

THĒMIS

Revista de Derecho



Alfonso de los Heros Pérez Albela • Augusto Astorga Philippon
Enrique Pasquel Rodríguez • Héctor Figari Costa • Francesco Parisi
Beatriz Merino Lucero • Claudio Lava Cavassa • María Eugenia Yabar Guevara
César Alva Falcón • Crosby Buleje Diaz • Gonzalo Zegarra Mulanovich
Luis Diez Canseco Núñez • Mario Drago Alfaro • Antonio Guarniz Izquierdo
Gonzalo Soriano Castillo • Gerardo Soto Carrillo • Gonzalo Bonifaz Tweddle
Diego Carrillo Purin • Italo Carrano Tarrillo • Rolando Salvatierra Combina
María del Carmen Quiroz Ochoa • Daniel Schmerler Vainstein • George L. Priest

1965 - 2012



© **Joseph Mallord William Turner** (inglés, 1775-1851)

Regulus, 1828 - 1837

Óleo sobre lienzo

89.5 cm × 123.8 cm

Tate Gallery, Londres

THĒMIS

Revista de Derecho



1965 - 2012

THEMIS

desde 1965

© Asociación Civil THEMIS, 2012
Segundo piso de la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: 626-2000, anexo 5391
editor@themis.pe
themis.pe

61

Diseño y diagramación: José Antonio Casas Dávila

El contenido de los artículos publicados en **THEMIS-Revista de Derecho** es responsabilidad exclusiva de los autores.

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

ISSN: 1810-9934

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2000-0958

Registro de Proyecto Editorial: 21501361200376

Primera edición: junio 2012

Año XXXVII - Número 61

Tiraje: 1000 ejemplares

PRESENTACIÓN

Actualmente el crecimiento económico del Perú es innegable. Hoy es posible decir –sin vacilación– que la situación de los peruanos ha mejorado considerablemente respecto de aquella veinte años atrás. Atravesamos una etapa de ininterrumpido progreso que nos ha ayudado a alcanzar el grado de inversión otorgado por las tres calificadoras de riesgo más importantes en el mundo. Asimismo, el Perú ha avanzado de forma envidiable en el ranking como uno de los destinos más atractivos para invertir.

Hoy, es necesario que nos adaptemos a los complejos, e inminentes, cambios por los que vamos a atravesar. Es indispensable adquirir y aplicar el conocimiento necesario para no hacer de esta etapa una nueva prosperidad falaz. Es por eso que en la presente edición de THĒMIS-Revista de Derecho, decidimos alejarnos de nuestra línea habitual de publicación y así generar un espacio para que destacados autores puedan presentar sus ideas acerca de cómo manejar los retos que ahora nuestro país debe afrontar.

Es así que iniciamos esta revista con una Mesa Redonda conformada por Alfonso de los Heros, Beatriz Merino y Gonzalo Zegarra, quienes nos hablan acerca del desarrollo económico de nuestro país y del rol que jugaron las reformas estructurales hechas antes del golpe de Estado del 5 de abril de 1992.

La primera sección se refiere a la promoción de la inversión privada en el Perú, abarcando temas centrales para fomentar el ingreso de capitales a nuestro mercado. En esa línea, incluimos artículos sobre derecho de la competencia, el rol subsidiario del Estado en la actividad empresarial, medios de resolución de controversias entre Estados e inversionistas, entre otros. Para el desarrollo de esta parte inicial, contamos con la participación de abogados de la calidad de Luis Diez Canseco e Italo Carrano.

Luego, nos dedicamos a tratar sectores específicos de inversión. Incluimos en la segunda sección el ámbito minero, energético, portuario y otros. Enrique Pasquel, Augusto Astorga y Antonio Guarniz son sólo algunos de los destacados autores que colaboraron con nosotros, preparando interesantes artículos que desarrollan temas fundamentales para cualquiera involucrado con la inversión en el Perú.

No podemos dejar de mencionar la gentil participación de Francesco Parisi en nuestra sección de misceláneas. Agradecemos también a Gerardo Soto y Claudio Lava, quienes nos brindaron artículos ideales para cualquier estudioso del Derecho. Cerramos esta edición con una entrevista realizada a George Priest, quien nos habla sobre los roles a cumplir por el Estado y el sector privado, en el desarrollo de un país.

En nombre de todos los miembros de THĒMIS-Revista de Derecho, los invito a disfrutar de este número; esperamos que sea de su agrado.

Lima, junio de 2012
EL DIRECTOR



Las formas pueden cambiar... los valores perduran.

Más de 130 años de experiencia nos mantienen a la vanguardia para solucionar los retos del mundo de hoy.



THEMIS

Revista de Derecho

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

2012-1

CONSEJO DIRECTIVO

Jenny Aliaga Aliaga (Seminarios)
Joao Arbildo Caro (Administración)
Gian Paul Castañeda Carruitero (Marketing & Ventas)
Alvaro Castro Reátegui (Financiamiento)
Mauricio Santa Cruz Vásquez (Cursos & Capacitación)
Micaela Cortés Cabieses (Desarrollo Social)
Daniela Meneses Sala (Actualidad Jurídica)
Marco Zaldívar Chauca (Contenido)

MIEMBROS ACTIVOS

Actualidad Jurídica

Aldely Arce Saire
Manuel Ferreyros Pérez Izaga
Lucas Gherzi Murillo
Michel Salazar Tarazona
Nancy Vidal Rodríguez

Administración

Eduardo Bedoya Perez
Mary Cielo Núñez Minaya
Massiel Silva-Santisteban Amésquita
Milagros Villavicencio Pachas

Contenido

Natalie Bosshard Vizcarra
Daniel Chancafe Rosas
Camilo Clavijo Jave
Talía Díaz Rodríguez
Carlos Fernando de Trazegnies Valdez
Mario Lercari Bueno
Paul Nina Nina
Carolina Pérez Harm

Cursos & Capacitación

Verónica Carrasco Núñez
Chiara Pescetto Bustamante
Franchesco Scarafone Cuentas

Desarrollo Social

Alejandra Calderón Santillán
Tomás Denegri Vargas
Diego Pulgar-Vidal Lehmkemper
Jimena Villegas Ingunza

Financiamiento

Francesco Balbi Castellano
Jimena Camacho Vega
María Andrea Colina Cardoso
Fernando Ramírez-Gastón Lecca

Marketing & Ventas

Ramiro Bolaños Flores
Juan Israel Huamán Koo
Carlos Peña Salas
Fernanda Valdivia Rossel

Seminarios

Stephanie Espejo Espinal
Gustavo Fierro Campos
Mariana Mendoza Benza
Valeria Osorio Véliz
Eduardo Reyna Oie

COMITÉ CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez
Javier de Belaunde López de Romaña
Guido Calabresi
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
Fernando de Trazegnies Granda

Asociación Civil THEMIS
Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Teléfono: 626-2000 anexo 5391
Correo electrónico: themis@pucp.edu.pe; editor@themis.pe
themis.pe

Reseña - Pintura:

THĒMIS-Revista de Derecho tiene el orgullo de presentar en la portada de la presente edición 61 a Joseph Mallord William Turner (1775-1851), pintor inglés y uno de los máximos exponentes de la corriente artística impresionista.

En esta ocasión presentamos su obra titulada Regulus, realizada en el año 1828 y, vuelta a trabajar en el año 1837. La pintura es un óleo sobre lienzo que se encuentra en The Tate Gallery en Londres. Esta obra de arte está inspirada en Regulus un general romano que fue capturado por los pobladores de Cartago, quienes lo mandaron de regreso a Roma para negociar la liberación de prisioneros cartagineses. Al regresar a Cartago –luego de haber incumplido su misión– fue torturado y cruelmente castigado con el retiro de sus párpados para luego ser obligado a mirar directamente el sol. Turner nos muestra esta terrible situación a través de una deslumbrante pintura.

Joseph Mallord William Turner nos acompañará en esta y en las siguientes tres ediciones de THĒMIS-Revista de Derecho, haciendo de esta Revista un producto coleccionable al presentar cuatro pinturas del mismo autor. De esta manera no sólo los interesados en el Derecho, sino, también, los amantes del arte podrán encontrarse identificados con nuestro producto emblemático. THĒMIS, innovar es nuestra tradición.

TEMA CENTRAL: INVERSIÓN PRIVADA

PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN EL PERÚ

Alfonso de los Heros Pérez Albela, Beatriz Merino Lucero y Gonzalo Zegarra Mulanovich La inversión privada a la luz del Decreto Legislativo 757 Mesa Redonda	13
Diego E. Carrillo Purin El control de fusiones económicas o de cómo existe aún el arte de mantener el equilibrio	27
Mario Fernando Drago Alfaro Medicinas que no curan: El problema de la ineffectividad de los remedios en las concentraciones empresariales	55
Luis Diez Canseco Núñez Teoría del cuello de botella: Las facilidades esenciales	65
Daniel Schmerler Vainstein Consideraciones acerca de los efectos dañosos del dumping y sus implicancias.	95
Gonzalo Soriano Castillo En camino al desarrollo: ¿Cómo financiar un gaseoducto sin demandar la aplicación del concepto de los shadow tolls?	117
Héctor Figari Costa y María del Carmen Quiroz Ochoa La protección de datos personales: Una herramienta para promover la inversión	125
Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz Tweddle La transparencia en el arbitraje inversionista-estado	141
Crosbby Buleje Díaz La actividad empresarial estatal (lo que no se ve)	167

SECTORES DE INVERSIÓN

Enrique Pasquel Rodríguez Entre mangos y oro: Reformando el sistema de propiedad de los minerales	189
Augusto Astorga Philippon El sector hidrocarburos, consulta previa y estabilidad jurídica	211

Rolando Salvatierra Combina	223
Sector eléctrico – A los veinte años de la reforma	

María Eugenia Yabar Guevara	241
Inversión privada en infraestructura portuaria: Prosperidad económica y mejora en la calidad de vida de todos	

Reynaldo Antonio Guarniz Izquierdo	255
La actividad empresarial del Estado y la bolsa de valores	

César Alfonso Alva Falcón	269
El Decreto Legislativo 757 y su relación con la apertura del comercio exterior de mercancías	

MISCELÁNEAS

Gerardo Soto Carrillo	287
El plazo de caducidad ante el silencio administrativo negativo en la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo: El caso de los procedimientos trilaterales.	

Francesco Parisi	319
Entropía en la propiedad	

Claudio Lava Cavassa	345
La independencia del convenio arbitral y el competence-competence en el arbitraje comercial internacional	

ENTREVISTA

George L. Priest	365
Estado e inversión privada: ¿Qué rol cumplen en el desarrollo del país?	

PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN EL PERÚ

LA INVERSIÓN PRIVADA A LA LUZ DEL DECRETO LEGISLATIVO 757*

Alfonso de los Heros Pérez Albela

Abogado. Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad San Martín de Porres. Ex Presidente del Consejo de Ministros y ex Ministro de Trabajo y Promoción Social (1991-1992). Socio del Estudio Eche copar Abogados.

Beatriz Merino Lucero

Abogada. Magister en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard. Senadora de la República (1990-1992). Actual coordinadora de la deuda agraria ante el Estado.

Gonzalo Zegarra Mulanovich Ex Miembro del Consejo Directivo de THEMIS

Magister en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard. Director de Semana Económica.

* Las preguntas realizadas en la presente mesa redonda fueron elaboradas por Carolina Pérez Harm, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, y Marco Zaldívar Chauca, miembro del Consejo Directivo de THEMIS. Agradecemos al doctor Luis Diez Canseco Núñez por su colaboración.

En los años ochenta el Perú se encontraba ante la presencia de un Estado altamente intervencionista, en ese contexto el Estado era propietario de la mayoría de empresas. Su participación se daba en acciones como el control de la economía mediante la regulación de precios o el control de la propiedad. Como resultado de una serie de factores que no nos compete analizar en este momento, el país entra en una gran crisis económica y producto de esta aumenta el desempleo, se reduce significativamente el poder adquisitivo de la población, aumenta la pobreza a niveles extremos y crece la informalización.

De esta forma surge la necesidad de realizar reformas estructurales a la economía y esto se realiza en parte con la expedición de una serie de normas destinadas a transferir el control económico a manos de privados. En este contexto, el Congreso de la República confiere al Poder Ejecutivo la facultad de legislar, y el 15 de noviembre de 1991 se promulga el Decreto Legislativo 757 –Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. Creemos que este decreto fue clave para el país, pues consolidó un nuevo sistema económico reduciendo la intervención estatal y fomentando la inversión privada a través de garantías y seguridades. Su importancia fue tal que muchas de las normas pasaron a formar nuestro actual texto constitucional.

1. **En cuanto al régimen económico, el Decreto Legislativo 757 es muy similar al que presenta la Constitución vigente. Sin embargo, este decreto fue dictado en 1991, bajo los alcances de la Constitución Política de 1979 que –aunque ya hacía referencia a una economía social de mercado– contempla un modelo económico diferente. En este sentido, ¿considera usted que el Decreto Legislativo 757 fue inconstitucional al momento de dictarse o se trató únicamente de una nueva interpretación de la Constitución?**

DE LOS HEROS: Para poner en contexto la pregunta, creo que debemos ponernos en la situación existente en el año 1989. La dictadura militar de los setentas al estabilizar la mayor parte de los activos productivos del país (bajo el marco de la constitución de 1933,

que no era estatista), trajo como consecuencia el debilitamiento de las principales fuentes de crecimiento y desarrollo del país, situación que heredaron los siguientes gobiernos, pero que no supieron superar y modificar, más aún con una constitución algo rígida como la del 79, que también quedó como herencia y que desafortunadamente, si bien reparaba algunos aspectos sociales, fue retrógrada en otros temas, como el de la economía y nos llevo a la hiperinflación que prácticamente quebró al país y que tuvo que resolver el régimen de los noventas con el famoso “shock económico” que no fue otra cosa que sincerar la economía y empezar a vivir la realidad, con el agravante del terrorismo que tanto daño causó y que tanto trabajo costó al país detener.

Con relación al Decreto Legislativo 757, éste fue una de las tantas normas que se expidió en dicha situación de emergencia, para encauzar el país. Si no recuerdo mal fueron alrededor de ciento veinte normas.

El Decreto Legislativo 757, estableció normas de seguridad y estabilidad jurídica para las inversiones en todos los sectores económicos, sin perjuicio de las normas sectoriales que se expidieron, tales como y a manera de ejemplo, la de hidrocarburos (Decreto Legislativo 655), la de inversión extranjera (Decreto Legislativo 662), la de inversión en las empresas de Estado a través de compra de acciones, aumentos de capital, contratos de asociación, de servicios y de concesión y de venta de activos (Decreto Legislativo 674), la de electricidad (Decreto Legislativo 693), la de servicios educativos (Decreto Ley 699), la de eliminación de las prácticas monopólicas y restrictivas de la libre competencia (Decreto Legislativo 701), la de micro y pequeña empresa (Decreto Legislativo 705), la de protección al consumidor (Decreto Legislativo 716), y la ley del mercado de valores (Decreto Legislativo 755), entre otras.

Al momento de expedirse estas normas, existía la Constitución del 79 y no la del 93. Aquella, no contemplaba en realidad un modelo económico diferente. Su artículo 110 consagraba el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y la productividad, fomentaba los diversos sectores de la producción y defendía el interés de los consumidores. Su artículo 111 regulaba la política económica del sector

público, pero era orientadora del privado. El artículo 112 era más contundente aún, pues garantizaba el pluralismo económico y ponía al Estado como promotor de la economía en el artículo 113, garantizando la libertad de la iniciativa privada y la economía social de mercado, según el artículo 115, y la libertad de comercio exterior según el artículo 117. Y ni qué decir de los artículos 130 y 131, que consagran la libertad de empresa.

Con estos antecedentes no existía incompatibilidad entre el Decreto 757 y la Constitución entonces vigente, pues este Decreto Legislativo, garantiza la iniciativa y la inversión privadas, la libre competencia en una economía social de mercado, el pluralismo económico, el libre acceso a las actividades económicas, la propiedad privada, la garantía del Estado para los servicios públicos con participación del sector privado, la seguridad jurídica en materia tributaria, la eliminación de restricciones administrativas para la inversión y la seguridad jurídica para la conservación del medio ambiente entre otros aspectos.

MERINO: No creo que el Decreto Legislativo 757 haya sido inconstitucional en ningún extremo. Por el contrario, fue parte del proceso de modernización y de reforma del Estado peruano, que buscaba insertar al Perú en el panorama mundial. Debemos tener en consideración las variables de tiempo y lugar, y ubicarnos en el contexto peruano a inicios de la década del noventa. La situación que se vivía en el país era muy crítica, tanto en el plano económico como social: la crisis económica, el conflicto armado interno, la debilidad institucional, etc. Por otro lado, en el panorama mundial, la cuestión era distinta, pues la caída del muro de Berlín en 1989 constituyó un golpe a las corrientes e ideologías que atacaban al libre mercado, al derecho a la propiedad privada y a las libertades individuales.

En esa línea, cabe señalar que el Decreto Legislativo 757 buscó eliminar todas las trabas y distorsiones legales y administrativas que entorpecen el desarrollo de las actividades económicas y restringen la libre iniciativa privada, en aras de garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas (artículo 1). Sin embargo, estableció pautas para el equilibrio racional entre el desarrollo socio-económico, la conservación del ambiente y el uso sostenido de los recursos naturales (artículo 49). En

consecuencia, podemos afirmar que en esta norma se propuso un adecuado equilibrio que incentivaba la inversión, pero no a toda costa, pues ésta debe darse respetando lo establecido en nuestra legislación en materia de protección al medio ambiente.

