación tuviera un precio a la baja, a la par o a la alta, en tanto que las normas citadas únicamente exigen que dicho precio sea “determinado”. Siendo esto así, ¿cómo llega el profesor Arata a la conclusión de que en el reporte el precio de la segunda operación es “mayor”, mientras que en el préstamo bursátil el precio de la segunda operación es “menor”? Muy simple: definiendo cada uno de los referidos contratos con independencia de lo que disponen los artículos 34 y 42 del Reglamento (*that's funny*).

Pero el ‘truco’ empleado por nuestro ‘artista’ es malo. En efecto, en un descuido, el profesor Arata reconoce lo que tanto ha criticado. Veamos:

“(...) podría definirse a la operación de reporte como aquella en la que un agente necesitado de liquidez (reportado), pero propietario de activos (los valores), transfiere la propiedad de estos a un tercero (reportante) por un determinado precio y simultáneamente asume la obligación de comprarlos dentro de un plazo a un precio normalmente superior”¹³ (el énfasis es agregado).

¿Cómo que “normalmente” superior? ¿Sabrá el profesor Arata que “normalmente” no es lo mismo que “necesariamente”? Supongo que sí. Tomando como base el sentido natural y transparente de sus propias palabras, uno llega entonces a la conclusión de que en el reporte el precio de la segunda operación puede ser a la alta, a la par o a la baja. ¿Por qué entonces me tilda de ‘ignorante’? ¿O es que también debo realizar una lectura ‘más diligente’ del término “normalmente”?

He aquí, pues, la segunda paradoja. El profesor Arata me acusa de prestar atención únicamente a la legislación italiana, ¡cuando él ni siquiera presta atención a la legislación local! Si yo soy tuerto, ¡él es ciego!

c) Nunca pensé encontrarme con Dios y con el diablo

Ante una crítica que realicé en mi artículo del 2003 respecto a la manera como el profesor Arata había definido el concepto de causa, él se defendió argumentando que yo no debía leer literalmente las expresiones vertidas en su artículo del 2000 y que, a despecho de mis acusaciones, sí conocía la teoría de la causa negocial¹⁴.

Por otra parte, ante la ausencia de referencias al préstamo bursátil en mi artículo del 2003, el profesor Arata me acusó primero de “ignorar” la diferencia entre dicho préstamo y el reporte, y de “confundir” luego ambos tipos contractuales¹⁵.

En otras palabras, pues, el profesor Arata ‘no dijo lo que efectivamente dijo’, mientras que yo me confundí a pesar de no haber abierto la boca. Pues bien, ni él conoce la teoría de la causa, ni yo ignoro la existencia del préstamo bursátil.

¹² Ibid. p. 226.

¹³ Ibid. p. 224.

¹⁴ “(...) resulta innecesario –y a pesar de ello agradezco a Escobar sus buenas intenciones– que me aclare la diferencia entre la concepción aristotélica de causa y la negocial, pues la conozco (...). En efecto, conozco lo que es la causa del negocio jurídico (...)” (el énfasis es agregado). Ver: Ibid. p. 228.

¹⁵ “(...) mostrando un desconocimiento absoluto por la existencia del préstamo bursátil, Escobar señala (...)”. “Debería entender Escobar que el reporte y el préstamo bursátil son dos operaciones distintas (...)”. Ver: Ibid. p. 229.

En efecto, en pleno siglo XXI el profesor Arata sigue empleando una categoría conceptual (“función económico-social”)¹⁶ propia de los regímenes fascistas, elaborada ‘a pedido’ de la clase política corporativista¹⁷. Así es, la introducción de la teoría de la causa como “función económico-social” respondió a la necesidad de satisfacer la demanda política del control de las actividades de los ciudadanos, una vez fracasado el primer modelo ‘colonial-liberal’ impulsado por los grandes imperios europeos¹⁸. La teoría en cuestión combatía la idea dogmática de que la causa del contrato era la simple finalidad subjetiva de las partes. Dicha idea había sido aceptada por todos los sistemas legales en el siglo XIX debido a las exigencias del modelo colonizador impuesto por parte de los imperios en cuestión: libre mercado y libre movilización de la mano de obra¹⁹. Asimismo, dicha idea representaba a la perfección la concepción del pensamiento legal clásico sobre el Derecho: “mecanismo de protección de la libertad individual”²⁰.

Como consecuencia de la pobreza descomunal impuesta por la doctrina del *laissez-faire*, por un lado, y del temor a la implantación del comunismo, por el otro, surgió en Italia, sobre la base de las ideas expuestas por el Papa Leo XIII en *Rerum Novarum*²¹, un movimiento que, sin negar las bondades de la propiedad privada, buscó armonizar los intereses de las clases capitalista y obrera. Ese movimiento, que se presentaba como una alternativa esperanzadora frente los modelos liberal y comunista, terminó dando forma a los Estados más totalitarios que haya conocido el mundo occidental durante el siglo XX²². En efecto, de la mano de Gabriele D’Annunzio, el fascismo exaltó el valor

supremo del Estado frente al individuo, reduciendo la libertad económica y política de este último hasta donde fuese necesario para lograr la consolidación de los objetivos del primero (entre los cuales sobresalía la restauración de su grandioso pasado)²³. El Estado, en consecuencia, tomó control absoluto de las decisiones sobre la producción, el comercio, el financiamiento y, en general, el desarrollo de toda actividad económica.

Como cualquier otro proyecto político, el fascismo requería un discurso filosófico, económico y jurídico propio²⁴. En el plano del Derecho privado, y más precisamente, en el plano del Derecho contractual, ese discurso estuvo representado por la teoría que consideraba que la causa era la ‘función económico-social’ del contrato²⁵. El aspecto ‘económico’ de la causa respondía a la idea (ampliamente compartida en todos los estados europeos y por todas las políticas filosóficas y jurídicas) de que las relaciones familiares, que habían formado parte de verdaderos feudos económicos y legales durante los siglos precedentes, fuesen reguladas, no por el mercado, sino por el Estado en función de las costumbres y creencias religiosas locales. El aspecto ‘social’ de la causa, por su parte, respondía a la idea de que el contrato no sólo debía ser relevante para los contratantes sino también para la colectividad en general. Evidentemente el recurso a la idea de la ‘solidaridad contractual’ no hacía otra cosa que ocultar el verdadero propósito de la doctrina fascista: controlar desde el aparato judicial las actividades de los particulares, evitando que las mismas interfiriesen con la planificación central de la economía de la nación. La idea de la ‘causa objetiva’ en el Derecho privado era, pues, un ‘engaño muchachos’²⁶.

¹⁶ “Sigo sosteniendo, entonces, que la naturaleza viene dada por esa función económico-social, pues entiendo por naturaleza jurídica la esencia de una institución, y es en tal función donde podemos encontrar dicha esencia” (el énfasis es agregado). Ver: *Ibid.* p. 230.

¹⁷ Giovanni B. Ferri ha demostrado con lujo de detalles cómo la teoría de la causa como “función económico-social” corresponde a un sistema jurídico corporativista y fascista. Según el autor indicado, “(...) durante la vigencia del modelo de la ideología dirigista, en la cual se inspiraba el legislador del 42, y con la cual se intentó teñir el sistema del Código Civil italiano, la causa fue degradada (...) a instrumento de control de la circulación de la riqueza (circulación realizada mediante el negocio); ello en la medida en la cual –siempre según una visión del ciudadano como funcionario– la fórmula de la función económico-social (invocada en la *Relazione* al Código Civil, también en materia de propiedad y de empresa (...)), era utilizada para controlar los momentos estático y productivo de la riqueza (como lo eran justamente, la propiedad y la empresa)”. Ver: “El Negocio Jurídico”. En: *Teoría General del Negocio Jurídico. 4 Estudios Fundamentales*. Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León. Lima: Ara Editores. 2001. p. 226. También en: “Negozio Giuridico”. En: *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sessione Civile*. Vol. XV. Torino: UTET. 1995. p. 76.

Para un desarrollo inteligente del tema (y en castellano!): MORALES HERVIAS, Rómulo. “La causa del contrato en la dogmática jurídica”. En: *Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en Memoria de Lizardo Taboada Córdova*, al cuidado de Freddy Escobar Rozas, Leysser L. León, Rómulo Morales Hervias y Eric Palacios Martínez. Lima: Editora Jurídica Grijley. 2004. pp. 388-459.

¹⁸ Entre 1880 y 1914, casi las tres cuartas partes del mundo estaban bajo el dominio de Inglaterra, Francia, Alemania, Italia, Holanda, Bélgica, Estados Unidos de América y Japón. Ver: HOBBSAWM, E. J. “The Age of Empire 1875-1914”. New York: Vintage Books. 1987. p. 57.

¹⁹ En tal sentido: WOLF, Eric. “Europe and the People without History”. Berkeley-Los Angeles-London: University of California Press. 1983. pp. 310 y siguientes.

²⁰ SAVIGNY, Friedrich Carl von. “System of the Modern Roman Law”. Volumen I. Translated by William Holloway. Connecticut: Hyperion Press, Inc. 1979. p. 270.

²¹ La doctrina expuesta en *Rerum Novarum* fue desarrollada posteriormente en *Quadragesimo Anno* por el Papa Pio XI. Aun cuando algunos historiadores sugieren la existencia de ciertas alianzas entre la Iglesia Católica y el fascismo, está claro que los fascistas no hicieron más que tergiversar y sacar indebido provecho de las formidables doctrinas expuestas por Leo XIII y Pio XI.

²² El discurso fascista se expandió rápidamente por casi todo Europa, al punto que entre 1933 y 1945 estuvo presente en Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, Eslovaquia, España, Francia, Grecia, Hungría, Noruega, Portugal y Rumania. También se extendió a Japón y Brasil.

²³ El recurso al pasado de los pueblos europeos estuvo ligado al discurso nacionalista, que fue utilizado básicamente con dos propósitos: (a) reivindicar los derechos de las minorías étnicas dentro de los Estados creados después de la primera guerra mundial y (b) contraponer la idea de unidad o solidaridad nacional (corporativismo) frente a la idea de unidad o solidaridad de clases sociales (Marxismo).

²⁴ Sobre el discurso fascista en el terreno jurídico: WIEACKER, Franz. “A History of Private Law in Europe”. Translated by Tony Weir. Oxford: Clarendon Press. 1995. pp. 432 y siguientes.

²⁵ Me atrevería a afirmar el referido discurso también por la teoría de la patrimonialidad de la obligación, aunque, claro está, esto es solamente una especulación.

²⁶ En los países que desconocían la teoría de la causa, la demanda del discurso corporativista fue satisfecha a través de la exigencia de que el objeto del contrato no contravenga las “buenas costumbres”.

Con la caída de los regímenes corporativistas a causa del triunfo de los aliados en la Segunda Guerra Mundial, una nueva demanda política se instauró en los países de Europa occidental: protección de los ciudadanos frente a los excesos del Estado²⁷. A diferencia de las anteriores demandas, esta última tomó elementos de los modelos políticos antagónicos que se habían disputado la hegemonía global en los últimos cien años (liberalismo / socialismo-comunismo), desde que nadie podía pretender el retorno del *laissez-faire* ni negar los logros que en el plano social habían conseguido las corrientes opositoras (desde el comunismo hasta el fascismo)²⁸. Es así como se gestó el nuevo orden²⁹, marcado por la tensión política y legal representada por el "individualismo" y el "altruismo"³⁰. Por tanto, a fin de satisfacer esa demanda, el aparato doctrinal europeo volvió a la vieja idea de causa como "finalidad de las partes"³¹, aunque para ello echara mano de un lenguaje más 'sofisticado'³².

Y bueno, la historia no ha avanzado más. Salvo por el dolor de cabeza que provocan los "talibanes", 'la vida sigue igual'³³.

Hoy en día, entonces, en ningún país del mundo occidental³⁴ un juez o una corte puede invalidar un contrato bajo el argumento de que el mismo no cumple una 'función social', esto es, una función que trasciende la meramente 'individual'. La teoría de la causa como 'función económico-social', que como cualquier otra teoría jurídica no hizo más que responder a las exigencias políticas vigentes en un contexto determinado³⁵, 'ya fue, ya'.

Me extraña por eso que el profesor Arata, ¡que enseñe "Acto Jurídico" conmigo!, reviva la tesis de Mussolini. Ojalá nomás no se sienta tentado de incursionar en la enseñanza de "Derecho Constitucional".

Pero pasemos a otro tema, no vaya a ser que estemos interpretando las expresiones del profesor Arata con

²⁷ Los países de Europa oriental experimentaron esta demanda mucho después. Con la caída del muro de Berlín, las grandes diferencias políticas europeas básicamente desaparecieron.

²⁸ En el plano legal, los logros más significativos de las corrientes opositoras al *laissez-faire* fueron los siguientes: la legalización de los sindicatos, el diseño de políticas *antitrust*, la creación de regímenes especiales de arrendamiento inmobiliario y el surgimiento de la responsabilidad objetiva en materia de accidentes laborales e industriales.

²⁹ El nuevo orden es producto de la síntesis aún amorfa de las concepciones filosóficas, políticas y económicas que dominaron al mundo en los últimos tres siglos. En el plano ius-filosófico, dicho orden puede ser entendido en función de la contraposición entre el modelo liberal de "reglas abstractas" que simplemente delimitan los ámbitos de actuación de los "dominios privados" (propiedad, contrato y libertad) y el modelo social de "reglas particulares" que generan "elementos organizativos" con fines distributivos (desde impuesto a las ganancias hasta las normas *antitrust*). Las primeras tienden a proteger tanto las bondades que genera el "orden espontáneo" de las fuerzas sociales como la función de la "tradición" en la evolución de la sociedad, mientras que las segundas tienden a proteger tanto las bondades que genera la planificación central estatal como la función de la "razón" en el desarrollo de la sociedad. Enriquecedoras páginas se encuentran en: HAYEK, Friedrik August. "Studies in Philosophy, Politics and Economics". London-Chicago: Symon and Schuster. 1967. pp. 160 y siguientes.

³⁰ El "individualismo" representa los valores del "liberalismo anglosajón" (Hume, Smith) y está caracterizado por la creencia de que toda conducta individual que busca satisfacer el interés propio es perfectamente legítima. Esto significa que el individuo no está obligado a compartir sus ganancias con los demás, ni tiene derecho a que otros asuman (en todo o en parte) sus pérdidas. El "altruismo", por su parte, representa los valores del "liberalismo continental europeo" (Voltaire, Rousseau) y está caracterizado por la creencia de que la conducta individual debe buscar también el bienestar de los demás. Esto implica que el individuo también debe compartir, sacrificarse y tener piedad (con los demás). En el plano legal, los valores del "individualismo" están protegidos por "reglas" ('el acreedor tiene derecho al pago de una indemnización en caso de incumplimiento de la obligación', 'el deudor incurre en mora desde que es intimado por el acreedor', etcétera); mientras que los valores del "altruismo" están protegidos por "estándares" ('las partes deben actuar con buena fe', 'no está permitido el abuso del derecho', etcétera). Una magnífica explicación sobre la contradicción entre "individualismo" y "altruismo" en el plano legal se encuentra en: KENNEDY, Duncan. "Form and Substance in Private Law Adjudication". En: Harvard Law Review 88. 1976. pp. 1685 y siguientes. Asimismo, una magnífica explicación de la correlación entre teoría legal y movimientos político-económicos se encuentra en: KENNEDY, Duncan. "Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968". En: Suffolk University Law Review. Vol. XXXVI. 2003. pp. 631 y siguientes.

³¹ En palabras de Giovanni B. Ferri: "Con la caída de la ideología dirigista y el advenimiento de una Constitución liberal-democrática, también el negocio vuelve a ser instrumento para la realización de intereses eminentemente privados, y la causa vuelve a ser un elemento del negocio; ya no como instrumento ni como mecanismo de control del actuar autónomo de los particulares, tal cual pretendía el legislador de 1942 (...). En esta línea de pensamiento, toda regla negocial es expresión objetivada de finalidades subjetivas específicas". Ver: "El Negocio Jurídico". Op. Cit. p. 234.

³² Querido lector, le ahorro el trabajo de tratar de leer en italiano a la doctrina más *fashion*. Sea usted un *free rider* y saque ventaja de este obsequio: tres definiciones tres de la mejor causa del mundo, ¡en su versión neoliberal!:

"La causa es la programación del funcionamiento del contrato que se deduce del reglamento de intereses; la determinación sobre su existencia implica una verificación en concreto que ab initio subsistan y sean idóneos para operar los presupuestos que surgen de dicho funcionamiento." NAVARRETTA, Emanuela. "Le Ragioni sulla Causa e il Problema dei Remedi. L' Evoluzione Storica e le Prospettive nel Diritto Europeo dei Contratti". En: Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni. Anno CI, Fascicolo 11-12, Novembre-Dicembre. Milano: Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi. 2003. p. 986.

"La causa del contrato comprende los intereses de la parte que el contrato debe asegurar, porque forman la razón justificativa del contrato mismo" (ROPPO, Vincenzo. "Il Contratto". En: Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Milano: Giuffrè Editore. 2001. p. 377).

"El interés fundamental que el negocio está destinado a realizar es siempre desde el punto de vista fenomenológico un interés práctico individualizado y definitivo" (SCALISI, Vincenzo. "Il Negozio Giuridico tra Scienza e Diritto Positivo. Teoria, Manifestazione, Astrazione, Inefficacia". Milano: Giuffrè Editore. 1998. p. 336).

Y, ¿entendí?

³³ Igual de violenta e infame que hace un siglo; aunque claro, ahora los escenarios son otros y los discursos de ambos bandos son más sofisticados, pero no por ello menos repulsivos.

³⁴ A no ser, claro está, que se trate de un país con un gobierno totalitario (Cuba, por ejemplo).

³⁵ Uno de los ejemplos más dramáticos de la relación entre política y teoría jurídica es, sin duda, el protagonizado por el colonialismo europeo del siglo XIX y la doctrina positivista del Derecho Internacional. Como ha sido demostrado, fue dicha doctrina la encargada de legitimizar (a través de la creación del concepto de "soberanía" y de la elaboración de la distinción entre naciones "civilizadas" y "no civilizadas") conquista y desposesión, imposición y destrucción, a lo largo y ancho de territorios africanos y asiáticos. Semejantes resultados jamás habrían gozado de legitimidad al amparo de la doctrina del Derecho natural, que proclamaba el sometimiento de todas las naciones a las leyes del "estado natural" y, por tanto, que negaba validez a la distinción entre estados "civilizados" y "no civilizados". Para una documentada y sugestiva exposición sobre el tema: ANGHIE, Antony. "Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law". En: Harvard International Law Journal. Vol. 40. 1999. pp. 2 y siguientes.

una 'diligencia' menor que la que requieren sus escritos. Y ya sabemos que él se enoja cuando no leemos 'inteligentemente' sus frases. Veamos qué más hay en la 'viña del señor'.

En base a su teoría fascista de la causa y a su singular entendimiento de la naturaleza jurídica de las cosas, el profesor Arata nos regala una frase exquisita, que estoy seguro será estudiada en el futuro como muestra de la sublime 'síntesis' de dos escuelas ius-filosóficas que, si bien fueron antagónicas por algunos siglos, tuvieron la suerte de ser reconciliadas por un peruano, para orgullo de todos:

"... si es la causa de un negocio la que determina su naturaleza, ¿por qué no podemos señalar que la naturaleza de la operación de reporte es la de un mutuo de dinero con prenda irregular, con la especial característica de que el "acreedor-reportante" puede quedarse con los valores en caso de incumplimiento?"³⁶ (el énfasis es agregado).

No sé si usted lector se da cuenta de la sutileza ¿No? Le voy a explicar. El Reglamento establece que la operación de reporte está compuesta por una doble venta. No obstante ello, el profesor Arata sostiene que la 'esencia' de dicha figura descansa en el préstamo con garantía prendaria. En términos gráficos:

Reglamento: $R = Vv + Viv$

Profesor Arata: $R = Pd + Gp$

Donde: R es reporte, Vv es venta de valores (al contado o a plazo), Viv es venta inversa de valores (a plazo), Pd es préstamo de dinero y Gp es garantía prendaria de valores.

Anticipando una objeción obvia (si el "acreedor-reportante" en ningún caso ejecuta los valores, ¿cómo el reporte puede tener la naturaleza jurídica de un préstamo dinerario con prenda de valores?), el profesor Arata se encarga de hacernos saber que en el caso bajo análisis el préstamo con garantía prendaria presenta una "característica especial" que no presentan otros préstamos de la misma especie: el "acreedor-reportante" sí puede 'apropiarse' de los valores prendados.

Entonces, en términos gráficos su planteamiento es:

$$R = Pd + Gp + Pc$$

Donde: Pc es pacto comisorio.

Ahora bien, ¿cuál es el problema? Muy simple:

$$\begin{aligned} R, Vv, Viv, Pd, Gp &\in Oap \\ Pc &\notin Oap \\ Pc &\in Orp \\ Oap &\neq Orp \end{aligned}$$

Donde: Oap es el conjunto de operaciones aceptadas por el ordenamiento peruano y Orp es el conjunto de operaciones rechazadas por el ordenamiento peruano.

Como usted querido lector lo sabe muy bien, en nuestro ordenamiento jurídico no existe la posibilidad de 'apropiarse' del bien dado en garantía en caso de incumplimiento. Esa posibilidad está expresamente vedada en los artículos 1066 y 1111 del Código Civil³⁷. En el mundo de los conceptos, sin embargo, esa posibilidad es aceptada, al igual que la posibilidad de tener varias esposas legítimas al mismo tiempo ("poligamia") o la posibilidad de castigar físicamente a las susodichas ("chastisement").

Pues bien, el profesor Arata considera que la naturaleza jurídica del reporte bursátil, esto es, de un contrato tipificado, aceptado por el ordenamiento jurídico peruano, está determinada ¡por una categoría conceptual rechazada por dicho ordenamiento! En efecto, para él la "esencia" del reporte tipificado en el Reglamento viene dada por su correspondencia a una posibilidad que existe sólo en el reino de los conceptos, en el reino del Derecho natural. Lo curioso es que para sustentar su conclusión ius-naturalista se basa ¡en la teoría fascista de la causa! El profesor Arata ha reconciliado, pues, a De Vitoria con Hobbes, a Grotius con Austin, a Pufendorff con Bentham. *That's cool man!*

Siguiendo su línea de pensamiento, que supone explicar la naturaleza jurídica de un fenómeno aceptado por el ordenamiento peruano en función de sus "similitudes" con otro fenómeno al margen de si el mismo es aceptado o rechazado por dicho ordenamiento, sería perfectamente posible echar mano de la "dote

³⁶ Arata Delgado, Carlos. "Reflexiones en torno al contrato de... ¿reporte?... ¿en el Perú?". Op. Cit. p. 229.

³⁷ Nota del Editor: Actualmente, con la promulgación de la Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley 28677, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 1 de marzo de 2006, cuya entrada en vigencia quedó postergada hasta el 29 de mayo del mismo año (3 meses después), el pacto comisorio en materia mobiliaria, es decir, la adquisición por el acreedor de las garantías mobiliarias constituidas en su favor en respaldo de determinadas obligaciones, se encuentra permitido. No obstante ello, el presente artículo fue culminado con fecha 25 de febrero de 2006, es decir, antes de la publicación de la mencionada ley, por lo que, efectivamente, en dicho momento el pacto comisorio se encontraba prohibido y, por consiguiente, cualquier acuerdo en tal sentido se encontraba viciado de nulidad. Asimismo, los artículos anteriores del autor y del doctor Carlos Arata fueron elaborados cuando el pacto comisorio se encontraba prohibido.

matrimonial” para explicar la ‘esencia’ de las donaciones efectuadas por el padre de la novia al sufrido novio, sin que importe que aquella institución, para desgracia nuestra, ya no habite más los dominios del Derecho positivo bicolor.

He aquí pues la tercera paradoja: mientras a mí me acusa de ‘ignorante’ y ‘falaz’, él se da el lujo no sólo de hacer tabla rasa de la cultura jurídica acumulada por siglos, sino también de reclamar para sí mismo coherencia lógica mientras destruye la teoría de conjuntos. *Que te perdone Dios, que te perdone...*

Afirmé en líneas precedentes que yo no confundo préstamo bursátil con reporte. ¿Cómo puedo probar esta afirmación? Ah! ya sé: pido que se me aplique esa teoría procesalista según la cual el acusado no tiene que probar un hecho negativo. Esa teoría se ajusta perfectamente a mi caso porque yo nunca pronuncié palabra alguna sobre el préstamo bursátil, nunca lo ‘menté’. Si yo no dije que el préstamo bursátil era ‘esto’ o ‘aquello’, ¿cómo puedo confundirlo con el reporte?

Uy se me acaba de ocurrir otra defensa. En aplicación de lo dispuesto por el artículo 141 del Código Civil, el profesor Arata no puede deducir de mi silencio confusión alguna. *No way!*

d) Speaking words of wisdom..., let it be

¿Por qué nos preguntamos acerca de la naturaleza jurídica de un hecho o de una situación? En otros

sistemas los jueces y abogados no se preguntan por la ‘naturaleza jurídica de las cosas’. En el *Common Law*, por ejemplo, un juez se pregunta si el caso X es similar al caso Y o al caso Z, a fin de determinar si la regla enunciada en alguno de estos dos últimos casos puede regir o informar a la que tiene que dictar. Eventualmente, el juez puede considerar que a pesar que el caso X es similar al caso Y o al caso Z, la decisión anterior no debe ser aplicada a las partes que litigan ante él debido a que existen razones fundadas para fallar en otro sentido.

Evidentemente el *Common Law* no desconoce la existencia de categorías conceptuales³⁸. El tratamiento de los problemas legales, sin embargo, no depende finalmente de tales categorías sino de las distintas “*policies*” que rodean a cada caso³⁹. Así, por ejemplo, las promesas sin “*consideration*”, que en principio no son vinculantes, pueden llegar a serlo si es que el juez considera que existen ‘buenas razones’ para ello. Por tanto, si yo, por ejemplo, prometo regarle un libro descatalogado al profesor Arata, él no me puede exigir el cumplimiento de mi promesa debido a que la misma carece de “*consideration*”.

El juez, sin embargo, puede considerar que en este caso concreto sí debo cumplir mi promesa en tanto que, por un lado, el profesor Arata no sólo confió en que así lo haría sino que además dejó pasar una magnífica oportunidad para adquirir el referido libro; y, por el otro, yo pude razonablemente anticipar que el profesor Arata confiaría en mi promesa y dejaría pasar la oportunidad de adquirir el valioso ejemplar.

³⁸ El *Common Law* recibió, a través de John Austin, la influencia del pensamiento legal alemán (Savigny), por lo que a pesar de haber operado al margen de códigos escritos, dicho sistema compartió con el *Civil Law* el mismo método jurídico durante una buena parte del siglo XIX. Posteriormente, sin embargo, el *Common Law* se liberó de la “influencia romanista” sin mucho esfuerzo. En los Estados Unidos de América fue el *Legal Realism*, heredero directo de Oliver Wendell Holmes Jr., el encargado de hacer volar en pedazos el sistema conceptual que había recreado Christopher Columbus Langdell. Sobre el positivismo en el *Common Law*: MURPHY, James Bernard. “The Philosophy of Positive Law. Foundations of Jurisprudence”. New Haven-London: Yale University Press. 2005. pp. 117 y siguientes. Sobre el colapso del pensamiento legal clásico en los Estados Unidos de América: HORWITZ, Morton J. “The Transformation of American Law: 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy”. New York-Oxford: Oxford University Press. 1992. pp. 169 y siguientes.