Asimismo, considero, personalmente, que este Decreto Legislativo fue positivo, pues con la ostensible ventaja de evaluar su impacto veinte años después, podemos señalar que permitió el ingreso de grandes inversiones y que la economía ha mejorado notablemente desde entonces. Para promover el desarrollo y bienestar de los ciudadanos es preciso que exista un proceso de crecimiento económico, pues no es posible hablar de inclusión si no existe una bonanza. No se puede (no se debe) repartir pobreza.

ZEGARRA: Enérgicamente diría que no fue inconstitucional, ni remotamente. El que la Constitución de 1979 hubiera amparado una interpretación de su régimen económico que habría sido harto estatista, no quiere decir que era la única interpretación que caía de ese texto. La Constitución del 79 proclamaba la economía social de mercado y yo creo que las disposiciones del Decreto Legislativo 757 son del todo compatibles con ese concepto. Si bien el texto del régimen económico de la Constitución del 79 era mucho más intervencionista, tenía una serie de principios genéricos que son propios de una ideología social demócrata que admite una serie de matices. Entre ellos, los del Decreto Legislativo 757 son claramente compatibles, porque además uno lee el texto de este decreto y ve que éste da constantes referencias a la Constitución. Tampoco tengo noticias de que haya habido una iniciativa de intentar lograr la inconstitucionalidad del decreto y si la hubo ésta no prosperó, por lo que difícilmente puede sostenerse que el decreto legislativo era inconstitucional. Mi respuesta iría más por la segunda parte de la pregunta en el sentido que más bien se trató de una interpretación válida de la constitución.

2. **Respecto a las disposiciones del decreto, en su mayoría no eran nuevas, sino que se encontraban reguladas en decretos anteriores dentro del marco de las reformas estructurales de la economía desde el año 1990. ¿Por qué reunir a todas en un solo decreto? ¿Había una necesidad específica?**

Alfonso de los Heros Pérez Albela, Beatriz Merino Lucero,
Gonzalo Zegarra Mulanovich

DE LOS HEROS: Las normas de este Decreto Legislativo, están referidas al marco de la inversión privada como normas generales aplicables a todos los casos. Es verdad que entre las más de ciento veinte normas que se expidieron las hay sobre inversión privada, pero en sectores específicos, tal como he señalado al contestar la pregunta anterior. Por ello era conveniente expedir una norma que cubriera el ámbito general de la inversión con sus respectivas garantías, lo cual iba más allá de las normas específicas o sectoriales.

MERINO: Se pretendía establecer en un solo instrumento todas las disposiciones que regulaban el marco jurídico aplicable para el crecimiento de la inversión privada. Ciertamente, como lo señaló la parte relativa a los considerandos, era preciso generar las condiciones necesarias para la inversión privada de los diferentes sectores productivos. Por ello resultaba pertinente expedir una Ley Marco que contenga todas estas disposiciones, a fin de incentivar el crecimiento de la inversión privada en todos los sectores de la economía.

Si la finalidad del Decreto Legislativo 757 consistía en crear un clima de confianza para inversionistas nacionales y extranjeros, por consiguiente se debía tener presente que las percepciones son premisas fundamentales y, en efecto, que esta disposición constituyó una buena señal de que, realmente, el Estado deseaba llevar a cabo este proceso de reformas en lo que había sido el rol tradicional del Estado en las actividades económicas para motivar una apertura en el mercado.

ZEGARRA: Yo no participé de esa coyuntura así que no puedo saber si había una preocupación en particular que tuvieran los que impulsaron el decreto. Entiendo que pueda haber un interés por sistematizar las normas, y por técnica legislativa darle un orden y una coherencia legal sistemática. No sé de alguna otra posible motivación. En todo caso creo que tampoco hubiera sido indispensable esa suerte de codificación, pero sí tal vez le da una mayor funcionalidad o mayor maniobrabilidad a la norma. O tal vez el rango, pues tal vez esos decretos estaban en normas de inferior jerarquía y el decreto legislativo les da rango de ley, no lo sé.

3. Antes de la emisión del decreto en cuestión, el Estado controlaba los precios, ponía límites al derecho de propiedad y era el propietario de la mayoría de las empresas, generándose monopolios por la falta de competencia. Con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 757 ingresan fuertes capitales externos y se generan inversiones más allá del umbral en que los inversionistas nacionales podían competir, permaneciendo el riesgo de generar monopolios. ¿Qué mecanismos provee el Decreto Legislativo 757 para evitar estos monopolios? ¿Puede ser que la protección se obtenía de otros decretos ya existentes?

DE LOS HEROS: Es relativo afirmar que antes del Decreto Legislativo 757 el Estado controlaba todo. No olvidemos que después de la dictadura militar hubo dos gobiernos civiles que si bien no lograron modificar totalmente los vicios heredados de aquella, desarrollaron una política económica más abierta, pero sin las garantías necesarias para fomentar la inversión y el desarrollo decididamente. En el primer gobierno del APRA no olvidemos que se expropiaron empresas petroleras con criterio mercantilista, pero no se estatizó más al país que lo que estuvo durante la dictadura militar. Respecto al riesgo de monopolio, no me voy a la Constitución del 93 que lo rechaza, porque estamos analizando una etapa anterior, pero basta contemplar el artículo 133 de la Constitución del 79 que fulminaba los monopolios y oligopolios y garantizaba el funcionamiento del mercado y también el Decreto Legislativo 701 que igualmente los fulmina y que crea el organismos de control de la libre competencia que hasta hoy viene cumpliendo un rol fundamental en el país.

MERINO: En efecto, con anterioridad al Decreto Legislativo 757, el Estado había sido empresario, dueño de diversas empresas, perjudicándose a los usuarios y a los ciudadanos. Ejemplos de lo mencionado abundan en nuestra memoria. De ahí la relevancia de esta norma, pues permitió transformar la economía peruana y, asimismo, la calidad de los servicios básicos que el Estado brindaba.

Con relación a la pregunta, el Decreto Legislativo 757 introduce una serie de

disposiciones que defienden la libertad de iniciativa privada, la igualdad de condiciones entre competidores, el respeto a la propiedad privada, la libertad de organización y producción, entre otros. Así, por ejemplo, el artículo 2 consagra el principio de libre competencia, lo cual implica que los precios de los bienes y servicios deriven de la oferta y la demanda del mercado.

Asimismo, se garantiza el pluralismo económico (artículo 5), permitiendo que las empresas gocen de la libertad para organizarse bajo cualquier forma empresarial regulada en nuestra legislación. El mismo artículo señala que no se puede limitar el acceso directo o indirecto de los inversionistas –o de las empresas en que éstos participen– a actividades económicas específicas por su forma empresarial. En esa línea, se derogan los privilegios que ostentaba el Estado (artículo 6), dando paso al principio de igualdad entre competidores, pues ahora los productores y los empresarios deberán brindar un servicio de calidad, a fin de “retener” a los consumidores.

ZEGARRA: Primero debemos matizar la información de que la mayoría de las empresas eran estatales. Era una economía muy intervencionista pero no creo que se pueda decir que la mayoría de las empresas eran estatales o que la mayoría de precios estaban controlados. Digamos, la mayoría en el sentido puramente cuantitativo, no creo que se pueda entender así. En todo caso interpreto tu pregunta más como que era una economía muy intervenida y muy estatista, eso es cierto. También matizaría el hecho de que el Decreto Legislativo 757 hace ingresar capitales externos de una manera muy rápida, eso no es así tampoco. Yo creo que este decreto fue la primera piedra para atraer esos capitales, pero los capitales, externos sobre todo, se atraen consiguiendo confianza del inversionista y eso no se hace con una sola norma sino también con la aplicación de esa norma a través del tiempo. Dicho esto, el efecto iba ser atraer más capitales externos en una economía donde el empresariado local estaba descapitalizado y creo que esa es la preocupación hacia la cual va tu pregunta.

Que yo sepa, el Decreto Legislativo 757 no contiene mecanismos para combatir los monopolios, pero en todo caso ya estaba vigente, cuando se da este decreto, otro decreto legislativo más importante para la economía política de ese momento que fue el Decreto Legislativo 701 que regulaba las prácticas anticompetitivas del abuso de posición de dominio. Entonces desde esa perspectiva más bien el Decreto Legislativo 757 lo que hace es acabar con los monopolios estatales que se habían reservado sobre algunas áreas, y además sujeta toda la actividad económica a las regulaciones antimonopólicas que estaban principalmente recogidas en el Decreto Legislativo 701 que de alguna manera protegía a todos los agentes económicos por igual. Ello porque una de las claves del Decreto Legislativo 757 es eliminar la discriminación entre extranjeros y nacionales.

Hubo que yo sepa además, otras políticas específicas sectoriales encaminadas a –de alguna manera– evitar esta monopolización por parte de la inversión extranjera. De lo que he averiguado, algunas privatizaciones, por ejemplo, incorporaron mecanismos como el de participación ciudadana que reservaba para el accionariado difundido ciertos porcentajes del capital de las sociedades que se privatizaban. Eso –entiendo yo– en algunos casos estaba motivado para ayudar a que las empresas privadas descapitalizadas y los grandes grupos peruanos descapitalizados, pudieran recurrir a una diversidad de inversionistas, personas naturales o pequeños inversionistas, para sumar a su capital limitado en sus iniciativas de adquirir algunas empresas estatales, cosa que de alguna manera impedía que todas las empresas privatizadas fueran a dar a manos de inversionistas extranjeros con grandes espaldas. Creo que ese fue un mecanismo que ayudó también a que algunos grupos nacionales pudieran participar en la adquisición de empresas privatizadas, de estos activos privatizados. Además, por supuesto que esto tenía un beneficio en sí mismo que era democratizar la propiedad empresarial en el Perú a miles de pequeños propietarios, inversionistas, personas naturales o familias y diversificar las formas de ahorro también, de esas familias y personas.

Alfonso de los Heros Pérez Albela, Beatriz Merino Lucero,
Gonzalo Zegarra Mulanovich

- 4. Dentro de las reformas estructurales se encontraban las privatizaciones. ¿Existían sectores específicos o “clave” que debían privatizarse? Actualmente se genera una polémica respecto a las privatizaciones de las cárceles. Se trata de un sistema aplicado ya en varios países, pero ¿considera usted que hay actividades realizadas por el Estado que no pueden ser privatizadas? ¿Es la administración de las prisiones una de ellas?**

DE LOS HEROS: Con relación a la privatización de empresas estatales, no existían sectores claves, pues se abrió ampliamente el campo para la participación privada en dichos sectores. Lo que ocurrió fue que primó la realidad y se privatizaron los sectores en que el Estado estaba quebrado o era ineficiente y competía indebidamente con los ciudadanos, porque al fin y al cabo los ciudadanos son los dueños del país y el Estado es una organización de los ciudadanos para lograr objetivos comunes.

Su pregunta sobre la privatización de las cárceles no es fácil, ya que esta es una función de seguridad, propia del Estado. Es necesario estudiar este tema y ver si no se trata de que los organismos del Estado no han sabido responder históricamente a estas necesidades y si no ha llegado el tiempo de reorganizarlos, antes que privatizar. Ahora bien, habría que ver, comparando con los países que lo hacen, qué aspectos de la seguridad se pueden privatizar sin perder el control y la fuerza del Estado, por ejemplo, el mantenimiento de los recintos penitenciarios, los servicios de alimentación u otros, pero no necesariamente la custodia y seguridad de los presos.

MERINO: Ciertamente, existen actividades en sectores cuya administración corresponde al Estado y, en razón de ello, no pueden ser privatizadas. Sin embargo, las experiencias comparadas en otros Estados nos permiten descubrir que, en principio, los privados suelen administrar eficientemente ciertos servicios usualmente atribuidos al Estado. Esto ha sido demostrado en el caso de las telecomunicaciones. En nuestro país, hasta hace unas décadas, adquirir un teléfono constituía toda una odisea, que duraba muchos años. En nuestros días, al privatizarse este servicio, los usuarios

pudieron satisfacer sus demandas de comunicación telefónica.

Ahora bien, aunque no sucede en todos los casos, siempre es positiva la concesión de servicios públicos. En lo que respecta a la privatización de las cárceles, es probable que surjan algunos problemas: por ejemplo, que los administradores de justicia propendan a incrementar las penas, a fin de que exista una mayor ganancia; que se incremente el uso de la fuerza por parte del personal privado; que el ahorro que realiza el Estado al privatizar las cárceles no resulte significativo; o que se creen condiciones peligrosas e inhumanas en los centros de reclusión en razón del incentivo de recabar mayores utilidades.

Si bien las cárceles en el Perú se encuentran en una situación crítica, en la actualidad, es necesario considerar el monto del presupuesto que el Estado está asignando para su gestión. De esta manera, quizás no sea óptimo privatizar las cárceles, sino, por el contrario, aumentar su presupuesto.

Por otro lado, debemos considerar que existen temas particularmente sensibles en nuestro país. Por ello, al abordarse estos temas, las autoridades deben proponer un debate de ideas, que no atienda a posiciones ideológicas radicales que polaricen nuestro país, sino que se sustente en datos objetivos y cuestiones fácticas, de manera que se pueda evaluar las diversas propuestas de manera concreta y realista.

ZEGARRA: Todo este tema de la privatización siempre lleva esta retórica de los sectores estratégicos. Yo particularmente, soy muy escéptico a los sectores estratégicos, creo que no existe sector estratégico. ¿Para “quién” o para “qué”? Cualquier actividad que pueda ser privadamente administrada es privatizable. Esto no quiere decir que el Estado no pueda hacer nada, creo que el Estado debe limitarse a administrar bienes públicos. De hecho, en este momento estoy trabajando en una especie de teoría sobre qué es lo que debe hacer el Estado, y en esa línea yo si soy partidario de la disposición constitucional que reserva la actividad empresarial del Estado bajo el concepto de subsidiariedad, es decir, que la limita a aquellos ámbitos dónde el sector privado no está interviniendo. En ello hay una lógica de que el privado puede realizar con mayor

idoneidad la actividad empresarial que el Estado. Y si se va más allá de esto, eso tiene que ver con la naturaleza misma del Estado, yo creo que éste existe porque se le confía, se le delega, se le da casi en fideicomiso la administración de ciertos bienes públicos, y eso no sucede porque sí, eso sucede porque hay una necesidad de dárselo en fideicomiso y esa necesidad típicamente surge de la imposibilidad de los privados de administrar privadamente esos activos o bienes públicos. Entonces, yo creo que el Estado existe sólo para hacer lo mejor que se pueda esa tarea y que aquello que es privadamente administrable debe ser administrado privadamente.

En esa línea, para contestar específicamente tu pregunta, yo creo que el agua no sólo puede sino que debería ser privatizada. De hecho se ha dicho que el hecho de mantenerla bajo el régimen actual genera una serie de incentivos perversos que impiden que una cantidad enorme de ciudadanos peruanos accedan al servicio del agua porque no hay incentivos para la inversión en la expansión de redes tal como está ahora la propiedad de las empresas al momento diseñadas. Entonces, yo creo que es una urgencia que se privatice el agua bajo alguna modalidad justamente para que no sigan siendo subsidiadas las tarifas de agua de las clases pudientes. Me da la oportunidad además, esto es totalmente espontáneo, de mencionarte mi recibo de agua de mi casa de playa. Son diez soles, ¿por qué yo tengo que pagar diez soles de agua cuando la gente que vive en Lima en los pueblos jóvenes tiene que pagar bastante más que eso por unas cilindradas de agua poco salubre? Está claro para mí que el sistema de propiedad estatal de SEDAPAL es un fracaso y hay que privatizarlo.

También soy partidario de la privatización de las cárceles o por lo menos de su concesión. Si bien, evidentemente en este caso, con la exigencia de mayores mecanismos de *accountability*, de rendimiento de cuentas, porque al fin de cuentas se trata de la potestad punitiva del Estado que es mucho más consustancial al aparato estatal y mucho más abusable. Pero en la medida que no hay ninguna dificultad para administrar una prisión privadamente, sino solamente ciertos requisitos que deben ser cumplidos para que no se abuse de esa administración privada, yo

también sería partidario de la privatización de las cárceles, siempre y cuando hayan mecanismos de rendimiento de cuentas que permitan que no se desligue el poder porque además las cárceles son por definición un sitio donde es muy fácil incurrir en actos de corrupción. Entonces, sí hay que ser muy vigilantes con eso, pero probablemente su privatización tendría por efecto una mejora en los estándares de calidad de vida de los presos, pues como sabemos en el Perú hay un déficit de establecimientos penitenciarios, hay muchos más presos de lo que la infraestructura aguanta. Entonces la concesión, que este gobierno ha frustrado en un caso particular, es una excelente salida para ampliar la oferta de infraestructura carcelaria en el país.