³⁹ Las “*policies*” no son otra cosa que las consideraciones de carácter extralegal (éticas, económicas, etcétera) que los jueces toman en consideración a fin de decidir *ex post facto* la regla aplicable al caso materia de controversia. Cada caso generalmente envuelve diferentes “*policies*”, de modo que tanto demandado como demandante pueden argumentar que la sociedad en su conjunto estaría mejor si el juez tomara en cuenta ciertas “*policies*” en lugar de otras. La tarea del juez consiste entonces en decidir qué “*policy*” es más importante que las demás para el caso concreto. Un magnífico ejemplo de la forma en la que diferentes “*policies*” compiten en un caso concreto se encuentra en *Deep versus Recording Indus. Ass’n of Am.* (United States Court of Appeals for the Seventh Circuit - 2003). En este caso, los demandantes (diversas industrias titulares de derechos de propiedad intelectual sobre canciones) buscaban una medida cautelar que impidiera al demandado seguir operando el software llamado “Aimster”, que permitía a sus usuarios intercambiar archivos con canciones bajo códigos encriptados a través de Internet. El juez Posner reconoció que los derechos de propiedad intelectual de los demandados estaban siendo vulnerados por los usuarios de “Aimster”. Sin embargo, reconoció también que “Aimster” podía ser empleado con fines lícitos y que el creador de programas de Internet no podía ser responsable *per se* por los actos ilícitos que terceros perpetraran mediante el uso de dichos programas. Más aún, reconoció que la plataforma sobre la que corría “Aimster” era operada por empresas vinculadas a los propios demandantes, por lo que, de seguir ciertos argumentos de estos últimos, sus propias empresas vinculadas terminarían siendo responsables de los daños provocados por el intercambio ilegal de archivos con canciones. Sin embargo, debido a que las evidencias demostraban que la gran mayoría de usuarios de “Aimster” intercambiaba material prohibido y que los ejemplos incluidos en el propio programa para enseñar a tales usuarios a encriptar los archivos eran ejemplos que operaban con archivos de canciones y no con otro tipo de material, el juez Posner concluyó que era razonable pensar que el operador de “Aimster” podía perfectamente suponer que su creación sería empleada principalmente para fines ilícitos. En ese sentido, analizando los costos y beneficios que la sociedad obtendría con la operación de un programa generalmente empleado para fines ilícitos, con los costos y beneficios que la sociedad obtendría con la desactivación de dicho programa, el juez Posner concluyó que era más eficiente conceder la medida cautelar. Es interesante hacer notar que la decisión del juez Posner se apartó del precedente generado en *Sony Corp. Of America Inc. versus Universal City Studios, Inc.* (Supreme Court of the United States of America - 1984). Dicho precedente estableció que si bien el “betamax” creado por el demandado podía ser usado tanto para fines lícitos (grabar un programa de televisión que no se podría ver a tiempo) como para fines ilícitos (crear colecciones paralelas de programas de televisión sin comerciales, etcétera), las evidencias demostraban que la gran mayoría de usuarios empleaba dicho bien para fines lícitos. En este sentido, comparando los costos y los beneficios que la sociedad obtendría si se prohibiera la comercialización del “betamax” y se preservara de este modo la intangibilidad de los derechos de los demandados, con los costos y los beneficios que la sociedad obtendría si se permitiera la comercialización del “betamax” y se generara de este modo la oportunidad de que tales derechos sufrieran violaciones no significativas, la corte optó por declarar infundada la demanda y permitir que Sony siguiera comercializando el referido bien.

Como se podrá advertir, pues, en el *Common Law* las consecuencias legales están determinadas en última instancia por las 'buenas razones' que un juez puede tener para fallar en un sentido o en otro (esto es, para determinar *ex post* cuáles son las consecuencias legales del comportamiento de las personas). Entre esas 'buenas razones' sobresale notablemente la preocupación sobre los efectos que la decisión judicial puede generar en el bienestar general de la sociedad.

En el *Civil Law*, claro está, operamos de otro modo. En nuestro sistema sí nos preguntamos acerca de la 'naturaleza jurídica de las cosas' debido a que el mismo está constituido por una pirámide de conceptos a los cuales el legislador ha ligado efectos jurídicos, de modo tal que cada hecho o situación debe encontrar su lugar en dicha pirámide a fin de que exista certidumbre sobre el tipo de efectos que produce. Así es, a pesar de que nuestro sistema se basa en buena parte en el material casuístico proporcionado por el Derecho romano, la mano de la escuela Pandectista ordenó racionalmente⁴⁰ dicho material y lo presentó al mundo, de la mano de Savigny y Puchta⁴¹, en forma de conceptos jerárquicamente organizados que descienden de lo más general a lo más específico, cubriendo íntegramente la intrincada gama de relaciones sociales⁴².

De este modo, pues, cuando enfrentamos un problema concreto y necesitamos determinar qué regla es aplicable al mismo, nos preguntamos por la naturaleza jurídica del hecho o de la situación que nos toca afrontar, para así individualizar las consecuencias jurídicas que han ingresado o van a ingresar a nuestra esfera jurídica individual⁴³. Como ya me estoy pareciendo a los mencionados⁴⁴, mejor les cuento una historia.

Imaginemos que el profesor Arata y yo celebramos un contrato en virtud del cual, a cambio del pago de una suma determinada, yo asumo dos obligaciones, a saber: (a) fabricar con mis propios materiales un juego de luces de escena especialmente diseñado para él y (b) entregarle en propiedad dicho bien. Imaginemos además que mientras trabajo en el asunto un tercero interesado en el juego de luces en cuestión me ofrece una cantidad mayor que la que me tiene que pagar el profesor Arata. En esas circunstancias subrepticamente recuerdo a Posner y digo: 'Escobar incumple eficientemente el contrato', ¡pórtate racionalmente! Lamentablemente, sin embargo, el juego de luces a medio hacer queda destruido debido a que una combi asesina se estrella contra mi taller. Ante esa situación, llamo a mi Estudio y luego de 'poner en autos' a uno de mis asociados, le pregunto cuál es mi situación jurídica. El me responde si me refiero a mi situación jurídica frente a la combi asesina. Yo le digo que no, que me refiero a mi situación jurídica frente al profesor Arata. El me dice: "ah, depende: si el contrato celebrado con el profesor Arata es un contrato de compraventa, tú no tienes derecho a exigirle el pago del monto pactado, pues el artículo 1567 del Código Civil establece que el riesgo de la pérdida del bien por causa no imputable a los contratantes pasa al comprador en el momento de su entrega. Pero si el contrato de marras es un contrato de obra, tú tienes derecho a exigirle el pago del porcentaje del monto pactado que represente la parte de la obra ejecutada, pues el artículo 1788 del Código Civil establece que en caso de pérdida de la obra por causa no imputable a las partes, el comitente no está obligado a pagar la retribución proporcional de la parte de la obra no ejecutada. Ante su 'gran ayuda' le pido que me diga qué contrato es el que he celebrado con el profesor

⁴⁰ Esto tiene una explicación bastante sencilla: el 'espíritu de la época'. En efecto, durante los siglos XVIII y XIX el racionalismo penetró todas las disciplinas del conocimiento humano, al punto que incluso las artes fueron seducidas por las ideas de armonía de proporciones, simetría, orden y elegancia. Ahí están Bach, Handel, Haydn y Mozart; también Poussin, David e Ingres. Una colosal muestra de la fe en la razón la encontramos en la decisión de poner en efecto un nuevo calendario, que dividía el año simétricamente (cada año tenía cuatro estaciones, cada estación tenía tres meses de treinta días, cada mes tenía tres semanas de diez días). Septiembre de 1792 fue el año I de ese nuevo calendario. En lo que se refiere a nuestra disciplina, los juristas, que no quisieron ser menos que los científicos de verdad, aplicaron el "método de la razón", que consistía en presentar los fenómenos bajo estudio (las relaciones jurídicas) de manera "sistemática" y en deducir de la interacción de tales fenómenos "principios" y "categorías". Estos "principios" y "categorías" permitirían solucionar lógicamente cualquier problema concreto que se presentara en la realidad. De este modo, la ayuda de la moral dejaría de ser relevante y el Derecho adquiriría la condición de "ciencia". Para un interesante análisis de la relación entre las disciplinas exactas (particularmente la geometría) y el pensamiento legal clásico: KRONMAN, Anthony T. "The Lost Lawyer". Cambridge-London: The Belknap Press of Harvard University Press. 1993. pp. 170 y siguientes.

⁴¹ A pesar de la fuerte oposición de su maestro, Georg Friedrich Puchta terminó colaborando con el movimiento codificador germano. Al hacerlo, dejó la impronta de Friedrich Carl von Savigny en el texto del B.G.B.

⁴² GLYN WATKIN, Thomas. "An Historical Introduction to Modern Civil Law". Brookfield-Singapore-Sydney: Aldershot. 1999. pp. 132 y 133.

⁴³ En América Latina este modo de enfrentar el fenómeno jurídico no es sino una consecuencia de una serie de desafortunados eventos. Primero: la decisión de los criollos de adoptar los códigos europeos del siglo XIX en lugar de modificar las leyes coloniales y adoptarlas a la nueva realidad política y económica. Segundo: la importación de los Tratados de Derecho Civil, sin los cuales los juristas locales jamás habrían entendido el contenido de los cuerpos normativos importados. Tercero: la aparición de Aubry y Rau, quienes explicaron el Código de Napoleón en 'clave germana', introduciendo en tierras galas y latinoamericanas el método científico de Savigny. Cuarto: la influencia positivista de Jeremy Bentham a través de la obra Andrés Bello. Los resultados de tan singular y desconcertador cóctel se sienten hasta ahora. Para un detallado análisis sobre el movimiento codificador latinoamericano del siglo XIX: MIROW, M. C. "Latin American Law. A History of Private Law and Institutions in Spanish America". Austin: University of Texas Press. 2004. pp. 97 y siguientes.

⁴⁴ El sistema conceptual heredado de la escuela pandectista alemana presenta una serie de problemas de fondo y forma. De todos ellos el más importante es el que genera la idea de que los conceptos que integran dicho sistema pertenecen a una realidad objetiva. Esta idea convierte al Derecho en un conjunto limitado de categorías lógicas, con un contenido predeterminado, rígido e inflexible. Así modelado, es imposible que el Derecho sea capaz de responder de manera apropiada a las cambiantes exigencias de la vida real. Para una extraordinaria crítica al sistema conceptual europeo: GÉNY, Francois. "Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif". Paris: F. Pichon et Durand-Auzias. 1919. pp. 59 y siguientes.

Arata: compraventa u obra. Él me dice: “no sé, hay que analizar su naturaleza jurídica”.

¿Qué significa esto que mi asociado dice? Significa que hay que determinar si las características del contrato materia del problema concreto corresponden a las que el legislador ha anexado al contrato de compraventa o al contrato de obra. Hallando la naturaleza jurídica del contrato en cuestión yo podré saber si tengo o no derecho a exigirle al profesor Arata el pago del monto pactado (precio o retribución).

Volvamos a nuestra historia. Después de varios días, mi asociado aún no tiene respuesta (para variar). Felizmente para mí el Congreso de la República aprueba una ley con efectos retroactivos, creando el “contrato de compra-obra”. En el artículo 1 de esa ley se puede leer lo siguiente: “Habrá compra-obra cuando una de las partes, a cambio del pago de una suma de dinero, asume la obligación de fabricar con sus propios materiales un bien y la obligación de transferir a la otra parte la propiedad de dicho bien”. Por otro lado, en el artículo 376 de esa ley se puede leer lo siguiente: “Considerando la importante función económico-social que cumple el contrato de compra-obra, la parte que encarga la fabricación del bien deberá pagar el monto acordado aun en caso de pérdida o destrucción del bien sin culpa de las partes”.

Con la promulgación de esta ley mi asociado ya no tiene que ‘mecermé’ más. ¿Por qué? Porque sé que, al amparo de lo dispuesto en la referida ley, el contrato que celebré con el profesor Arata no es un contrato de compraventa, ni un contrato de obra; es un contrato de compra-obra. El hecho de saber que el contrato materia del problema es un contrato de compra-obra me permite a su vez saber que tengo derecho a exigirle al profesor Arata el pago del monto pactado.

Esta historia, amable lector, explica en términos bastante sencillos y amigables qué es y para qué sirve la naturaleza jurídica de las cosas. Pero volvamos al mágico mundo del profesor Arata y veamos cómo nos enreda con sus conceptos.

Basado en su teoría ‘fascista-normativista-iusnaturalista’ sobre la causa y la naturaleza jurídica, el profesor Arata considera que, a pesar de estar regulado como contrato autónomo, el reporte bursátil tiene la naturaleza jurídica de un préstamo de dinero con prenda irregular de acciones.

Además de las objeciones planteadas al punto de partida adoptado por el profesor Arata, es posible

efectuar otras dos objeciones a la validez de su conclusión.

Primero, desde un punto de vista lógico, ¿por qué el contrato tipificado X (reporte) tiene la naturaleza ‘del’ contrato tipificado Z (préstamo con prenda)? ¿Por qué más bien el contrato tipificado Z (préstamo con prenda) no tiene la naturaleza ‘del’ contrato tipificado X (reporte)? En otras palabras, si ambos contratos tienen la misma ‘función económico-social’, si ambos contratos gozan del mismo reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico, ¿por qué el primero tiene la naturaleza ‘del’ segundo y no el segundo la naturaleza ‘del’ primero? No es una respuesta aceptable indicar que el primero (reporte) tiene la naturaleza ‘del’ segundo (préstamo con prenda) debido a que el primero fue inventado por el hombre antes que el segundo o porque el primero fue positivizado por el legislador antes que el segundo. El criterio histórico es eso, histórico, no jurídico.

Segundo, desde un punto de vista jurídico ¿cuál es la relevancia positiva de la afirmación de que el reporte tiene la naturaleza jurídica del préstamo con garantía prendaria? En otras palabras, ¿esa afirmación produce algún efecto jurídico? ¿Esa afirmación hace que el reporte se sujete a una regulación y no a otra? Para ponerlo en términos técnicos, ¿la realidad jurídica pre-existente sufre alguna alteración como consecuencia del diagnóstico sobre la naturaleza jurídica del reporte? *No way!* ¿Entonces para qué nos sirve saber que el reporte tiene la naturaleza del préstamo con garantía prendaria?

Desde una perspectiva jurídica, es claro pues que la declaración del profesor Arata sobre la naturaleza jurídica del reporte tiene exactamente la misma relevancia que la declaración del profesor ‘Trisano Viejo’ Pelusso⁴⁵ sobre lo injusto que resulta que al ‘pulpo’ Jayo lo hayan expulsado en el partido con Alianza Atlético de Sullana.

Pero como el profesor Arata es el dueño del circo, se da el lujo de afirmar que mi tesis es “simplista” e “ilógica”. Lo primero en el fondo no me preocupa, pues francamente ya no sé si el adjetivo tiene a estas alturas del partido una connotación negativa. Lo segundo, en cambio, sí ¿Por qué? Porque significa que mis ideas carecen de racionalidad, que mis afirmaciones son contradictorias, que mis conclusiones son incongruentes.

Yo he vuelto a leer mi artículo y no he encontrado una sola afirmación que no se derive lógicamente de

⁴⁵ Una explicación sobre el significado de ‘Trisano Viejo’ se puede encontrar en las páginas de “El Bocón”.

otra afirmación previa. Lo invito querido lector a efectuar el ejercicio (y si encuentra que el profesor Arata tiene razón, entonces le invito un cebiche, a usted, no a él)⁴⁶. El profesor Arata, sin embargo, me ha acusado de ser "ilógico" sin demostrarlo. Fiel a su estilo, me ha imputado (otra vez) conclusiones o consecuencias que no se derivan de mis ideas expresadas en blanco y negro. Veamos:

"Si la sola tipificación da autonomía en cuanto a la naturaleza: ¿dos contratos no tipificados sí pueden tener la misma naturaleza?, ¿un contrato no tipificado puede tener la misma naturaleza que uno típico? Bajo un criterio como el de Escobar sí podrían por cuanto no tienen un tratamiento legislativo autónomo. Ello carece de lógica. ¿Acaso se podía afirmar que mientras la operación de reporte no estuvo regulada sí tenía la naturaleza del mutuo de dinero con garantía prendaria irregular? Sostener, por lo tanto, lo que sostiene Escobar, carece de mayor asidero pues no explica determinadas situaciones como las antes descritas"⁴⁷.

Antes de responder a las preguntas que el profesor Arata ha formulado y respondido para 'conducir' mi tesis al error, es necesario efectuar una brevísima explicación en torno a los contratos no tipificados, traídos a colación por aquél.

Si yo celebro el contrato X, existen hasta tres posibilidades: que ese contrato responda exclusivamente a las características de determinado contrato tipificado (compraventa por ejemplo), que ese contrato responda a las características de determinados contratos tipificados (compraventa y locación de servicios por ejemplo) o que ese contrato no responda a las características de algún contrato tipificado. En el primer caso diré que el contrato X es una compraventa, en el segundo diré que el contrato X es un "contrato atípico mixto" y en el tercer caso diré que el contrato X es un "contrato atípico puro". Bajo los tres escenarios, el contrato X pertenecerá a la 'pirámide' (ya que ésta permite celebrar contratos típicos y atípicos).

Vamos a las preguntas:

¿Dos contratos no tipificados sí pueden tener la misma naturaleza? No es que pueden, tienen la misma naturaleza: "contratos no tipificados"⁴⁸. En efecto, los contratos tipificados tienen una naturaleza particular o específica: contrato tipificado A (compraventa), contrato tipificado B (permuta), contrato tipificado C (arrendamiento), etcétera. Cada uno de esos contratos está sometido a un conjunto exclusivo de normas, las cuales responden a las características propias de los distintos intereses de las partes. Los contratos no tipificados, en cambio, tienen una naturaleza genérica: "contratos no tipificados". Ninguno de ellos está sometido a un conjunto exclusivo de normas. Es verdad que a los contratos no tipificados les asignamos 'nombres' ("contrato de franquicia", "contrato de venta en consignación")⁴⁹. Es verdad también que a tales contratos les asignamos regulaciones más o menos estandarizadas, con el propósito de generar un "marco normativo" consuetudinario. Cuando hacemos tales cosas, sin embargo, generamos una "tipicidad social", que, a diferencia de la legal, no determina consecuencia legal alguna⁵⁰.

¿Un contrato no tipificado puede tener la misma naturaleza que uno típico? ¡No pues! ¿De dónde sale semejante idea? Por si acaso, de la proposición que yo formulé (si X es contrato típico, entonces X tiene la naturaleza X) no se deriva la conclusión que el profesor Arata, astutamente, pretende imputarme. Un contrato no tipificado no puede tener, por definición, la naturaleza de un contrato tipificado. *That's basic man!* Lo que puede ocurrir es que un contrato no tipificado tome 'elementos' de varios contratos tipificados. Pero es justamente ese hecho (el nutrirse de varios contratos tipificados) el que impide que el contrato de marras tenga la naturaleza de alguno de los contratos tipificados de los cuales se alimenta.

¿Acaso se podía afirmar que mientras la operación de reporte no estuvo regulada sí tenía la naturaleza

⁴⁶ Para que no se emocione mucho querido lector, le advierto que esta oferta la hago desde la hermosa ciudad de Cambridge, por lo que me reservo el derecho de someterla a las leyes del Estado de Massachussets (U.S.A.), que establecen, como no podía ser de otro modo, la libre revocabilidad de los actos sin 'consideration'.

⁴⁷ Arata Delgado, Carlos. "Reflexiones en torno al contrato de... ¿reporte?... ¿en el Perú?". Op. Cit. p. 229.

⁴⁸ Eventualmente, uno es "mixto" y el otro "puro" (lector, ¡no sea mal pensado!). Pero para efectos prácticos eso no importa, ya que a los "mixtos" y a los "puros" les aplicamos por "analogía" las normas de los "típicos" más "afines".

⁴⁹ Es importante indicar que en este plano ningún grupo social puede reclamar privilegio alguno sobre sus creaciones contractuales. Así, por ejemplo, a pesar de que un grupo social haya utilizado por un siglo el término "franquicia" para referirse a ciertas operaciones contractuales, otro grupo puede utilizar el mismo término para referirse a otro tipo de operaciones contractuales. Ante la ley, ninguno de esos grupos puede considerar que 'su' "franquicia" es la verdadera y, por tanto, que 'su' gama de operaciones contractuales es la que ha generado el supuesto de "tipicidad social".

⁵⁰ El hecho de que eventualmente el juez deba tomar en cuenta la costumbre no contradice esta afirmación, desde que la necesidad de valorar los elementos consuetudinarios vendría impuesta por la ley, de modo que ésta sería la que le otorgue efecto jurídico a la "tipicidad social". Sobre cómo la costumbre no es propiamente una fuente del Derecho: AUSTIN. John. "The Providence of Jurisprudence Determined". Ashgate: David Campbell & Phillip Thomas Eds. 1998. pp. 21 y siguientes.

del mutuo de dinero con garantía prendaria irregular?

En efecto, mientras el reporte no estuvo regulado era absolutamente factible considerarlo “mixto”, en tanto está formado por la coligación de dos “típicos”: préstamo y prenda. En esa situación, se le habría aplicado por analogía las normas del préstamo o de la prenda, dependiendo del tipo de problema presentado. Una vez tipificado, el reporte claramente dejaría de ser “mixto” y pasaría a ser “reporte”. De este modo, las normas del préstamo o de la garantía no serían de aplicación (analógica) al mismo.

Bueno, basta de *free riders!* Como el amable lector habrá notado, tenemos pues una nueva paradoja: el profesor Arata me acusa injustamente de “ilógico”, cuando él es ¡recontra falaz!

El artículo del profesor Arata está, querido lector, lleno de ideas bastante curiosas (como aquella según la cual no se puede asimilar el arrendamiento al usufructo)⁵¹. Sería ‘simpático’ someter cada una de esas ideas a un ‘hard test’. Pero le quiero confesar algo: en unos días más debo viajar a Austin a disputar un torneo de soccer organizado por *The University of Texas*. ¿Usted que haría en mi lugar, amable lector? ¿Seguir con este asunto o ir a patear pelota? Claro, ¡y no va a ser!

IV. ADIÓS, ¡TE VIMOS LUCHAR!

De mi parte, este es el último ‘round’. No es que esté acostumbrado a tirar la ‘toalla’ (creo que en más de una ocasión he demostrado lo contrario, ¡saludos a los caídos con honor!). Es que el tema de la naturaleza jurídica me aburre. Luego de varios años de estar inmerso en el fascinante mundo de la jurisprudencia de conceptos, hoy tengo otro tipo de intereses. Ahora me importa más determinar los efectos económicos de las leyes que ocupar mi tiempo en dilucidaciones conceptuales que en verdad no son muy difíciles de realizar. En breve, pues, estoy interesado en ‘cómo cambiar las cosas’ antes que en ‘cómo describirlas mejor’.

Recordando mis primeros años en la Facultad, se me viene a la mente la imagen del ‘árbol jurídico’ con el que solíamos trabajar en el curso de “Introducción al Derecho”, al momento de analizar los problemas que planteaba el caso bajo estudio. Con la ‘mirada’ fija en ese árbol, puedo decir la ‘naturaleza jurídica del reporte’ es una hoja inerte, que yace en el piso, arrancada por la tormenta de la tipicidad. La ‘naturaleza jurídica del reporte’ es, pues, una ‘naturaleza muerta’, y como soy agnóstico ni siquiera me voy a detener a rezarle un credo: *serenity now!*

Cambridge, 25 de febrero del 2006

⁵¹ Siguiendo el modo de pensar del profesor Arata, sería perfectamente posible afirmar que el usufructo es un ‘arrendamiento’ con un ‘pacto de disfrute’. En efecto, si él concluye que “(...) la naturaleza de la operación de reporte es la de un mutuo de dinero con prenda irregular, con la especial característica de que el “acreedor-reportante” puede quedarse con los valores en caso de incumplimiento?” (Arata Delgado, Carlos. “Reflexiones en torno al contrato de... ¿reporte?... ¿en el Perú?”. Op. Cit. p. 229), no veo por qué yo no pueda concluir, en línea con su tesis, que el usufructo es un arrendamiento con la ‘característica especial’ de que el arrendatario también puede gozar de los frutos.

Resulta curioso que el profesor Arata me llame la atención por plantear la existencia de una similitud entre el arrendamiento y el usufructo (“Debe recordar Escobar que a nadie se le ha ocurrido semejante idea por cuanto estos dos contratos persiguen finalidades distintas: el usufructo confiere las facultades de usar y disfrutar, mientras que el arrendamiento solo el de usar (...). Las diferencias son obvias, por lo que resulta sorprendente una afirmación como la de Escobar” (Pie de página 18)). ¿Qué dirán los abogados de ‘La Católica’ que han obtenido su título profesional escribiendo trabajos sobre el arrendamiento y el usufructo? Es más, ¿qué dirán los jurados que aprobaron esos trabajos? Según el profesor Arata, todos ellos perdieron el tiempo, pues las diferencias entre ambas figuras son obvias. Le recomiendo al profesor Arata que revise los trabajos de Alfredo Bullard y Fernando Cantuarias al respecto ¿En qué libros? No pues, que él los busque. Ya bastante ‘info’ le he dado.

“DE LO QUE MÁS ME PREOCUPÉ FUE DE CREAR UN LUGAR QUE FUERA TANTO FELIZ, COMO INTELECTUALMENTE EMOCIONANTE”*

Entrevista a Guido Calabresi**

El éxito de Yale como escuela de Derecho significó años de esfuerzo combinados con gran ingenio, sabiduría y perseverancia por parte de sus autoridades, entre los que se encontraba Guido Calabresi, en su calidad de Decano.

La siguiente entrevista, además de internarse en temas referentes la Responsabilidad Civil y al análisis económico del Derecho desde la perspectiva de uno de sus precursores, muestra el camino a seguir para alcanzar el éxito en la enseñanza del Derecho. Las sabias enseñanzas de Calabresi son de lectura imprescindible y personalmente enriquecedoras.

Por otro lado, y tomando como referencia experiencias históricas y personales como Juez, Calabresi brinda una perspectiva seria sobre la razón de ser y la solución a los problemas de la administración de justicia.

* La entrevista fue realizada en New Haven por Isabel Lira, directora de la Comisión de Proyección Académica de THEMIS. La entrevista fue realizada sobre la base de preguntas preparadas por Oscar Súmar y Javier de Belaunde, director y ex director, respectivamente, de la Comisión de Contenido de THEMIS. La traducción de la entrevista estuvo a cargo de Mauricio Aguinaga, alumno de la Facultad de Derecho de la PUCP y Laura Francia, miembro de la comisión de Actualidad Jurídica de THEMIS.

** Ex Decano y Sterling Professor Emeritus of Law and Professorial Lecturer in Law en la Yale Law School. Juez del la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos.

Decanato en Yale

1. **Cuando usted reemplazó a Wellington como Decano en 1985, muchos profesores habían dejado la Facultad de Derecho de Yale (Bruce Ackerman, Robert Bork y Marvin Chirelstein) ya que los sueldos de los profesores a tiempo completo eran más bajos que los de sus contrapartes en Harvard, Stanford, Columbia, NYU, Penn. El edificio era un desastre. "Yale no tuvo programas de condonación de préstamo para abogados con interés público que sus competidores sí tuvieron". Por muchas razones los estudiantes estuvieron disconformes ("El lugar se está cayendo a pedazos", dijo un graduado marchándose a un reportero). Bajo estas circunstancias, no había tiempo para solicitar dinero. Fue recién cuando usted y Yale negociaron la independencia financiera de la escuela con respecto a la universidad durante los tres siguientes años a los que las donaciones llegaron. "Ahora cualquier cosa –desde programas de condonación de préstamo perfeccionados, a salarios más altos, el regreso de Ackerman y hasta renovar edificios– era posible. Ahora Yale podría estrechar la cultura del "sí"¹. Esa prosperidad puso a Yale en el primer puesto del *ranking* de Facultades de Derecho –por encima de Harvard–. ¿Cuál fue el secreto del éxito de la administración de la Escuela de Derecho de Yale? ¿Cuáles son las más grandes memorias que usted conserva de esos años?**

Yo no sé acerca de secretos del éxito. Pienso que de lo que más me preocupé fue de crear un lugar que fuera tanto feliz como intelectualmente emocionante, un lugar donde las personas pasaran un buen rato y que todos los estudiantes de Derecho de Yale disfrutaran. Sin embargo, ellos no lo disfrutaban en la manera en que algunas personas de otras facultades de Derecho lo hacen, siendo "receptores" del Derecho.

Los estudiantes de Yale lo disfrutaban simplemente al relajarse en el bello brillo solar o durante una conversación que los emociona. Hay lugares, facultades de Derecho, que son casi tan emocionantes como Yale pero no son divertidas. Hay lugares que son tan divertidos como Yale pero no son emocionantes. Lo que he hecho explícito es parte de la larga tradición de Yale. Acá existen ambas y es de eso es de lo que estoy orgulloso.

Me enorgullezco también de haber establecido el servicio civil en la burocracia, porque como sabes, todas las universidades tuvieron administradores que entendieron que su trabajo no es solamente decir sí o no; muchas veces los burócratas obtienen poder diciendo "usted no puede". Mi preocupación con los administradores fue decirles: "tú eres abogado" (porque todos ellos también eran abogados) y el trabajo de un abogado cuando alguien se acerca y dice "yo quiero hacer esto", aún sabiendo que no se puede hacer, es decir "tú no lo puedes hacer pero puedes alcanzar el mismo objetivo haciéndolo de esta manera", y puedes derivar placer al ser un buen abogado que ayuda a esos estudiantes a hacer lo que les "llena".

Asimismo, pienso que el trabajo de un decano es crear una atmósfera en la cual grandes cantantes puedan cantar y grandes bailarines puedan bailar. Uno debe congrega a todas esas personas que son tan capaces y crear una atmósfera en donde cada uno pueda hacer lo suyo. Todo eso es teoría mas ¿qué hay de las finanzas? Bueno, las finanzas eran esenciales por una razón: Yale estuvo perdiendo profesores porque nuestros sueldos, como usted dijo, se ubicaban en el decimocuarto lugar entre las veinte primeras escuelas de Derecho y, si bien quizá uno pueda mantener personas, no puede atraer otras con eso.

Entonces, ¿cómo fue que reuní el dinero? En parte se debió a que me di cuenta de que a los graduados de la facultad de Derecho de Yale (no muchos dado que es una escuela pequeña, pero los habían), les iba muy bien. Yo pensé que una razón por la cual los alumnos dieron bastante dinero pero no el suficiente para poder realizar pagos fue que estábamos completamente relacionados financieramente con la Universidad y que, si teníamos un déficit, ellos lo iban a cubrir de alguna forma y, viceversa, si nosotros teníamos un excedente ellos se lo iban a quedar. Eso también significó que todo lo que queríamos hacer tenía que ser aprobado por la Universidad. En cuanto a los administradores universitarios, yo pensé que sí podíamos ser independientes financieramente, lo que significaba aumentar ganancias y sueldos. Por otro lado, pensé que mis graduados no querían dar dinero a Yale sino que querían dárselo a la facultad de Derecho de Yale. A ellos no les importaba Yale, ellos fueron a Princeton, a Harvard, o Darmouth también. No obstante, darle dinero a la facultad de Derecho de Yale, la cual los había hecho lo que son, y al ser un lugar al cual ellos realmente aman, es más factible. Entonces tomé un gran riesgo financiero, hice un trato con la Universidad por el cual nos independizamos. Eso significó también

¹ Pregunta hecha sobre la base de citas de KALMAN, Laura. "The dark ages". En: KRONMAN, Anthony (editor). "History of the Yale Law School". pp. 208-209; 211.

que yo tenía la responsabilidad de rehacer el edificio entero que se estaba cayendo a pedazos, lo cual fue un problema de varios millones –cincuenta, sesenta millones de dólares para reconstruir el edificio–, y estaba dispuesto a tomar esa responsabilidad porque tuve fe en que mis alumnos graduados lo harían. Y lo hicieron.

Lo primero que hice fue anunciar que si yo iba a seguir en la facultad y querían que contratara a alguien, yo le iba a pagar a esa persona lo que valiese su sueldo, trabajara donde trabajara en ese momento, a menos que la persona recibiera menos que el salario de Yale, situación en la que, por supuesto, le pagaría lo que cualquiera en Yale gana. El efecto de eso no fue ofrecer más que las otras facultades, de ahí que no tuvieran razón para apostar conmigo sabiendo que no entraría en el juego. Les dije que jugaría con aquello que ellos ganasen, no más, que no quería personas que vinieran a Yale por el dinero pero tampoco quería hacerlos perder al decidirse por Yale. Luego les dije a los miembros de la Facultad que esto significaba que las personas a contratar serían en muchos casos mejor pagadas que ellos, y que no se preocuparan puesto que recibirían aumentos por el costo de vida y en tres o cinco años estarían ganando más que ellos. De esta forma se contentaron porque entendieron que no llamaba gente mejor que ellos en el trabajo. Luego me dirigí a los graduados y dije: “bueno, he firmado ya un cheque en blanco. Yo quiero que lo llenen, y lo hagan porque aman este lugar y ustedes saben lo que eso significa. No sólo por ustedes, pero por toda la sociedad”. Durante mi decanato los alumnos dieron cada año cerca de \$ 1'500'000.00, lo cual no era nada malo para ser fondos anuales. Para cuando salí ellos habían dado \$ 11'500'000.00, aparte de reconstruir el edificio y todos los fondos capitales que fueron aumentados. Así que ahí estaba, sólo fue cuestión de convencerlos, establecer algo que ellos querían hacer.

2. A pesar del éxito de su administración, la Facultad de Derecho de Yale en algún momento, aparentemente, necesitó incrementar su presencia fuera del entorno académico legal. Luego, en 1992, usted declaró: “casi todos los eventos en los que la atención nacional se enfocó este año parecen tener la etiqueta de la Facultad de Derecho de Yale”. ¿Por qué es tan importante que una escuela de Derecho influya en eventos políticos?²

El Derecho versa sobre eventos reales. Esta es una carrera a la que las personas acceden porque quieren

tener cierta influencia en la sociedad. De ahí que sea enorgullecedor comprobar que egresados de Yale la ejercen de forma importante. Considero también que nuestra facultad es la análoga de la Ecole Normal Supérieure de Francia, que es un lugar de formación de líderes. Es así que podemos decir que en la facultad hacemos lo necesario para que sus habilidades y también su capacidad de liderazgo, sea que esté dirigida hacia el interés público, estudios de abogados, la vida académica o a la vida pública, se desarrollen. Por eso, cuando vemos que hoy en día los decanos de casi todas las facultades de Derecho más reputadas y los socios de los estudios más importantes son graduados de Yale, reaccionamos como lo hicimos en 1992 diciendo “miren a todos aquellos que están en la vida pública, la mayoría ha salido de Yale”.

El trabajo del profesor-jurista no puede depender de ser inmediatamente aceptado en la vida pública, porque se sigue una máxima antigua del *Common Law* que es: “has justicia aunque los cielos te caigan encima”. Así, tenemos que, si fue el juez quien causó que los cielos se nos vinieran encima, entonces no durará mucho en su puesto. Las personas que están en la vida pública deben preocuparse sobre lo que sucederá como consecuencia de su actuar, ya que es natural. En la vida académica, sin embargo, un profesor puede escribir lo que él o ella piense que es justo o correcto, pues el cielo nunca se le viene encima. El gran poder de los juristas es que pueden ser ignorados, así que si escriben algo que creen que es verdad y resulta ser controversial, la gente podrá reaccionar diciendo que tal persona nunca ha trabajado o que no es un asalariado y se olvidará del asunto. Es por eso que los juristas podemos escribir lo que queramos y con el tiempo lo que escribamos será recogido por algunas personas del mundo, influenciándolas, y esto importa porque lo que enseñamos es Derecho y no Matemáticas, materia que realmente importa pero es un caso distinto. Así que sí, me hace muy feliz que así haya sido y sí, también de alguna forma era necesario sacar a relucir que la facultad estaba haciendo lo que hacía y que no debía ser confundido con lo que otros juristas hacían.

3. ¿Entonces, cuando usted escribe, puede escribir lo que piensa que es justo pero puede no necesariamente estar dispuesto a aplicarlo en su trabajo como juez?

Exactamente. Puedo darte un ejemplo de la corte. Yo he dicho que con la “ley de tránsito” nosotros realmente decidimos cuántos accidentes queremos

² KALMAN, Laura. Op. Cit. p. 212.

tener, y decidimos tener accidentes porque cuesta mucho evitar algunos; eso es algo con lo que estoy relacionado. Cuando por primera vez escribí sobre eso, hace casi más de cincuenta años, el diario The New York Times tuvo un editorial diciendo "en cuanto a la seguridad, ningún monto de dinero es demasiado". Yo estuve tentado a escribir una pequeña carta a The New York Times diciendo: "estoy contento de escuchar eso de su parte si ello significa que tus camiones de entrega no van a ir a más de 5 millas por hora", mas no lo escribí porque me di cuenta que estaban diciendo algo que también es verdad acerca del mundo real, que es que no debemos hacer ni decir ciertas cosas a pesar de que lo que yo decía era también cierto.

4. De su experiencia como Decano y Profesor de Yale, ¿cuál considera que debe ser el rol de las universidades en la formación de estudiantes? ¿Considera que el rol es impartirles conocimientos a través de clases o deben también enfocarse en formar personas íntegras y con valores?

Lo más importante en una facultad de Derecho es hacer que las personas logren emocionarse intelectualmente y que reflexionen sobre temas trascendentes. Eso es más importante que estar impartiendo conocimientos, ya que los buenos estudiantes pueden obtener tales conocimientos de diversas maneras, por ejemplo, leyendo. Sobre todo, debe tenerse en cuenta que lo que les enseñamos hoy en día, especialmente en Derecho, podrá cambiar de aquí a tres años. Siendo esto así, resulta mejor el enseñarles cómo lidiar y encontrar ciertos hechos y entender el razonamiento del Derecho, que enseñarles hechos específicos. Sin embargo, respecto de tu pregunta, tratar de formar personas que sean a la vez seres humanos decentes, es mucho más difícil. Mi lema, cuando fui decano, fue: "excelencia con decencia y humanidad", y siempre hice que ese fuera un tema de la facultad de Derecho de Yale. La excelencia sin decencia y humanidad es inaceptable.

Algunas de las peores personas que conocemos son consideradas excelentes en lo que hicieron. Hitler, por ejemplo, fue muy bueno en lo que hizo y fue simplemente terrible. Es cierto que tener decencia y humanidad sin excelencia lo hacen a uno muy dulce y muy amable, pero eso no es muy efectivo. De ahí que cuando se tiene personas que son extraordinariamente capaces se quiere también motivarlos a pensar sobre las implicancias morales de sus actos. No obstante, hay que ser cuidadoso, porque ello no significa que se deben enseñar tales implicancias desde el punto de vista del profesor. Cada uno debe hallar su propia verdad, sus propios dioses; pero tú tienes que señalarles que la inteligencia por

sí misma no los llevará a donde quieren llegar si primero no logran combinarla con el carácter.

En mi clase de Responsabilidad Civil hay un pequeño e interesante artículo escrito por Richard Nixon en un libro de 1936, de cuando él fue estudiante en Duke. Mis estudiantes leyeron ese artículo sin saber que era de Richard Nixon y cuando hablamos sobre dicho artículo, descubrí que a algunos les gustó, otros lo criticaron, pero todos lo respetaron. Hasta cierto punto dije: "pienso que el anterior presidente trataba de decir eso" y la clase entera dijo: "oh, usted debe estar jugando, no puede ser Nixon"; y yo respondí, "¿por qué no?" La sorpresa aparece porque es un artículo inteligente y está bien escrito; para su época fue una cosa muy importante y fue muy notable que un estudiante lo hiciera. Luego de dicha discusión vino un pequeño sermón acerca de lo que es la inteligencia y el carácter. Los problemas de Nixon no fueron una falta de materia gris sino de otras cosas. El artículo es bueno, es apropiado tenerlo ahí, para mostrar esas otras cosas de la misma forma.

Juez

5. En Perú, el aspecto académico está completamente separado del sistema judicial (Poder Judicial). Incluso podríamos entenderlos como dos mundos separados. ¿Cómo fue su experiencia en la transición de estos dos mundos?

Bueno, aquí por supuesto, la tradición de moverse de la vida académica a la judicatura o de la práctica del Derecho a la judicatura en vez de tener sólo una carrera de magistratura es muy antigua, es la *american way*. En los Estados Unidos de un tercio a la mitad de los jueces en nuestro tribunal son personas que comenzaron como defensores públicos o fiscales, se convirtieron en jueces de primera instancia, luego fueron promovidos, y así sucesivamente. Pero los demás vienen algunos de la práctica, otros de política (no muchos pero unos cuantos), y otros de la vida académica.

La transición desde la vida académica es menos difícil porque esto es resultado de un reconocimiento, de manera tal que cada uno sabe que lleva una experiencia diferente que de muchas formas es más importante que la de quien lo nombró. En la corte puedo ser mucho más querido en la forma cómo me acerco a los casos que alguien que es más conservador y que fue nombrado por los republicanos. Yo soy más como esos jueces cuyas políticas pueden ser distintas, pero que también vienen de la vida académica, de modo tal que todos nos ayudamos. Así, al juez que proviene de la vida académica probablemente se le

diga: “tú no necesitas decidirlo todo de una sola vez”, y quizá agregarían: “pero necesitas decir más para poder poner eso en contexto”, y otro puede decir”: ¿qué es lo que los jueces del tribunal inferior entenderían con eso?”, y añadirá “¿qué hay del abogado?, ¿cómo interpretará esto?”.

Por otro lado, también debe tenerse cuidado porque se han admitido jueces que han llegado a cortes como la mía y que, al haber sido grandes intelectuales, han actuado como si lo supieran todo, lo hubiesen hecho todo, y como si el resto de jueces hubiese estado perdiendo el tiempo siendo sólo jueces. De ahí que el gran juez Hand no se llevara bien con un juez llamado Charles E. Clark, quien fue un gran intelectual y decano de Yale, simplemente porque una vez llegado al Second Circuit éste trató a aquel como si hubiese perdido el tiempo siendo juez.

Tienes que comprender y diferenciar –dentro de lo que sabes– qué puede ser útil y qué no. A veces bromeo y digo que cuando tengo que ir a la corte las personas me preguntan qué encontré diferente, y yo digo que hay demasiadas leyes terribles allá afuera, especialmente porque los jueces estadounidenses son jueces de todo: Constitucional, Penal, Civil, Quiebra, Propiedad Intelectual. Consecuentemente, uno tiene que aprender bastante de manera muy rápida. Es también muy interesante pasar de ser alguien que tenía 61 o 62, que en la facultad fue el tío de Matusalén –en la Biblia Matusalén fue la persona que más vivió– e incluso mayor que eso, aquel a quien todo el mundo rindió honor, el decano que había hecho tantas cosas; a de repente estar en una corte en la que soy el juez más joven. Claro, algunas personas son menores que yo, aunque pocas, pero todos más antiguos. Algunos habían sido hasta mis alumnos pero tenían más antigüedad que yo. Y en una Corte, la antigüedad es muy importante.

En consecuencia, tuve que aprender a comportarme y a aprender un nuevo trabajo al hacerlo, todo lo cual es muy emocionante y grandioso. Ahora, de hecho en las cortes uno adquiere antigüedad muy rápido, de manera tal que, doce años después, soy uno de los jueces más antiguos de la corte. Ya no soy el tío de Matusalén, soy el hermano de Matusalén. Ahora me estoy volviendo grandioso de nuevo. Pero fue muy bueno tener 61, 62, y aprender a ser un niño de nuevo a esa edad.

6. En Perú uno de los más grandes problemas con la justicia es el bajo nivel de credibilidad que nuestro sistema judicial tiene, debido a su mal funcionamiento. Menos del 10% de peruanos confía en los jueces y la mayoría de ellos piensa que son corruptos y que no están

preparados. ¿Cómo se puede atraer a los más notorios abogados y los mejores académicos para ser jueces en este escenario? Éste es uno de los más grandes problemas ya que nosotros tenemos grandes abogados y estupendos académicos pero ninguno de ellos se convierte en juez.

Las dos cosas se retroalimentan. Para conseguir que los más importantes abogados y académicos se conviertan en jueces, debes convencer a uno o a dos que lo hagan y otras personas van a querer hacerlo. Si la magistratura es vista como de bajo nivel, burocrática, mal pagada, de tareas administrativas; entonces nadie va a querer hacerlo. No se puede decir simplemente que se va a hacer de manera diferente.

En Europa se dio de la misma manera y ha habido algún cambio con la creación de las cortes constitucionales. El cambio en éstas ha funcionado pues los jueces en dicha corte no eran los tradicionales en la carrera, sino políticos muy buenos, algunos abogados, los más respetados académicos y muchachos de carrera judicial; digamos dos o tres en una Corte de doce personas que dicen lo que piensan y de los cuales las personas dicen “oh, ellos son la excepción”.

Cuando uno crea una corte como esa, en la que se le da el poder y se les paga de una cierta manera a los magistrados, se comienza a decir “esto es lo que una corte puede ser”. Ahora, si uno hace eso y luego comienza a nombrar personas para las cortes desde afuera, pagándoles lo justo y dándoles a entender también que ellos pueden ser los escogidos luego para ir a la corte constitucional; se puede tener a otras personas tomando ese trabajo e interesándose en ello.

En Connecticut la carrera para llegar a la Corte Suprema del Estado era muy rápida y por ello terminó teniendo un bajo nivel. El Gobernador, una mujer, fue capaz de convencer a Ellen Peters (profesora importante de la facultad de Derecho y de las facultades en general y una de las primeras mujeres de los Estados Unidos en hacer eso) para ser Chief Justice. Ella lo hizo en parte porque hasta ese entonces no se había tenido una mujer como Chief Justice, por lo que pensó que era algo importante. Además, nació en Europa y cuando llegó a la corte inmediatamente impresionó a todos por su pensamiento. Asimismo, otras personas comenzaron a ser designadas y la corte regresó a ser el tipo de corte que era. Como se aprecia, esto puede ser hecho, pero no es fácil, uno tiene que cambiar su visión y, para ello, probablemente se necesite contar con algunas instituciones, lo cual es una nueva tendencia, pero, como en las cortes constitucionales Europeas, puede significar el cambio.

Análisis económico del Derecho

7. En 1970, algunos universitarios empezaron a hablar “en términos de lo que Artur Leff llamó “Derecho y ...”. Yale fue consciente de la necesidad de ser parte de estas tendencias. ¿Cuál es la importancia de ser un abogado interdisciplinario? Y ¿cuál es el rol del Derecho y la Economía en el proceso de transformar Yale en una Escuela interdisciplinaria?

En primer lugar quisiera precisar tu cita, porque muchas personas están diciendo que fue 1970, época en la que publiqué “El costo de los accidentes”, cuando personas como Posner y otros empezaron a publicar. Pero la fecha, para el nuevo análisis económico del Derecho es realmente 1960-1961, año en que Coase y yo escribimos artículos –uno salió un mes antes, pero fueron completamente independientes–. “Algunos pensamientos sobre Distribución de Riesgos y la Ley de Agravio” (“Some thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts”), el cual fue el primer artículo de análisis económico aquí.

De modo interesante un académico en Italia escribió un libro unos cuantos meses después que decía lo mismo. Las personas prestaron poca atención debido a que Italia es un mundo diferente, pero esas fueron las tres piezas de trabajo que realmente lo comenzaron, como dije, diez años antes y ya era buena literatura alrededor de 1970, cuando se volvió más popular en todo el país.

¿Por qué Yale era tan importante para eso? Porque tenía una noción que data del siglo XIX de que el Derecho no se podía entender sin otras disciplinas. La razón de esto fue muy curiosa, en el siglo XIX la facultad de Derecho de Yale era muy pobre, y tenía abogados auxiliares como profesores en vez de profesores a tiempo completo, pero la tradición de esta facultad de Derecho ha sido desde el principio ofrecer una formación académica y no sólo una escuela profesional. Eso debería llevar a las personas a pensar sobre esas cosas. ¿Cómo hacer eso? Si bien no pudimos pagar a miembros de la Facultad a tiempo completo, sí pudimos tener abogados como los tuvieron Harvard y Columbia. Ello se hizo trayendo personas de ciencias sociales y filosofía que estaban enseñando en la universidad para enseñar en la facultad de Derecho. Así, en los ochentas y noventas tuvimos la posibilidad de traer a cualquiera: un sociólogo enseñó economía y sociología a los estudiantes de Derecho y los filósofos hicieron lo mismo, siendo aquellos los antecedentes de Yale.

En aquella época salieron posiciones como el “realismo legal”, que decía que lo que importaba en el Derecho era lo que el juez decidía, y también gente de la escuela de Derecho procesal de Harvard que postulaba que el

Derecho era una cuestión de quién tiene el derecho a decidir. El análisis económico del Derecho, en general, fue una forma de traer de vuelta la centralidad del Derecho que dice que podemos realizar cosas sustantivas y tener algo que decir al respecto. Se debe ver hacia otras disciplinas para hablar de principios más directamente.

8. Algunos (Jorge Mosset Iturraspe, en entrevista publicada en THEMIS-Revista de Derecho 24) dijeron que “el análisis económico del Derecho” interpreta las leyes y el sistema judicial privilegiando principios del mercado como la eficiencia, utilidad y riqueza sobre los principios legales como justicia, equidad y seguridad ¿Está de acuerdo con esto?

Si uno sólo ve a la Economía desde el lado de la eficiencia entonces ese podría ser el resultado. Pero esa es una visión muy pobre de la Economía. La Economía se enfrenta con mucho más que eso y, eso es como decir “la Economía está aquí, el Derecho allá y se enfrenta con la justicia”. Sin embargo, cuando el Derecho lidia con la justicia ¿lo hace en los términos de lo que el codificador del siglo XIX escribió en el Código? ¿O argumenta valiéndose de la filosofía o la Psicología?

Si es que se entiende al Derecho separado de otras disciplinas y la única disciplina que encuentras compatible con el Derecho es la Economía, entonces tendrás una visión muy extraña del Derecho, especialmente si es que se tiene una percepción muy estrecha de la Economía. Por esto en mi artículo más publicado, el de la Catedral, describo una visión más amplia de la Economía –que expongo ahí– pues existen consecuencias distributivas como existen también las que provienen de la eficiencia. En la Catedral existe más de una pintura, que pueden ser tanto el análisis del Derecho desde el punto de vista filosófico, psicológico, de la literatura, y así más.

¿Qué hay acerca de la Economía en sí misma? A menos que no se entienda la redistribución y no se conozcan los valores, no se va a saber lo que es eficiencia. No tiene sentido hablar de producción ineficiente de plátanos si a las personas no les gustan los plátanos. Por otro lado, a menos que también se hable acerca de valores uno no va a saber qué es una distribución justa porque el darte varios plátanos y el quedarme con varios plátanos podrá parecer una distribución bastante justa. Pero ten en cuenta que si tú odias los plátanos y a mí me encantan, entonces debes valorar también eso. Se ha de hablar de valoración incluso en Economía, sea que hables sobre ella estrechamente en el sentido eficiente o en uno más amplio que incluya la redistribución. Si es que puedes definirla de forma

suficientemente amplia entonces es muy útil; si es que lo haces de forma estrecha entonces eso simplemente no es Economía.

Por cierto, sobre aquello que mencionaste acerca de los valores del mercado. Debe recordarse que la Economía en sí misma no prefiere, o no debería preferir, los valores del mercado para funcionar. Esto es muy importante: si tomas a Coase desde el inicio –en su primer artículo: “La Teoría de las Firmas” (“The nature of the firme”)–, encontrarás que hay dos formas de optimizar la producción de bienes, una es a través del mercado y otra a través del manejo ¿Producirías lo que creas conveniente o el mercado terminará decidiendo? ¿Cuál funciona mejor cuando es un asunto completamente empírico?

Existen muchas situaciones en las que un manejo directo funciona bien y es por eso que tenemos empresas. Es como Coase dijo: “si el mercado fuera la mejor forma de hacer las cosas haríamos todo mediante contratos y nunca habríamos tenido la estructura de una firma que a fin de cuentas es una estructura de manejo”. Así que la Economía no demanda uno o lo otro, nos dice solamente lo que funciona en un área determinada.

9. ¿Podemos decir entonces que el reto es decidir si algún problema o una situación debe ser regulada por el mercado o por una orden?

Las más grandes interrogantes son: cuándo cada uno de éstos funcionará mejor; cuándo algo se analiza mejor en términos del mercado y los mercados abiertos funcionan mejor; cuándo los mercados pueden ser usados y sus defectos controlados; y cuándo es que ha de usarse la regulación directa y cómo lo hacemos.

He leído algunos artículos que sugieren la existencia de tres formas de averiguar esto: una es la del mercado puro, la cual es esencialmente contractual; la otra es la regulación pura, como la de delitos, que dice “no podrás hacer esto y no podrás hacer aquello”; y la tercera es a través de la responsabilidad, la cual estipula que se debe dejar a las personas decidir pero a costa de pagar un precio que es determinado colectivamente. Creo que este es el camino intermedio.

Si uno observa se dará cuenta que no hay una sociedad singular, no existe un único sistema legal que no use los tres. Los países más socialistas usan contratos y mercados para algunas medidas; los países más orientados al mercado tienen leyes tipo penal, pero todas tienen alguna relación con los otros tipos.