5. **Con las privatizaciones se vendieron las empresas estatales, prácticamente, se remataron. Pero, en nuestra opinión, surgen dos problemas: ¿qué se hace con el dinero y qué hace el Estado luego de vender las empresas? ¿Cuál cree que debe ser el rol del Estado luego de llevarse a cabo las privatizaciones?**

DE LOS HEROS: No es verdad que prácticamente se remataron las empresas. El proceso que yo conocí fue meticuloso. No hay que olvidar que las empresas eran en su mayor parte una catástrofe. Voy a dar tres ejemplos: (i) telefonía; (ii) electricidad; y, (iii) agua. Para obtener un teléfono había que esperar más de un año y medio en el mejor de los casos y mejor era comprarlo aunque fuese caro a alguien que lo pudiera ceder. Ni siquiera había celulares que ya estaban siendo utilizados en todo el mundo. Hoy el servicio telefónico, prestado por varias empresas, es eficiente, una línea fija se instala en tres días y hay más celulares que habitantes en el país. Ni qué decir de la electricidad, que hoy incluso la exportamos y que en mi niñez era un tesoro y nada garantizaba que no hubiera apagones. Finalmente el agua, único sector no privatizado en esos años, vemos que no satisface las necesidades y expectativas de los usuarios. Qué ha pasado con el dinero, se pregunta. Parecería que se quiere implicar que el Estado se queda sin nada pero no es así. El dinero fruto de las privatizaciones producen dinero que mueve el mercado y da empleo y producen impuestos que el Estado recibe para destinarlos a la sociedad en general.

Alfonso de los Heros Pérez Albela, Beatriz Merino Lucero,
Gonzalo Zagarra Mulanovich

MERINO: Es muy importante recordar que la labor del Estado no se acaba una vez que ocurre la privatización. Al Estado le corresponde fiscalizar que ese servicio brindado cumpla con lo establecido en la ley, es decir, que éste sea de calidad, que se brinde sin discriminación, que no exista abuso por parte de la empresa, entre otras ineludibles obligaciones. Si bien las reglas han cambiado —pues el Estado no va a prestar ese servicio al privatizarse—, no puede abdicar de su finalidad, que es el bien común. En consecuencia, debe redefinir sus funciones en aras de alcanzar este objetivo.

Como ha ocurrido en diversos casos al momento de privatizarse un servicio, el Estado crea los organismos reguladores, a fin de obtener un equilibrio entre los usuarios y las empresas que brinden los servicios, así como una adecuada provisión de los servicios y la satisfacción de las necesidades del usuario. Entonces, corresponde al Estado adoptar un rol de “tercero” que fiscalice la prestación del servicio y resuelva las controversias surgidas entre los particulares con las empresas, o las que se produzcan entre ellas mismas. El Estado ya no es más “planificador”; por el contrario, debe asumir un rol promotor o regulador.

Un claro ejemplo del éxito de este nuevo rol del Estado es perceptible en los organismos reguladores. Por ejemplo, véase el caso de OSIPTEL, cuya finalidad consiste en regular y supervisar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, independientemente de las empresas operadoras. Esta entidad cumple un rol fundamental para los usuarios, pues, mediante su intervención, el Estado garantiza y vela por su bienestar.

ZEGARRA: ¿Qué hacer con el dinero? Bueno, los ingresos de una privatización son ingresos extraordinarios por tanto lo financieramente sensato es dedicar esos ingresos a gastos o inversión extraordinaria. Con los ingresos de la privatización no puedes financiar gastos corrientes, no puede ir a planilla por ejemplo, ni al pago de servicios, tiene que ir a una inversión extraordinaria, llámese infraestructura. En fin, eso creo que hay que juzgarlo en el momento que se produce el ingreso, según las necesidades del fisco en ese momento. No me atrevería a dar ninguna regla mas específica que esa, que ingreso extraordinario debe ir a gasto extraordinario o inversión extraordinaria

Finalmente el estado debe concentrarse en su rol, en aquellas actividades que son consustanciales a su existencia, aquellas que en principio se administran mejor desde una plataforma pública que desde una plataforma privada, es decir, probablemente justicia, seguridad, y las otras cosas que son consustanciales al estado. Que las pocas cosas que tenga que hacer, las haga mejor.

6. Existe una gran diferencia entre crecimiento y desarrollo. Con las reformas estructurales empieza un gran crecimiento, el Producto Bruto Interno aumenta considerablemente, pero, ¿el Decreto Legislativo 757 contempla mecanismos para alcanzar el desarrollo o tan solo el crecimiento económico?

DE LOS HEROS: El Decreto bajo comentario presta condiciones para que haya inversión y esta traiga crecimiento y desarrollo. El desarrollo implica el sentido social del crecimiento, lo que hoy llaman inclusión. Como complemento de cualquier norma que establezca condiciones para ejercer una actividad o regir un sector, y que esta actividad o recurso genere ingresos públicos, el Estado debe orientar sus recursos a resolver los problemas de inclusión que llevan al desarrollo, tales como educación, salud, seguridad, vialidad y todo aquello que permita lograr el ansiado desarrollo. El Decreto comentado da las condiciones para la inversión y el crecimiento, da reglas de juego seguras para que todos los peruanos se sientan seguros de emprender sin temor ni sufrir arbitrariedades. Pero el desarrollo es una consecuencia de todo esto que debe ser orientada por el Estado y también aplicada por los privados, cada uno en su ámbito de acción, desde el hogar y el trato con los hijos y familiares hasta la responsabilidad social empresarial.

MERINO: El Decreto Legislativo 757 constituyó un mecanismo para atraer grandes inversiones debido al contexto en que el Perú se encontraba al iniciarse la década del noventa. Como bien se señala en la pregunta, crecimiento no equivale a desarrollo. Más complejo aún es definir el tipo de “desarrollo” al que aludimos. Considero que al hablar de “desarrollo” estamos refiriéndonos al

desarrollo humano integral, que incluye innegablemente al crecimiento económico, pero, con igual importancia, a la libertad del individuo, así como a todo lo que supone la inclusión de los sectores tradicionalmente marginados y excluidos de los servicios públicos y de la economía moderna, sana y responsable, a fin de garantizar el ejercicio de sus derechos y su ciudadanía.

Ciertamente, la historia nos ha demostrado que el crecimiento económico por sí solo no concluye necesariamente en la inclusión de peruanas y peruanos, ni en el ejercicio pleno de sus derechos. Es más, en muchos casos, un crecimiento económico ciego podría acarrear consecuencias negativas para el medio ambiente o los derechos humanos (por ejemplo, los derechos laborales). Sin embargo, también es cierto que no puede existir bienestar social en la pobreza, pues no se puede brindar bienestar a la población si no hay creación de riqueza ni mecanismos para promoverla. En un escenario semejante, ¿cómo se van a brindar los servicios públicos? Por ello, el crecimiento económico constituye un requisito indispensable para la inclusión social y el bienestar de la población, pero no es suficiente. Debe estar complementado con otros componentes como políticas públicas inclusivas de largo plazo, fiscalización por parte del Estado, acciones afirmativas, entre otras.

ZEGARRA: Sin duda hay una diferencia entre crecimiento y desarrollo. El crecimiento es una condición indispensable para el desarrollo, entonces, es necesaria pero tal vez no suficiente. En la medida que el Decreto Legislativo 757 es un gran propulsor del crecimiento económico, contribuye también al desarrollo, es decir, indirectamente. Sin el mencionado decreto probablemente sería muy difícil hablar de crecimiento y por tanto sería imposible hablar de desarrollo. Sin perjuicio de ello, creo también que sí hay una preocupación sistémica, integral, en el texto del Decreto Legislativo 757; se deja ver, a mi parecer, que no es una norma que esté obsesionada con el corto plazo y el crecimiento desordenado y destructivo. Por lo pronto hay normas que se refieren al medio ambiente, entonces parece que sí hay un espíritu equilibrado de lograr el crecimiento, pero también una mejora en la calidad de vida de la gente, que creo que es a lo que se están refiriendo ustedes con desarrollo. Casi que los objetivos del milenio

agrupan esas preocupaciones. Yo creo que el Decreto Legislativo 757 tiene una inspiración desarrollista en el buen sentido de la palabra.

7. Es bien sabido que durante la primera etapa del Gobierno del ex-presidente Alberto Fujimori se buscaban créditos internacionales y el refinanciamiento de la deuda externa. En este sentido, ¿el Decreto Legislativo 757 se encontraba dentro de los condicionamientos del Banco Mundial?

DE LOS HEROS: Las políticas relativas a la deuda externa no pasaron durante mi participación en el Estado por un criterio de aceptar condicionamientos del Banco Mundial sino al revés. En primer lugar, tal como lo he relatado al responder la primera pregunta, el Perú estaba virtualmente quebrado en 1990 y no estábamos para otra cosa que para poner la casa en orden. Y eso fue lo que se hizo con todas las normas que he mencionado. Ahora bien, todos los organismos financieros internacionales tienen estándares de comportamiento de las economías para calificar a diversas fuentes de financiamiento y a los niveles de seguridad para las inversiones. El Perú no estaba en el mejor pie en ese aspecto, así que no hay duda que todas las normas que se dieron fueron poco a poco ayudando a mejorar la imagen crediticia del país, pero no se trata de darle gusto a ningún organismo, sino de sacar al Perú del entrampamiento en que se encontraba.

MERINO: El Decreto Legislativo 757 fue un hito importante en la reforma del rol del Estado en la economía y en la concepción del régimen económico de nuestro país. Esta norma fue un primer paso para los cambios posteriores: el Régimen Económico de la Constitución Política de 1993, la Ley de Telecomunicaciones, la Ley General de Minería, la Ley de Promoción del Sector Agropecuario, el Convenio del CIADI, etc.

En ese sentido, el Estado peruano decidió adoptar un nuevo régimen económico. Por ello, el Congreso ratificó la adhesión del Perú a la Convención con que se estableció el Organismo Multilateral de Garantías de Inversiones (OMGI) del Banco Mundial, en aras de brindar una mayor seguridad y garantía a los inversionistas. Desde entonces,

Alfonso de los Heros Pérez Albela, Beatriz Merino Lucero,
Gonzalo Zegarra Mulanovich

los inversionistas extranjeros, en suma, sienten protegidos sus derechos e intereses con este nuevo marco jurídico, lo que permite movilizar sus capitales hacia nuestro país.

ZEGARRA: Nuevamente, yo no participe del debate de esta norma, así que no puedo saber a ciencia cierta hasta qué punto tuvo una motivación o una influencia en el sentido que tu dices relativa a las exigencias de los organismos multilaterales como el Banco Mundial (BM) o el Fondo Monetario Internacional (FMI) y no me consta. Lo que me queda claro es que se da en un contexto general en el que eso es así, es decir, hay una voluntad política en ese momento de reinsertar al Perú en los mercados financieros internacionales, en los mercados internacionales más que financieros, y es cierto que el FMI y el BM esperaban del Perú una serie de reformas que permitieran que fuera viable esa inserción. En ese contexto es en el que se promulga esta norma, entonces yo te diría que como cuestión genérica el Decreto Legislativo 757 sí es parte de las normas y de las reformas mediante las cuales el Perú se inserta en los mercados internacionales siguiendo las recomendaciones de los organismos multilaterales. En términos específicos no he encontrado ninguna referencia histórica ni normativamente explícita que permita deducir que la norma específicamente o en su texto (en su literalidad) pueda ser exigencia de estos organismos.

8. **Creemos que una democracia es el mejor mecanismo para dar seguridad jurídica a los inversionistas. El Decreto Legislativo 757 se dictó en el marco de una democracia, pero meses más tarde se generó una ruptura en el modelo democrático. ¿Qué mecanismos prevé el decreto para dar estabilidad y seguridad jurídica a las inversiones en dicho contexto?**

DE LOS HEROS: La ruptura del modelo democrático creó problemas internos y externos de gobernabilidad, tan es así que a los tres meses del 5 de abril de 1992, el Perú estaba en la OEA (Organización de Estados Americanos) reunión Bahamas, manifestando su voluntad de volver al cause democrático, lo que dio lugar a la convocatoria a una constituyente y al posterior llamado a elecciones. Pero eso es un aspecto político del problema. El otro, referido al régimen legal,

no se alteró y ésta y las otras normas que se dieron en 1991, y en los años posteriores, continuaron rigiendo incluso hasta hoy en muchos casos, pues la modificación que se han operado en la legislación no han modificado el núcleo de esas reformas.

MERINO: Como bien se señala, unos meses después de dictarse esta norma, en abril de 1992, el Estado peruano vivió un quiebre del sistema democrático. Si bien este Decreto Legislativo consagraba una serie de derechos —como los concernientes a la propiedad privada, la libre competencia o la igualdad entre los competidores—, no aludió a cláusulas de respeto a la institucionalidad democrática. Éstas habrían resultado magníficas para evitar una ruptura como la que se produjo en ese momento. Adicionalmente, cabría señalar que los mecanismos de presión debían ser tanto externos como internos, pues correspondía a la sociedad civil y a la comunidad internacional pronunciarse sobre este hecho y expresar su rechazo. Sin embargo, esta situación no se produjo.

ZEGARRA: El Decreto Legislativo 757 tiene una serie de mecanismos de garantía de las inversiones. A eso me refería yo cuando decía que no basta con que la norma sea promulgada y declare o proclame un serie de principios de apertura económica, también se requiere una *praxis* que genere confianza en el largo plazo y esa *praxis* está condicionada por una serie de mecanismos, y el Decreto Legislativo 757 prevé varios. Entre ellos se encuentran los contratos de estabilidad tributaria y jurídica, los arbitrajes internacionales, los principios generales que sirven de garantía a los inversionistas como la igualdad de trato, la no discriminación entre los inversionistas nacionales y extranjeros, transparencia en los procedimientos administrativos; en fin, una serie de normas que son a la vez mecanismos e incentivos para garantizar la seguridad jurídica.

9. **Usted ha participado activamente, tanto en la administración pública como en el sector privado. Sin duda, ha podido apreciar ambas caras de una relación compleja y muchas veces —aunque no todas— con opiniones polarizadas. ¿Cómo explicaría esta relación?**

DE LOS HEROS: La relación entre lo privado y lo público es algo compleja. Son dos lados de la misma mesa. En cada lado se ven los

problemas desde su propia perspectiva. Usualmente lo privado es más simple, directo, práctico y efectivo; y lo público es complejo, burocrático, lento y muchas veces inútil. Creo que hay que aceptar ambas realidades y así como en las normas de 1991 se quiso destrabar y agilizar al país, así se debe hacer ahora, pues existe un defecto en la mente de los peruanos que tiene raíces incas, virreinales y republicanas: la reciprocidad entre poder y servicio, la sujeción genuflexa al poder, el responder a los intereses de mi panaca, mi familia, mi clan, mi grupo, sin entender la enorme responsabilidad cuando estoy en el gobierno. Esto nos lleva a una reconversión mental para que los ciudadanos y la actividad privada en general entiendan su responsabilidad social y para que los gobernantes aprendan a servir al país, sin egoísmo ni corrupción.

MERINO: El sector privado y el sector público no tienen por qué ser extremos antagónicos. A lo largo del mundo, así como en nuestro país, hemos sido testigos de experiencias positivas y buenas prácticas de empresarios y miembros de la sociedad civil en conjunción con agentes públicos. Sin embargo, la relación entre ambos se complica cuando alguno de ellos pretende infringir lo dispuesto en la ley. Por un lado, cuando la empresa no atiende a la satisfacción del usuario sino que, por el contrario, no acata lo señalado en la ley, e incrementa arbitrariamente las tarifas o vulnera los derechos de sus trabajadores, el Estado debe defender a sus ciudadanos y condenar estas situaciones. Eso no es intervencionismo; es el imperio de la ley, cautelado por el Estado.

Por otra parte, en el otro extremo, las autoridades abusan muchas veces al ejercer su poder y desean exigir más a las empresas, a pesar de que esa acción no se encuentra avalada en nuestra legislación. Tampoco se debe confundir el rol del Estado con el que desempeña la empresa, pues esta última paga tributos, pero no los administra. Quienes deben administrarlos en beneficio de la población son sus autoridades.

Mucha ideología existe, asimismo, con relación a ciertas actividades económicas. Tanto las autoridades como las empresas vinculadas tienen el deber de informar adecuadamente a la población sin manipulación, sin prejuicios o calificaciones subjetivas. Se debe promover

el debate y el diálogo entre empresas y autoridades, pues, como lo he señalado anteriormente, el crecimiento económico es un requisito insustituible para la inclusión. Sin embargo, esto no implica que se deba privilegiar a las empresas por encima del Estado, o viceversa, ni permitir los abusos que malos elementos de ambos sectores puedan cometer.

ZEGARRA: Yo no tengo mayor experiencia en el sector público pero tengo una especie de sucedáneo a eso que es que trabajo en la prensa, que de alguna manera tiene que ver con los debates públicos en el país y con las preocupaciones públicas. Yo sí creo que hay mucha polarización en el Perú, ahora, no sé si se pueden plantear en términos de que sea un debate específicamente entre el sector público y el sector privado; creo que es una polarización de puntos de vista muy emocional, donde hay varias visiones del mundo. Pero que no se limita a ello, sino a lealtades y a bandos, como te digo, con una carga emocional muy fuerte. Yo siento que en el país hay visiones muy polarizadas y poco dialogantes entre sí, sobre muchas cosas que tienen que ver con cuál es la legítima participación del Estado o la legítima intervención de un Estado tanto en la política como en la economía; y sí encuentro que muchas veces hay muy poca disposición al diálogo y a la negociación de puntos medios.