Entonces, la interrogante es qué combinación funcionaría mejor en una sociedad particular y en un momento definido por la ideología de esa sociedad.

10. ¿Cómo delimitar el campo de acción de cada uno de ellos?

¿Y en qué áreas? E incluso respecto a qué cosas. Yo soy propietario de un reloj y lo normal es que si tú lo quieres me lo tienes que comprar: eso es un contrato. Por otro lado, si tú estás manejando y me chocas y mi reloj se rompe tú no vas a ir a la cárcel y no tienes que pagar el precio que yo determine, sino que haz de pagar un precio determinado por la sociedad. Pero hay ciertas circunstancias en las que tratas de tomar el reloj y por lo tanto vas a la cárcel. Entonces, acerca de este reloj, usamos los tres tipos en diferentes circunstancias. Por lo tanto, esto no se trata solamente de ver qué cosas son reguladas y de qué manera lo son, sino cuándo lo hacemos.

11. Posner una vez dijo que usted, al igual que él, no eran abogados de Responsabilidad Civil porque nadie que estuviese haciendo algo tan increíble como usar la economía para argumentar accidentes no estaba realmente hablando de Derecho de Agravios. Treinta años después, ¿cuál ha sido el impacto del Derecho y la Economía en el estudio del Derecho de Agravios?

Él escribió eso en la reseña del libro “The Cost of Accidents”. Empezó diciendo que él no era un erudito en Responsabilidad Civil, pero que “de alguna forma tampoco lo es Calabresi”.

Al principio, muchas personas tomaron la actitud de que el análisis económico del Derecho no era Derecho. Inclusive en este país, treinta años después, creo que hay algunos que actúan como si el análisis económico del Derecho fuera el único campo del Derecho. Eso es tonto. Creo que uno no puede hablar de agravios hoy en día de manera sensata sin hablar también de economía; pero ¿es ésta la única parte del Derecho? Acabo de dar una charla en Israel en honor de Izhak England, quien fue Juez de la Corte Suprema de Justicia, ya retirado, y quien fue un erudito en agravios y que asistió a todas mis conferencias.

Él es una persona que creía antes que nada que la Responsabilidad Civil es una justicia correctiva, que no es “justicia”; es Derecho, pero Derecho desde el punto de vista filosófico, si es que retrocedes hasta Aristóteles y lo que es la justicia correctiva. En mi discurso traté de describir cómo sería regresar al antiguo Derecho inglés, a aquellos aspectos que se convirtieron luego en daños pero que fueron originados en la justicia correctiva y aquellos aspectos que nacieron más bien de incentivos, regulación y economía. Y es que en el antiguo Derecho inglés habían dos formas de actuar: una que tendía más a la justicia correctiva y otra más económica, pero

inevitablemente se afectaban la una con la otra. Ambas son parte de un contexto de accidentes de manera tal que no se puede hablar acerca de daños sin hablar acerca de lo que en cualquier momento piensas en términos de justicia correctiva, así como tampoco puedes hablar sobre eso sin también hablar sobre qué es lo que vamos a permitir que hagan las personas, lo que queremos crear, incentivos para que las personas tengan cuidado, qué es lo que vamos a tratar de limitar y controlar para incentivarlos en vez de golpearlos en la cabeza. Entonces, en los Estados Unidos, pienso que nadie puede aproximarse a los daños sin valerse de la Economía, pero creo, a la vez, que serían realmente tontos si se aproximan a ellos sólo desde la Economía.

Responsabilidad Civil

12. En "The Decision for Accidents: An Approach to Non-Fault Allocation of Costs", usted dijo que la "ley de tránsito" no trata de castigar a las personas que cometen accidentes. ¿Cuál es el rol de daños punitivos en este sistema?

Pienso que los daños punitivos tienen al menos cinco diferentes roles en lo referente al Derecho de daños. Algunos de ellos no son punitivos. Por ejemplo, te lesiono y me demandas, luego te recuperas. Pero hay otras cinco personas que están lesionadas como tú y que por varias razones no me pueden demandar o pierden sus demandas. Si queremos imputar esos accidentes a mi persona eso significa que cuando ganes deberás cobrar cinco veces los daños que te ocasioné.

Ahora, tal vez tú no debas conservar todo el monto, quizá parte de esa suma que representa tus daños multiplicados por cinco deban ser usados de alguna manera socialmente compensatoria. De eso se tratan los daños punitivos. Yo he escrito un artículo sugiriendo eso e incluso Posner tiene algo bueno al respecto.

Esa es una función que no tiene nada que ver con un castigo. Puede ser impuesta aún si fuiste responsable sin culpa. Existe un sinnúmero de cosas diferentes que los daños punitivos tratan de hacer, uno de ellos es el castigo. Y luego nos preguntamos ¿castigar qué? ¿castigar *cuasi*-criminalmente, es decir, de forma tal que actuemos como un fiscal general privado que traiga

a colación el interés del Estado como en los casos penales o es que estamos diciendo que cuando alguien hace algo considerado bastante incorrecto como individuos tenemos algún Derecho a cobrar venganza? En realidad existen muchas nociones de daños punitivos.

Déjame darte otra versión que pudo haber surgido en el famoso caso Ford *versus* Pinto. Ford vendía carros que tenían el motor y el tanque de gas en un lugar particular. Hubo un accidente y porque el motor estuvo en cierto lugar explotó y las personas que estaban dentro del carro se calcinaron. Quienes sufrieron quemaduras demandaron a Ford y de una forma complicada Ford dijo: "nosotros no somos responsables puesto que hicimos un análisis costo-beneficio y el costo de poner el motor en un lado y el tanque de gas en otro era demasiado teniendo en cuenta el número de personas que murieron". Dejando de lado la posibilidad de que hayan podido multiplicar mal, en este caso hubo un número de personas que fueron asesinadas y hubo un número de personas que no lo fueron, quienes de hecho demandaron satisfactoriamente.

Pero asumamos que todas las personas que murieron demandaron pidiendo al jurado que les concedieran daños punitivos. ¿Por qué? Como sociedad, no queremos entender que muchas veces optamos por los accidentes. Esta es una opción trágica, y es lo que enseño en mi curso, a tratar de pensar.

Nosotros no pensamos que un análisis costo-beneficio puede justificar bebés quemados. Esto significa que si Ford decidió poner el tanque de gas donde lo hizo fue porque era económicamente barato hacerlo, por lo que no debieron decir "nosotros no tuvimos la culpa por lo tanto no debemos pagar"; ellos simplemente tuvieron que callarse y pagar la indemnización. Cuando ellos trataron de armar su defensa sobre la base del costo-beneficio, nosotros como sociedad dijimos "no queremos escuchar eso, queremos veinte millones de dólares por daños punitivos". Esa es una razón completamente diferente para daños punitivos, todos ellos están ahí y como puedes ver en mi artículo, es parte de la complejidad del Derecho. Se tiene muchas veces un mecanismo como daño punitivo que sirve a una variedad de casos.

“NO PUEDO DISTINGUIR MORALMENTE ENTRE UN ESTADO QUE DEJA CAER UNA BOMBA DESDE EL AIRE Y UN TERRORISTA QUE COLOCA UNA BOMBA SOBRE LA TIERRA”*

Entrevista a Philip B. Heymann**

En esta oportunidad, contamos con una interesante entrevista al destacado profesor norteamericano Philip B. Heymann, quien se ha desempeñado profesionalmente en múltiples y diversos campos del Derecho.

Durante la entrevista el profesor nos cuenta un poco acerca de su experiencia profesional. Asimismo, nos deja conocer su opinión sobre distintos temas tales como: el terrorismo, la política de Estados Unidos de América, los Derechos Humanos, el Derecho Internacional, entre otros.

* La entrevista fue realizada en Boston por Isabel Lira, Directora de la comisión de Proyección Académica y Rosa Isabel Luna-Victoria, miembro de la comisión de Gestión de THEMIS, sobre la base de las preguntas elaboradas por Isabel Lira, Jimena Aliaga, miembro de la comisión de Contenido, y Oscar Súmar, Director de la comisión de Contenido de THEMIS. La traducción estuvo a cargo de Carmen María Accinelli, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos la valiosa colaboración de Carlos Zelada sin cuyo apoyo no hubiese sido posible la realización de esta entrevista.

** James Barr Ames Professor of Law de la Harvard Law School. Ha sido *Deputy U.S. Attorney General* (1993-1994), *Assistant U.S. Attorney General* encargado de la *Criminal Division* (1978-1981). Ha sido *former associate prosecutor* y *consultant* para la *Watergate Special Force*. Ha escrito y editado siete libros y numerosos artículos de terrorismo, gobierno, justicia criminal y el combate a la corrupción. Su más reciente libro, "Protecting Liberty in Age of Terror", en coautoría con Juliette Kayyem, explora las amenazas del terrorismo a la seguridad nacional y a las libertades civiles.

1. Usted ha dedicado la mayor parte de su carrera a trabajar para distintas instituciones del gobierno de Estados Unidos. ¿Qué puede contarnos acerca de aquellas experiencias?

Trabajar en el gobierno es muy emocionante. Es diferente a la enseñanza, puesto que trabajar para el gobierno implica trabajar junto a muchas otras personas tomando decisiones importantes que, verdaderamente, van a afectar a otras tantas personas. En realidad, disfruté mucho trabajando en el gobierno. Tenía la sensación de que estaba haciendo lo correcto, y pienso –probablemente igual que la gente de Bush (la gente que el presidente Bush ha escogido)– que uno estaba sirviendo al interés público y haciendo un buen trabajo. Entonces, se obtiene mucha satisfacción trabajando allí. Quiero decir que uno tiene la sensación de que tomaba decisiones y que estas decisiones hicieron una diferencia; que estaban ayudando a la gente.

Sin embargo, me he vuelto cada vez más consciente de que la experiencia de cualquier persona trabajando para el gobierno depende de cómo se sienta respecto de la administración. En este momento, si yo estuviera en el gobierno, no me sentiría tan bien al respecto. Existen muchos puntos de vista en la administración de Bush que son muy diferentes al mío.

He estado en el gobierno durante presidencias del partido demócrata; es decir, principalmente, durante presidencias no republicanas; sin embargo, de todos modos, mi experiencia no fue para nada política, lo cual puede ser diferente de lo que sucede en la mayoría de países –realmente no conozco qué tan político es el gobierno peruano. No sentía que tuviera ninguna responsabilidad o que tuviera que rendir cuentas ante un partido político; yo fui colocado allí para servir al interés público.

2. ¿Cuál ha sido su mejor experiencia trabajando para el gobierno y en qué institución ocurrió?

El mejor trabajo que tuve fue siendo *Chief Prosecutor* desde 1978 hasta 1981. En Estados Unidos, tenemos *State Prosecutors*, *Local Prosecutors* y, también, tenemos *Federal Prosecutors*. Luego, tuve un cargo más alto, desde 1993 hasta 1994, cuando fui el *Deputy Attorney General* de Estados Unidos de América; sin embargo, el mejor trabajo no fue el cargo más alto.

Como *Chief Prosecutor* era *Head of the Criminal Division*. La razón por la que este es el mejor trabajo que he tenido es porque fue una época en la cual la gente creía que el *U.S. Department of Justice* debía

ser muy independiente con respecto del presidente, que los fiscales debían trabajar por su cuenta y no tratando de seguir los deseos del presidente en modo alguno. Fue inmediatamente después de Watergate y la gente estaba muy disgustada puesto que el presidente Nixon había interferido irrazonablemente con el *Federal Bureau of Investigation* –FBI– y con los *Federal Prosecutors* y consideraba que el presidente Carter no debería de hacer nada parecido. En consecuencia, el presidente Carter otorgó al *Department of Justice* bastante libertad y, por lo tanto, yo era muy independiente y no tuve que preocuparme en absoluto de la política.

Los *Prosecutors* necesitan poder trabajar independientemente sin mucha interferencia o influencia por parte del presidente. Durante mi estadía en el *Justice Department*, investigamos y procesamos al *Director of the Office of Management and Budget* –un funcionario de muy alto rango– e investigamos al presidente por fraude en un negocio de maní que tuvo antes de su elección y encontramos que era inocente del cargo que se le imputaba. En otras palabras, nosotros podíamos investigar a cualquiera.

Al final, incluso ofrecimos sobornos a aproximadamente seis o siete miembros del Congreso como un modo de probar la existencia de corrupción. Si ellos tomaban el soborno ilegalmente, si ellos aceptaban, los procesábamos y los enviábamos a la cárcel. Nosotros teníamos a un agente del *Federal Bureau of Investigation* –FBI– fingiendo ser un jeque árabe, quien quiso cerrar un cierto trato y traería un portafolio con cincuenta mil dólares (quinientos billetes de un dólar). El tipo se hizo conocido; lo dejamos volverse conocido. Nosotros esparcimos rumores de que esto estaba disponible, y un cierto número de miembros del Congreso, vino y dijo que les gustaría ayudar al “jeque”. Los filmamos a todos y luego los enviamos a la cárcel. El *Federal Bureau of Investigation* –FBI– llamó “Abdul” al agente que fingió ser un jeque. Una estafa implica un truco y entonces esta fue la estafa del jeque Abdul o “*Abscam*”¹. Es un hecho bastante conocido en Estados Unidos. Nadie había hecho esto antes o lo ha hecho desde entonces.

3. ¿Cómo definiría usted al terrorismo internacional?

Yo no encuentro al terrorismo terriblemente difícil de definir. Yo definiría al terrorismo como el empleo de violencia contra los no combatientes, contra civiles por objetivos políticos; y el Perú ha tenido abundancia de esto.

¹ Nota del traductor: “Abscam” implica un juego de palabras entre el nombre “Abdul” y “scam” (estafa); la traducción literal sería “la estafa de Abdul”.

El terrorismo internacional significa –entre los expertos en terrorismo–, únicamente, que de cualquier modo imaginable dos países se encuentran implicados. “Los terroristas vinieron de otro país”, “los terroristas pasaron a través de otro país”, “los terroristas consiguieron sus explosivos en otro país”; algo de este tipo, incluyendo una multiplicidad de otras posibilidades, convierten al terrorismo en “internacional”.

4. Sin embargo, ¿cómo diferenciaría usted al terrorismo de las prácticas militares que han sido realizadas por diversos estados en otros estados las cuales pueden verse como terrorismo pero que por lo general, no son conocidas como terrorismo?

En primer lugar, el término terrorismo alude muy fuertemente a acciones incorrectas; la sugerencia que hago es que todas las acciones hostiles incorrectas relacionadas tengan el mismo nombre.

No puedo distinguir moralmente entre un Estado que deja caer una bomba desde el aire y un terrorista que coloca una bomba sobre la tierra. Sin embargo, realmente pienso que hay una distinción entre lo que es hecho en guerra y lo que se hace en tiempos de paz. En otras palabras, cuando el presidente Truman consintió en hacer explotar una bomba atómica sobre Hiroshima y otra sobre Nagasaki, él pensó que podría reducir el número total de vidas que serían aniquiladas en el largo plazo. Él puede haber tenido razón. Doscientas mil personas fueron asesinadas en Hiroshima y Nagasaki, mientras que a él le dijeron que un millón o más había muerto en la invasión de Japón.

En la guerra, se supone que es ilegal matar a civiles o bombardear a civiles desde el aire con el objetivo de forzar al gobierno a rendirse. Alemania, el Reino Unido y Estados Unidos hicieron esto en la Segunda Guerra Mundial; todos utilizaron el bombardeo masivo urbano. Con la experiencia de la Guerra Civil Española en mente, bombardear civiles se volvió una práctica común por primera vez en la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, la guerra es un tanto diferente al terrorismo. Así, no quiero culpar a los norteamericanos o a los británicos o a otros por lo que hicieron en la Segunda Guerra Mundial. Pienso que yo habría hecho lo mismo. Sin embargo, si yo fuera un terrorista, diría: “ustedes están matando civiles por objetivos políticos; nosotros matamos civiles por objetivos políticos, ¿cuál es la diferencia?”. Y la única diferencia que puedo encontrar es que una guerra continúa, y los estados pueden hacer cosas durante la guerra que los actores que no sean estados no pueden hacer en tiempos de paz.

5. El principio de que los individuos pueden ser detenidos por responsabilidad en crímenes masivos contra la humanidad fue establecido en el Tribunal de Nuremberg después de la Segunda Guerra Mundial. Desde entonces, muchos de esos horribles crímenes (como el genocidio en Ruanda) han sido cometidos en todo el mundo, y no ha habido ningún juicio eficaz. Esta parece ser una de las razones para establecer la Corte Penal Internacional. Sin embargo, Estados Unidos de América se rehúsa a firmar el tratado. Los partidarios de esta posición han argumentado que muchos países en el mundo tienen una agenda antiamericana, y, constantemente, podrían denunciar a políticos o funcionarios militares americanos con acusaciones de guerra inventadas, simplemente para causar vergüenza y una mala publicidad para Estados Unidos. Después de su incursión en Irak, algunas voces se han levantado y expresado que era bastante conveniente para Estados Unidos no ser parte de la Corte Penal Internacional. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Debería Estados Unidos de América firmar el tratado?

Yo deseo que Estados Unidos de América firme el tratado de la Corte Penal Internacional. La manera en que la Corte Penal Internacional trabaja no es tratando de encontrar a un único soldado que ha hecho algo terrible –matar a un civil–; traería un caso en el cual diez mil o un millón de personas fueron asesinadas. Quizás, tendría que haber algunas enmiendas menores aunque es difícil enmendarlo en este momento. Sin embargo, pienso que el peligro de maltrato a los soldados norteamericanos es muy pequeño. Estados Unidos de América es y será, durante los próximos veinte o treinta años, el único gran poder militar en el mundo; entonces, yo no creo que tengamos mucho que escuchar sobre el maltrato. Pienso que Estados Unidos de América debería ser parte del tratado.

6. ¿Cuáles cree usted que son los principales errores que Estados Unidos de América ha cometido en el combate al terrorismo internacional?

El problema más grande es que, a la larga, tenemos que convencer a un muy alto porcentaje de musulmanes del mundo y de gente árabe de que no es heroico “explotar” a civiles norteamericanos, británicos, franceses, alemanes o italianos. Pienso que no es una cosa maravillosa la de “explotar” gente. Creo que nuestro gobierno no ha prestado suficiente atención en cambiar esas percepciones. Sin embargo, no me gusta llamarlo un error. Considero que se trata de un trabajo muy difícil.

Obviamente algunas cosas como los maltratos de prisioneros en Irak o Guantánamo no ayudan en absoluto; empeoran la situación. En los hechos, es bastante fácil decir “algunas cosas la empeoraron”. De acuerdo con sondeos efectuados por la fundación PEW^{II}, el Oriente Medio tiene una actitud mucho más negativa hacia Estados Unidos de América de la que tenía antes. Así, el problema es menos un error que una enorme parte de la guerra contra el terrorismo donde no hacemos ninguna ganancia, hemos retrocedido indudablemente; y en aquella parte del mundo hemos retrocedido en términos de actitud hacia Estados Unidos de América. Es fácil llamarlo un error. Hay muchas cosas que hemos hecho que pueden empeorarlo un poco. Las caricaturas de Mahoma han aumentado la cólera y a mí me parece disparatado ofenderse por caricaturas. Sin embargo, creo que la pregunta esencial es: ¿acaso vivimos una época en la cual un choque entre la civilización musulmana y la civilización occidental es, en gran medida, inevitable?

7. El profesor Alan Dershowitz sugiere que el empleo de la tortura sería aceptable únicamente cuando el peligro de una tragedia es inmediato, y esta sucederá a menos que pueda ser prevenida con la información obtenida por la fuerza a un sospechoso. Siguiendo esta línea, transgresiones a los Derechos Humanos y al Derecho en general serían aceptables dependiendo de si existe una situación extrema. En este punto, nos encontramos peligrosamente cerca de la afirmación de Macchiavello: “el fin justifica los medios”. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Existe alguna manera para evitar las muertes de muchas personas en situaciones extremas sin usar medios ilegales?

Considero que los costos de una tortura o de un interrogatorio muy abusivo son mucho mayores que las ventajas. En términos generales, creo que nuestros interrogatorios en Irak o Guantánamo son diseñados para enterarnos de toda la información posible acerca de cómo Al Qaeda se organiza, quién se encuentra involucrado, cosas como esas. Existen otras formas de interrogar y otras maneras de obtener información a través de las cuales podemos enterarnos, tal vez no de tanto, pero sí de bastante, acerca de la estructura de Al Qaeda. Actualmente, no estamos explorando esos otros medios tanto como deberíamos; y, en realidad, no sabemos si de lo que nos enteramos, cuando

interrogamos enérgicamente a alguien, es verdadero o falso. No podemos saberlo.

Nunca hemos visto algún caso como los que el profesor Dershowitz describe en los cuales “la bomba hace tictac”. Sin embargo, si hubiera realmente una bomba que hace “tictac”; si, por ejemplo, tres maletas del tamaño de bombas nucleares fueran colocadas en el centro de Boston e interrogando a alguien enérgicamente –lo que podría ser considerado como un “trato cruel, inhumano y degradante” de acuerdo a la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura– pudieras prevenir el ataque y salvar la vida de cientos de miles de personas, yo encontraría difícil decir: “no, usted no debería hacerlo”.

Sin embargo, yo creo que el presidente debería tomar aquella decisión personalmente y por escrito. También, probablemente, permitiría a una *federal court* revisar esa decisión si el individuo interrogado demanda a Estados Unidos meses después. En otras palabras, yo creo que si vamos a permitir “tratos crueles, inhumanos y degradantes” en circunstancias inusuales, debemos rodearlos con reglas y procedimientos claramente definidos; incluso con la responsabilidad personal del presidente.

8. Siguiendo aquella línea, ¿cuál es su posición acerca de la política de interrogación adoptada por la administración de Bush, en la Bahía de Guantánamo en Cuba y Abu Ghurayb en Irak?

Considero que las políticas son diferentes porque no creo que el maltrato en Abu Ghurayb fuera autorizado. Pienso que el problema es que, si uno está en una situación de guerra o en una situación de ataque terrorista, uno tiene que ser muy cuidadoso para impedir que ocurra el maltrato, porque ambas situaciones configuran una gran tentación para que algo así ocurra. Los soldados pueden pensar en el enemigo no como humano, ya sea un alemán en la Segunda Guerra Mundial, un vietnamita en la Guerra de Vietnam, un iraquí en la actualidad o quien sea. La tentación de maltratar a prisioneros es muy grande. Yo creo que esto es real en cualquier lugar del mundo. Si uno ha visto a la gente asesinada o lesionada, a sus amigos o compañeros, tiene una tendencia a querer estar “a mano”, a vengarse, con cualquiera que se encuentre en el otro lado, incluso si se trata de alguien que está en prisión. Pienso que uno tiene que tener un control muy cuidadoso desde arriba de lo que se hace en las prisiones. Los funcionarios de alto rango de

^{II} Nota del traductor: la fundación PEW (PEW Charitable Trusts) es una organización privada fundada por Joseph N. Pew, propietario de la empresa petrolífera Sun Oil Company (SUNOCO), que se dedica a la investigación en prácticamente todas las áreas del conocimiento y a la financiación de proyectos de desarrollo.

nuestro gobierno necesitaban ser mucho más proactivos para prevenir el maltrato de prisioneros en Irak y Guantánamo y, lamentablemente, no lo fueron. Ése es un problema devastador.

También, es posible que tengamos a demasiadas personas allí. Pienso que en Guantánamo tenemos detenidas a demasiadas personas inocentes. Cuando los detuvimos, nosotros no sabíamos quiénes eran ellos; nos tardó mucho desarrollar un procedimiento para revisar si es que contábamos con suficientes pruebas para seguir reteniéndolos. Liberamos algunos prisioneros de Guantánamo; sin embargo, aún creo que probablemente tenemos demasiada gente retenida. Tenemos miedo de dejarles ir, porque si ellos vuelven y cometen un atentado terrorista, será políticamente muy perjudicial. Estoy de acuerdo con Tony Blair, Kofi Annan y los demás en que nosotros deberíamos seguir esforzándonos en condenar o liberar a los detenidos restantes.

9. ¿Usted cree que Guantánamo y Abu Ghurayb deberían cerrarse eventualmente?

Sí, y mientras más pronto, mejor. Lo que en realidad pienso es que la mayoría de las 250 a 500 personas que hay en Guantánamo no es más peligrosa, en términos de su probabilidad de atacarnos, que el millón de personas que se encuentra fuera en el Oriente Medio, que ve a Estados Unidos como enemigo. Uno bien podría dejarles ir, dejar de crear el resentimiento que crea Guantánamo y, en vez de tener un millón, vamos a tener a un millón trescientos enemigos allá afuera. Pienso que el retener a estas personas en Guantánamo responde a una visión muy reducida del peligro, sobre todo porque esas personas no serán capaces de volver a entrar a Estados Unidos. Vamos a tomarles huellas digitales y fotografías antes de que se marchen. Esta gente encontrará muy difícil regresar a Estados Unidos; seremos capaces de descubrirlos si lo intentan. Existe, por lo menos, un millón de enemigos como ellos allá afuera. No considero que uno cree mucha seguridad por retener a estos trescientos. En realidad, se están creando mayores enemigos.

10. En su libro "Terrorismo, Libertad y Seguridad: La ganancia sin una guerra" usted ha indicado que la política contraterrorista ha sido enfocada tratando la lucha contra el terrorismo como una guerra y que esto implica defectos y riesgos considerables. El terrorismo incluye una gran variedad de acontecimientos y objetivos, de modo que el intento de atacarlos desde el punto de vista de la guerra es miope. Usted ha mencionado que, además de la cooperación entre la inteligencia y las agencias de seguridad, una mezcla de recursos

humanos e instrumentos tecnológicos, y disposiciones en niveles legales, así como político-diplomáticos, cualquier disposición contraterrorista a largo plazo también debe implicar la cooperación internacional construida por la diplomacia y la negociación. Teniendo en mente que Estados Unidos, por lo general, actúa unilateralmente, ¿cómo propone usted que deberían ser realizados estos esfuerzos conjuntos?

Yo creo que nos movemos en esa dirección. Pienso que podría ser hecho bilateralmente o por organizaciones de tratado, como en Latinoamérica o la OTAN, o por organizaciones internacionales mundiales. Creo que uno tiene que tratar, a través de estos tres medios, al máximo de sus capacidades. En otras palabras, la única cosa que considero tonta es tratar de ir completamente solo contra el terrorismo.

11. Sin embargo, ¿piensa usted que Estados Unidos se está moviendo hacia un mayor empleo de recursos diplomáticos y legales, y menos empleo de guerra?

Pienso que, probablemente, nos movemos en aquella dirección. En Irán se utiliza la diplomacia ahora, en Corea del Norte también se la emplea actualmente. Estamos tratando de usar a la OTAN en Afganistán. Pienso que Estados Unidos está probablemente muy poco dispuesto a entrar en otra guerra como la guerra de Irak, ya sea que obtenga buenos o malos resultados en ella. Entonces, creo que Estados Unidos está incrementando, cada vez más, sus esfuerzos por ser multilateral.