Como te digo, probablemente esto esté vinculado con la falta de institucionalidad. El hecho que sean posiciones con mucha carga emocional se contraponen a una situación más saludable, donde nos encontremos ante razonamientos distintos pero condicionados desde los puntos de vista racional, y que tenga que ver justamente con una ideología y una visión del mundo más racional, lo cual se logra en países con instituciones más sólidas y con partidos más sólidos. Acá hay bandos, lealtades y caudillismos, entonces probablemente hasta que no podamos consolidar instituciones más sólidas (yo de todas maneras creo que muchas instituciones se hayan ido consolidando en estos años de democracia pero evidentemente no lo suficiente) y sobre todo partidos más serios, más consistentes, donde lo que importe sean las ideas y la visión del mundo y no las lealtades de los caudillos, no podremos negociar, discutir alturadamente o concertar, y se mantendrá esta polarización de visiones, de puntos de vista o posiciones.

Alfonso de los Heros Pérez Albela, Beatriz Merino Lucero,
Gonzalo Zegarra Mulanovich

10. Finalmente, ¿podría darnos su impresión acerca de la situación actual de nuestro país como un destino atractivo para la inversión de capitales extranjeros en comparación a nuestra posición en los años previos a las reformas estructurales de principios de los noventas?

DE LOS HEROS: El Perú a lo largo del tiempo, desde que se dieron estas normas en 1991 y muchas otras que se van dando posteriormente, ha ido construyendo en más de veinte años, un crecimiento económico, un desarrollo y una credibilidad como un país que, aunque todavía insuficientes, siguen adelante y creo que tendrá éxito, en la medida en que todos pongamos nuestro esfuerzo y nuestra inteligencia en mantener los valores que implica lo que se ha logrado. Los jóvenes de hoy no han visto el cambio del Perú desde que en 1962 atendíamos como alumnos de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú el consultorio jurídico gratuito en Comas, con un cúmulo de chozas de invasión, sin agua ni luz, y hoy es el Cono Norte, una de las mejores zonas de la ciudad, con un crecimiento pujante y con una Lima que, violentamente ha pasado de un millón y medio de habitantes a cerca de ocho millones.

Simplemente lo han recibido como esta hoy y no están conformes con toda seguridad, pero deben entender que a cada peruano, dentro de su generación le toca ir colocando su esfuerzo en la construcción de la patria y que así será mejor cada día. El Perú es atractivo para la inversión, pero el frágil ambiente en que esta se mueve dentro de un mundo competitivo, nos hace ver la necesidad de perseverar en lo bueno y no caer o volver a caer en lo negativo, pero siempre pensando en que todos somos peruanos y tenemos igual derecho al desarrollo.

MERINO: Como lo ha demostrado la reciente crisis internacional, nuestro país se ha convertido en un destino atractivo para los inversionistas extranjeros. Considero que esto se debe, en gran medida, a las reformas estructurales adoptadas en la década del noventa, las cuales fueron continuadas y profundizadas en el primer decenio del siglo XXI. Las economías deben abrirse al mundo, no solo para mejorar el bienestar de sus ciudadanos, sino para fomentar la competitividad entre ellos. Por otro lado,

el buen manejo de la economía peruana, los altos índices de bonanza económica, el compromiso del Estado peruano de resolver pacíficamente las controversias que deba atender y sostener con empresas extranjeras mediante el CIADI, las cláusulas de estabilidad jurídica tributaria y el cumplimiento de sus compromisos internacionales contribuyeron a crear este clima de confianza para los grandes inversionistas.

Ante estas circunstancias, cabe destacar que la legislación peruana actual se enmarca dentro de los principios de la libre competencia, la libre iniciativa privada y la ausencia de privilegios para las empresas públicas. Asimismo, es preciso subrayar que el Estado solo es promotor y fiscalizador, más no un planificador de la economía. Este nuevo rol del Estado genera estabilidad y seguridad jurídica, y atrae a nuevos capitales. Ése es el camino a seguir.

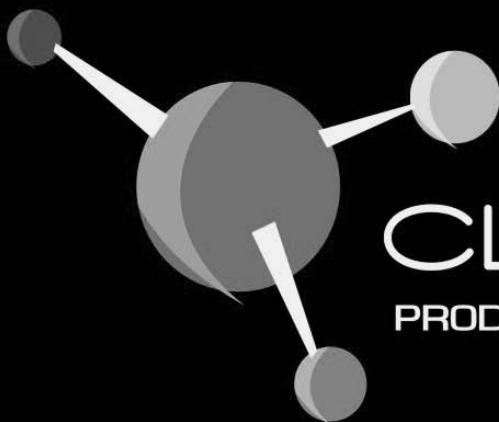
ZEGARRA: No hay que ser de la NASA para observar que el Perú ha evolucionado sustancialmente en esta materia. Primero, como una economía que se maneja seriamente, con una política fiscal y monetaria consistente, sólida. Luego, con una creciente institucionalidad que va mas allá de la macroeconomía. Creo que en los últimos años de democracia han ido desarrollándose poco a poco algunas instituciones, como por ejemplo el Tribunal Constitucional, que ha dado una serie de sentencias, con las cuales yo discrepo frontalmente, sin embargo es una institución que ha ganado legitimidad a lo largo de estos años y se ha posicionado como un órgano deliberativo importante y legítimo.

Creo que en los últimos años hemos logrado demostrar que somos un país que puede funcionar en democracia y con libertades económicas (tal vez en los primeros años de los 90 sólo con libertades económicas, y a lo largo de esta última década con libertad tanto política como económica). Tal vez lo que nos falta –lo cual supone el reto para esta década– sea consolidar instituciones para que haya una democracia funcional. A modo de ejemplo, yo estuve hace algo más de un mes en Londres reunido con el gestor de un *hedge fund* que nos da una clara preferencia de Colombia respecto a Perú. Nosotros acá estamos acostumbrados a ver que las noticias internacionales se

levantan aquellas que hablan muy bien del Perú, pero yo allá pude encontrar que Colombia era mucho más engreída por estos analistas que el Perú. Además que ya estamos acostumbrados a que nos pongan en el mismo saco que Chile o Ecuador, y cuando le pregunté a este gestor por qué encontraba a Colombia tan superior respecto de Perú la respuesta fue muy contundente: me dijo que porque en Colombia ya no hay riesgo político mientras que en el Perú cada cinco años hay alguno. Existe el riesgo de un viraje, el fantasma del antisistema, y eso tiene mucho que ver con que todavía no se da la institucionalidad democrática; si bien existe, todavía es disfuncional por lo que te digo, por la falta de solidez de las instituciones y por la falta de partidos. En

Colombia hay bipartidismo, hay partidos que funcionan, hay una política que es mucho más moderna que la peruana, entonces el reto para nosotros en esta década probablemente sea ese. Para igualarnos con Colombia y con Chile, tener una institucionalidad con cierto grado de bipartidismo y cierto grado de institucionalidad que nos pongan en ese nivel y que evite pues estos riesgos recurrentes en cada elección—que el destino del país dependa del humor o de la convicción o pragmatismo de un caudillo que no tiene detrás de sí nada más que su propia voluntad y sus propios allegados. Como es el caso del gobierno actual que no tiene una institucionalidad partidaria, una ideología partidaria que ponga cortapisas, frenos o en todo caso un marco conceptual, ese es el reto que nos queda pendiente.

Alfonso de los Heros Pérez Albela, Beatriz Merino Lucero,
Gonzalo Zegarra Mulanovich



CLARK
PRODUCTOS QUÍMICOS

RESINAS Y PINTURAS PARA LA INDUSTRIA



REHDER

Empresa LÍDER por
siete años consecutivos
en el mercado peruano,
de asesoramiento
en seguros.

Amador Merino Reyna 267 Piso 5, San Isidro, Lima-Perú - Telf.: 511-2153000 www.rehder.com.pe

ESTUDIO BRAMONT – ARIAS TORRES

C/. Luis Felipe Villarán 385
San Isidro, Lima Perú

Teléfonos: 222-1513 / 221-6858 / 222-0316

Fax: 222-2131

E-mail: bramont@estudiobramontarias.com

EL CONTROL DE FUSIONES ECONÓMICAS O DE CÓMO EXISTE AÚN EL ARTE DE MANTENER EL EQUILIBRIO

Diego E. Carrillo Purin*

*“¿Para qué sirve el control de fusiones? En resumidas cuentas, el control de fusiones significa que las compañías no pueden simplemente evadir la obligación de competir a través de la adquisición de sus competidores.”***

En este artículo el autor explica en qué consiste el control de fusiones y cómo puede aplicarse actualmente, con el fin de demostrar la importancia de su incorporación en el ordenamiento jurídico. En este sentido, propone la implementación de un sistema de control de fusiones económicas en la legislación peruana que sea eficaz y coherente con los avances modernos en esta materia. En otras palabras, crear un sistema que considere las eficiencias generadas por la fusión para así balancear o restar importancia a los efectos anticompetitivos que podrían presentarse.

* Abogado. Asociado del Estudio Lazo, De Romaña & Gagliuffi Abogados.
El presente artículo ha sido elaborado a propósito de la tesis de bachiller titulada “El moderno control de fusiones económicas en la defensa de la libre competencia. Una necesaria revisión de los argumentos que se oponen a su implementación en el Perú”, sustentada por el autor en septiembre del 2011. El autor agradece los invalorable comentarios de María José Higuera Chicot (Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS) realizados al presente trabajo. Cualquier error u omisión remanente es responsabilidad del autor.

** Extracto del discurso pronunciado por Joaquín Almunia, Vicepresidente de la Comisión Europea, responsable de la política de competencia, titulado “The past and the future of merger control in the EU”. Bruselas. 28 de Septiembre del 2010.

I. INTRODUCCIÓN. UN EJEMPLO DEPORTIVO

Abordar una materia como la del control de fusiones en el Derecho de la Competencia no resulta una labor simple. Menos aún cuando ésta corresponde al área más fascinante y, a su vez, más compleja de dicha rama del Derecho¹, no sólo por su aporte en la defensa de la libertad de competir, sino porque comporta el estudio profundo de conceptos jurídicos y económicos difíciles de entender a buenas y primeras. Así, como quiera que nuestro país no ha sido ajeno al debate sobre los alcances de su posible incorporación en nuestra legislación², el objetivo del presente trabajo es delinear en qué consiste su aplicación moderna, en aras de apoyar en la construcción de un sistema coherente de control de fusiones acorde con sus avances modernos.

Para empezar, resulta particularmente útil revisar una inicial abstracción que nos lleve a reconocer conceptos básicos cuya profundización permitirá determinar la importancia de interpretar el control de fusiones como un equilibrio necesario para mantener la libre competencia en los mercados.

En tal sentido, imaginemos una competencia deportiva, digamos, una carrera de 400 metros planos³. Partamos de una premisa fundamental, una carrera sin competencia sería por demás aburrida y nadie estaría interesado en verla. Por ejemplo, imaginemos lo cansino que sería asistir a un estadio deportivo a presenciar a distintos corredores distribuidos por la pista atlética, uno quizás calentando, otro corriendo tramos cortos en ida y vuelta, uno más allá amarrándose las zapatillas.

Ahora, ello no quiere decir que cualquier

tipo de competencia captaría nuestra atención. Pensemos en una carrera que viene desenvolviéndose de manera regular, en la cual los corredores demuestran esfuerzo por mejorar sus posiciones, lo que, para el público, resulta sin dudas emocionante. Sin embargo, en un momento dado, uno de los competidores que disputa uno de los últimos puestos decide unir sus esfuerzos con otro ubicado a media tabla, así que, los dueños de ambos equipos luego de revisar que los estatutos deportivos –reglas de juego– no impiden de modo alguno la unión entre equipos, deciden poner en marcha su fusión.

Revisando las posiciones en la cual se ubicaban dichos corredores es probable que dicha unión fomente la combinación de distintas variables como el mejor manejo de los recursos que dispondrá el nuevo equipo, lo que resulta deseable pues generará una mayor disputa por los primeros lugares, que es justo lo que esperamos desde nuestros asientos. No obstante, dicha omisión de incluir una estipulación sobre las uniones entre competidores en los estatutos deportivos que parecería positiva o, al menos, inocua para la competencia, no generaría siempre el mismo efecto alentador para el público.

Vayamos a otro momento en la carrera en el que el corredor que se mantiene en el segundo puesto comienza a acercarse raudamente al líder de la carrera y, en ese preciso instante, los directivos del equipo que lleva la delantera en vista que no existen reglas que impidan la unión entre competidores, deciden que resulta más costoso mantener dicha disputa por el primer puesto así que, tras un acercamiento con los directivos del equipo que les sigue, suscriben un acuerdo de unión por el cual pasan a formar un nuevo equipo.

Definitivamente la emoción que podía

¹ FURSE, Mark. "The Law of Merger Control in the EC and the UK". Prefacio. Oregon: Hart Publishing. 2007.

² Recordemos que a fines del 2004, de la mano de una propuesta promovida por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, se discutió sin éxito la promulgación de un proyecto de ley que pretendió la incorporación del control de fusiones en nuestra legislación antitrust (Proyecto de Ley 14199/2005-CR). A la fecha de elaboración del presente artículo, por impulso del Congresista de la República Jaime Delgado Zegarra, se ha diseñado un nuevo proyecto de ley que permita finalmente la incorporación del control de fusiones en nuestra legislación nacional.

³ El ejemplo, aunque adaptado considerablemente a nuestra materia, fue tomado del profesor Viktor Vanberg (Universidad de Freiburg – Walter Eucken Institut).

generarnos la disputa por el primer lugar desaparecería. La razón es bastante simple. Dicha unión entre competidores que se encontraban en pleno esfuerzo por disputarse una nueva posición en la carrera produciría la eliminación de la presión competitiva entre ambos, pues, ésta se genera a partir de la autonomía que presenta cada competidor frente al otro en la toma de decisiones que le permiten mantenerse en la disputa por los primeros puestos.

Ello generaría que el nuevo equipo, al no mantener cerca ningún otro competidor que amenace su preeminencia, reduzca sus esfuerzos, reduciendo el atractivo de la carrera. Si bien podemos abrigar las esperanzas que tiempo después un nuevo competidor aceche el primer puesto de la carrera, obligando al nuevo equipo líder a esforzarse para mantener su puesto (lo que esperamos como consumidores del espectáculo deportivo), nada nos asegura que no ocurra nuevamente una unión entre los mismos, lo que obligaría a levantarnos de nuestros asientos y dejar el estadio deportivo.

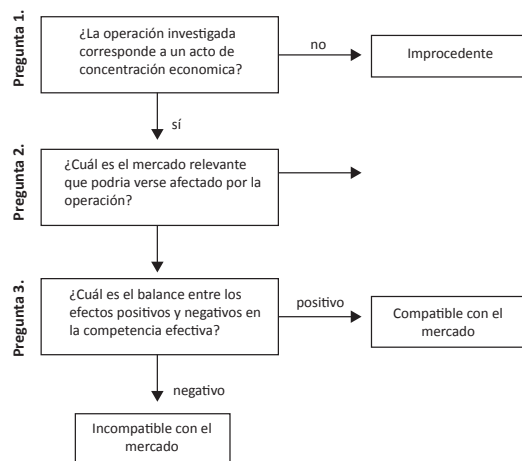
Ahora, ¿por qué ocurre ello? La razón es simple. Lo que nos interesa es ver que los corredores participen libremente con su mayor esfuerzo en el marco de un conjunto de reglas que permita un desarrollo eficiente. Y ello, como resume Joaquín Almunia, excluye el permitir que los competidores puedan evadir su obligación de competir a través de una simple unión con sus competidores.

En los mercados, precisamente estas fusiones entre empresas que pueden generar la eliminación de una presión competitiva en menoscabo de la competencia efectiva, generan que el modelo de control de fusiones cobre presencia como una regla jurídica que permite la intervención indirecta del poder público en

la economía, manifestándose en la revisión por parte de las agencias de competencia de ciertos cambios estructurales que, por su magnitud, podrían afectar la libre competencia (lo que, como diría Vallejo, son pocos, pero son⁴).

De manera ilustrativa podemos señalar que las agencias de competencia se aproximan al análisis de los efectos de ciertas fusiones en el mercado que superan sus umbrales legales de notificación de la siguiente forma: (i) primero, analizan si el acto entre privados corresponde al de una concentración económica; (ii) segundo, estudian los alcances del mercado relevante del producto o servicio que se verá afectado por la realización de la operación; y, (iii) tercero, revisan los efectos positivos (eficiencias) y negativos (anticompetitivos) que causará la operación de fusión una vez ejecutada en el mercado, lo que deberá colocarse en una balanza que permita determinar si corresponde declarar su compatibilidad con el mercado, condicionarla al cumplimiento de ciertas obligaciones para la mitigación de sus efectos negativos o, en algunos pocos casos, impedir su realización.

A continuación graficamos, en líneas generales, el procedimiento de análisis de una fusión:



⁴ Oliver Williamson, promotor de la inclusión de las eficiencias como análisis de las fusiones que logró un cambio relevante para el moderno control de fusiones económicas como veremos más adelante, indicó que: *"Most mergers produce neither significant price nor efficiency consequences, and where this is true the analysis of this paper has limited relevance. Where both occur, however, and if without merger the transition to an efficient industrial configuration is apt to be both painful and delayed, an efficiency defense deserves consideration. This does not of course mean that the mere existence of economies is sufficient to justify a merger"*. Traducción libre: "La mayoría de las operaciones de fusión no genera efectos significativos en los precios o en la eficiencia (de un mercado), siendo que cuando ello es así los alcances del presente trabajo tienen limitada importancia. Sin embargo, cuando ambos efectos ocurren, y sin la operación de fusión la transición a una organización industrial eficiente (de un mercado) será tanto difícil como lenta, el uso de las eficiencias como defensa de la operación merece consideración. Esto, claro, no quiere decir que la simple existencia de economías (eficiencias) será suficiente para justificar una operación de fusión...". WILLIAMSON, Oliver. "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs". En: The American Economic Review 58. Número 1. 1968. pp. 33-34.

II. ¿EN QUÉ CONSISTE UN ACTO DE CONCENTRACIÓN PARA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA?

Como vimos, la primera pregunta que debe absolver una agencia de competencia consiste en determinar si la operación presenta los elementos necesarios para considerarla una concentración económica para el Derecho de la Competencia. Aquí, para identificar un acto de fusión económica deben confluír: (i) **un cambio efectivo**; y, (ii) **un cambio duradero**, ambos en relación al control de un competidor, lo que resulta en una modificación en la estructura de determinado mercado.

Cambio efectivo del control. Existe una condición indispensable para considerar a un acuerdo como lesivo: la preexistencia de una relación de competencia entre las empresas al ejecutarse la operación de concentración. Aquí es útil considerar que una de las acepciones más generales y acertadas de una empresa en términos de competencia es el considerarla como una unidad económica independiente del resto de sus competidores, lo que, no ocurre en aquellos casos en que ésta se encuentra aglomerada en un grupo controlado por la misma persona jurídica, usualmente las denominadas empresas *holding* en cuyo seno se ejerce la autoridad decisoria de cada empresa en interés del grupo en su conjunto. Ello determina que para el Derecho de la Competencia, las empresas bajo el control de una *holding* sean consideradas como una única empresa.

Por ejemplo, si dos empresas, “A” y “B” que forman parte del grupo empresarial conocido

como “El abecedario” junto con otras cinco empresas (“C”, “D”, “E”, “F” y “G”), toman la decisión de fusionarse, ello no producirá más que una reestructuración interna del grupo económico, una simple operación intra-grupo⁵, a la cual será ajena la aplicación de las normas de control de fusiones. Similar es el caso en el que una empresa decide adquirir otra que integra un mercado en el que no participa el inversionista previamente, sea directa o indirectamente, en cuyo caso no se produciría una reducción de la competencia efectiva existente y, por tanto, estaría exenta del análisis del control de fusiones.

De allí que podamos afirmar que para que una operación de fusión entre empresas pueda producir un efectivo cambio del control entre las mismas (generando así una modificación de la estructura del mercado), la agencia de competencia deberá constatar la existencia de una reducción en las reglas de competencia existentes, lo que se produce si existe previamente una independencia entre las partes que participan en la operación de concentración (es decir, la existencia de una autonomía decisoria de una empresa en relación al resto de empresas que participan en la operación⁶).

Lo cierto es que, más allá del envoltorio jurídico, la operación debe producir una modificación estructural real y efectiva para poder considerarse como un acto sujeto a un procedimiento de control de concentraciones⁷, lo que puede entenderse en armonía con el principio de primacía de la realidad que determina la preeminencia de la real naturaleza de las conductas investigadas atendiendo a las situaciones económicas subyacentes⁸.

⁵ Dicho criterio ha sido correctamente aplicado por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI en el procedimiento administrativo de autorización previa de una operación de concentración en el mercado eléctrico presentada por Electro Sur Este S.A.A. – ELSE que consistiría en la transferencia en propiedad de la Central Hidroeléctrica Hercca de la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. – EGEMSA a su favor, según un Acuerdo de Directorio del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE (Resolución 082-2009/CLC-INDECOPI, de fecha 26 de noviembre de 2009). Aconteció que ELSE es una empresa pública de derecho privado dedicada a la distribución y comercialización de energía eléctrica en la región sur de nuestro país, mientras que EGEMSA por su parte también era una empresa estatal de derecho privado pero dedicada a la generación de energía eléctrica, correspondiendo el 99.59% y 100% de participación en sus capitales sociales en aquel entonces al FONAFE y, por lo tanto, la operación consistía sólo en el cambio de titularidad formal de un activo al interior de un grupo económico.

⁶ BELLO MARTÍN-CRESPO, María Pilar. Op. cit. pp. 187 y 188.

⁷ GONZÁLES-DÍAZ, Francisco Enrique y Josep María CARPI BADIA. “La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español”. En: Tratado de Derecho de la Competencia. Tomo I, Capítulo 10. Barcelona: Bosch. 2005. pp. 636 y 637.

⁸ Cabe mencionar que en el Artículo 5 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se recoge el mencionado principio.

Cambio permanente del control. Un criterio adicional para considerar la configuración de un acto de concentración económica consiste en el grado de permanencia o durabilidad de la operación. Para ello, las agencias de competencia deben apreciar el período de tiempo en el que se mantendrán los efectos de la unión empresarial, prestando especial atención a las características del sector económico en las que se produce y los fundamentos en los cuales se basó la decisión de concentración.

Obsta decir que no resulta un problema determinar ello si nos encontramos frente a casos en que la unión se produce con efectos permanentes (como ocurriría en el caso de la fusión societaria), mientras que resulta particularmente relevante en los casos en que dicha concentración económica ocurre con plazo definido (como en las asociaciones en participación, alianzas estratégicas o las tomas de control temporal sobre una empresa).

En resumidas cuentas, podemos afirmar que una concentración económica debe entenderse como aquella unión entre empresas que permite a alguna de éstas ejercer de forma permanente una nueva influencia decisoria sobre las demás que eran independientes. Vemos que se trata entonces de un concepto más económico que jurídico –de allí nuestra continúa alusión a “fusión económica” o “concentración económica” y no simplemente a “fusión” o “concentración”.

A. ¿En qué circunstancias se produce una concentración para el Derecho de la Competencia?

Los criterios antes definidos que configuran un

acto de concentración económica como son el cambio efectivo y duradero de la estructura del mercado, se presentan en la realidad bajo distintas características y circunstancias particulares. Ahora, si bien al Derecho de la Competencia le interesa más la naturaleza económica de cada operación que su contenido formal, lo cierto es que a partir de esto último, más relacionado con el Derecho Societario, se han desarrollado definiciones propias de las distintas clases de uniones empresariales, como: (i) concentración de empresas anteriormente independientes; (ii) adquisición de control de parte o la totalidad de una empresa; (iii) creación de una empresa en común; y, (iv) compra de activos.

Concentración de empresas anteriormente independientes. Aquí el Derecho de la Competencia se apoya inicialmente del tradicional y conocido concepto de fusión en el Derecho Societario que, en nuestro país, se define como el acto por el cual dos o más sociedades se reúnen para formar una sola, siempre y cuando se cumplan los requisitos prescritos por ley y estatutos de los participantes, con la característica predominante de producir la pérdida de la personalidad jurídica de, al menos, una empresa (de acuerdo a la Ley 26887, Ley General de Sociedades)⁹.

Esta última característica inseparable de la fusión societaria la convierte en la expresión más completa de la práctica jurídico-empresarial que permite alcanzar una concentración entre empresas pues desaparece la personalidad jurídica de al menos una de ellas originándose una nueva unidad económica¹⁰, lo que, inevitablemente,

⁹ “Artículo 5.-

En la aplicación de esta Ley, la autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.”

⁹ “Artículo 344.-

Por la fusión dos o más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas:

1. La fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante origina la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque, y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad; o,
2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso.”

¹⁰ BROSETA PONT, Manuel. “Manual de Derecho Mercantil”. Décima Edición. Madrid: Tecnos S.A. 1994. p. 342

reduce la competencia efectiva en el mercado siempre que haya existido independencia económica y relación de competencia previa entre las empresas que participan de la operación.

Ahora, mientras la descripción societaria de una fusión resulta marcadamente formalista, el Derecho de la Competencia ha adoptado un concepto más amplio para sus políticas de control de concentraciones. De allí que, concibe a la fusión como un hecho más allá de la mera formalidad jurídica utilizada para integrar a dos o más empresas, alcanzando mayor relevancia la realidad económica subyacente en cada operación.

Por tal motivo y con acierto, las normativas de libre competencia han preferido la mención a que el acto de fusión económica se produce entre dos o más empresas antes independientes¹¹, permitiendo extender sus fronteras a los casos en los que aún sin producirse una transferencia patrimonial y extinción de la personalidad jurídica –requisitos de una fusión societaria–, la combinación de factores vinculados con cada empresa independiente puede ocasionar una nueva única entidad económica¹².

A manera de ejemplo, tenemos a los casos en que dos empresas acuerdan mantener una gestión en común (lo que puede apreciarse en una *dual-listed company*) en la cual ambas mantienen sus personalidades jurídicas propias, pero son gestionadas y administradas como una única empresa, pudiendo compartir un mismo *senior management*.

Adquisición de control de parte o la totalidad de una empresa. Consiste en la adquisición de una cuota considerable (o que sumada a una cuota anterior se convierte en considerable) de participaciones en el capital social de una empresa y es la herramienta más utilizada en el mundo empresarial. Ello resulta entendible pues en la práctica dicha figura permite sortear las dificultades propias de una fusión societaria tales como la irreversibilidad del patrimonio compensado tras la unión empresarial, lo que a la postre otorga mayores facilidades al inversionista para retirarse de los negocios cuyo control ha adquirido y no le resultasen rentables¹³.

Ahora, volviendo al principio de cambio efectivo del control de una empresa, debemos considerar que la compra de un paquete accionario sobre otra sociedad no siempre otorgar al nuevo titular la capacidad de dirigir el negocio de la empresa. Para ello debe analizarse particularmente el concepto de control. En nuestro país, existen diversas regulaciones sectoriales¹⁴ que definen las características de la toma de control (en líneas generales, hay control directo cuando una persona ejerce más de la mitad del poder de voto en el máximo órgano societario y control indirecto cuando tiene la facultad de designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio, lo que le permitiría controlar las políticas operativas o financieras de la empresa).

Por su parte, las normas societarias peruanas no recogen una definición precisa sobre la adquisición de control de una empresa. Ello

y ELÍAS LAROZA, Enrique. "Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú". Trujillo: Normas Legales. 2001. p. 736.

¹¹ A manera de referencia podemos apreciar lo establecido en el numeral 1 del Artículo 3 del Reglamento 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas de la Unión Europea.

"Artículo 3.1.-

Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

a) La fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes..."

¹² FURSE, Mark. Op. cit. p. 82.

¹³ Existen distintas razones por las cuales una empresa puede decidir llevar a cabo una desinversión, por ejemplo, ésta puede tener por objeto el concentrar los recursos empresariales en el núcleo de negocio al deshacerse de las partes poco rentables o que no logran alcanzar las expectativas de desempeño. SUDARSANAM, P.S. "La esencia de las fusiones y adquisiciones". México: Prentice-Hall Hispano Americana S.A. 1996. pp. 3 y 4.

¹⁴ Resolución CONASEV 090-2005-EF-94.10, Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos.

"Artículo 6.-

Para efectos del presente reglamento, se considera control la capacidad de dirigir la administración de la persona jurídica. Salvo prueba en contrario, se presume la existencia de control en los siguientes casos:

se debe probablemente a que ésta se debe interpretar a partir de los parámetros legales mínimos necesarios para la toma de decisiones como son las reglas de quórum para la instalación de la junta general o el porcentaje de votos para la adopción de los acuerdos, lo que como mínimo, en el caso de los acuerdos sobre asuntos de alta relevancia corresponde a la mayoría absoluta de las acciones suscritas de derecho a voto (50% + 1 acción).

Cabe decir que si bien los parámetros societarios descritos permitirían a la agencia de competencia peruana determinar que una persona que ostenta la propiedad sobre acciones que representan una mayoría absoluta del derecho a voto tendría el control directo de la empresa, lo cierto es que dependerá de las normas estatutarias establecidas en cada sociedad, las cuales podrían relativizar la capacidad de influencia de importantes accionistas (por ejemplo, si se establece en una sociedad que para adoptar un acuerdo sobre las políticas comerciales del negocio se debe contar como mínimo con el 80% de las acciones suscritas con derecho a voto, un accionista que posee el 79% de participaciones no tendría el control conjunto sobre la misma, pues requerirá del apoyo de otro accionista para adoptar válidamente dicho acuerdo).

Ahora, para el Derecho de la Competencia una persona adquiere el control de parte o la totalidad de una empresa desde el momento en que puede ejercer una influencia decisiva sobre sus negocios, siendo determinante el hecho de adquirir esa mera posibilidad sin importar el medio utilizado para adquirir tal poder¹⁵ ¹⁶. Es fácil percibir cómo nos encontramos ante una definición con visos económicos, sin perjuicio del hecho que las circunstancias jurídicas en la que se presente cada operación de fusión sirvan de pista inicial para reconocer los efectos económicos que se producirán en la realidad.

Es así que el control puede presentarse en dos escenarios: (i) control exclusivo, cuando es ejercido por una sola persona (por ejemplo, la compra de una parte considerable del accionariado que otorga al adquiriente el derecho de elegir a más de la mitad de los miembros del directorio); y, (ii) control con común o conjunto, cuando es ejercido por dos o más personas (por ejemplo, la suscripción de un *pooling agreement* que confiere a ciertos accionistas la mayoría requerida para adoptar las decisiones sobre la estrategia comercial). A diferencia del control exclusivo, en el control conjunto existe la posibilidad de llegar, al menos, a una situación de bloqueo,

a) Cuando a través de la propiedad directa o indirecta de acciones, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso o similares, acuerdos con otros accionistas o cualquier otro acto jurídico, se pueden ejercer más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de dicha persona jurídica, salvo que en la misma persona jurídica un tercero se encuentre en la situación prevista en el inciso b) siguiente. b) Cuando sin contar con más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de dicha persona jurídica, pueden designar o remover a la mayoría de los miembros del directorio.”

Es útil advertir que la norma descrita alude a la capacidad de dirigir la administración de una persona jurídica, lo cual bajo una interpretación estricta podría involucrar únicamente los actos de administración y no precisamente las políticas comerciales o de inversión que influyen en el negocio, lo que sería cuestionable para el Derecho de la Competencia pues en éste sí es posible un cambio en la estructura de mercado cuando un tercero logra obtener una especial influencia en las políticas comerciales de una empresa, controlando así el grado de competencia que ésta representa en los mercados.

Resolución SBS 445-2000, Normas especiales sobre vinculación y grupo económico.

“Artículo 9.-

Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica. El control puede ser directo o indirecto. El control es directo cuando una persona ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio. Asimismo, el control es indirecto cuando una persona tiene facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, para ejercer la mayoría de los votos en las sesiones del directorio u órgano equivalente, o para gobernar las políticas operativas y/o financieras; aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios.”

El sector bancario adoptó una definición más amplia del control, aproximándose a una interpretación económica al agregar los términos de “influencia preponderante y continua”, lo que guarda armonía con el elemento esencial de cambio permanente del control para configurar un acto de concentración.

¹⁵ GONZÁLES-DÍAZ, Francisco Enrique y Josep María CARPI BADIA. Op. cit. p. 642; FURSE, Mark. Op. cit. p. 83; y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo. “Empresas en participación (*joint ventures*) y Derecho Comunitario de la Competencia”. Barcelona: Bosch. 2007. p. 91.

¹⁶ Han existido tres modelos que definen el concepto jurídico de la adquisición de control de una empresa y que

lo que exige el acuerdo previo entre el subgrupo para la adopción de las decisiones más importantes¹⁷.

En cualquiera de los dos casos, se pueden subdividir dos nuevos grupos, a saber: (i) control de derecho o *de iure*, que corresponde al control que se adquiere gracias a un soporte jurídico (por ejemplo, la mayoría requerida de acuerdo a los estatutos sociales para adoptar acuerdos relevantes o derechos de veto específicos de una minoría –es importante que a efectos que el derecho de veto pueda considerarse como una influencia decisoria relevante, el mismo deberá permitir bloquear asuntos esenciales de la conducta estratégica de la empresa tales como la aprobación del presupuesto, plan de negocio¹⁸, inversiones significativas, *senior management*, entre otros igualmente relevantes¹⁹–); y, (ii) control de hecho o de facto, donde si bien existen medios jurídicos que lo soportan, éstos *per se* no dan lugar a una toma de control (por ejemplo, un accionista minoritario dispone regularmente de una mayoría en la junta general gracias a una amplia atomización del capital social o diversos accionistas actúan como una única unidad económica decisoria sin mediar vínculos contractuales sino fuertes intereses en común –como es el caso de los

vínculos de parentesco²⁰).

Aquí es útil destacar que la noción de adquisición de control frente al de la propiedad de la empresa ha adquirido una mayor relevancia en el desarrollo del capitalismo moderno en el cual es evidente la masiva combinación y aglomeración de capitales en las grandes empresas, cuyo accionariado podría atomizarse gracias al ingreso a mercados bursátiles al grado de, en ocasiones, permitir la adquisición del control con escasos porcentajes de participación en el capital social²¹.