12. En los últimos años, hemos atestiguado muchas intervenciones militares que han sido realizadas contra el terrorismo por países poderosos; sin embargo, ellos parecen no haber alcanzado el éxito. ¿Por qué considera usted que ha sucedido esto?

Pienso que es difícil de contar; es muy difícil determinar qué ha sido exitoso y qué no lo ha sido. La cosa más difícil de saber –para la gente en Estados Unidos– consiste en por qué no ha habido ningún ataque durante cerca de cuatro años y medio después del once de septiembre del 2001. Puede ser porque la estrategia ha sido exitosa; la administración ha sido exitosa.

Ahora mismo, es muy difícil para Al Qaeda operar centralizadamente. Osama Bin Laden y su ayudante pueden lograr sobrevivir en algún lugar de Pakistán o a lo largo de la frontera afgana; sin embargo, debe ser muy difícil comunicarse y recaudar o mover dinero de modo seguro. Una terrible gran parte de la gente que

formaba parte de Al Qaeda ha sido matada o capturada. Así, es difícil decir que todo esto no tiene nada que ver con el hecho de que no ha habido un ataque desde el once de septiembre.

Por otro lado, ¿quién sabe? Un ataque a gran escala podría estar *ad portas*. Los recientes videos de Osama Bin Laden y Al-Zawahiri podrían ser seguidos, en los próximos meses, por una especie de gran ataque. Es muy difícil decir qué está funcionando.

Hay un experto en terrorismo que dice que esto es más bien obvio, que la cantidad de terrorismo depende de qué tan capaz es el grupo terrorista, que incluye qué tan fuerte es la defensa de su objetivo y qué tan dispuestos están ellos o qué tan deseosos están de continuar el ataque. Esto depende realmente de su motivación y de su capacidad. Pienso que hemos reducido considerablemente la capacidad; sin embargo, probablemente hemos aumentado la motivación. Por ejemplo, cuando Israel invadió territorios palestinos –la Faja de Gaza y Cisjordania–, a lo largo de los años, el número de ataques terroristas intentados aumentó y el número de acertados disminuyó, porque es mucho más difícil con el ejército de Israel allí. El número de tentativas sube, entonces la motivación sube; sin embargo, la capacidad disminuye. Estados Unidos se encuentra en una etapa similar donde nosotros hemos estado reduciendo la capacidad de los terroristas; sin embargo, aumentando su motivación.

La pregunta más importante que cabe hacerse es: ¿cuánta capacidad necesita una organización terrorista para lograr sus objetivos? Si necesita de mucha capacidad y hemos estado reduciendo su capacidad, entonces estamos ganando. Si no necesita mucha capacidad, si ellos pueden lograr sus objetivos haciendo las cosas que son fáciles de hacer y la motivación sube, entonces estamos perdiendo. Colocar una bomba en un cubo de basura en un centro comercial no es, probablemente, mucho más difícil de lo que era antes

del once de septiembre. Contamos con mucho más gente ahora, quizás, que estará dispuesta a participar en esto. De todos modos, hemos reducido algunas capacidades; sin embargo, no todas, y también hemos aumentado la motivación del terrorista.

13. ¿Qué tan probable considera usted la amenaza real del empleo de armas biológicas?

El único terrorista que alguna vez trató de usar armas biológicas es el grupo “Aum Shinrikyo” en Japón. Aproximadamente, en 1995, trató de usar armas biológicas y, luego, más tarde, intentó usar armas químicas; sin embargo, finalmente, no fue capaz de hacerlo.

Inmediatamente después del once de septiembre, alguien envió cartas con ántrax en Estados Unidos –probablemente fue un norteamericano, aunque aún no encontramos quién ha sido. El ántrax tiene que ser del tamaño justo para ser efectivo. Las unidades de ántrax tienen que ser, aproximadamente, de quince micrones. Deben ser lo suficientemente pequeñas para flotar en el aire como un aerosol y, además, entrar a tus pulmones. Es muy difícil de conseguir el tamaño justo de ántrax cuando es distribuido.

La mayoría de armas biológicas no es contagiosa, así como el ántrax no lo es. Pueden dañar a mucha gente; sin embargo, no a decenas de miles de personas. Si el agente biológico es contagioso, podría ser mucho peor. Sin embargo, el problema es que si es contagioso en el mundo moderno, irá “directo a casa”. Los aviones vuelan todo el tiempo a cada país del mundo, entonces, si una persona estuviera en Pakistán o Siria e intentara usar agentes biológicos, el siguiente avión proveniente de Estados Unidos a Siria probablemente devolvería este agente a Siria. Esta no es una imagen terriblemente esperanzadora; sin embargo, es difícil utilizar poderosas armas biológicas contra el enemigo de modo que se deje a salvo a la propia población.

“LAS NORMAS DE BASILEA II NO TOMAN EN CUENTA LA REALIDAD DE NUESTROS PAÍSES”*

Entrevista a Sergio Rodríguez Azuero**

En la presente entrevista se aborda temas bancarios y financieros, comentando principalmente materias tan relevantes como los beneficios de la utilización de los fideicomisos en garantía, las repercusiones de un sistema ineficiente y lento como el Poder Judicial (ejecución de garantías) en el otorgamiento de créditos y, consiguientemente, en el crecimiento del mercado, la real finalidad del encaje bancario, los beneficios de que países como el Perú adopten las disposiciones emanadas del Convenio de Basilea II, entre otros.

* Sergio Rodríguez Azuero es uno de los principales expertos y autores en temas de regulación financiera. Entre otras cosas, es árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá, de la London Court of Arbitration y del Centro Internacional de Arbitraje Comercial de British, Columbia; y ex-presidente de la Cámara colombo francesa de Comercio e Industria.

** Por resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros 1867-2005, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 30 de diciembre de 2005, el profesor Rodríguez Azuero fue contratado por el Estado Peruano para dictar dos charlas: “Operaciones en el Sistema Financiero-Nuevas Tendencias” y “Los retos que supone Basilea II en el ordenamiento legal”. Con ocasión de dicha visita, Jimena Aliaga, miembro de la Comisión de Contenido, y Oscar Súmar, Director de la Comisión de Contenido de THEMIS, tuvieron la oportunidad de entrevistar al profesor Rodríguez Azuero. Agradecemos la colaboración de los doctores Rafael Corzo, miembro del panel de analistas de Enfoque-Derecho en el rubro de Banca y Seguros, y Luis Pizarro, columnista de Enfoque-Derecho; ambos expertos en temas financieros y bancarios, quienes tuvieron la gentileza de preparar las preguntas para la entrevista y a este último por, adicionalmente, ayudarnos a contactar al profesor Rodríguez Azuero.

1. ¿Cómo ve los sistemas regulatorios y prudenciales en los distintos países de la región (Latinoamérica), así como la situación de las empresas de los Sistemas Financieros de dichos países? (por ejemplo, los efectos posteriores a la crisis argentina (economías emergentes que están de moda y dejan de estarlo), la importante reducción del número de empresas bancarias en el Perú (a diferencia de lo que sucede en otros países) y el importante incremento de las operaciones de las empresas de micro-finanzas –cajas municipales y rurales, EDPYMES, entre otras–, la asunción de gobernantes de corte nacionalista en países de la región, así como la proximidad de procesos electorarios¹, entre otros).

Advierto que la pregunta contiene, al menos, cuatro aspectos y quisiera responderlos de manera secuencial. En primer término, se plantea el tema de la regulación en la región y en ese caso es necesario advertir que hay un nítido proceso de convergencia, porque las labores adelantadas por el comité de Basilea se han traducido en una clara tendencia a la uniformidad regulatoria. A pesar de algunas salvedades que el tema me merece, debo decir que, en general, se trata de un aporte científicamente valioso porque el tema de la sensibilidad al riesgo se aborda con mayor profundidad que nunca en la historia de la regulación bancaria. Es decir, la capacidad de los sistemas para gerenciar los riesgos de una manera mucho más técnica, más eficaz, y con una participación protagónica de parte de los supervisores.

En segundo lugar, respecto del número de empresas bancarias, no sé si uno podría generalizar tanto, pero mi percepción es que, en general, el número de bancos se está reduciendo en la región y no sólo en el Perú (ello ha sucedido también en Argentina y Colombia en los últimos años). Tal fenómeno puede originarse en una causa doble: en primer lugar, desde luego, la globalización requiere cada vez más jugadores de mayor talla para participar en los mercados y, desde ese punto de vista, eso conduce a que bancos de pequeño tamaño encuentren mayores dificultades para competir; y, en segundo lugar, las crisis financieras suelen implicar, entre muchos otros precios implícitos, la reducción del número de operadores en el mercado.

Un tercer aspecto que se plantea tiene que ver con el crédito a la pequeña y mediana empresa. A mí me parece que ese es un campo que se va a desarrollar y que está generando una situación relativamente paradójica: desaparecen entidades bancarias

tradicionales, se reduce el número de actores en escena pero, por otro lado, hay una mayor participación por parte de la misma banca tradicional o por actores con características peculiares, como Cajas de Ahorro, cooperativas, etcétera, que buscan atender mejor este sector de las microfinanzas.

Debemos advertir que hay estudios que demuestran que el crédito a las pequeñas y medianas empresas puede contribuir a conseguir efectos en el corto plazo más interesantes en materia de empleo e, igualmente, en materia de formación, porque el crédito dirigido a estos sectores tiene un componente pedagógico muy importante, pues, de alguna manera, el banquero se ocupa de apoyar e instruir al destinatario del crédito para su buen manejo con elementos mínimos, pero valiosos, en materia de administración, los cuales incluyen llevar una contabilidad, establecer unos registros, medir sus resultados, entre otros aspectos.

El último aspecto quisiera dejarlo de lado porque no es fácil analizar lo que pueda estar pasando con tendencias políticas o con vísperas electorales. Simplemente quisiera decir que las vísperas generan normales períodos de abstención, de prudencia, pues se crean muchas expectativas y los proyectos que están en curso suelen congelarse mientras se conocen los resultados de las elecciones. Sin meterme en el tema político de fondo, pues no debo hacerlo, a mí me parece que de alguna manera la historia muestra movimientos pendulares, se pasa normalmente de un extremo al otro, por lo que lo importante sería encontrar cada vez gobiernos que, más allá de su calificativo de izquierda o de derecha, logren responder realmente de manera eficaz a las necesidades de sus países. Creo que en eso no hay fórmulas mágicas sino posibilidades frente a las cuales hay que escoger.

2. ¿Cuáles son las principales modificaciones y variaciones que, desde una perspectiva jurídica y de aplicación práctica general, determinará la potencial implementación de Basilea II en comparación con lo establecido por Basilea I (el "Acuerdo de Capital" de 1988)? ¿Son incompatibles o no?

Comienzo por afirmar que no son incompatibles; reflejan, más bien, un proceso de crecimiento secuencial. Considero que los principales cambios que aportará Basilea II son los siguientes: en primer término, en materia de medición de riesgo, hay una sofisticación evidente y un avance importante para profundizar y hacer más eficiente su manejo. Esto quiere decir que la fórmula de Basilea I de medición de capital de riesgo,

¹ Nota del editor: al momento de realizarse la presente entrevista, aun no se habían realizado las elecciones de Perú, Bolivia y Chile.

en la cual se exigía tener un ocho por ciento de capital frente a las colocaciones ponderadas por riesgo, era bastante simplista. Eso lo criticamos siempre. Por eso diría que en este primer aspecto el nuevo modelo es mucho más complejo y completo. En el nuevo modelo se distingue mejor la naturaleza de los riesgos y se les pondera con mayor eficiencia. Por ejemplo, cierto tipo de operaciones con garantía tiene una ponderación de riesgo menor a cien, mientras que créditos a empresas mal calificadas pueden tener una ponderación del ciento cincuenta por ciento, lo cual quiere decir, utilizando una expresión más coloquial, que le consumen o “comen” más capital del que usted quisiera destinar a la operación. Eso me parece positivo y para los países en vías de desarrollo es muy importante que aprovechemos Basilea II desde el punto de vista cualitativo, es decir, desde el punto de vista de las nociones de gerencia general que nos brinda.

Pero sigo criticando en este primer aspecto de los requerimientos de capital, la tendencia a suponer que los créditos o inversiones en papeles del Estado son de riesgo cero o cercano cero. Eso tiene dos grandes elementos negativos: primero, suponer que los riesgos estatales o soberanos son cero. Eso no existe. La crisis argentina, la rusa, y numerosas otras crisis, han mostrado cómo invertir en el Estado tiene un riesgo o puede tenerlo, de manera que calificarlo de cero es irreal. El segundo elemento, que yo califico de perverso, tiene que ver con el mensaje subliminal que se transmite al banquero: en vez de tomar, usted, los recursos que capta y prestárselos a la comunidad asumiendo el riesgo consiguiente, compre papeles del Estado, operación que no tiene riesgo. Entonces el banquero se convierte en un captador de recursos no para transformar plazos, no para llevarlos hacia sectores que lo requieren y dinamizar la economía, sino para pasárselos al Estado. Ése es un elemento muy peligroso y sumamente negativo en mi opinión.

Hay un segundo aspecto en donde Basilea II hace unos aportes importantes: le da al supervisor bancario un papel más protagónico que antes porque, y esto es lo grave, le exige validar los sistemas de calificación internos que puedan utilizar las empresas bancarias para someterse a sistemas de correlación de capital distintos al modelo estándar.

Se diría que uno de los grandes aspectos de Basilea II es permitir que los bancos definan sus propios modelos de medición de riesgo y si usted tiene un magnífico modelo de medición de riesgo, mejor que el que sugiere Basilea II, pueda adoptarlo en su lugar. Pero para que pueda hacerlo tiene que validárselo su

supervisor. En este sentido, los supervisores van a tener que desarrollar unas fortalezas y capacidades para colocarse al nivel del banco más sofisticado de su país, a fin de calificar al sistema propuesto como satisfactorio o no.

Hay un tercer aspecto en el cual Basilea reitera una tendencia de los últimos años del derecho norteamericano, del *disclosure*, y es lo que llamaríamos la “disciplina del mercado” en virtud del cual se exige, más que nunca, una gran divulgación de los resultados para que los interesados ejerzan por esa vía el mejor control. Yo soy escéptico en un aspecto y lo expresé en México en la reunión que tuvimos sobre Basilea II. No dudo que para especialistas, para inversionistas profesionales, esta mayor y mejor información sea útil porque, naturalmente, los grandes inversionistas van a recibir información más completa. Pero lo que quiero advertir es que esto no va a servir para el consumidor, para las personas comunes y corrientes que vamos a hacer una inversión o un depósito en un banco. Aun cuando nos den mucha información, no tenemos ni el tiempo ni los conocimientos ni la capacidad para decir: “como ahora los bancos nos dan más información, voy a decidir que no colocaré mi depósito en el banco H, sino en el B”. Eso no sucederá a nivel del consumidor, y es por eso que puse mucho énfasis en esta reflexión en México.

3. ¿Considera viable que países como Perú, para los que las recomendaciones de Basilea II no son vinculantes, se adecuen al marco regulatorio ofrecido por este convenio? ¿Estas normas reconocen las particularidades de cada país del sistema financiero, teniendo en cuenta que la realidad de los sistemas financieros de los países latinoamericanos es muy distinta a la de aquellos países que conforman el Grupo de los 10¹¹?

Voy a comenzar por la última pregunta. No, yo no creo que estas normas de Basilea II tengan en cuenta la realidad de nuestros países. En eso lamentablemente se incurre en el mismo error que se incurrió en el día uno. ¿En qué consiste ese error? Las normas del comité de Basilea, que nació en 1975, fueron apoyadas siempre por los países pertenecientes al Grupo de los 10, los países más desarrollados del mundo, y se concibieron para bancos internacionalmente activos, de manera que nunca se estaba pensando en la banca local, en la banca doméstica. En segundo lugar, naturalmente no se tienen en cuenta nuestras realidades porque se han hecho y formulado por los supervisores y banqueros centrales de los países

¹¹ Nota del editor: nos referimos a los diez países más ricos o “G-10”.

desarrollados, de manera que hacerles llegar nuestro mensaje no es fácil. La Federación Latinoamericana de Bancos hizo estudios muy importantes que fueron presentados a consideración del Comité de Basilea, los cuales han de estar archivados o haber sido objeto de un párrafo suelto. Pero allí no tenemos un peso político que nos permita decir “es ésta nuestra realidad”.

Para pasar a la primera pregunta, se me ocurre la siguiente reflexión: hemos pasado en Basilea II, y esto parece gracioso, de un sistema coercitivo –en el que nos decían “todos tienen que adoptar Basilea I”– a un sistema en el que nos dicen –como toman conciencia de que somos distintos– que no es obligatorio. Sin embargo, si no es obligatorio para nadie es igualmente malo porque no se sabe qué camino ha de tomarse. Nos dicen que cada uno ha de tomar la decisión que más le convenga, y esa es una pésima solución. Lo que yo he recomendado son dos cosas: primero, andar con pies de plomo, andar despacio, es decir, no se trata de decir “no vamos a aceptar Basilea II” –eso sería tonto–, sino más bien debemos tomar todo lo bueno de Basilea II, que tiene muchas cosas buenas desde el punto de vista conceptual, a fin de interiorizarlas en nuestros países, transformarlas en normas, e implantar una disciplina en virtud de la cual los bancos sigan esas regulaciones. Pero seamos cautos en materia cuantitativa, pues lo importante es la introducción de soluciones cualitativas. Las exigencias desde el punto de vista de ajustes de capital, tanto por lo que llamaríamos el riesgo operacional como por la nueva metodología de calificación de riesgos, tendrían que ser pagadas por la banca de Europa del este y la banca latinoamericana, como ha sido sugerido por todos los estudios. Somos quienes más tendríamos que pagar en esfuerzos de capital para acomodarnos al nuevo sistema. Así, mi propuesta es sencilla, aprovechemos al máximo lo cualitativo y vayamos despacio en lo cuantitativo. No hagamos efectivas las exigencias cuantitativas con la misma rapidez ni con el mismo peso que recomienda Basilea II.

4. Hay ciertos aspectos que demuestran que Colombia tiene una regulación más flexible en el ámbito de los fideicomisos que el Perú. ¿Cuál considera que es la repercusión de esta regulación más flexible en Colombia de los fideicomisos y, en general, cuál considera que puede ser el futuro de los fideicomisos en el Perú?

La solución no es uniforme en el mundo ni en América Latina. En la Gran Bretaña, por ejemplo, cuna del *trust*, o en los Estados Unidos, puede ser *trustee* una persona natural. En el proyecto de Ley francés que ha vuelto a presentarse a consideración de la Asamblea Nacional el año pasado, puede ser fiduciaria una persona jurídica

o una persona natural. En Argentina y en Uruguay recientemente las legislaciones permiten lo uno o lo otro. En este sentido, a mí me gusta la solución peruana al igual que la colombiana, pues tratándose de un negocio de confianza, ésta se brinda más espontáneamente cuando uno le puede decir a la comunidad y a los consumidores: “quien te va a prestar esos servicios es una entidad autorizada y vigilada por el Estado”, ya que ello de suyo genera confianza.

Ahora, el futuro del fideicomiso en el Perú lo auguro muy importante como lo ha sido en Colombia. El desarrollo en este país ha sido espectacular, ya que nuestro fideicomiso mercantil comenzó a nacer por allá en el año 1975, teniendo un crecimiento normal hasta el año 95, momento en el cual su desarrollo aumentó de manera importante, habiéndose mantenido dicha situación hasta la fecha. Debemos esperar que en el Perú ocurra lo propio, porque la fiducia tiene muchas fortalezas, entre otras, su flexibilidad, la cual en la práctica resulta de muy grande utilidad para el manejo de los negocios, pues es un contrato que se adapta mucho a la tendencia contemporánea de que el banquero, más que intermediador crediticio, actúe como un prestador de servicios financieros. En este sentido, dado que el fideicomiso permite prestar servicios financieros, le auguro un enorme desarrollo. Por estas razones no me disgusta la opción peruana.

5. Si bien usted ya tocó el tema anteriormente, quisiéramos que se extendiera más sobre la concentración de bancos, específicamente en el Perú.

Aun cuando sigo toda la evolución de la banca en América Latina, y desde luego, sigo con gran gusto lo que ocurre en el Perú, no es fácil, sin tener los elementos de juicio suficientes como los tengo respecto de Colombia, responder a esta pregunta, por lo que simplemente haré unas reflexiones que podrían ser aplicables. A mí no me entusiasma como concepto la gran concentración. Veo ahí una dicotomía difícil de manejar. De un lado, la competencia internacional obliga a los bancos a ser cada vez más grandes, lo cual genera mayor concentración. Sin embargo, de otro lado, mucha concentración produce estructuras oligopólicas donde hay una tendencia clara a imponer precios a los mercados, lo cual debilita la competencia y, eventualmente, podría afectar la calidad del servicio. Todo esto forma parte de una dualidad teórica y académica. Uno tiene que ver lo que pasa en el mundo. En estos últimos días, por ejemplo, hemos visto sanciones enormes en Europa, impuestas por los supervisores, reguladores y responsables políticos de protección al consumidor que ven y sancionan con mucha severidad esas estructuras oligopólicas de acuerdos sobre precios o acuerdos para repartición de mercados o

manifestaciones similares. Repito, me parece que la concentración de alguna manera es inevitable para poder competir en el mundo globalizado que tenemos, pero hay que manejarla con cuidado para evitar que se traduzca en una posición, digámoslo así, de desprotección a los consumidores.

6. Uno de los principales problemas del Perú es la lentitud y consecuente ineficiencia del Poder Judicial. Esto genera que principalmente los procesos de ejecución general sean bastante lentos, por lo que no logran su cometido, lo cual al mismo tiempo genera una repercusión en el sistema de créditos ya que, al haber poco porcentaje de recuperación, el crédito en cierto modo se encarece o dificulta. La pregunta consiste en si, mediante la elaboración de determinada regulación en el sistema financiero, se puede revertir esta situación, o si necesariamente debe hacerse a través de normas procesales^{III}.

No es muy fácil decir con certeza cuál será el camino formal que deba tomarse. Yo no sé si habrá que tramitar una ley que modifique el régimen procesal o una que modifique el régimen bancario, pero más bien si tengo claro lo siguiente: la ineficiencia en la ejecución es una calamidad, pues produce todos los efectos antes mencionados. Si no se pueden recaudar oportunamente los créditos insolutos, el sistema se altera, no funciona correctamente. En este sentido, ¿qué respuesta teórica daría uno a esa necesidad de ser más eficaces? Diría que, al menos, hay tres cosas en qué pensar. La primera ha sido ensayada en algunos países, y consiste en asignarle funciones jurisdiccionales a entidades o autoridades administrativas de manera que controversias hasta de ciertas cuantías, relativamente pequeñas, puedan resolverse mediante dicha autoridad administrativa. Piensen ustedes, para ilustrar esta opción, en asignarle funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Las controversias a este nivel no se llevarían ante los jueces sino ante esta instancia.

Muchas veces criticamos al sistema judicial con cierta injusticia. Es tal el volumen de casos que los jueces tienen que manejar, que no se dan abasto. Entonces uno diría, ¿por qué no buscar un sistema que les quite el mayor volumen con los conflictos de menor precio? Por esa vía de repente se les quita el sesenta por ciento de los expedientes, los cuales en cuantía sólo equivalen al diez por ciento de las controversias. De

esta manera las grandes controversias seguirían siendo conocidas por los jueces. Esta sería una solución.

En segundo lugar, me parece que hay que fortalecer grandemente los mecanismos alternativos de solución de controversias. Muchas veces se llega a la etapa de la ejecución porque no fue posible resolver un problema en el estadio en el que hubiese sido menos traumático. Entiendo claramente que los tribunales de arbitramento no van a solucionar los problemas mismos de ejecución, ya que ellos dictan sentencias declarativas o constitutivas de derechos y, generalmente, no las ejecutan. No obstante, si uno tiene buenos sistemas alternativos de solución de controversias, jueces de paz, amigables componedores, conciliadores, árbitros, es posible que logren solucionar conflictos antes de llegar al estado de la ejecución. Muchas veces el problema de la ejecución es que, para llegar a ésta, además, se ha tenido que gastar en un proceso ordinario antes de tener un título ejecutivo. Por estas razones, el fortalecimiento de los mecanismos alternativos de solución de controversias es una interesante opción.

Y hay una tercera opción que a mí me encanta. Yo la he visto y nos permite retomar el tema central de esta entrevista. Se trata del extraordinario desarrollo que ha tenido el fideicomiso de garantía. En vez de que los deudores otorguen bienes en prenda o constituyan hipotecas sobre inmuebles, una opción interesante consiste en transferir a un fiduciario dichas garantías para que éste lo administre y, en caso de incumplimiento de su obligación, lo venda para pagar, creándose allí un expediente mucho más eficiente que la ejecución judicial. Un mecanismo como el fideicomiso de garantía permite que un fiduciario profesional, valiéndose de medios comerciales y de mercado, saque rápidamente el bien a la venta. Incluso se podría combinar esto con figuras que existen desde siempre como los martillos, que se administren o manejen directamente por los sistemas bancarios. De esta manera, aseguramos que los bienes sean vendidos correctamente y ágilmente, aliviando la carga excesiva con que muchas veces cuentan los jueces.

7. En el ordenamiento jurídico peruano, la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, dispone en su artículo 162 la obligación de las empresas del sistema financiero de constituir un encaje legal equivalente al nueve por ciento (9%) del total de sus obligaciones. Asimismo, añade que el Banco Central podrá, por razones de política monetaria, establecer encajes adicionales o marginales.

^{III} Nota del editor: al momento de la realización de la presente entrevista, aún no había sido promulgada la nueva ley de garantías mobiliarias (Ley 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria, publicada el 1 de marzo de 2006) que regula la venta extrajudicial del bien (ver: artículo 47 de la ley), entre otras novedades respecto a la legislación anterior.

De esta manera, en el Perú pueden llegar a existir hasta tres encajes. Dichos encajes se crearon con la finalidad de salvaguardar el buen funcionamiento del sistema financiero, específicamente, para los casos en que alguna de sus instituciones sufriera problemas de solvencia. No obstante, en la realidad hemos apreciado que los montos depositados en el Banco Central de Reserva fueron utilizados para paliar la inflación y, al mismo tiempo, redujeron los montos susceptibles de ser materia de préstamos. ¿Qué opinión le merece el encaje? ¿Considera que, dependiendo del uso que se de a dichos montos, podría justificarse la existencia de tres encajes?

En relación con el encaje, me parece que es interesante decir esto: más que cuántos encajes debe haber, considero que la pregunta sugiere una reflexión sobre el papel de este mecanismo de regulación monetaria. Si tomamos en consideración el derecho comparado y lo que ha ocurrido en los últimos años en el mundo, veremos que el encaje ha dejado de ser mecanismo de regulación de la masa monetaria y ha vuelto a su función original, esto es, a ser una reserva de liquidez para atender solicitudes de devolución por parte de la clientela.