En cualquier caso, los sistemas jurídicos que aplican políticas de libre competencia procuran un equilibrio entre el principio de seguridad jurídica (relacionado con una descripción normativa suficiente que permita predecir cuándo nos encontramos ante una situación de cambio de control) y eficacia (relacionado con permitir a la agencia de competencia proteger el mercado sin encontrarse maniatados a la descripción normativa)²², permitiendo un desarrollo normativo flexible pero, a su vez, predecible, experiencia que deberíamos considerar en la eventual aplicación de dichas políticas en nuestro ordenamiento jurídico.

oscilan entre los principios de seguridad jurídica y eficacia, a saber: (i) modelo formalista, que comporta una lista cerrada de actos jurídicos o categorías que producirían una adquisición de control, acercándose así al principio de seguridad jurídica; (ii) modelo económico, que implica centrarse en los efectos económicos, siendo irrelevante los medios jurídicos utilizados, acercándose así al principio de eficacia; (iii) modelo ecléctico, procura la combinación del modelo formalista y económico antes descritos, permitiendo así distanciarse de los problemas de falta de predictibilidad e ineficiencia en la aplicación de la norma de tales modelos. Si bien el modelo económico corresponde al aplicado en las políticas modernas de control de fusiones y adquisiciones en el mercado, lo cual resulta razonable desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, lo cierto es que los medios jurídicos empleados permiten obtener mayor certeza sobre la realización de una concentración económica en los mercados.

MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo. Op. cit. pp. 89-92.

¹⁷ BIAGGINI, Pablo A. y Hugo ASPLINDH. "Joint venture y el control de fusiones y adquisiciones en el Derecho argentino" En: Boletín latinoamericano de competencia 14. 2002. p. 6.

¹⁸ La posibilidad de tomar las decisiones relacionadas a la estrategia o plan de negocios de una empresa resulta fácil para determinar el control sobre una empresa toda vez que ésta tiene por objeto, precisamente, el crear una ventaja competitiva en el mercado, lo cual, evidentemente, restaría la capacidad competitiva de la empresa frente al agente económico controlador que también participa en el mismo mercado sea directa o indirectamente. SUDARSANAM, P.S. Op. cit. pp. 5 y 6.

¹⁹ FURSE, Mark. Op. cit. p. 85; y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo. Op. cit. pp. 94-101.

²⁰ Los ejemplos son infinitos, entre los cuales destacan ciertas circunstancias especiales que crean un control de hecho como es el caso de la situación de dependencia económica generada por acuerdos de suministro a largo plazo o créditos de importantes proveedores cuyas condiciones incluyen obligaciones estructurales que confieren influencia decisiva del acreedor sobre el deudor. FURSE, Mark. Op. cit. p. 83.

²¹ Esto es lo que se definiría como una sociedad de accionariado difundido donde existen socios de mando (que dirigen el negocio y que permanecen estables en el tiempo) y los socios especuladores (cuyo objetivo es aprovecharse del crecimiento de la empresa sin involucrarse en el manejo del negocio). ECHAIZ MORENO, Daniel. "Tratado de Derecho Mercantil. Derecho Societario". Tomo I. Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2005. p. 1342.

²² MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo. Op. cit. pp. 88 y 89.

La asociación en participación. Aunque los matices de una asociación en participación resulten similares a los casos de adquisición conjunta de una empresa descritos en los párrafos anteriores, el Derecho de la Competencia ha preferido otorgarle una distinción conceptual, la misma que reside, principalmente, en que en estos casos se crea una nueva unidad económica distinta de las matrices, mientras que la adquisición de control ocurre con una unidad económica existente.

Actualmente, los contratos asociativos se presentan en la práctica empresarial, usualmente, para competir en nuevos mercados o reforzar la posición en uno. Ello representa una herramienta jurídica útil para el ingreso de capitales extranjeros o la salida de capitales locales en busca de nuevos mercados foráneos, en los cuales se han establecido alianzas comerciales que han permitido repartir el riesgo e inversión, facilitando el acceso a crédito y compartiendo ventajas competitivas tales como el acceso a redes de distribución, posicionamiento en el mercado, entre otros²³. De allí que no debe resultar extraño que en nuestro país las normas donde se hace alusión a los contratos asociativos suelen relacionarse con la promoción de la inversión extranjera²⁴.

Similar a las formas de configuración de un acto de fusión empresarial, aquí el Derecho de la Competencia recibe los aportes del Derecho Societario, en el cual los contratos

asociativos tienen distintas denominaciones dependiendo de las características otorgadas por los participantes de la operación, tales como los conocidos contratos de *joint venture*, operación conjunta, colaboración empresarial, consorcio, entre otros.

De hecho, el desarrollo de dichos contratos suele definirse en las normativas específicas de manera genérica, probablemente por la dificultad de encasillar sus alcances dinámicos en parámetros legales estáticos. Esto último puede apreciarse claramente en los alcances otorgados a dichos contratos en la normativa societaria, aunque su estudio exceda las limitaciones del presente artículo²⁵.

En todo caso, para el Derecho de la Competencia la característica fundamental que deben reunir los contratos asociativos para ser considerados como actos de fusión económica es la de permanencia en el tiempo que pudiese producir un cambio en la estructura del mercado, según comentamos en párrafos anteriores. El matiz se vuelve más claro cuando la relación asociativa crea una nueva entidad económica independiente de las matrices que participan en la misma, cuya estructura no permite la coordinación de las estrategias competitivas de éstas, lo que se denomina como empresas en participación con plenas funciones o *full function joint ventures*.

Ello puede verificarse usualmente cuando la empresa asociativa creada tiene por

²³ RODRÍGUEZ, Armando. "El rol de las políticas de fusiones en economías de reciente liberalización". En: Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina. Lima: Indecopi. 1998. pp. 161 y 162.

²⁴ Entre las cuales tenemos las siguientes: Artículo 1 del Decreto Supremo 010-88-PE, Adoptan diversas opciones de participación transitoria de embarcaciones extranjeras pesqueras, y Artículo 49 del Decreto Ley 25977, Ley General de Pesca (sobre operaciones conjuntas de pesca de embarcaciones pesqueras de bandera extranjera en aguas jurisdiccionales); literal h) del Artículo 1 del Decreto Legislativo 662, Otorgan un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías, y literal a.3 del Artículo 1 del Decreto Supremo 162-92-EF, Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada (sobre la modalidad de contratos de asociación en participación como actividades económicas que son consideradas inversiones extranjeras); Artículo 4 del Decreto Legislativo 708, Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, y Artículo 204 del Decreto Supremo 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (sobre la posibilidad de realizar contratos de riesgo compartido para el desarrollo y ejecución de actividades mineras); Artículo 36 del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado (sobre la participación en consorcio en los procesos de selección para la contratación con el Estado).

²⁵ Nos referimos específicamente a las disposiciones contenidas en los Artículos 438 y siguientes de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, que recogen las definiciones legales otorgadas a los contratos asociativos, otorgando como característica societaria y eminentemente formal común el no crear una persona jurídica nueva. Ley 26887, Ley General de Sociedades. "Artículo 438.-

Se considera contrato asociativo aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. El contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro."

objeto ingresar a un mercado en el cual las matrices no participan como competidores o, en su defecto, éstas se retiran del mismo una vez creada la entidad asociativa²⁶. Como se intuye, los contratos asociativos deben diferenciarse de los acuerdos de colaboración entre empresas —comúnmente denominadas alianzas estratégicas²⁷— que permiten el apoyo mutuo en el desarrollo de I + D de determinada tecnología²⁸, producción o distribución compartida de sus productos, entre otros factores que mejoran el posicionamiento de ambas empresas en cierto mercado, lo que, en muchos casos, permite una coordinación directa de sus comportamientos, enfoque que corresponde más al control de conductas que al de estructuras analizados en el presente trabajo.

Por tal motivo, en estos casos las agencias de competencia deben dirigir su análisis a determinar si la relación asociativa creará una nueva entidad económica independiente de sus matrices o si, de lo contrario, mantendrá una fuerte vinculación con el giro de negocio de éstas, lo que podría convertirlo en una entidad de coordinación que recaería en los alcances de las normas de control de conductas, en nuestro caso en el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Compra de activos. La inclusión de la compra de activos como una modalidad de fusión

económica se sostiene en la necesidad de evitar que las empresas estructuren sus operaciones como una simple adquisición de activos que deje a la empresa adquirida como un cascarón vacío, cuando, en realidad, se estaría configurando una unión económica encubierta²⁹.

Aunque puede incluirse dentro del concepto de adquisición de control antes desarrollado³⁰, por sus aspectos económicos más que formales —uno está más cercano a la adquisición directa de la propiedad sobre ciertos activos, mientras el otro es una adquisición indirecta sobre éstos últimos—, tiene la particularidad de considerar únicamente a la compra de un bloque patrimonial que tenga suficiente autonomía económica y funcional como para constituir una empresa en sí misma, es decir, no un simple conjunto de activos dispersos.

Esto último resulta una interpretación puramente económica —entendible a la luz del principio de primacía de la realidad recogido en nuestra legislación de libre competencia en el cual predomina la naturaleza económica más allá del envoltorio jurídico elegido por las partes³¹— pues un conjunto de activos que componen una organización empresarial o pueden componerla en un breve periodo de tiempo puede llegar a considerarse con efectos idénticos al de un conjunto de activos incorporados en una empresa jurídicamente reconocida como tal³².

²⁶ GONZÁLES-DÍAZ, Francisco Enrique y Josep María CARPI BADIA. Op. cit. pp. 647-649; y BIAGGINI, Pablo A. y Hugo ASPLINDH, Op. cit. pp. 3 y 4.

²⁷ Aunque en nuestro país aún no ha tenido un rol preponderante en el sector empresarial, a nivel global las alianzas estratégicas en las últimas décadas han presentado un creciente interés en los empresarios pues les permite competir en mercados cada vez más integrados y amplios, donde la colaboración puede servir de apalancamiento para un mejor desempeño económico. TRIGO PORTELA, Joaquín. "Alianzas estratégicas: su efecto en la competencia y la organización industrial" En: Anuario de la competencia 1998. Madrid: Marcial Pons. 1999. pp. 194-195 y 201-202; SUDARSANAM, P.S. Op. cit. pp. 10 y 279-282.

²⁸ Aquí podemos mencionar el caso del mercado de automóviles, específicamente en los vehículos familiares o de todo terreno, donde son usuales las alianzas estratégicas entre grandes corporaciones automovilísticas tales como los realizados entre Renault y Matra, Citroen, Fiat y Peugeot, Volkswagen y Ford o Ford y Nissan, entre otros. TRIGO PORTELA, Joaquín. "Alianzas estratégicas: su efecto en la competencia y la organización industrial" En: Anuario de la competencia 1998. Madrid: Marcial Pons, 1999. pp. 216 y 217.

²⁹ TOVAR MENA, Teresa V. Op. cit. p. 69.

³⁰ De allí que diversas regulaciones de control de estructuras han preferido su regulación conjunta con el concepto de control, lo que puede ser apreciado de la lectura de los numerales 1 y 2 del Artículo 3 del Reglamento 139/2004 sobre el control de concentraciones económicas en la Unión Europea.

³¹ Artículo 5 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se recoge el mencionado principio.

"Artículo 5.-

En la aplicación de esta Ley, la autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos."

³² En nuestro país, a mediados del 2011 la empresa Alicorp S.A., propietaria de la marca de helados "Lamborghini",

III. ¿CUÁL ES EL MERCADO RELEVANTE QUE PODRÍA VERSE AFECTADO POR LA FUSIÓN ECONÓMICA?

Si bien hemos visto que el siguiente paso en el análisis de una fusión corresponde al de la definición del mercado relevante de producto o servicio que podría verse afectado por la misma, la extensión del presente artículo nos impide su desarrollo. En todo caso, podemos adelantar que la definición del mercado irá acompañada de la determinación del poder de mercado³³ de cada competidor que está involucrado en la fusión investigada, pues dependerá de los niveles de poder alcanzados por la empresa post fusión la decisión que deberá adoptar la agencia de competencia.

Para ello, existen diversas herramientas modernas para determinar el poder de mercado de una empresa, tanto de manera directa (donde encontramos al conocido índice de Lerner y la elasticidad precio de la demanda) como indirecta (que incluye los análisis de sustituibilidad de la demanda y oferta, el test SSNIP, el índice *Herfindahl-Hirschman*, barreras de entrada, entre otros).

Lo que sí es importante anotar es que si bien la necesidad del uso de las herramientas económicas antes señaladas podrían precipitar nuestro juicio al considerar que tal análisis demandaría tiempo y recursos considerables para la administración pública que no podrían

ser asumidos en el corto plazo en el que se requiere su respuesta, generando que la norma de control de fusiones se convierta en un desincentivo para la formación natural de éstas en los mercados, lo cierto es que las agencias de competencia, en la práctica, no suelen adoptar la mayoría de sus decisiones sobre mercados enteramente delimitados.

De hecho, las agencias de competencias sólo depositan sus mayores esfuerzos en el estudio de las estructuras de un mercado y los efectos que una fusión podría tener en el mismo, en los casos en que resulta estrictamente necesario por existir indicios que determinen un estudio más profundo. Por citar un ejemplo, en un periodo de cinco años de un total de 1295 decisiones sobre operaciones de fusión adoptadas por la Comisión Europea, en 924 procedimientos (71.4%) la definición del mercado permaneció abierta pues fue fácil percibir que las mismas no representarían mayores problemas³⁴.

IV. ¿QUÉ EFECTOS POSITIVOS EN LA COMPETENCIA EFECTIVA PODRÍA GENERAR UNA FUSIÓN ECONÓMICA?

Las agencias de competencia luego de determinar que efectivamente se encuentran frente a un acto de fusión económica y que, además, los efectos del mismo podrían representar un menoscabo a la competencia efectiva en determinado mercado relevante

acordó la venta a Nestlé Perú S.A., propietaria de la marca de helados "D'Onofrio", de sus activos destinados al negocio de helados, reservándose la propiedad de dicha marca. Aunque los montos involucrados en dicha operación de venta de activos podrían no haber superado los umbrales regulares del valor de la operación establecidos por las normas de control de fusiones, lo cierto es que es usual que éstas incluyan criterios objetivos de participación en el mercado de las empresas involucradas a efectos de originarse la obligación de notificar la operación a la agencia de competencia –lo que posiblemente sí habría ocurrido en dicha compra si consideramos que el *market share* en el mercado de helados de Nestlé oscilaba el 90.4% y su competidor más cercano era precisamente Alicorp con una participación de alrededor del 4.0% (Semana Económica, 18 de septiembre del 2011, Año XXVII, N° 1289, p.31)–. Si bien no es posible analizar la repercusión que podría haberse en la competencia efectiva en el mercado de helados en nuestro país pues ello requeriría un estudio bastante más exhaustivo, sí sirve de ejemplo de cómo la simple compra de activos de un competidor puede generar los efectos propios de una fusión económica en el mercado.

³³ Es ampliamente aceptada la definición del poder de mercado como la capacidad del proveedor (u oferente) de un producto o servicio de elevar los precios a niveles mayores al competitivo (esto es, sobre los costos marginales), pudiendo realizar ello de manera sostenible y rentable en el tiempo, sin que se entienda como un simple aumento volátil del precio. BOGO, Jorge. "Algunas cuestiones claves en el análisis de las fusiones y adquisiciones de empresas bajo la Ley 25.156" En: Boletín latinoamericano de competencia 14. 2002. p. 12; JIMÉNEZ LAIGLESIA, Juan y José JIMÉNEZ LAIGLESIA. "La revisión del análisis comunitario europeo de concentraciones horizontales. Una primera aproximación al proyecto de comunicación (PC) de la Comisión Europea..." En: Anuario de la competencia. Madrid: Marcial Pons. 2003. pp. 222-226; FURSE, Mark. Op. cit. p. 33; SCHWALBE, Ulrich y Daniel ZIMMER. "Law and economics in European merger control". Gran Bretaña: Oxford University Press. 2009. p. 41; VIVES, Xavier. "Concentración y competencia" En: Anuario de la competencia. Madrid: Marcial Pons. 1998. p. 72.

³⁴ GONZÁLES-DÍAZ, Francisco Enrique y Josep María CARPI BADIA. Op. cit. pp. 673 y 674.

previamente delimitado, deberán analizar cuáles son los efectos positivos o negativos que generará. Ello determinará la posibilidad de balancear los pros y contras de la operación de fusión respecto de la competencia efectiva, lo que resulta hoy un aspecto primordial en la aplicación del control de fusiones.

Elegir comentar primero los efectos positivos que produce una fusión económica en los mercados no es una elección en vano. De hecho, uno de los aspectos más relevantes que caracteriza al moderno control de fusiones (aún inacabado y en perfeccionamiento) es el de considerar en sus análisis los efectos positivos que las fusiones podrían producir en el mercado, lo que se ve reflejado en las normativas del derecho *antitrust* estadounidense y Derecho de la Competencia europeo.

Por tanto, antes de comentar los efectos positivos que pueden ocasionar, consideramos importante preguntarnos si el control de fusiones ha utilizado siempre el mismo enfoque para su estudio. Para absolver dicha interrogante, a continuación presentamos un breve repaso del tránsito vivido en ambos sistemas *antitrust* que han servido de *benchmarking* para las políticas de defensa de

la competencia alrededor del mundo.

A. Estados Unidos de Norteamérica

En el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, al menos hasta inicios de los años ochenta las políticas aún primitivas del control de fusiones fueron aplicadas con miras a alcanzar objetivos políticos y sociales como el proteccionismo estatal a los pequeños productores, los que posiblemente asignaban de manera menos eficiente los recursos del mercado, lo que conllevó a la resolución de casos emblemáticos como *Brown Shoes* (1962)³⁵, *Philadelphia National Bank* (1963)³⁶ y *Von's Grocery* (1966)³⁷.

Dichos errores estuvieron relacionados en gran medida con la influencia de la Escuela de Harvard y su paradigma estructura-conducta-resultado (*structure-conduct-performance*) que pugnaba por una relación de causalidad unidireccional entre tales elementos con especial énfasis a la estructura, estableciendo que si ésta concentraba las ventas en pocas empresas les permitiría ejercer su poder de mercado en perjuicio de los consumidores al elevar los precios del mercado y alejarlos de los costes unitarios de producción, debiéndose, al menos, presumir que las empresas

³⁵ En el caso *Brown Shoes* (1962) estuvieron involucradas la tercera y octava más grandes tiendas de zapatos de los Estados Unidos de América, las que diseñaron una operación de fusión por la cual pasaron a obtener únicamente el 5% de las ventas en más o menos cien ciudades, lo que si bien hoy no revestiría importancia alguna para las agencias de competencia (probablemente ni lograrían alcanzar el umbral necesario para obligar su notificación previa), en dicho momento se consideró sería una amenaza para las pequeñas empresas, ordenándose el bloqueo de la operación, ignorando que una cadena grande de zapatería probablemente acarrearía eficiencias considerables para los consumidores al acceder a productos cuyo costo de producción podría haberse reducido y, por tanto, presentado precios más competitivos o mejorando la calidad de los mismos. (VALENTINE, Debra A. "La política de fusiones en los Estados Unidos" En: Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina. Lima: Indecopi. 1998. p. 138). Al respecto, no sorprende que Bork haya dicho que la mayoría de la Corte Warren, denominación que recibía la corte estadounidense en dicha época, ignoraba el criterio de la *Clayton Act*, norma que reunía los principios de aplicación del control de fusiones, convirtiéndola en una regulación virulentamente anticompetitiva. BORK, Robert H. "The antitrust paradox. A policy at war with itself". Nueva York: The Free Press. 1993. p. 198.

³⁶ En el caso *Philadelphia National Bank* (1963) estuvieron involucrados el segundo y tercer más grandes bancos comerciales de Filadelfia, siendo que tras la operación de fusión diseñada lograban obtener poco más del 20% y entre las empresas líderes de aproximadamente 33%, siendo que en dicho caso las cortes se opusieron a su ejecución por el sólo hecho de asumir una presunción de ilegalidad de una concentración empresarial que se producía en un mercado concentrado. Cabe indicar que dicho criterio no tiene cabida en las prácticas modernas del control de fusiones pues si bien teóricamente resulta mayor la competencia mientras existan mayor cantidad de competidores (esto es, el modelo teórico de competencia perfecta), lo cierto es que dicha presunción sólo resulta coherente en casos de monopolio o cuasi-monopolio (aunque igual deben acreditarse los efectos negativos) y, además, podrían concurrir factores que limiten el uso de su poder de mercado como son el ingreso de nuevos competidores, alto poder de negociación de los proveedores o clientes, entre otros. VALENTINE, Debra A. Op. cit. p. 138.

³⁷ En el caso *Von's Grocery* (1966) estuvieron involucradas empresas que mantenían tiendas de ventas de alimentos en Los Ángeles, siendo que las cortes estadounidenses prohibieron la operación de fusión diseñada por el sólo hecho de considerar que en dicho mercado las tiendas de alimentos habían pasado de ser 5365 en los años 50's a 3818 en 1961, lo que a su criterio demostraba una evidente tendencia a la concentración (*rising tide of concentration*) que debía evitarse. Es importante mencionar, como anota Tovar,

dominantes abusaban del mercado y en su calidad de “sospechosas” debían acreditar que su dominio no acarrearía ningún abuso³⁸. Esto generó que los tribunales estadounidenses omitieran analizar elementos cualitativos útiles como la generación de sinergias o eficiencias en el mercado³⁹.

Es recién a inicios de la década de los ochenta, cuando con la publicación de las *Merger Guidelines*⁴⁰ de 1982⁴¹ y 1984, que se materializarían importantes reformas a las políticas de control de fusiones al incluir nuevas tendencias en los análisis cualitativo económico como son las referidas a las barreras de entrada, progreso tecnológico del mercado y eficiencias, principalmente promovidas por las tesis liberales de la Escuela de Chicago⁴².

Dicha nueva etapa revolucionaría la forma en

que se apreciarían a las fusiones, retirando la venda que por años había llevado a creer, casi *per se*, que un mercado concentrado debía ser considerado nocivo, permitiendo que el análisis involucrara más elementos que demostraran con mayor certeza los reales efectos que podía causar una fusión económica. Un caso ejemplar de dichos cambios es el *Coca Cola Co.* (1986)⁴³.

Fue así que en la etapa moderna se introdujeron análisis relacionados a los juegos cooperativos y no cooperativos que comentaremos más adelante, así como la inclusión de las posibles eficiencias ciertas en la ponderación de los efectos de una fusión económica analizada por las agencias de competencias, lo que condujo inevitablemente al establecimiento de la presunción de carácter pro competitivo de las operaciones de fusión. Ello por su puesto no enervó el hecho que las políticas de control de

que las cortes estadounidenses evitaron considerar que un mercado como el del *retail grocery business* no existen significativas barreras de entrada, razón por la cual un aumento de poder de mercado podría atraer nuevos competidores. TOVAR MENA, Teresa V. Op. cit. pp. 71 y 72, 76 y 77; VALENTINE, Debra A. Op. cit. pp. 138 y 139.

³⁸ BORREL, Joan-Ramón y Antón COSTAS. “La política europea de control de concentraciones en entredicho: el caso Airtours/First Choice” En: Anuario de la competencia. Madrid: Marcial Pons. 2003. p. 206.

³⁹ Es interesante lo indicado por la autora Nadia Calviño, en relación con la evolución de los paradigmas de la teoría económica en cada país es que la valoración de las eficiencias ha transitado en tres estadios distintos: (i) las consideraciones de las eficiencias son irrelevantes para el análisis; (ii) las eficiencias deben ser valoradas en algún tipo (*efficiency defense*); y, (iii) las concentraciones debían ser prohibidas precisamente por generar eficiencias que llevan a una posición de dominio (*efficiency offense*). CALVIÑO, Nadia. “Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias en el análisis de las concentraciones empresariales” En: Anuario de la competencia. Madrid: Marcial Pons. 2003. p. 81.

⁴⁰ Las *Merger Guidelines* son utilizadas por la agencia de competencia estadounidense para informar a la comunidad empresarial, legal y demás grupos interesados de los estándares aplicados en sus análisis de fusiones económicas.

⁴¹ El reforzamiento en los criterios económicos puede apreciar en el lenguaje utilizado en el punto 10 de las *Merger Guidelines* de 1968 donde se indicaba que “a menos que concurren circunstancias excepcionales, el Departamento de Justicia no aceptará como justificación para la realización de una adquisición, normalmente impugnada bajo sus estándares de análisis de fusiones horizontales, el argumento que ésta generará economías (esto es, mejoras en eficiencia)” (Traducción libre de: “10. *Economies. Unless there are exceptional circumstances, the Department will not accept as a justification for an acquisition normally subject to challenge under its horizontal merger standards the claim that the merger will produce economies (i.e., improvements in efficiency)...*”), en comparación al utilizado en el Capítulo V de su versión de 1982 que indica “en la gran mayoría de casos, las Directrices permitirán a las firmas alcanzar eficiencias disponibles a través de fusiones sin interferencia del Departamento de Justicia. Excepto en casos extraordinarios, el Departamento no considerará un argumento de una eficiencia específica como un factor mitigante de los efectos de una fusión que de otra forma hubiese sido impugnada” (Traducción libre de: “A. *Efficiencies. In the overwhelming majority of cases, the Guidelines will allow firms to achieve available efficiencies through mergers without interference from the Department. Except in extraordinary cases, the Department will not consider a claim of specific efficiencies as a mitigating factor for a merger that would otherwise be challenged...*”) Como se aprecia, mientras en las *Merger Guidelines* de 1968 lo “excepcional” era reconocer las eficiencias producidas por una fusión, en su versión de 1982 lo era no considerarlas en el análisis de los efectos de la fusión.

⁴² DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Control de las concentraciones de empresas en el Derecho “*antitrust*” norteamericano. Líneas evolutivas”. En: Actas de Derecho Industrial 1985-86. Madrid: Colegio Universitario de Estudios Financieros – Consejo Superior Bancario. 1987. pp. 194 y 195; VICIANO, Javier. Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía (Acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal). Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch. 1995. p. 77.

⁴³ En el caso *Coca Cola Co.* (1986), la conocida empresa líder del mercado de bebidas carbonatadas no

fusiones permanecieron como un mecanismo útil para analizar aquellos casos en los cuales las concentraciones empresariales podrían llevar a una situación de monopolio o cuasi-monopolio (*near-monopoly*), que difícilmente podrán ser justificados por la generación de eficiencias económicas⁴⁴.

B. Europa

Por su parte, en el caso de Europa, se ha seguido un camino similar al antes expuesto. De hecho, la aún primitiva recepción en el mundo jurídico europeo se logró tras la incorporación de políticas de control de fusiones en el Tratado de París (1951) que estableció la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), obligando a las empresas que participaban en dicho mercado aún reducido a notificar sus operaciones de concentración económica (Artículo 66 del Tratado de París) cuando éstas podían causar un efecto negativo a la competencia efectiva.

Años después, aunque el control de fusiones sería relegado en la redacción del Tratado de Roma (1957) que constituiría la Comunidad Económica Europea (CEE), en la práctica los tribunales europeos bajo la consciencia de que los cambios estructurales en el mercado común, aunque positivos, podían poner en riesgo la competencia efectiva en el mismo, continuaron aplicando indirectamente el control de fusiones a través de una intrincada aplicación de los artículos 81 y 82 de dicho tratado, relativos a acuerdos restrictivos y abuso de una posición dominante, respectivamente, lo que se aprecia en los casos *Continental Can Company Inc.* (1971)⁴⁵ y *Philip Morris* (1987)⁴⁶.

Es así que, bajo la necesidad de contar con reglas directas transparentes y predecibles que regulasen el control de fusiones por parte de los tribunales europeos, se aprobó el Reglamento 4064/1989 sobre el régimen europeo de control de estructuras por el

alcohólicas anunció su intención de adquirir a la entonces cuarta empresa más grande del mercado, *Dr. Pepper Co.*, siendo que el juez emitió una medida cautelar prohibiendo la compra pues ocasionaría un alza en el grado de concentración de *Coca Cola Co.* De 37.4% a 42% en un mercado donde sumada la cuota de su principal rival, *PepsiCo*, llegaban a 66.3% del mercado y los demás competidores mantenían debajo de 5% de participación. En dicha oportunidad, la Corte estadounidense descartó la posición de la agencia de competencia en el sentido que una mayor concentración reduciría la competencia pues no existía evidencia que la presión proporcionada por *PepsiCo* se reduciría en los años siguientes, sin embargo, bloqueó la operación pues consideró que *Dr. Pepper Co.* de los principales competidores de *Coca Cola Co.*, al punto que en los últimos años ésta había intentado sin éxito elaborar su propia *pepper drink* lo que le acarreo considerables pérdidas en inversión, razón por la cual buscaba deshacerse de la amenaza que le generaba en el mercado comprando a su competidor, así como el ingreso al mercado no resultaba atractiva para futuros inversionistas si las empresas líderes controlaban el mercado y los costos hundidos eran altos.

⁴⁴ WILLIAMSON, Oliver. "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs". En: *The American Economic Review* 58. Número 1 (Mar., 1968). p. 33.

⁴⁵ En el caso *Continental Can Company Inc.* (1971), estuvo involucrada la, en aquel entonces, mayor productora de embalajes metálicos del mundo, *Continental Can*, la que creó una sociedad holding denominada *Europemballage*, luego de lo cual utilizó esta última como vehículo para la adquisición del 80% de las acciones de uno de los mayores productores de embalajes metálicos en la Europa continental, la holandesa TDV (*Thomassen y Drijver Verblifa NV*), adquiriendo el control sobre la misma. Adicionalmente, el mayor productor de embalajes metálicos en el referido mercado europeo era la sociedad alemana, *Smalbach Lubeca Werke A.G.*, la cual era controlado hacía dos años por *Continental Can* con una participación de 86% en su control, siendo que la operación antes descrita reforzaría considerablemente su posición dominante en el mercado europeo al adquirir a uno de los competidores más importantes. En dicho caso en particular, la Comisión Europea tomó la decisión de declarar incompatible con el mercado común la operación sometida a revisión de *Continental Can*, bajo el argumento de considerarse una explotación abusiva de su posición dominante previa. Si bien dicho pronunciamiento sería revocado por el Tribunal Europeo al considerar que no había sido definido correctamente el mercado relevante, confirmaría la aplicación del artículo 82 (ex artículo 86) del Tratado de Roma a los cambios estructurales considerables que genere una empresa con posición dominante en el mercado. ALONSO SOTO, Ricardo. "Derecho de la Competencia (III). El control de las concentraciones de empresas" En: *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Capítulo 15. Madrid: Civitas. 1999. pp. 303-305; ARPÓN DE MENDÍVIL Y DE ALDAMA, Almudena. "La nueva regulación sobre concentraciones empresariales en España". En: *El nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia. Descentralización, análisis económico y cooperación internacional*. Barcelona: Bosch. 2002. p. 327; FOLGUERA, Jaime y Otros. *El control de concentraciones en la Unión Europea. La práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento (CEE) 4064/89 por el Reglamento (CE) 1310/97*. Barcelona: Marcial Pons. 1999. p. 31.

⁴⁶ En el caso *Philip Morris* (1987), estuvieron involucrados dos acuerdos suscritos entre 1981 y 1984 entre las sociedades *Philip Morris Inc.* y *Rembrandt Group Ltd.* por los cuales esta última cedía el 50% de su

cual se materializaron las facultades para el control previo del control de estructuras en los mercados europeos⁴⁷. En dicho escenario, la tendencia estructuralista de la Escuela de Harvard que corresponde más a la etapa primitiva del control de fusiones estuvo representada por el (mal) uso del concepto de posición de dominio en el estándar aplicable para el análisis de una operación de fusión⁴⁸, delineándose lo que se denominaría posteriormente como el test de dominancia.

Similar al caso estadounidense, desde la década de los noventa en Europa se iría asimilando un análisis con mayores rasgos económicos cualitativos de la operación, dejándose atrás la atadura legal que significaba acreditar un abuso de posición de dominio al analizar una operación de fusión,

y dando paso al test sustantivo en el análisis de fusiones, el cual estaba caracterizado por considerar los factores no cuota (*non share/non structural factors*) como la heterogeneidad del producto, las múltiples demandas que afrontan los competidores en un mercado, la presión competitiva ejercida por los compradores, entre otros, todo lo cual permitía una evaluación más idónea de los efectos de una concentración⁴⁹.

Aunque dicho cambio de estándar se había producido años antes por pronunciamientos de los tribunales europeos, particularmente en el caso *Airtours/First Choice* (2002)⁵⁰, éste se materializó en la adopción del Reglamento 139/2004 que recogería dicho test sustantivo⁵¹, permitiendo así el estudio de las eficiencias como un elemento particularmente importante para definir

participación en la sociedad de inversión Rothmans Tobacco Holding Ltd. (RTH), así como un acuerdo de asociación con el fin de cooperar en la dirección de los negocios de Rothmans International plc. (RI), filial de RTH. A ello se suma el hecho que tanto *Philip Morris Inc.* como RI se encontraban entre los mayores productores mundiales de tabaco, siendo competidores directos en el mercado europeo, siendo que luego de una investigación la Comisión Europea impugnó los acuerdos invocando para ello tanto el artículo 81 (ex artículo 85), como el artículo 82 (ex artículo 86) del Tratado de Roma. Luego de ello, las sociedades involucradas en los acuerdos decidieron modificar sus alcances y someterse a las condiciones exigidas por la Comisión Europea, obteniendo el pronunciamiento favorable de esta última. BELLO MARTÍN-CRESPO, María Pilar. Op. cit. pp. 77 y 78.

⁴⁷ SERDAREVIC, Goran y Petr TEPLY. "Efficiency of EU Merger Control. Key Lessons from the 1990-2008 Period". Estados Unidos: VDM Verlag Dr. Muller Aktiengesellschaft & Co. 2010. p. 3.

⁴⁸ Aquí nos referimos al estándar legal que encontramos en el artículo 2 del Reglamento 4064/1989 que indica lo siguiente:

"Artículo 2.-

Se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al no crear ni reforzar posición dominante alguna en el mercado común o en una parte substancial del mismo. 3. Se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial del mismo."

⁴⁹ JIMÉNEZ LAIGLESIA, Juan y José JIMÉNEZ LAIGLESIA. Op. cit. pp. 227 y 228.

⁵⁰ En el caso *Airtours/First Choice* (2002), se presentó la consolidación de las sociedades *Airtours* y *First Choice* que formarían un nuevo grupo turístico entre los grandes tour operadores británicos, generándose una cuota de participación en el mercado de paquetes turísticos de sol y playa del Mediterráneo y Atlántico de aproximadamente 30%, participación similar a la entonces empresa líder del mercado, *Thomson* y mayor a la de *Thomas Cook*, tour operador que en los últimos años había crecido intensamente hasta alcanzar una cuota de mercado de aproximadamente 20%. En aquel escenario, la Comisión Europea en su intención de bloquear la operación pues, a su criterio, ésta generaría una afectación considerable a la competencia efectiva logró argumentar que de permitirse la fusión se generaría un oligopolio dominante que coordinaría su conducta en detrimento de la competencia efectiva. Aunque dicho pronunciamiento fue revocado por el Tribunal Europeo al argüir que la Comisión Europea habría realizado un análisis estático y no dinámico al solo considerar como sustento de su posición la elevada cuota de mercado que se generaría en los principales tour operadores, lo cierto es que alejó a los tribunales del tradicional concepto de acreditar la posición de dominio de una empresa en el análisis de una fusión. BORREL, Joan-Ramón y Antón COSTAS. Op. cit. pp. 213-216; y FURSE, Mark. Op. cit. pp. 148-152.