Dada la capacidad que tiene la banca, a través de las cuentas corrientes y la chequera, de crear dinero, de expandir la masa monetaria, el encaje tradicionalmente ha sido un mecanismo en virtud del cual si usted incrementa el encaje disminuye la capacidad de expansión que tienen los bancos, y si usted reduce el encaje aumenta la capacidad de expansión. Y entonces, por años, este encaje se utilizó muy frecuentemente como mecanismo para ampliar o reducir la masa monetaria. Hoy por hoy, diría yo, por lo menos en los últimos quince años, lo que ha sucedido en muchos países es que se utilizan más como mecanismos de regulación monetaria las que llamaríamos operaciones de mercado abierto: emisiones de papeles de deuda para captar o colocar recursos en el mercado pagando una tasa de interés, habiéndose dejado el encaje como mero instrumento para mantener una liquidez mínima en las propias cajas del banco o en manos del Banco Central. De manera pues que, en ese sentido, me parece que uno podría utilizar más operaciones de mercado abierto que encajes desde el punto de vista de la regulación monetaria.

8. En su libro “contratos bancarios” señaló, con respecto al depósito colectivo, que existe solidaridad activa respecto de los cotitulares de una cuenta, ya que, cuando el banco cumpla con sus obligaciones, podrá hacerlo en beneficio de cualquiera de dichos cotitulares. En esta misma línea sostuvo que, en caso alguno de dichos cotitulares tuviera deudas respecto de algún tercero y este último trabara un embargo, dicho

gravamen podría recaer sobre el íntegro de la cuenta colectiva.

Si nos encontramos ante un supuesto de solidaridad activa –como usted sostiene en su libro–, ¿qué justifica trasladar dicha situación, es decir, la facultad de ambos cotitulares de exigir el cumplimiento de sus obligaciones al banco, al ámbito pasivo, esto es, a la posibilidad de que acreedores de uno solo de los cotitulares pueda afectar al patrimonio de ambos –más aun cuando solo uno de ellos participó en la creación de dichas relaciones jurídicas–?

Para ponerle algo de humor al tema me acordé de un viejo profesor colombiano ya fallecido que, en un caso como este, diría: “ésta no es una pregunta, es una consulta”. Naturalmente, esto tiene unas especificidades que van más allá de lo que sería la consideración abstracta, pero encantado abordo el tema así: quiero recordar que, y seguramente así lo digo en mi libro, cuando uno habla de titulares plurales de una cuenta corriente puede concebir, al menos, dos hipótesis: titulares conjuntos, titulares respecto a los cuales es claro para el banco que se trata de depósitos de los cuales solo puede disponerse conjuntamente, y que por lo tanto, aplicando principios generales de Derecho Civil en materia de divisibilidad de las obligaciones, sería perfectamente concebible que, si un tercero fuera a embargar, se le opusiese el argumento de que este saldo de un millón de soles para estos cotitulares, llamémoslos conjuntos, no puede ser afectado por el acreedor de uno de ellos sino hasta en cincuenta por ciento. Pero igualmente puede concebirse la presencia de cotitulares en que cada uno de ellos pueda disponer de la totalidad del saldo. Uno podría decir: “en esta cuenta registro como titulares a mi esposa y a mí mismo, y cualquiera puede girar cheques con su sola firma por el ciento por ciento del saldo”. Es en esta hipótesis que yo he afirmado que existe una clara manifestación de lo que llamaríamos en Derecho Civil una solidaridad activa, porque el banco cumple su obligación pagándole a cualquiera de los dos acreedores. Si la señora, en mi ejemplo, gira un cheque por un millón de soles, el banco está pagándole y cumpliendo satisfactoriamente su obligación porque ella era una acreedora que tenía el derecho a cobrarle la totalidad. Entonces, siguiendo esa lógica, si mañana un acreedor de uno de los dos pretende el embargo de la cuenta, en mi opinión podría embargar el saldo *in integrum* sin que le puedan oponer una divisibilidad de la suma, porque si el actor, titular de la cuenta, podía disponer del ciento por ciento, sigue la misma lógica señalar que el banco tendría que aceptar el embargo por un tercero del ciento por ciento.

En síntesis, lo que quiero advertir es que en la cotitularidad de una cuenta pueden presentarse al menos estas dos hipótesis: titulares conjuntos o titulares solidarios. Es en relación con estos últimos que realicé tal afirmación.

“LA CORRUPCIÓN TIENE UN EFECTO EN LA GENTE DE ESCASOS RECURSOS IMPIDIENDO QUE COMIENCEN UN NEGOCIO”

Entrevista a Susan Rose-Ackerman* **

En nuestro país, la corrupción es un mal que creció desmesuradamente en el pasado decenio (todos hemos sido testigos de escandalosos videos que lo demuestran). Por lo demás, la percepción ciudadana coloca al Poder Judicial y a la Policía Nacional como las instituciones más corruptas dentro del aparato administrativo.

Concientes de la particular importancia de abordar temas como la corrupción, en la presente entrevista, invitamos a la reconocida profesora a abordar temas vinculados a ésta.

El tema resulta aun más relevante en el contexto actual, cuando un nuevo gobierno está empezando sus funciones y debería tener como uno de sus temas pendientes la lucha contra la corrupción, como parte de la ansiada reforma del Estado.

Por esto, los invitamos especialmente a leer esta interesante entrevista.

* Henri R. Luce Professor de Derecho y Ciencias Políticas, *Law School and Department of Political Science*, Yale University. PhD en Economía por la Universidad de Yale.

** La entrevista fue realizada en New Haven por Julia Loret de Mola, directora de la comisión de Gestión de THEMIS y Juliana Silva, miembro de la comisión de Proyección Académica de THEMIS, sobre la base de preguntas preparadas principalmente por Jimena Aliaga, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS. La traducción estuvo a cargo de Jimena Aliaga y Ricardo Elías, miembros de la comisión de Contenido de THEMIS.

1. ¿Cuáles son las consecuencias más notables de la corrupción y de un gobierno corrupto para el bienestar económico de los países?

En todos los países, la corrupción se extiende hasta donde tu dinero puede comprar. Una de las cosas que puede lograr tu poder de compra es, por ejemplo, monopolizar el poder, comprar una posición privilegiada en el mercado por encima de otros competidores, a pesar de que esto puede ser una severa limitación en el crecimiento. Perder inversiones nacionales o extranjeras que compitan contigo puede tener un serio efecto sobre el crecimiento.

Si tienes corrupción significa la creación de más y más trámites innecesarios de los funcionarios que se quieren hacer más ricos y tener demasiadas normas que desmotiven a la gente a invertir en negocios pequeños o medianos. Además, cierta clase de corrupción tiene como efecto en la gente de escasos recursos la imposibilidad de empezar negocios.

Si hay corrupción que tiene que ver con el acceso a los servicios básicos como protección policial, o algo parecido, significa que aun cualquier crecimiento que tengas, tal vez, equitativamente distribuido, igualmente afectaría los beneficios generales del crecimiento y también la legitimidad del Estado. Parte de ello tiene que ver con la economía, parte con la política, y otra con el hecho de pensar que todo puede ser comprado y de esta forma atentar contra la creatividad de la experiencia democrática. Creo que hay serias consecuencias en ambos lados.

2. Después del shock y la indignación que causó la relación tan extendida de tantos corruptos en tratos con nuestro anterior presidente¹ y su entorno, hubo un "endurecimiento" de la ley contra la corrupción en nuestro país. Se pensó que esto sería una forma de intimidar a los que pensarán que el soborno era una opción aceptable para sus propósitos. ¿Cree que el cumplimiento de la ley penal es suficiente para solucionar el problema? Si no fuera así, ¿qué clase de respuesta debería acompañar a esta medida para hacerla exitosa?

Bueno, creo que la actuación criminal necesita ser parte de una reforma estratégica y crear algunas clases de desvío de riesgos, que la gente enfrente algún tipo de riesgo, que puedan ser capturados y castigados. De otro lado, si es eso lo que haces, es probable que un grupo de gente sea capturada y castigada y, por otro

lado, los incentivos para el caos estén aún ahí y es probable que haya otro grupo que venga. Así, tienes que pensar como un Estado que realmente desea cambiar, tienes que ver hacia el tipo de trabajo que el gobierno ejecuta y preguntarte: ¿hay maneras de reducir los incentivos para la corrupción en esos programas de tal forma que genere un mayor beneficio?

No sé de las leyes de Derecho público en el Perú, pero una mejor ley penal, más transparente, una más competitiva ley de fiscalía pública, o el sólo hecho de moverse para comprar más cosas que no tengan que pasar por un proceso de licitación, que puedas comprar productos estandarizados en el mercado mundial, teniendo en cuenta tu ley de presupuesto y preguntando si es muy complicado que haya discrecionalidad de parte de los recaudadores de impuestos, respetando las leyes reguladoras, de la manera que Hernando de Soto ve las regulaciones que necesitamos para hacer que un negocio empiece, y preguntando cuáles son necesarias, y si deseas mantenerlas en acción tienes que mejorar la administración de las mismas. No puedes simplemente deshacerte de ellas porque se han convertido en materia de trato corrupto. Por supuesto, en el caso de Fujimori, se dieron escándalos particulares que lo trajeron abajo, una fuente muy particular de corrupción era Montesinos pagando los sobornos a los políticos y a los dueños de los medios de comunicación para que respalden la posición de Fujimori. Hay un grupo de cuestiones que tienen que ver con el enderezamiento de la integridad y la "Ley de los Partidos Políticos" en el país, por lo que no parece una cosa natural si te cambias de partido cuando alguien te ofrezca algo.

Por otro lado, hay un interesante estudio de la visión de esos videos. Este estudio realizado por John McMillan y un coautor peruano, en el que se mide el valor relativo de diversos truhanes que fueron sobornados, por cuánto fueron sobornados, y qué tan importante es la prensa en controlar la corrupción y dar las medidas de cuánto pensó Montesinos que necesitaba pagar.

3. ¿Cree que es posible para nuestras sociedades confiar en sus políticos, especialmente, en el corto plazo, después de haber visto al presidente anterior y sus ministros en actos de corrupción?

Ciertamente no puedo hablar más de ellos, pero creo que depende de si hay gente dentro de la comunidad

¹ Nota del editor: la entrevista fue realizada cuando el presidente del Perú era Alejandro Toledo, por lo tanto, se refiere a Alberto Fujimori.

política que desee alentarlos a rechazar la corrupción interna, más que una manera de deshacerse de sus enemigos.

Hay un problema al usar la corrupción interna como bandera, ya que es una manera simple de minar a la oposición (y esto ha ocurrido en algunas de las democracias nominales en el pasado bloque soviético): ellos obstruían a los políticos opositores. Eso puede estar bien, pero creo que lo importante está en la actuación corrupta, de ser más activos coordinadamente y dirigir las actuaciones estructurales, no sólo señalar con el dedo y decir has hecho algo malo.

Es una cuestión de si las generaciones más jóvenes están creando alguna sociedad, de si ustedes están deseosos de pasar algunas de estas pruebas, y tener la integridad necesaria para gobernar. Esto no es sólo acerca de la corrupción, sino acerca de un sistema participativo más democrático. Así que la otra cosa que los países han hecho, porque estaban preocupados por la politización de los detalles de un programa interno de corrupción, es crear una agencia independiente que se hiciera cargo de las actividades de corrupción interna, y se puede hacer, no sólo en términos de acusación criminal. No ser simplemente un fiscal independiente, sino también tener la habilidad de proponer una reforma más estructural.

4. Las estadísticas muestran que un país con un bajo nivel de corrupción tiene un alto HDI (Human Development Index), mayor inversión, mayores ingresos *per capita*, etcétera. De manera inversa, ¿significa esto que los legisladores deberían concentrarse en el diseño de estrategias económicas para fortalecer las condiciones económicas de los países pobres con el fin de, en el largo plazo, disminuir los niveles de corrupción? ¿Cuál es el papel de los buenos gobiernos en la lucha contra la corrupción?

Este es un debate importante que se está llevando a cabo en la "comunidad reguladora". Nos recuerda algunos viejos debates sobre la relación de involucrar los elementos de la macroeconomía *versus* las reformas estructurales de las instituciones.

Considero que hay una asociación entre todas las cosas buenas: mayores ingresos, Derechos humanos, niveles más bajos de corrupción, y otras medidas de buen gobierno. Por otro lado, pienso que es muy simple creer que puedes recomendar a un país que trate de mantener su macroeconomía fundamentalmente bien y que su objetivo sea que, cuando la gente se haga más rica, demande un mejor gobierno.

La razón por la que pienso que eso es demasiado simple es porque no creo que sólo por políticas de macroeconomía vayan a funcionar, ignorando la realidad subyacente. Así, el razonar que los países que están en bajo crecimiento se debe a que tienen sistemas de trabajo pobres y corruptos, por lo que si tratan de estimular la economía, de una manera macroeconómica, no lo logran, terminan haciendo más ricos a ciertos grupos y no tienen la productividad que esperarían en un sistema que es institucionalmente perfecto.

Sé de la dificultad de tratar de hacer todo al mismo tiempo, pero creo que es importante para un país establecer una preocupación acerca del crecimiento económico, preguntar cómo las instituciones políticas del gobierno tienen entidades desadecuadas y dónde están los sitios más importantes donde eso parece estar ocurriendo de una manera destructiva, o al menos en una manera que no permite el crecimiento. Tiene que concentrarse, necesitan tener esa buena retroalimentación, necesitan hacer algo acerca de las malas instituciones existentes o van a ser atrapados y llevados al otro lado.

5. Aun si la gente acepta y se da cuenta que la corrupción es realmente mala, un buen porcentaje de ellos se involucrará en un acto de corrupción si esto les acarrea un resultado más rápido o mejor que el procedimiento normal o legal. ¿Considera que las causas de la corrupción residen en la inmoralidad de la gente, o en la ineficiente administración pública y las otras muchas oportunidades de sobornar a funcionarios?

Es un poco de ambas cosas. Yo enfatizo en mi propio trabajo la importancia de cambiar las estructuras institucionales para que los incentivos de pagar sobornos no sean muy grandes, y eso no dice que, si llevas la reforma adelante no necesites una campaña de difusión para la gente sencilla y convencerlos de que pueden obtener resultados del Estado sin caer en el caos.

Me preocuparía una estrategia que sólo se concentrara en decirle a la gente: "miren, están siendo inmorales, empiecen a ser mejores", si hacen difícil de maniobrar para ellos su relación con el Estado –y es probable que vean a otros seguir siendo corruptos– entonces sentirán que han sido tomados por tontos. Por ello, pienso que hay un rol para los programas de educación, pero éstos deben ir acompañados con un nivel legal de interacción entre los individuos y el Estado como parte del problema: la razón por la que persiste un nivel bajo de corrupción es que existe un nivel alto de corrupción en la contratación, o la relación entre políticos y los que puedan estar interesados. Es improbable esperar que la gente resista la tentación de la corrupción a un

nivel bajo, si la corrupción es tan silenciosa, por lo que pienso que hay un rol más estructural para cada parte.

6. Algunos seguidores de Fujimori trataron de justificar la muerte de miles de inocentes causada por las políticas radicales militares usadas en la época de enfrentamiento contra el terrorismo diciendo que ya que las vidas de miles estaban en peligro la muerte de algunas personas, que venían a ser “los menos”, era preferible al sacrificio de muchas más. ¿Considera que esta lógica tiene asidero en alguna situación?

Obviamente no. Sin embargo, creo que la decisión, difícil por cierto, no podrá evitar que hay personas heridas y que otras se beneficien de su situación. Uno puede fácilmente imaginar que cualquier ataque preocupante o intento de control de una guerra civil traerá caos pero éste no es el fin de la historia. Sinceramente, es cierto que no se puede tener un mundo perfecto en el que sólo las cosas buenas siempre sucedan. Mas existen otros métodos para lograr mitigar los daños. Por ejemplo, haberle dado menos libertad de actuación al ejército. No soy una conoedora de los detalles de este tema pero sí sé que no es suficiente decir que a veces se deben tomar medidas severas para lograr un mayor beneficio cuando bien se pudo reducir el margen de actuación de las autoridades. Que en un país se dé libre albedrío a las autoridades para que hagan lo que les venga en gana ciertamente no demuestra ser un país democrático.

7. Usted ha hecho muchas veces mención sobre la necesidad de transparencia en el Gobierno. En el escenario actual de enfrentamiento bélico que viven los Estados Unidos, han surgido ocasiones en las que el actual presidente parece haber usado mucho la “seguridad nacional” y la “guerra contra el terror” para justificar un comportamiento muchas veces inconstitucional. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Para darte una respuesta corta, sí. No obstante, creo que debe haber restricciones muy severas. Es por esto que ha surgido la actual controversia en los Estados Unidos debido al riesgo de que la gente se tome la justicia por sus propias manos y justifiquen su actuar con la seguridad nacional cuando al final lo que hacen

termina volviendo a la gente adicta a este sistema. Nosotros no estamos en esa etapa. Por otro lado, no puede negarse que es muy preocupante. Esto no tiene que ver con la corrupción sino específicamente con Bush. Lo que sucede con las conversaciones de las personas que llaman al extranjero es un buen ejemplo de esto. Él dijo que necesitaba interceptar llamadas de las personas que él creía que podían estar ligadas de alguna forma con el terrorismo y que por lo tanto no necesitaba justificar su actuar. El problema es que esta sola razón no lo hace correcto. Los Estados Unidos tienen procedimientos especiales que permiten esto de forma extraordinaria puesto que históricamente se han aprobado la mayoría de estos comportamientos por lo que mayormente no han tenido algún tipo de control externo. De ahí que Bush diga que no es inconstitucional lo que hace ya que con la justificación debería bastar. Yo creo que puede haber algún tipo de justificación para grabar las conversaciones de algunas personas ya que esto puede permitir que se obtenga información valiosa que ayude en la guerra contra el terror pero no creo que por esto signifique que no tenga que primero pasar por un control, y no uno ordinario. No es cuestión de decir “necesito interceptarlos” por una supuesta emergencia. Estoy muy preocupada con lo que está sucediendo con la Administración y el uso de esta llamada guerra contra el terror, una que llena de ideas a la gente. Hay razones para usar la seguridad nacional y mantener algunas acciones en secreto pero no puede ser una norma general. Esto debe responder a un control en la actuación, a una separación de poderes, pesos y contrapesos, a una división de poderes entre las distintas partes del gobierno que requiera ciertos tipos de ejercicio de poder que puedan luego ser controlados por otros grupos. Y si termina siendo una cuestión de seguridad nacional entonces puede entender que es bastante razonable aceptarlo si parte de este control. Si se tiene alguna clase de corte que pueda hacer esto permanentemente, actuando responsablemente y que no evite que una decisión individual devenga en pública. Como ves hay otros aspectos, como el hecho de que todo presidente quiera ser poderoso. Fujimori es un caso extremo de esto. Bill Clinton, en su mandato, George Bush, cualquier persona del Gobierno Federal... todo está enrevesado. Me gustaría dar mi granito de arena pero definitivamente hay muy buenas razones para que existan estos tipos de controles y cierta regulación al respecto.

¿ES EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO UNA HERRAMIENTA VÁLIDA DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO POSITIVO?

FREDDY ESCOBAR* *versus* EDUARDO HERNANDO NIETO**

Con esta sección, THEMIS-Revista de Derecho hace "realidad" una inquietud y una idea que viene desde varias "comisiones de Contenido" atrás: crear una sección dedicada al debate y confrontación de ideas acerca de un tema específico. Esperamos y confiamos en que este primer debate colmará las expectativas de nuestros lectores, aunque sabemos que podrá ser perfeccionada la "mecánica" para llevarlos a cabo en el futuro y la originalidad de los temas planteados.

El procedimiento en esta oportunidad ha consistido en hacerle la misma pregunta (que aparece como título de la sección) a los profesores participantes, los cuales podían responderla con una extensión de siete caras (cada uno). Luego, nosotros recibíamos las primeras siete caras de cada profesor y se las "reenviábamos" al otro, el que debía responder sobre la base del trabajo del primero. Cabe destacar que una vez recibida la "respuesta", no podían modificar sus primeras siete páginas. De esta manera, creemos, se ha intensificado y exacerbado la idea del debate, contribuyendo a un mejor desarrollo de la materia propuesta.

En el presente debate, los profesores Hernando Nieto y Freddy Escobar desarrollan sus distintas visiones en torno a la viabilidad de utilizar el análisis económico del Derecho como mecanismo interpretativo de nuestras normas. Así, el doctor Escobar plantea que, mediante dicho mecanismo, el bienestar social se incrementaría, lo cual no presupondría dejar de lado aspectos morales. Por su parte, luego de señalar que, en nuestro país, no es posible hablar de interpretación jurídica, el doctor Nieto señala que dicho mecanismo únicamente beneficiaría a los más ricos, quedando los pobres totalmente desamparados.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho por la Universidad de Harvard. Profesor de Derecho Civil y de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Las notas del editor estuvieron a cargo de Luis Miguel Velarde, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS.

** Doctor en Filosofía. Profesor de Filosofía y Teoría General del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

A. INTRODUCCIÓN

A pedido de THEMIS-Revista de Derecho, en este breve artículo intentaré explicar por qué el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) constituye un método válido de interpretación del Derecho positivo. En términos generales, mi posición puede ser resumida de la siguiente manera: a) el Derecho positivo no es un cuerpo normativo 'coherente' ni 'autosuficiente' debido a que su contenido es el resultado sustancialmente amorfo e impreciso del enfrentamiento de fuerzas opuestas en los planos político, económico, social y cultural; b) el AED representa un mecanismo racional que el operador jurídico puede emplear para superar las contradicciones internas del sistema así como para dotar de contenido a las normas vagamente consensuadas por las fuerzas indicadas; y, c) el razonamiento que privilegia el valor eficiencia no desconoce la historia del sistema local ni traiciona sus valores.

B. UNIVERSALIDAD DEL MÉTODO

El AED tiene dos facetas: la descriptiva y la normativa. La primera intenta describir los efectos que las normas provocan en el comportamiento de las personas (¿cuál es la influencia del sistema de responsabilidad civil 'X' en el número de accidentes automovilísticos?). La segunda intenta establecer qué normas –o interpretaciones– son superiores a otras dentro de un espectro determinado, tomando como criterio diferenciador el de la maximización del 'bienestar social' (¿qué sistema de responsabilidad civil es más eficiente en la reducción del número de accidentes automovilísticos?)¹.

Las facetas descriptiva y normativa se basan en ciertas premisas: a) las personas actúan 'racionalmente', tratando de maximizar sus beneficios (tangibles e intangibles); y, b) el 'bienestar social' está determinado por el agregado de los beneficios obtenidos por cada uno de los integrantes de la sociedad².

Las premisas en cuestión pueden ser modificadas en función: a) de la evidencia psicológica o sociológica sobre las tendencias conductuales de las personas; o,

b) de la opción política que se adopte en torno a la distribución de la riqueza. En cualquier caso, sin embargo, el método sigue intacto. En efecto, el hecho de que algunas personas no actúen racionalmente ante el riesgo y por lo tanto tengan preferencias positivas o negativas hacia el mismo (en función de determinadas circunstancias) en modo alguno limita la posibilidad de describir los efectos que las normas provocan en el comportamiento de dichas personas. Asimismo, el hecho de que la maximización del 'bienestar social' sea entendida en términos acumulativos o redistributivos en modo alguno limita la posibilidad de determinar qué norma o interpretación es superior a otra dentro de un espectro determinado. Por consiguiente, el AED puede ser empleado en una sociedad formal o informal, moderna o tradicional, conservadora o liberal. Asimismo, el AED puede ser empleado por comunistas, capitalistas o estoicos³.

C. RAÍCES HISTÓRICAS

La esencia del AED no es ajena a la tradición romana ni a la tradición germana. En efecto, la idea de maximizar el 'bienestar social' ha estado presente en el Derecho Romano y en el Derecho Germano así como en el de otras civilizaciones⁴. Lamentablemente, los textos romanos que muestran la tendencia práctica de los pretores hacia la maximización del 'bienestar social' fueron conscientemente excluidos por la Escuela Pandectista. En efecto, dicha escuela elaboró un sistema conceptual abstracto basado en cierta jurisprudencia romana: la que respondía a las tendencias políticas y económicas dominantes en los siglos XVIII y XIX. A grandes rasgos, dichas tendencias privilegiaban la libertad individual, la propiedad privada y la obligatoriedad absoluta del contrato. El Estado, según las tendencias en cuestión, debía básicamente limitarse a proteger la 'esfera privada' de los individuos.

Ihering, sin embargo, objetó con éxito la construcción Pandectista, argumentando que la misma no sólo era artificial sino además errónea. En efecto, según el jurista alemán más importante de todos los tiempos, el Derecho Romano, lejos de privilegiar la esfera privada, intentaba encontrar un balance entre los intereses del individuo y los de la sociedad⁵. Por otro lado, el Derecho Germano, lejos de justificar la visión Pandectista –según la cual el sistema legal tenía como

¹ SHAVELL, Steven. "Foundations of Economic Analysis of Law". Cambridge-London: The Belknap Press of Harvard University Press. 2004. pp. 1-2.

² POSNER, Richard A. "The Problems of Jurisprudence". Cambridge-London: The Harvard University Press. 1990. pp. 354-356.

³ GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. "Principles and Methods of Law and Economics". Cambridge: Cambridge University Press. 2005. p. 4.

⁴ La civilización babilónica es un claro ejemplo. En el Código de Hammurabi, uno encuentra casi todos los mecanismos de tutela contemporáneos con una clara lógica económica subyacente.

⁵ VON IHERING, Rudolf. "Law as a Means to an End". New Jersey: The Lawbook Exchange. 1999. p. 391. Traducido por Isaac Husik.

función proteger la esfera indicada—, promovía la utilidad social y la eficiencia económica⁶.

Si uno considera que la obra y el pensamiento de Ihering han influido notablemente en la configuración normativa y conceptual del Sistema Romano-Germánico, no veo cómo se pueda negar la presencia del ADN del AED en nuestra tradición. Es verdad que Ihering no era un utilitarista-individualista como Bentham, pero, como indiqué previamente, el AED puede ser empleado para maximizar cualquier concepción política sobre el '*bienestar social*'. En este sentido, como utilitarista-social, Ihering empleaba, sin duda alguna, herramientas propias del AED. En sus escritos, los términos "justicia" y "moral" ceden lugar a los términos "utilidad social" y "eficiencia económica".

D. ESPACIO DE ACTUACIÓN

El sistema legal no es producto del desarrollo autárquico de la '*ciencia jurídica*' (entre otras razones, porque tal cosa no existe). El sistema legal es producto de la lucha constante de fuerzas políticas, económicas, sociales y culturales que eligen emplear determinado '*meta-lenguaje*' (el '*meta-lenguaje jurídico*') con la finalidad de imponer sus propias agendas y legitimizar sus conquistas⁷. Como quiera que ninguna fuerza es lo suficientemente poderosa como para excluir a las otras, el sistema legal termina adoptando, con distintos matices, las exigencias de cada grupo que pugna por el poder⁸. Por tal razón, el sistema legal no es un cuerpo normativo coherente⁹ ni racional¹⁰ como lo concebían los Pandectistas.

Un ejemplo llamativo de lo que acabo de indicar lo encontramos en la incorporación positiva local de dos figuras absolutamente antagónicas en términos políticos y económicos: el contrato de estabilidad jurídica y el contrato colectivo de trabajo negociado por rama. La

primera figura claramente protege intereses individuales, al someter los acuerdos celebrados entre el Estado y los inversionistas al régimen del Código Civil, a pesar de que dichos acuerdos versan sobre materias de Derecho Público (por ejemplo, impuestos). La segunda figura claramente protege intereses clasistas al obligar a empleadores y trabajadores a negociar por rama de actividad las condiciones laborales mínimas que se incorporarán a los contratos individuales de trabajo. No hace falta ser científico político para darse cuenta de que en materia contractual el sistema legal peruano otorga concesiones brutales a la derecha y a la izquierda. Con tales figuras, la teoría del contrato como mecanismo de autorregulación de la esfera privada es simplemente ilusoria.

Las concesiones que se otorgan las fuerzas en oposición generalmente se plasman en '*estándares*' que buscan limitar los alcances de las '*reglas*' diseñadas, para garantizar actuaciones concretas de los actores sociales favorecidos por el *status quo*. De este modo, la decisión dominante de permitir que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la obligación incluso a través de mecanismos forzados es atemperada con la aceptación del principio según el cual el acreedor no puede abusar de su derecho.

En teoría, los '*estándares*' no generan conflictos internos debido a que "rectamente interpretados" operan en armonía con las '*reglas*'. Esta visión, sin embargo, es irreal. Ante un '*caso difícil*', el '*estándar*' aplicable puede ser entendido e interpretado de distintas formas, de modo que, sin violar los parámetros del sistema legal, es perfectamente posible que el mismo genere soluciones opuestas¹¹. Analicemos un caso concreto: el de la '*buena fe*'.

Históricamente, el empleo de la *bona fides* tuvo como finalidad limitar el alcance de las '*reglas formales*', de modo que los individuos no pudieran ampararse en la letra de tales reglas para lograr resultados que

⁶ VON IHERING, Rudolf. Op. Cit. pp. 391, 394 y 395.

⁷ Por razones históricas y hasta quizás antropológicas, el Derecho tiene (aunque cada vez menos) un sentido legitimizador dentro de la sociedad. A diferencia de lo que ocurría hasta hace no mucho, hoy día las conquistas políticas ya no se gestan mediante el uso de la fuerza (conquista, colonización, guerra externa, revolución, etcétera), sino más bien mediante la manipulación de los sistemas legales. Sobre el rol que el derecho cumple en la canalización de conflictos sociales y en la producción de cambios dentro del marco de reglas aceptado por la sociedad: MINOV, Martha. "Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover". En: The Yale Law Journal 96. 1987. p. 1902.

⁸ Incluso la adopción de cortes constitucionales puede ser explicada en función del análisis costo-beneficio que realizan los grupos de poder que pierden espacio social como consecuencia de las luchas políticas. En efecto, la decisión de implementar dichas cortes responde básicamente al propósito de generar un "seguro" que impida (a través de las declaraciones de inconstitucionalidad) a quienes han ganado legitimidad social desmantelar brutalmente el *status quo* gestado por quienes han perdido dicha legitimidad. En este sentido, la renuncia a una cuota de poder (representada por el otorgamiento de potestades extraordinarias a las cortes en cuestión) es percibida como un "costo" que no supera el "beneficio" que significa imponer límites constitucionales a la futura actuación de los rivales políticos que han ganado espacio. Una detallada explicación de esta tesis se encuentra en: HIRSCHL, Ran. "Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism". Cambridge-London: Harvard University Press. 2004. pp. 680 y siguientes.

⁹ KENNEDY, Duncan. "Form and Substance in Private Law Adjudication". En: Harvard Law Review 88. 1976. p. 757.

¹⁰ ROE, Mark J. "Chaos and Evolution in Law and Economics". En: Harvard Law Review 109. 1996. pp. 641-652.

¹¹ Es indicativo que tanto Kelsen como Hart hayan aceptado esta posibilidad. Ver: KELSEN, Hans. "Introduction to the Problems of Legal Theory. A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law". Oxford: The Clarendon Press. New York: Oxford University Press 2002. p. 83. Traducido por Bonnie Litschewski Paulson y Stanley Paulson; HART, H. L. A. "The Concept of Law". Oxford: The Clarendon Press. New York: Oxford University Press. 1994. p. 136.

comprometieran la "moral social"¹². Con el advenimiento de la sociedad contemporánea (pluralidad de ordenes morales y religiosos, fragmentación cultural, diversidad étnica, etcétera), la *bona fides* perdió su rol original, ya que su referente unitario (la "moral social") dejó de existir. Por tal razón, con el fin de aplicar las normas que recogían la *bona fides*, los juristas europeos reemplazaron el criterio de la "moral social" por el criterio del "propósito" o "función" de las instituciones jurídicas¹³.

Bajo la premisa de que el Derecho debía servir a la afirmación de fines sociales (Ihering, Gény), las cortes de los países europeos comenzaron a dar importancia a las exigencias del entorno económico de sus sociedades¹⁴. De esta manera, el mismo '*estándar*' generó diversos resultados dentro de la misma comunidad de naciones. Así, por ejemplo, en Alemania, la *bona fides* fue extensamente desarrollada por las cortes, de modo que la misma sirvió de fundamento para la imposición judicial de una amplia gama de '*deberes de lealtad*', los mismos que limitaron la libertad de las partes durante todo el *iter* contractual. En Inglaterra, en cambio, la *bona fides* fue tímidamente desarrollada por las cortes (como consecuencia de la entrada en vigencia de la directiva europea sobre protección al consumidor), de modo que la misma no sirvió de fundamento para limitar la amplia libertad que el *Common Law* concedía a las partes durante todo el *iter* contractual¹⁵. ¿Por qué la diferencia? Si se toma en cuenta que la economía alemana tiene su base en el '*modelo de mercado coordinado*', que se caracteriza por la alta importancia que cobran las acciones empresariales consensuadas y por la apuesta a las relaciones (de largo aliento) que permitan fortalecer los vínculos entre los actores de toda la cadena productiva, fácilmente se concluirá que para no corromper el modelo en cuestión, hace sentido imponer a las partes negociantes los denominados '*deberes de lealtad*'¹⁶. En cambio, si se considera que la economía inglesa tiene como base al '*modelo de mercado competitivo*', que se caracteriza por la alta importancia que cobra la competencia entre las empresas y por la apuesta a las relaciones (de corto aliento) que permitan modificar (sin mayores costos) la asignación de los recursos, con el fin de lograr el uso más productivo de los mismos, fácilmente se concluirá que, para no corromper el modelo en cuestión, hace sentido exonerar a las partes negociantes de los deberes antes indicados¹⁷.

La determinación del contenido abstracto del '*estándar*' no agota la tarea que el juez debe enfrentar. En efecto, no es suficiente saber si en el país 'X' la *bona fides* genera o no '*deberes de lealtad*'. Si, por las razones que correspondan, el juez del referido país llega a la conclusión de que, al amparo de la *bona fides*, las partes deben observar tales deberes, acto seguido tendrá que determinar el alcance de los mismos. Y es aquí donde el AED puede jugar un rol preponderante.

En nuestro sistema, por ejemplo, es claro que la *bona fides* obliga a ambas partes a revelar "cierta" información en la etapa de las negociaciones, desde que el Código Civil recoge la figura del '*dolo omisivo*'. Por consiguiente, a nivel abstracto, sabemos que el '*estándar*' funciona como en Alemania. Ahora bien, ¿cómo determinamos el límite del '*deber de informar*'?

Imaginemos que 'A' y 'B' negocian un contrato de compraventa de un terreno, y que 'A' sabe que en el subsuelo existe un pequeño yacimiento minero. Obviamente, si 'B' conociera este dato, no vendería el terreno o lo vendería a un precio mayor. Supongamos que 'A' no revela la información, celebra el contrato con 'B', paga el precio y toma posesión del terreno. ¿Puede 'B' anular el contrato por '*dolo omisivo*' una vez que se entere de la existencia del yacimiento minero? ¿Estaba 'A' obligada a revelar el dato indicado al amparo de la *bona fides*?

Si (a la luz de lo que afirman los tratadistas) el juez considera que la *bona fides* obliga a tomar en cuenta el interés de la otra parte, puede pensar que 'A' debía haber revelado a 'B' la existencia del yacimiento. Pero ¿acaso 'A' no podía tomar en cuenta, antes que el interés de 'B', su propio interés? El sistema legal peruano no resuelve directamente este caso, bastante sencillo, y nos deja solos, frente a dos normas (artículos 212 y 1362 del Código Civil) cuyos límites únicamente pueden ser hallados con el auxilio de la moral o de la economía.

Las concepciones morales no son siempre uniformes, incluso frente a temas tan sensibles como la muerte (pensemos en la distinta aproximación que la moral musulmana y la moral cristiana tienen respecto a las "inmolaciones santas"). No dudo que un juez pueda resolver satisfactoriamente el caso descrito a través del empleo de ciertas consideraciones morales. Sin

¹² TEUBNER, Gunther. "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences". En: The Modern Law Review 61. 1998. p. 23.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ GILKER, Paula. "Pre-Contractual Liability in English and French Law". The Hague-London-New York: Kluwer Law International. 2002. pp. 47-48.

¹⁶ TEUBNER, Gunther. Op. Cit. pp. 25-26.

¹⁷ Ibid. pp. 26-27.

E. LUGAR PARA EL JUICIO MORAL

¿Querer maximizar el '*bienestar social*' es inmoral? La pregunta encierra una trampa. Nadie puede oponerse con argumentos morales sólidos a la maximización del '*bienestar social*'. El problema radica en definir qué es '*bienestar social*'.

Por razones de espacio, aquí sólo indicaré dos cosas. Primero, la mejor forma de obtener la maximización del '*bienestar social*' supone –en términos generales– no imponer límites a la maximización del '*bienestar individual*'. La redistribución de la riqueza, necesaria en un país con pobres, debe efectuarse a través del sistema impositivo, y no a través del sistema contractual o del sistema de titularidades²². Segundo, no todo '*beneficio individual*' puede ser tomado en consideración para efectos de aplicar el método que privilegia la '*eficiencia*'. Un individuo puede gozar lastimando físicamente a otro y estar dispuesto a pagar el '*precio*' que corresponda (indemnización o incluso prisión) con tal de prolongar su '*bienestar*'. Alguien puede pensar que, como el beneficio intangible que recibe el individuo en cuestión es superior al costo de producirlo, el Derecho debería tomarlo en cuenta al momento de determinar cuál es la '*regla*' óptima de cara a la maximización del '*bienestar social*'. Semejante tesis, sin embargo, linda con la estupidez. Ningún sistema legal ni orden social puede ignorar las consideraciones morales de la mayoría de los individuos²³. Hay ciertos '*beneficios*' individuales que, por razones de diversa índole, simplemente no pueden ser tomados en consideración para determinar en qué situación el '*bienestar social*' alcanza su máxima expresión²⁴. ¿Quiere esto decir que hay espacio para la moral en el AED? Desde luego. El AED no sólo acepta que en ciertos casos es más eficiente confiar únicamente en el control moral, sino que también toma en cuenta las preferencias morales a efectos de identificar qué norma o interpretación es superior a otras, desde que el reconocimiento de dichas preferencias incrementa el '*bienestar individual*', que es la unidad básica en función de la cual se mide el '*bienestar social*'.

Nótese, sin embargo, que en el modelo del AED la exclusión de ciertos '*beneficios*' por razones morales,

se basa fundamentalmente en la decisión del legislador de criminalizar tales '*beneficios*' en función de la conciencia dominante en la sociedad.

PRIMERA PARTE DE HENANDO NIETO: ¿NUESTRO ORDENAMIENTO LEGAL PERMITE EL ANÁLISIS ECONÓMICO COMO MÉTODO INTERPRETATIVO?

I. ¿POR QUÉ INTERPRETAR EN EL DERECHO?

En principio, si tratamos de entender el sentido que tiene la interpretación en el Derecho, debemos de pensar como lo proponía el profesor Joseph Raz, es decir, por la pregunta del por qué es necesaria la interpretación en el Derecho. Esta interrogante serviría, a su vez, para lanzar una segunda pregunta referida al cómo interpretar en el Derecho²⁵.

Básicamente, la hipótesis de Raz respecto a la primera pregunta se sustentaba en la naturaleza humana y contingente del Derecho, esto es, que el Derecho moderno es producto de un acto de la voluntad y de la razón humana y, en ese sentido, se trata precisamente de conocer cuál es el fin y propósito de dicha voluntad. La doctrina, por su parte, trataría de prolongar en el tiempo esa intención (en la medida que la vida humana es breve y la autoridad no durará siempre). La segunda pregunta se respondía en términos de que serían los tribunales los que resolverían el problema de "el cómo", actualizando y tomando en cuenta la racionalidad de la decisión (vale decir, que pueda generar consenso entre las personas racionales) y los efectos sociales de la misma.

Así pues, no existen misterios, ni mucho menos, cosas esotéricas en el Derecho; no se trata entonces de encontrarle tres pies al gato, sino de poder reconocer que el sentido del Derecho se sustenta simplemente en el propósito que la autoridad le otorga a su mandato, y cómo es que nosotros, que valorizamos la acción de la autoridad, obedecemos finalmente sus órdenes, estando ellas éticamente justificadas²⁶.

Ciertamente, ésta es una concepción, digamos, liberal del Derecho, la cual calza precisamente con el *telos* del Derecho moderno que identifica, inicialmente, sus fines con el orden, la paz y la seguridad²⁷, y que, más

²² KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. "Fairness Versus Welfare". En: Harvard Law Review 114. 2001. p. 961.

²³ SHAVELL, Steven. "Law Versus Morality". En: "The Origins of Law and Economics. Essays by the Founding Fathers". Editores: Francesco Parisi and Charles K. Rowley. Cheltenham-Northampton: Edward Elgar. 2005. pp. 416-417.

²⁴ SHAVELL, Steven. "Foundations of the Economics Analysis of the Law". Op. Cit. p. 245.

²⁵ RAZ, Joseph. "¿Por qué interpretar?". México: Isonomía. 5. 1996.

²⁶ Aquí, obviamente nos encontramos con la esencia del Derecho moderno, es decir, el Derecho positivo sobre la base de la necesidad de generar paz y orden, y allí donde no exista éste, no habrá Derecho ni autoridad. Por esta razón, como todos queremos salir de la situación de anomia e inseguridad, estamos obligados a obedecer al soberano. Ver: HOBBS, Thomas. "Leviatán". Existen múltiples ediciones de este clásico libro.

²⁷ Así lo sostienen autores tan representativos para la tradición liberal como Bentham, Kelsen y Hart, y ha sido adherida por la tradición del realismo jurídico, tal como lo afirmaba Llewellyn. Ver: Karl Llewellyn. "The normative, the legal and the law-jobs: the problem of juristic method". Yale Law Journal 49. 1355, 1940.

adelante (una vez que dichos fines han sido satisfechos), se enriquece con el añadido de la búsqueda del bienestar social y la autonomía individual²⁸.

Justamente, este será el paso del llamado Estado de Derecho al Estado de Bienestar, y de éste al ahora denominado Estado Constitucional de Derecho, lo cual implica que los fines del Derecho se han venido incrementando, dando paso a una serie de demandas que tratan de materializar distintos valores que ahora parecen claros en el contexto del Derecho²⁹.

En este sentido, el razonamiento que voy a desarrollar en este breve texto se concreta en una serie de puntos. En primer lugar, voy a mostrar la naturaleza del Estado Constitucional de Derecho y lo que ha venido desarrollando recientemente la Teoría de la Argumentación Jurídica, a fin de identificar los elementos del Derecho que involucrarían conceptos como los de valores, principios, directrices y reglas, y que son justamente los dos primeros conceptos los que mayor trabajo demandan a la interpretación³⁰. Sin embargo, se reconocerá que la existencia del Estado Constitucional de Derecho es el resultado de un largo proceso, el cual se inició con la presencia de una Autoridad que le dio un propósito a una comunidad, habiéndose identificado siempre dicho propósito con el logro de la felicidad y del bienestar de la comunidad³¹.

Esta referencia servirá, en realidad, para situar concretamente cuál es el lugar que le corresponde a la eficiencia económica y las reglas de la economía neoclásica dentro del escenario del Estado Constitucional de Derecho, y la manera como puede plantearse una interpretación desde esta perspectiva, siempre y cuando no contravenga los valores y principios del orden constitucional que, como veremos luego, se encontrarían por encima de los fines económicos y sociales.

Sin embargo, el otro punto central de la argumentación que propongo estará situado en el análisis de la realidad

política y jurídica del Perú que, desde mi punto de vista, se encuentra muy lejos de la noción de Estado Constitucional de Derecho; es más, hasta podría decirse que ni siquiera el Estado de Derecho ha calado hondo, ya que no se puede sostener la existencia de un equilibrio de poderes³². Es más, allí donde no se puede afirmar la existencia de orden y paz y, lo más importante, donde difícilmente podemos hallar una real "autoridad" en todo el sentido de la palabra, difícilmente podremos enfrentarnos al problema de la interpretación. Mi tesis sencillamente es que, en el Perú, sólo ha habido –hasta hoy– poderes en disputa, pero el poder no puede ser materia de ninguna interpretación racional, sino sólo la voz de la autoridad (el mandato se cumple, no se interpreta), por lo que concluiré sosteniendo que la interpretación, lamentablemente, no es algo que pueda darse en nuestro entorno, ya que vivimos en medio de una ficción en donde el poder aparece maquillado como autoridad y, por lo tanto, nuestras lejanías con el Estado Constitucional de Derecho son demasiado obvias.

II. ESTADO DE DERECHO, ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN

De acuerdo con la tradición del positivismo jurídico, el Derecho se concebía en términos de un sistema de reglas impersonales que regulaban las conductas con la finalidad de conservar un orden y una paz sociales. La base del sistema jurídico, en este esquema, descansaba en el principio de "legalidad" y la noción de validez, identificándose finalmente lo constitucional con lo legal.

Sin embargo, no hay que olvidar que este modelo, en realidad, fue fruto de las ideas de la modernidad del siglo XVIII, las cuales impulsaban valores como la libertad y la igualdad, y a través de las cuales se generaron una serie de principios que trataban de optimizar tales valores en el mundo concreto. El desarrollo del sistema capitalista y el crecimiento del Estado para satisfacer las crecientes demandas

²⁸ Precisamente, este es el tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho, también conocido como Welfare State, y que se aboca a la concreción de los derechos económicos y sociales. Se pasa, entonces, de la existencia de un Estado Protector o Policía a un Estado Asignador o Redistribuidor, como una lógica consecuencia del desarrollo del sistema capitalista y la expansión de los valores democráticos. Al respecto, ver, por ejemplo: FERRAJOLI, Luigi. "El Garantismo y la Filosofía del Derecho". Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005; y FISS, Owen. "Libertad de Expresión y Estructura Social". México: Fontamara. 1997.

²⁹ Sobre el Estado Constitucional de Derecho existe hoy una profusa bibliografía, destacándose, por ejemplo: FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Garantías, la ley del más débil". Madrid: Trotta. 1999; ZAGREBELSKI, Gustavo. "El Derecho Dúctil, ley, derechos, justicia". Madrid: Trotta. 1999; PRIETO SANCHÍS, Luis. "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales". Madrid: Trotta. 2003; WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Ernst. "Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia". Madrid: Trotta. 2000.

³⁰ Precisamente, porque la existencia de la autoridad hace que los mandatos no sean vistos como órdenes personales concretas, sino como acciones racionales que se sostienen en determinados valores y principios legitimados socialmente.

³¹ Véase, por ejemplo, el preámbulo de la Constitución Americana, el cual evidencia la presencia de legisladores (autoridades) que tenían en mente un proyecto de República de hombres libres, iguales y felices, debiendo ese ser el sentido de la interpretación del ordenamiento legal.

³² Por ejemplo, véase el tema de la injerencia del Poder Ejecutivo y el Legislativo en la administración de justicia desde inicios de la República hasta la fecha. Al respecto, se destacan clásicos textos como el de PÁSARA, Luis. "Jueces, justicia y poder en el Perú". Lima: Centro de Estudios de Derecho y Sociedad. 1982.

sociales³³ obligó a llenar de contenido a esas reglas y a percibir más bien la visión de un Estado activo políticamente, donde se adoptaran decisiones que, mediante de la implementación de medidas económicas y sociales, mejoren las condiciones de vida.

Así, pues, lejos de pensar que el Derecho sólo es un conjunto de *reglas* que sirven para asegurar la paz social y la libertad de los individuos frente a los poderes públicos, ahora veíamos que también se encontraban en el Derecho normas que perseguían claramente fines políticos, económicos y sociales. Pero, había que tener también presente, que dichas normas (conocidas como *directrices* en el lenguaje de la teoría de la argumentación) se elaboraban en función a la existencia previa de *principios*, los cuales, en realidad, eran mandatos de optimización³⁴ que se gestaban a partir de la existencia de *valores*³⁵.

Dichos valores, finalmente, vendrían a constituir la base del orden jurídico, habiendo sido definidos concretamente por la autoridad dentro de un ordenamiento político-jurídico que se afirmaba como un Estado Constitucional de Derecho. De esta manera, al definir al Derecho ya no solamente a partir del "principio" de legalidad sino también a través del denominado principio de "constitucionalidad", se dejaba atrás la validez por la búsqueda de una coherencia –llamémosla externa– (para diferenciarla de la interna, que se asocia con la legalidad y la formalidad) que debería en esencia convenir con el sentido del ordenamiento establecido precisamente por dichos valores; dicho de otra forma, una norma, por más válida que fuese (en el sentido de haber sido elaborada de acuerdo a lo establecido por el mismo ordenamiento legal), debería ser validada por segunda vez en función al sentido del ordenamiento constitucional.

Así es como se entendería entonces la interpretación dentro del Derecho contemporáneo y entre las principales democracias liberales del planeta, las cuales se adhieren plenamente a esta fórmula de los valores y los principios, y le devuelven al Derecho su dimensión filosófica política, pues, en el fondo, se está diciendo que la interpretación de las reglas, directrices y principios debe efectuarse en concordancia con el régimen político de la democracia representativa, es decir, de la base valorativa, y que no es ciertamente una abstracción sino que contempla una serie de

hechos concretos como, por ejemplo, la ciudadanía y la inclusión, la participación, la solidez institucional y el pleno goce de autonomía de los ciudadanos. Esto sería compatible con la idea de una sociedad de bienestar que se sostiene en función al desarrollo del Estado democrático.

Lejos de afirmar un proyecto de vida individualista y egoísta, el Estado Constitucional de Derecho dejaba espacio también para el desarrollo de la vida social, trayendo nuevamente al presente ideas liberales clásicas (como las sostenidas por John Stuart Mill o Alexis de Tocqueville, en el sentido de integrar y amalgamar las libertades individuales con las libertades sociales), con lo que podíamos decir que se producía un retorno a lo político dentro del mundo del Derecho, y que lo político ya no era visto solamente desde una perspectiva negativa, sino también desde una positiva.

Sin embargo, no hay que dejar de mencionar que la lectura del Estado Constitucional de Derecho también podía tener otros sentidos, como aquellos dados por autores influenciados por la filosofía kantiana (Rawls, Dworkin, Nino, Ferrajoli, entre otros) que consideraban fundamentalmente que el Estado Constitucional de Derecho debía entenderse como un Estado que defendía principios, y que estos tenían que identificarse con los derechos subjetivos, léase derechos civiles y políticos en los casos de Rawls o Dworkin, por ejemplo, o derechos económicos y sociales por el lado de Ferrajoli, quien acuña además el término de garantismo para referirse a la idea de que los derechos deben verse como protección a los más débiles (tesis similar a la de Dworkin, dicho sea de paso). Pero, en todas estas interpretaciones se advertía un problema, pues parecía que estos autores confundían a los principios (mandatos de optimización) con los valores y, por ello, los derechos subjetivos tenían un *status* supremo y absoluto; vale decir, que los derechos aparecían como fines en si mismos y no como medios para la realización de los valores (que además de la libertad y la igualdad podrían incluir muchos otros, como, por ejemplo, la felicidad y el bienestar).

Es interesante anotar también que tal distorsión del Estado Constitucional de Derecho (que privilegia a los derechos individuales y los toma como fines en si mismos), procede de una extraña mezcla que se da en el contexto norteamericano, en donde la vieja tradición realista y pragmática del Derecho se asocia con la

³³ Al respecto, se puede revisar la contundente obra de: WEBER, Max. "Economía y Sociedad". México: FCE. 1964.

³⁴ La definición es de Robert Alexy: "Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización". Ver: ALEXY, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1983. p. 86.

³⁵ Según el mismo Robert Alexy, un valor sería un criterio que determina la corrección de algo en relación a ese mismo criterio, siendo entonces un concepto de orden axiológico. Ver: GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA. "La Argumentación en el derecho". Lima: Palestra. 2003. p. 259.

especulación y metafísica kantiana, estableciéndose así una omnipotencia de derechos individuales, los cuales podrían derrotar a cualquier regla o mandato que los violentara³⁶. En conclusión, el Estado Constitucional de Derecho, en cualquiera de sus posibilidades, vale decir, la que afirma valores y principios (liberalismo clásico), o la que integra valores y principios (liberalismo contemporáneo de Rawls, Dworkin, etcétera), coloca siempre por debajo a las directrices y a las reglas, por lo que los fines sociales o económicos no serán aceptables si es que atentan directamente contra la esencia del orden constitucional.

III. BREVE REFERENCIA AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Partiendo de una vieja tesis de la llamada economía neoclásica, el análisis económico del Derecho (*Law & Economics*, en inglés) afirma que los bienes son siempre escasos, por lo que lo adecuado (léase racional) sería hacer un uso eficiente de los mismos y no desperdiciarlos. En este sentido, el enfoque económico asume la idea de que las reglas de la economía son mejores que cualquier otra regla que se idee para lograr una distribución justa y correcta de los recursos (que deberá ser, a fin de cuentas, la "tarea" del Derecho).

A partir de esta afirmación, se desarrolla entonces una propuesta "distributiva" desde el denominado *mercado* (espacio de intercambio entre sujetos racionales maximizadores, que satisfacen allí sus preferencias, deseos y necesidades), rigiendo entonces sus propias reglas, las cuales se idealizan hasta alcanzar un estado de eficiencia absoluta³⁷, el mismo que podría ser traducido por los seguidores de este enfoque como "estado justo".

Ciertamente, la propuesta del análisis económico se gesta en los intersticios del realismo jurídico norteamericano, corriente que se caracterizó siempre por contextualizar el Derecho (tribunales, decisiones, jueces, intereses) y alejar de éste cualquier resabio especulativo (justicia, derechos, Estado de Derecho), que era más bien la perspectiva del discurso jurídico europeo continental más apegado a la metafísica y a lo ideal.

Desde esta óptica, resulta claro que la tradición del análisis económico del Derecho responde a una lógica opuesta a la del Estado Constitucional de Derecho, en principio por ser cada una de ellas deudoras de perspectivas distintas, la primera realista y la segunda más bien idealista (en particular, la visión del Estado Constitucional de Derecho de raíz liberal contemporánea). Asimismo, se puede apreciar que la tradición del análisis económico radicaliza el concepto de individuo de una forma más contundente que la perspectiva del Estado Constitucional de Derecho, que matiza este dominio del individuo por una mayor presencia de lo social³⁸.

La fuerza del análisis económico estaría entonces en privilegiar las elecciones personales y, en caso de conflictos entre estas preferencias, pues simplemente se adoptaría la solución que sea considerada más eficiente desde el punto de vista económico, vale decir, aquella que se logra al satisfacerse las preferencias personales, tomando siempre en consideración, por ejemplo, que el valor que le asigna una persona a una preferencia se expresa en el precio que está dispuesto a pagar por ella (Posner), por lo cual, si alguien, por ejemplo, ocasiona un perjuicio o daño a otro y quiere seguir en esta práctica, podría cubrir el costo del daño del afectado y seguir con su actividad. Claro que con una tesis como esta se estaría santificando el poder y la riqueza, ya que con ello lo que se estaría afirmando es que, mientras más dinero y poder poseas, más podrás hacer lo que te VENGA EN GANA pero, al mismo tiempo, cuanto menos dinero tengas, pues menos chance tendrás de satisfacer tus preferencias, por lo que la búsqueda de la riqueza material se convierte prácticamente en una OBLIGACIÓN si no en una obsesión³⁹.

Evidentemente, aquí también –y desde el campo de la filosofía, fundamentalmente– cabe la pregunta entorno a si es que la riqueza⁴⁰ y la eficiencia son conducentes al bienestar, o si es que la sociedad de consumo sería igual a la sociedad de bienestar. Hoy por hoy, más bien, se tiene la certeza de que el crecimiento y el bienestar no van necesariamente por los mismos caminos y que, de esta manera, la eficacia económica no es precisamente el camino para la justicia y la equidad⁴¹.

³⁶ Tesis famosa de Dworkin: el juez, entendido como defensor de los derechos contra cualquier decisión del poder que se haga en función a abstracciones –como el interés general o público– y violente derechos fundamentales. Ver: DWORKIN, Ronald. "Los Derechos en Serio". Barcelona: Ariel. 1999.

³⁷ El famoso Óptimo de Pareto: "Un estado de cosas es óptimo en la medida que no exista otro estado que sea preferido de manera unánime".

³⁸ Aunque no de la misma manera que la fórmula liberal clásica, la cual intenta colocar en un mismo nivel al individuo y a la sociedad.

³⁹ Con lo cual, la idea de que el Análisis Económico es simplemente un modelo inofensivo que interpreta la realidad para hacer más eficaz al Derecho pierde fuerza, y más bien tenemos aquí un proyecto que apunta a transformar radicalmente la sociedad y convertirla en una civilización materialista, cuyo objetivo principal estaría dirigido a la acumulación de la riqueza y el consumo.

⁴⁰ Al respecto, se puede revisar el interesante texto de DWORKIN, Ronald. "Is wealth a value?". En: "A Matter of Principle". Cambridge, Mass: Harvard University Press. 1986.

⁴¹ Al respecto, confrontar los textos de SEN, Amartya: "Sobre Ética y Economía". Madrid: Alianza. 1999; "El derecho a no tener hambre". Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002. En esta misma línea, DASGUPTA, Partha. "Libertad positiva, mercados y Estado de Bienestar". Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004.

IV. EL CASO PERUANO

De acuerdo a la pregunta lanzada como título a este trabajo, tengo ahora que dar una respuesta clara al respecto. Como ya indiqué, mi tesis parte de la separación contundente entre nuestra realidad y lo que significa el contexto del Estado Constitucional de Derecho. En este sentido y, tratándose del Estado Constitucional de Derecho, es evidente que la interpretación que propone este régimen político calza más bien con fines de carácter sustantivo o cualitativo y no con los propósitos meramente cuantitativos del enfoque económico. Por lo tanto, resulta claro pues que, dentro de este parámetro, la eficacia se subordina a los valores y a los principios constitucionales, y este sería el tenor de la interpretación que elabore cualquier magistrado al aplicar el Derecho dentro de este contexto.

Ahora bien, si pensamos directamente en la realidad peruana y nos situamos en un plano histórico, tendremos que reconocer la influencia de la tradición europea continental en lo que concierne a la teoría legal, primero a través del Derecho natural, luego el Derecho positivo, y ahora recientemente a través de la argumentación jurídica y el Estado Constitucional de Derecho. De esta forma, la influencia del realismo – línea teórica ligada a los enfoques económicos – ha sido más bien periférica, básicamente a partir de los contactos de algunos docentes peruanos con la academia norteamericana⁴², aunque también por las influencias políticas internacionales de los años 90, que permitieron introducir normas constitucionales favorables al enfoque económico del Derecho e inclinaron en algo las tendencias hacia esta perspectiva.

Sin embargo, es evidente que hoy por hoy la frágil doctrina nacional y los constitucionalistas parecen más adherirse a los postulados del Estado Constitucional de Derecho, identificándose con los valores democráticos a través de los cuales se realizaría el proyecto de una sociedad liberal e igualitaria, como lo demuestra, por ejemplo, la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional que hace hincapié en este aspecto, y que ha estado haciendo un control sobre las reglas de carácter económico que podrían afectar o vulnerar derechos fundamentales⁴³.

Si nos atenemos al concepto de que la jurisprudencia genera criterios interpretativos (precedentes), entonces

podemos afirmar que ésta, en nuestro caso, se orienta mayoritariamente hacia el lado del Estado Constitucional de Derecho y no hacia el Análisis Económico, aun cuando los criterios de eficiencia puedan ser invocados en muchas sentencias o al momento de elaborar leyes.

Pero el aspecto más relevante de mi lectura es que la realidad peruana dista mucho de ser un espacio adecuado para la interpretación en el Derecho, pues solamente de modo formal somos un Estado de Derecho o un Estado Constitucional de Derecho, según sea el caso y los gustos. Para que esto se de, se requiere la presencia de *autoridades* en el verdadero sentido de la palabra⁴⁴, con propósitos claros y racionales al momento de legislar, y que no sean meros poderes que actúan en función a simples intereses coyunturales y cuyas órdenes distan mucho de generar consensos (y, mucho menos, paz y orden). Si nos atenemos, entonces, a la definición de interpretación que parte del hecho de que se requiere identificar la intención de la autoridad⁴⁵ para poder interpretar y, además, de ser necesaria, la presencia oportuna de la doctrina y la jurisprudencia que respondan también a sólidas bases institucionales, veremos que contamos con un déficit enorme de estos componentes indispensables para esta tarea, dejando la impresión de que el tema de la interpretación es más forma que contenido y, en tal circunstancia, también puede ser difícil el desarrollo de una propuesta argumentativa en el Derecho, que es, dicho sea de paso, la perspectiva que ahora asociamos al Estado Constitucional de Derecho y sus valores.

RESPUESTA DE ESCOBAR A LA PRIMERA PARTE DE HERNANDO NIETO: ANÁLISIS ECONÓMICO Y DERECHO POSITIVO: respuesta al profesor Eduardo Hernando

1. Hace algunos meses, en una conferencia sobre la enseñanza del Derecho en la que participaban como expositores Louis Kaplow (defendiendo el método del análisis económico) y Scott Brewer (defendiendo el método del análisis filosófico), uno de los asistentes le preguntó a este último por qué, siendo doctor en filosofía, enseñaba contratos y teoría probatoria. Brewer, que además de filósofo es abogado, dio una respuesta que hasta ahora retumba en mis oídos. Dijo que para él, filosofía y Derecho estaban indisolublemente unidos por un

⁴² Primero, en la década de los sesenta, con las visitas de docentes de la Pontificia Universidad Católica a la Universidad de Wisconsin y, más recientemente, con los estudios de postgrado de algunos alumnos de la Universidad Católica en importantes universidades de los Estados Unidos.

⁴³ Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional 0048-2004-PI/TC sobre las regalías mineras.

⁴⁴ Vale decir, de personas que decidan en función al bien de la comunidad y cuyas decisiones están legitimadas por la sociedad.

⁴⁵ En el sentido del texto de RAZ, Joseph. "¿Por qué interpretar?". Op. Cit.

vínculo de “honestidad”. En su opinión, las densas reflexiones sobre el ‘ser’, la ‘sociedad’, el ‘bienestar’, etcétera, carecían de legitimidad si no eran contrastadas con las situaciones concretas que las personas de carne y hueso enfrentaban día a día. Por otro lado, las largas reflexiones sobre las ‘instituciones jurídicas’ también carecían de legitimidad si no eran guiadas por ciertos valores o ideales que encontraban su punto de equilibrio en las esferas más trascendentales de la existencia. El estudio filosófico de casos y problemas reales relacionados con el Derecho contractual y el Derecho probatorio, permitía que sus dos profesiones encontraran la honestidad que él requería para ejercerlas con dignidad.

Confieso que envidio a los alumnos de la Escuela de la Leyes de Harvard por tener a un filósofo como Brewer como profesor.

2. He leído con atención el texto preparado por el profesor Hernando y debo confesar que encuentro en el mismo muchas frases en mayúsculas, pero poca sustancia. En efecto, a pesar de compartir algunas de sus afirmaciones en torno al Derecho y a la política⁴⁶, encuentro que su aproximación al tema planteado es bastante simplista. Así es, tal aproximación se basa en dos premisas: a) el Análisis Económico del Derecho (AED) defiende al neoliberalismo; y, b) el Estado Constitucional de Derecho se basa en valores autosuficientes. Ambas premisas, sin embargo, son falsas⁴⁷.
3. El profesor Hernando conoce de filosofía, pero no de AED, ni de economía. Sus referencias al “Óptimo de Pareto” (que ha sido reemplazado por la fórmula de Kaldor-Hicks) y a Posner (que a pesar de ser una figura mayor, sólo representa una posición dentro del movimiento) son ilustrativas al respecto. Sus conclusiones sobre los efectos que produciría la interpretación normativa a la luz del criterio de la eficiencia confirman su desconocimiento sustancial de la materia.

El AED no permite, como el profesor Hernando lo indica, que los ricos hagan lo que les venga en

gana con los pobres, desde que los conceptos de “recurso” y “utilidad” toman en consideración preferencias materiales (por ejemplo, ingresos por impuestos) e inmateriales (por ejemplo, prestigio). Así, por ejemplo, en un conflicto entre una fábrica contaminadora y un grupo de pobladores, la comparación de costos y beneficios tendría que considerar las ganancias que la fábrica perdería si es que los pobladores prevalecen, así como también el bienestar material (propiedades, oportunidades laborales, etcétera) e inmaterial (acceso a educación, a tradiciones culturales de la zona, a reservas naturales especialmente valiosos, etcétera) que los pobladores perderían si es que la fábrica prevalece. Por tal razón, es perfectamente posible llegar a la conclusión de que, en términos económicos, es más eficiente que la fábrica deje de operar en el lugar.

Por lo demás, insisto en que, dependiendo de la noción de “bienestar social” que se adopte, el AED puede ser empleado hasta por comunistas⁴⁸.

Quizás convenga aquí efectuar un par de aclaraciones sobre el real sentido de la escuela bajo análisis. En primer lugar, el AED no se reduce a la aplicación de formulas matemáticas. En efecto, las fórmulas en cuestión son simplemente mecanismos que tratan de representar de manera más o menos sencilla un cúmulo de ideas complejas. En todo caso, las fórmulas de las que se vale el AED no son más complejas que las “doctas” sentencias que suele emitir el Tribunal Constitucional Español. En segundo lugar, así como la dogmática jurídica admite diversidad de criterios, el AED también admite diversidad de posiciones en torno a la eficiencia. Y es que los abogados no son los únicos que pueden discrepar entre sí; todos los profesionales lo hacen, desde médicos hasta economistas. Por eso, es perfectamente posible encontrar posturas opuestas respecto de un mismo problema. Un caso curioso es, por ejemplo, el de la “lesión”. Alfredo Bullard⁴⁹, siguiendo a cierta doctrina norteamericana, considera que no existen bases económicas para cuestionar los contratos lesivos debido a que el desequilibrio económico

⁴⁶ Comparto la percepción del profesor Hernando acerca de la relación entre Derecho y política, así como su diagnóstico sobre la realidad peruana. No comparto, sin embargo, su actitud frente al problema. El que no tengamos un verdadero Estado de Derecho no puede significar, entre otras cosas, que renunciemos a la tarea de construir una teoría sobre la interpretación de las normas. En todo caso, para ser consecuente con su posición, el profesor Hernando debería rechazar cualquier cátedra en la facultad de Derecho.

⁴⁷ Para romper el mito que equipara al AED con los postulados de la economía neoclásica: JOLLS, Christine, SUNSTEIN, Cass y Richard THALER. “A Behavioral Approach to Law and Economics”. En: Stanford Law Review 50. 1997-1998. pp. 1471-1547.

⁴⁸ El Presidente Evo Morales podría recurrir a la teoría del “incumplimiento eficiente” para justificar sus últimas decisiones con relación a la nacionalización de ciertos recursos naturales. No estoy seguro, sin embargo, que bajo la perspectiva de los números, tales decisiones sean realmente eficientes. En cualquier caso, no hay razón alguna para pensar que gobiernos izquierdistas como el suyo no puedan servirse del método que privilegia la eficiencia.

⁴⁹ BULLARD, Alfredo. “La Parábola del Mal Samaritano. La Lesión en el Derecho de los Contratos”. En: “Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales”. Lima: Palestra Editores. 2003. pp. 277-297.

de los mismos sobre la base de las leyes de la oferta y la demanda. Steven Shavell⁵⁰, sin embargo, considera que sí existen bases económicas para cuestionar dichos contratos, ya que para la sociedad es mucho más barato: a) otorgar a las personas colocadas en situaciones de extrema necesidad un 'seguro legal' (la invalidez contractual) que b) generar incentivos para que las mismas (en su condición de adversas al riesgo) tomen precauciones 'excesivas' destinadas a evitar tales situaciones y efectúen, por tanto, 'inversiones' que terminan convirtiéndose en recursos perdidos. Por consiguiente, tanto los que crean que el AED genera un bloque monolítico de pensamiento, como los que consideran que el AED "revoluciona" los sistemas legales (generando orden racional o caos amoral, según la perspectiva), tienen deudas pendientes con algunos textos sobre la materia⁵¹.

4. En el contexto del Estado Constitucional de Derecho, el AED mantiene intactas todas sus virtudes. En efecto, sea cual sea la forma jurídica adoptada, sea cual sea el sistema legal vigente en una sociedad determinada, los 'valores' tienen que ser observados en la realidad por personas de carne y hueso.

Hasta donde sé, la 'virtud' es algo que el común de los mortales no logra alcanzar en su paso por este mundo. Por lo tanto, es posible anticipar que la consagración positiva de ciertos 'valores' no será suficiente para que la sociedad se desarrolle a la luz de los mismos. En efecto, sea porque los ciudadanos son corrompibles, o porque los ciudadanos no son totalmente aptos para comprender en toda su dimensión el alcance de los principios constitucionales vigentes, lo cierto es que el propio tejido social de las relaciones cotidianas genera una serie de incentivos para no acatar las normas del Estado. Por consiguiente, la desobediencia de la 'filosofía' del ordenamiento legal es algo que no se puede evitar, aunque sí minimizar.

Ante la posibilidad de que los valores del Estado Constitucional de Derecho fracasen debido a que

nadie los aplique en la realidad cotidiana, los legisladores pueden echar mano de la psicología, de la sociología y de la economía, a fin de generar los incentivos necesarios que garanticen la menor cantidad de violaciones posible. El AED precisamente trata de establecer cuál es la forma más eficiente de crear tales incentivos⁵². Por consiguiente, la eficiencia que ese método pretende alcanzar no ignora los 'valores' del sistema; al contrario, los refuerza.

Pero aun si los ciudadanos tuvieran una actitud de adhesión plena a los 'valores' del Estado Constitucional de Derecho, la complejidad de la realidad cotidiana irremediamente generaría conflictos entre los diferentes derechos constitucionales (*derecho a la información versus derecho a la intimidad; derecho a la educación versus derecho a la asociación; etcétera*). En tal caso, ¿cómo tendríamos que resolver coherentemente tales conflictos? El AED ofrece una respuesta. Dudo que el análisis que propone el profesor Hernando ofrezca otra "superior".

El profesor Hernando ha dicho que "... no existen misterios ni mucho menos cosas esotéricas en el Derecho...". Suscribo totalmente sus palabras. Tengo la convicción, sin embargo, de que su aproximación al fenómeno discutido torna al Derecho en algo inasible, incomprensible e impracticable. El misterio y el esoterismo son detalles menores en el cuadro pintado por quien parece desconocer los límites que el razonamiento abstracto y formal presenta frente al dolor y al sufrimiento que jueces y abogados presencian día a día en las cortes.

RESPUESTA DE HERNANDO NIETO A LA PRIMERA PARTE DE ESCOBAR: ¿QUÉ RACIONALIDAD?, ¿QUÉ MORAL?: una respuesta a Freddy Escobar

Realmente, es bastante curioso, por decir lo menos, que se emplee la Teoría Crítica Legal⁵³ para mostrar la irracionalidad de la Teoría Legal Moderna (léase positivismo), permitiendo así la incorporación del

⁵⁰ SHAVELL, Steven. "Foundations of Economic Analysis of Law". Cambridge-London: The Belknap Press of Harvard University Press. 2004. p. 335.

⁵¹ Para una muestra de la confrontación existente al interior del movimiento: PRIEST, George L. "The Rise of Law and Economics: A Memoir of the Early Times". En: "The Origins of Law and Economics. Essays by the Founding Fathers". Editores: Francesco Parisi y Charles K. Rowley. Cheltenham-Northampton: Edward Elgar. 2005. pp. 350-377.

⁵² Incluso, dos críticos de la talla de Hanson y Hart reconocen esto. Ver: HANSON, Jon D. y Melissa R. HART. "Law and Economics". En: "A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory". Editado por Dennis Paterson. Malden-Oxford- Carlton: Blackwell Publishers. 1999. p. 37.

⁵³ La Crítica Legal es una línea de discurso jurídico que nace del realismo norteamericano y lo radicaliza, teniendo una enorme influencia marxista y de la filosofía deconstructivista y postestructural, destacando, por otro lado, la presencia de una serie de conflictos en la teoría legal moderna, fruto de la naturaleza contradictoria de la misma modernidad. En este sentido, no debemos olvidar que el AED, como lo enfatizaremos luego, es un producto típicamente moderno, por lo que estará también afecto a las mismas contradicciones. Sobre Crítica Legal, se puede revisar, entre otros: HERNANDO NIETO, Eduardo. "Los Estudios de Crítica Legal frente al derecho civil y los contratos". En: "Deconstruyendo la Legalidad: ensayos de teoría legal y teoría política". Lima: PUCP. 2001; PÉREZ LLEDÓ, Juan. "El Movimiento de Critical Legal Studies". Madrid: Tecnos. 1996; KELMAN, Mark. "A Guide to Critical Legal Studies". Cambridge, Mass: Harvard University Press. 1987.

Análisis Económico del Derecho (AED) como una alternativa de solución a este problema, ignorando claramente que los alcances de la Teoría Crítica Legal llegarían también hasta el mismo Análisis Económico del Derecho, la cual representaría, con mayor razón, el triunfo del poder económico y la avidez por sobre la razón, la moderación y el sentido común⁵⁴.

Así pues, en el texto del profesor Escobar se afirma básicamente que el Derecho positivo no es un cuerpo normativo '*coherente*' ni '*autosuficiente*', ya que su contenido contradictorio refleja intereses en pugna, y que el AED sería más bien la alternativa "racional" que lograría superar tales conflictos, imponiendo soluciones acordes con la lógica economicista (eficiencia) que, además, y para satisfacción de muchos, no se opondrían a los valores sociales o moral comunitaria. ¡Bendito sea entonces el AED!

En conclusión, abrazar el camino del AED sería actuar en aras del bienestar general, entendido éste como la sumatoria de las satisfacciones personales, claro está, sin saber en realidad muy bien cómo es que las satisfacciones personales de un sujeto "X" tienen que leerse como un incremento de las satisfacciones de toda la colectividad⁵⁵. Afirmaciones como ésta, propia del modelo utilitarista (que se gesta desde fines del siglo XVIII) y convergente con las tesis del individualismo metodológico⁵⁶, que es, en realidad, la base del AED, solamente pueden servir para corroborar algo que también es bastante obvio (aunque en el texto se diga lo contrario), esto es, que el ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO es algo realmente nuevo en el escenario jurídico y que, además, se desarrolla en un contexto específico, como es el que hemos indicado anteriormente, la Norteamérica libertaria del siglo XX.

Es evidente que siempre han existido intereses personales y que éstos han formado parte del mundo del Derecho, pero también es cierto que éstos han estado subordinados a los intereses colectivos, los cuales no eran entendidos como lo hace el utilitarismo –esto es, a través del agregado o sumatoria de intereses individuales–, sino a partir de aquello que pudiese ser bueno para la colectividad en sí misma y que trasciende

las voluntades individuales, ya que se trata de un concepto de orden racional⁵⁷.

El gran peligro de la propuesta utilitarista que aquí defiende el profesor Escobar es que puede llegar a sostener, por ejemplo, que en algunos casos puedan ser las preferencias de las mayorías las que finalmente se asuman como los límites de lo que –siguiendo a la crítica legal– él denomina "estándares", cuando, en realidad, dejar en manos de las mayorías estas funciones podría acarrear no sólo que no se sepa a ciencia cierta por qué razón se toma una decisión, sino que, al final, se pueda estar optando por una salida que perjudica a alguna minoría (claro, como se trata de maximizar bienestar, entonces ello sería legítimo).

Sin embargo, el problema principal que encuentro en el texto del colega es que pasa por alto el tema de la argumentación jurídica, que precisamente sería el mecanismo idóneo para resolver casos difíciles y que nos liberaría de la tiranía de las voluntades individuales o mayoritarias, llevándonos más bien a la plenitud, razonabilidad y equilibrio del proceso deliberativo (cuando éste pueda darse, ciertamente).

La Teoría de la Argumentación y el Neo-constitucionalismo representarían, entonces, las vías más aceptables para resolver lo que, en verdad, puede ser un problema de la legalidad moderna, vale decir, las reglas y sus contradicciones o también, como diría Hart, la "textura abierta" de muchas de ellas, lo cual deberíamos "aclarar" a partir de la interpretación. Pero la interpretación, la selección de la norma apropiada o la demostración de los hechos en disputa son actividades ARGUMENTATIVAS y no podemos pensar que este problema real del Derecho tenga que ser resuelto apelando a las reglas de la economía que, como hemos visto, serían complacientes con las salidas interesadas, supuestamente prácticas y eficientes y, según leo ahora, también "morales".

Ahora bien, para demostrar la validez del AED se toma en cuenta un caso en el que se da la figura del "dolo omisivo", y cómo es que en semejante caso sería racional y moral el aceptar las reglas de la eficiencia social, saltándose las controversias que podrían

⁵⁴ Como ya lo había comentado anteriormente, podemos pensar ideas como las de un representante importante en esta corriente, Richard Posner, quien afirma la tesis de la "maximización de la riqueza", la cual se manifiesta en el hecho de que, si alguien está dispuesto a pagar por un bien, ello sería la expresión del deseo que se tiene por ese bien, impulsando con esta idea la necesidad de acumular riquezas a fin de poder satisfacer siempre nuestros deseos. Evidentemente, qué mayor signo de MODERNIDAD éste, que la búsqueda ilimitada de bienes y satisfacciones personales.

⁵⁵ Como sí, gracias al incremento de la fortuna del Señor Baruch Icher, por ejemplo, se tendría que producir el incremento de bienestar de la población, digamos, de Ayacucho o Huancavelica. Si alguien pudiese demostrarme empíricamente que esto es cierto, entonces cambiaría mi percepción sobre el Análisis Económico del Derecho.

⁵⁶ Perspectiva que asume que la realidad se constituye sobre la base de individuos, y que todo cambio social debe explicarse en términos de modificaciones en las conductas individuales. Su contraparte epistemológica vendría a ser el Holismo.

⁵⁷ Precisamente, desde la filosofía clásica siempre se discutió en torno a aquello que podría ser bueno para la ciudad (Sócrates, Platón, Aristóteles), destacando el valor del régimen político y la ciudad en relación con su contribución al desarrollo de la naturaleza humana.

suscitarse si es que escogemos en su lugar el camino de la discusión moral⁵⁸.

En el citado caso se arguye que, en una compraventa, no sería necesario avisar al vendedor que el bien en venta posee características que lo hacen más valioso (conocidas sólo por el comprador) puesto que, si no se actúa de esta manera, se estaría afectando al bienestar social y, al desincentivarse dicha transacción, se podría desmejorar la riqueza colectiva.

De acuerdo al AED entonces, si el comprador conoce algo que el vendedor ignora, esto es una evidencia de que aquel ha invertido en esa información o alguien lo ha hecho por él, por lo que se presume que esto lo motivó a realizar la transacción, la cual permitirá obtener el máximo provecho del bien e incrementar la riqueza colectiva. Se supone, entonces, que aquel que pueda sacar "mayor provecho" del bien –en nuestro caso el comprador– debería ser su propietario.

En el ejemplo en cuestión, es natural hacerse la pregunta consistente en qué ocurriría si es que, en realidad, el vendedor fuera más inteligente que el comprador y, por ende, pudiera obtener mayores beneficios del bien, siendo por ello mejor que el

comprador le comunique al vendedor acerca del valor adicional del bien. El profesor Escobar reconoce esta posibilidad pero, inmediatamente, la descarta como pura "especulación"; empero, ¿no podría entonces tildarse de especulación el suponer que el comprador obtuvo la información sin incurrir en ningún costo, digamos, por azar? Si de especulación se trata, no pienso que el AED se salve. Por otro lado, el que se tenga que "premiar" al que gastó más en informarse no parece tan justo si pensamos que el vendedor no se informó por negligencia o falta de interés, sino porque no tenía recursos para obtener tal información. En síntesis, si tienes la suerte de ser pobre, entonces estás condenado a ser devorado por los grandes buscadores y poseedores de información, léase los ricos, quienes, de acuerdo al AED, serán quienes mejor exploten el bien y, con eso, nos generarán "involuntariamente" mayor beneficio a todos.

La pregunta final sería ¿por qué si las políticas económicas contemporáneas se rigen por estas reglas hay más malestar social que bienestar? Habría entonces que pedirle al profesor Escobar y a quienes apuestan por esta perspectiva repensar en torno a estas tesis que, aparentando solidez, en su contacto con la realidad se desvanecen.

⁵⁸ Que sería inconmensurable, según lo entiende el autor, aun cuando después señale que la moral sí puede ser útil en algunos casos para hacerla compatible con el AED, con lo cual, no sabemos entonces si es que la moral puede o no identificarse y limitarse, o si ésta es o no confiable al final de cuentas.