⁵¹ Aquí nos referimos al estándar legal que encontramos en el artículo 2 del Reglamento 139/2004 que indica lo siguiente:

"Artículo 2.-

Las concentraciones que no sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte substancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán compatibles con el mercado común. 3. Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte substancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común..."

cuándo nos encontramos ante una fusión que podía obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva⁵². Con todo y lo anterior, en el sistema europeo de defensa de la libre competencia, continúa siendo difícil justificar con la presencia de eficiencias los efectos negativos que puede generar una operación de fusión que lleve a una situación de monopolio o cuasi-monopolio⁵³.

Así vemos que el tránsito de ambos sistemas *antitrust* pueden resumirse en un primer momento en el cual las eficiencias y el análisis económico acucioso de los efectos de una fusión se vieron afectados por criterios de orden ideológico o político que afectaron la credibilidad de dicho sistema de control previo. Sin embargo, luego ocurriría una reingeniería en el análisis de las operaciones de fusión que daría énfasis al estudio del balance de sus efectos pro competitivos y anticompetitivos, ambos tratados con similar relevancia. Por ello, nos referiremos en los próximos párrafos a las eficiencias que promueven normalmente las concentraciones económicas en el mercado.

Retomando el desarrollo de las eficiencias que produce una fusión, debemos comprender que el adquirir una empresa competidora, fusionarse o formar una asociación en participación corresponde a una decisión que responde, normalmente, a motivos económicos. Ello ocurre sin lugar a dudas pues el punto de vista económico entiende que los agentes actúan racionalmente en el mercado con el objetivo de maximizar sus beneficios, lo que puede ocurrir en el caso de las sociedades

a través de la elección del crecimiento interno de la sociedad o su concentración económica con un competidor.

Sea como fuere, si bien el objetivo inmediato de una fusión es el crecimiento y expansión de los activos, ventas o participación de una empresa en un mercado determinado, el propósito trascendental es el aumento del valor de la empresa *post* fusión, no sólo como consecuencia lógica de la suma del volumen de ventas o activos (lo que podría aumentar en cantidad más no en calidad el rendimiento de la empresa), sino por el aprovechamiento de las sinergias generadas por la combinación de los recursos que disponen y que mejoran su capacidad competitiva⁵⁴.

Dichas sinergias o también denominadas eficiencias generadas por una concentración económica involucran una reducción de los costos en la producción o mejoras en el proceso tecnológico, lo que redundará en una mejor asignación de los recursos utilizados por una empresa. A mayor detalle, entre las eficiencias que pueden apreciarse en una fusión están las siguientes⁵⁵:

- **Economías de escala.** Se generan cuando ante un aumento del número de unidades producidas, se reduce el costo medio de producción de un bien o servicio. Ello ocurre pues una fusión genera ahorros por la utilización conjunta de activos como la dirección, marketing, maquinaria, sistema de transporte, entre otros.

⁵² Cabe indicar que la evolución del test de dominancia al test sustantivo en la normativa europea de control de fusiones se realizó, en gran medida, para solucionar el error incurrido por el antiguo test de dominancia por el cual una empresa luego de una operación de concentración podía no alcanzar cuotas de mercado que permitan ubicarla en una posición de dominio, aunque podía aumentar los incentivos en un mercado oligopolístico altamente concentrado para facilitar el comportamiento coordinado (colusión tácita) entre los competidores (los denominados efectos coordinados que analizaremos más adelante), lo que generaba una veta importante en el análisis europeo de las fusiones. GONZÁLES-DÍAZ, Francisco Enrique y Josep María CARPI BADIA. Op. cit. p. 686; SCHWALBE, Ulrich y Daniel ZIMMER. Op. cit. p. 186.

⁵³ CALVIÑO, Nadia. Op. cit. pp. 85 y 86.

⁵⁴ BROSETA PONT, Manuel. Op. cit. p. 342; CALVIÑO, Nadia. Op. cit. p. 68; SUDARSANAM, P.S. Op. cit. p. 4..

⁵⁵ Por citar algunos ejemplos, tenemos lo propuesto por los autores Teresa Tovar (TOVAR MENA, Teresa V. Op. cit. pp. 66 y 67), Jorge Bogo (BOGO, Jorge. Op. cit. p. 18), Nadia Calviño (CALVIÑO, Nadia. Op. cit. pp. 68-74.), Enrique Elías (ELÍAS LAROZA, Enrique. Op. cit. pp. 736-739), Jerónimo Maillo (MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo. Op. cit. pp. 222-228), P.S. Sudarsanam (SUDARSANAM, P.S. Op. cit. pp. 13-24), Eduardo Quintana (QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. "¿Rezando entre tinieblas? El credo del control de concentraciones empresariales." En: Themis-Revista de Derecho 39. 1999. pp. 225 y 226), María Pilar Martín-Crespo (BELLO MARTÍN-CRESPO, María Pilar. Op. cit. pp. 29 y 30) y Alfonso-Luis Calvo y Natividad Goñi Urriza (CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y GOÑI URRIZA, Natividad. El control de las concentraciones de empresas en Europa. Madrid: Universidad Carlos III, 1999. pp. 23-27).

- **Economías de alcance (*scope economies*) o multiplanta.** Se aprecia cuando una fusión permite reducir los costos de producción al incluir en el proceso productivo a distintos bienes, mejorando la utilización de *inputs* y activos destinados a la producción. Ello se reconoce claramente en las empresas multiproducto siempre que sus distintas líneas de producción puedan combinar activos (por ejemplo, empresa de lácteos que combina una misma máquina para la línea de producción de leche y yogurt), para lo cual se requiere un grado de complementariedad entre sus productos (por ejemplo, la producción de televisores y reproductores de video probablemente utilicen similares medios de transporte al combinar los mismos centros de venta).
- **Economías transaccionales.** A diferencia de las anteriores que ocurren de manera horizontal, éstas se generan cuando se integran dos empresas ubicadas en distintos niveles del proceso productivo (*upstream* y *downstream*), suprimiendo los costos en que incurrirían al negociar con terceros sus relaciones comerciales e informarse sobre alternativas disponibles.
- **Sinergias financieras.** Son las facilidades crediticias por menores costos de financiación a las que podría acceder una empresa post fusión debido al incremento de sus activos. Si bien la fusión misma no determina un aumento del valor real de la empresa (pues en término objetivos tanto activos como pasivos se unen proporcionalmente), sí podría existir una mejor posición para sus acreedores que luego de la fusión tendrán mayores activos con los cuales respaldar sus acreencias, permitiendo así mayor capacidad de renegociación de las mismas. Por su parte, la unión de dos o más empresas permite un financiamiento interno entre distintas líneas de negocio a un precio menos

oneroso que si acudieran al sistema financiero.

- **Reducción de ineficiencias.** Ocurre cuando la empresa adquirida tiene una dirección ineficiente pero cuenta con elementos de negocio que le permitirían un mejor desempeño tras una reforma en la gestión empresarial que generaría una vez fusionada con otra empresa cuyo *senior management* es eficiente.
- **Superación de barreras de entrada.** Resulta uno de los casos más comunes de adquisición de empresas extranjeras para el ingreso a un mercado geográfico en el que no participaban previamente y se genera por la adquisición de una empresa o activo que evita los altos costos que suponen las barreras de entrada legales o económicas (por ejemplo, cuando una empresa adquiere a otra que es titular de una marca con alto reconocimiento en el mercado se evitaría una inversión en marketing para la colocación de una nueva marca).

En realidad, a las eficiencias generadas antes anotadas podríamos sumar más como resulta ser la obtención de nuevo capital de trabajo que podrían compartir las empresas fusionadas para la inversión en determinadas líneas de negocio, el uso de innovación tecnológica de un competidor que logre mayor capacidad competitiva en el mercado, sinergias en las áreas de mercadotecnia y distribución de los productos, así como la controvertida pero innegablemente racional decisión para una empresa de obtener la eliminación de un competidor en el mercado que permita aumentar los márgenes de ganancia en el mismo.

De modo que, como hemos visto, las decisiones de concentración empresarial son impulsadas por la expectativa de alcanzar ventajas competitivas que permitan mejores resultados para las empresas involucradas, lo que suele replicarse en sinergias en los mercados en beneficio de los consumidores⁵⁶.

⁵⁶ BOGO, Jorge. Op. cit. p. 12.

Por tal motivo, aunque vimos en páginas anteriores que en una etapa aún primitiva del desarrollo de las políticas de control de fusiones se llegó al exceso de considerar negativas a las fusiones por la simple razón de disminuir competidores en el mercado, hoy el control de concentraciones empresariales debe considerar (y de hecho lo hace) las eficiencias generadas con miras a balancear o restar importancia a los efectos anticompetitivos que podrían presentarse.

Lo principal es apreciar cómo tras largo tiempo se ha logrado alcanzar un nivel de desarrollo (aún perfectible, por supuesto) del control de fusiones que no debe ni recaer en primitivos comportamientos de excesivo control que tiendan a insinuar que una operación de fusión es de suyo negativa, ni mucho menos desalentarse por opiniones que pretendan desconocer su utilidad en la protección de la libre competencia en los mercados.

Es así como en la actualidad las políticas de control de concentraciones económicas, aun reconociendo los beneficios que usualmente generan éstas en el mercado, se apoya en un hecho central: existen ciertas fusiones económicas que pueden significar un peligro para la competencia, afectándose el bienestar de la sociedad. Esto último ocurre cuando la fusión permite fortalecer el poder de mercado de una empresa de manera que le permita un amplio margen de discrecionalidad para influenciar de forma negativa en el grado de competencia efectiva en el mercado, representado en un aumento de precios (lo que puede generar una traslación ineficiente de los recursos) o una constricción del *output*.

Para que prevalezcan los efectos negativos de una fusión en el mercado, deben concurrir determinadas circunstancias, las que explicaremos seguidamente.

V. ¿QUÉ EFECTOS NEGATIVOS EN LA COMPETENCIA EFECTIVA PODRÍA GENERAR UNA FUSIÓN ECONÓMICA?

Como veremos más adelante los efectos negativos que pueden generarse tras una

fusión económica pueden dividirse en aquellos que presentan una situación de monopolio o fortalecimiento de una posición de dominio, así como los que facilitan los efectos no coordinados y coordinados entre competidores. Antes debemos, sin embargo, con las restricciones naturales del formato, describir los conceptos que permiten identificar cómo se generan ineficiencias en el mercado luego de una fusión económica, para lo cual resulta necesario apoyarse en elementos propios de la Ciencia Económica.

La definición clásica y ampliamente aceptada de Robbins (1932) identifica a la economía como la ciencia que estudia el comportamiento humano como la relación entre sus necesidades y los medios escasos para satisfacerlos, los cuales tienen usos alternativos entre los que hay que elegir⁵⁷. En particular, para el análisis de los mercados la teoría económica se atiene principalmente en el estudio de cómo la oferta y la demanda pueden influir en las decisiones naturales de fijación de precios o *output* del mercado, lo que en una economía de libre mercado es determinado por la libre interacción de los agentes económicos que participan en el mismo.

Bajo este esquema de libre asignación de recursos, es sabido que, *cæteris paribus*, cuanto mayor sea la oferta de un producto o servicio, menor será su precio pues los productores deberán competir para abastecer primero la demanda de los consumidores. A su vez, la demanda de un producto en condiciones normales será inversamente proporcional al precio que le sea asignado por parte de los productores de los bienes u oferentes de servicios, aunque en todo caso dicha relación entre el precio y las fluctuaciones de la demanda dependerá del grado de elasticidad del producto o servicio (por ejemplo, la demanda de una barra de chocolate es usualmente elástica pues ante una repentina subida en los precios los consumidores preferirán trasladarse a otras golosinas que consideren sustitutas, mientras que productos como la gasolina o la insulina podrían presentar demandas inelásticas que determinarán una mayor capacidad para sus productores en influir en sus precios).

⁵⁷ La definición original de Robbins es: "*Economics is the science which studies human behavior as a relationship between given ends and scarce means which have alternative uses*". SCHWALBE, Ulrich y Daniel ZIMMER. Op. cit. p. 3.

Ahora, lo que aquí nos interesa es que dichas características particulares que estudia la Economía en los mercados les permite determinar, con cierto grado de certeza, en qué situaciones los mismos están actuando de manera ineficiente. Ello, en nuestro caso, se vincula con el estudio de la estructura que presente cada mercado en el que se podría producir una conducta sancionada por las normas de control de fusiones económicas (similar a lo que ocurre en el control de conductas *ex post*, principalmente aquellas conductas consideradas de prohibición relativa y que exigen el estudio de las características del mercado en el que se presenten).

Entender esta abstracción resulta fundamental, pues es posible concluir que, aunque no sea una condición *sine que non*, las conductas empresariales en un mercado están influidas o condicionadas por la estructura que presente el mismo y, por tanto, los efectos de las mismas dependerán en gran medida de la situación en que ellas ocurran, siendo que, por citar ejemplos claros, en un mercado en el que participan pocos competidores resulta más fácil la coordinación entre ellos, y si le agregamos la existencia de un gremio podemos intuir que el costo para ponerse de acuerdo en una misma línea de comportamiento es menor, mientras que en uno en el que los competidores tienen un *market share* considerablemente atomizado una colusión resultaría, en principio, menos probable.

De modo que, partimos de la premisa que un mercado actúa naturalmente bajo las reglas que establece la interrelación de sus agentes, los cuales libremente deciden cómo actuar dependiendo de cómo prevean el resultado que dicha conducta tendrá en una estructura específica. Para ser más gráficos, si una empresa relativamente nueva tiene apenas un 5% de participación en el mercado de bebidas carbonatadas, mientras que un oligopolio dominante de tres empresas líderes en el

mercado tiene el 95% de participación y tiene marcas de productos cuya recordación es valorada por los consumidores, difícilmente aumentará sus precios o reducirá su inversión en marketing pues puede prever que dadas las condiciones en las que se presenta la competencia en dicho mercado tales acciones afectarían gravemente su permanencia en el mismo.

Con ello, queremos decir que si modificamos las reglas (lo que puede implicar condiciones tales como el ingreso de un producto con una cualidad competitiva distinta o simplemente quitamos a un jugador), generaremos un resultado del mercado diferente. Esta premisa resulta primordial para comprender los alcances de un control de fusiones.

Tales cambios estructurales pueden generar un cambio en el equilibrio en el mercado de manera que los resultados obtenidos en el mismo post fusión se definan positivos o negativos. Para analizar ello, la Economía ha distinguido tres tipos de eficiencias que encontramos en un mercado.

A. Tipos de eficiencia: Asignativa, productiva y dinámica

En primer lugar, tenemos la eficiencia asignativa, la que entiende que un mercado será eficiente cuando los recursos existentes como las herramientas de producción o bienes disponibles son asignados a su uso más eficiente, desprendiéndose el denominado óptimo de Pareto, es decir, aquella situación en la que cualquier reasignación de los recursos destinados a las distintas necesidades no permitiría un aumento general de la eficiencia.

Es posible graficar la eficiencia asignativa en el modelo de competencia perfecta⁵⁸ en el cual el punto de equilibrio es aquel conformado por el cruce de la curva de demanda y oferta (que en dicho modelo teórico equivale al costo marginal e ingreso marginal) y éste determina

⁵⁸ Como se sabe, en estos mercados los agentes económicos no tienen el poder suficiente para influir en los precios (de allí que se les denomine precio-aceptantes), produciéndose así una situación utópica donde el precio es determinado por la simple interacción entre la oferta y la demanda, lo que produce la maximización del bienestar del mercado. Las condiciones ideales de dicho modelo son la existencia de muchos productores y consumidores, productos homogéneos, simetría informativa, inexistencia de barreras comerciales o legales para la entrada o salida del mercado, entre otros. DARANAS PELAEZ, Mariano. "Concentración de empresas y defensa de la competencia (las fusiones ante el derecho *antitrust*)". Madrid: Editorial Colegio Universitario de San Pablo (C.E.U.). 1972. p. 11.

un punto óptimo en el cual todos los bienes colocados en el mercado son asignados, siendo que si una empresa ofrece un producto a un precio mayor que el costo marginal para su producción se verá inclinada a producir más unidades hasta alcanzar el equilibrio.

En segundo lugar, la eficiencia productiva es aquella que se presenta en la producción siempre que la unidad del producto es fabricado con la menor cantidad de bienes disponibles y cuya asignación es óptima, resultando que no sea posible aumentar la producción de uno sin reducir simultáneamente la del otro, permitiendo así el ahorro de ciertos materiales que podrían destinarse a otros mercados⁵⁹. En el control de fusiones, las agencias de competencia muchas veces consideran que en determinados mercados existe un tamaño óptimo de planta o empresa que hace que las fusiones entre competidores sean pasos necesarios para alcanzar la eficiencia productiva, especialmente en mercados no muy desarrollados.

Aquí conviene no confundir la existencia de mercados no muy desarrollados, con el incluir a todos los mercados de un país en vías de desarrollo bajo dicha calificación pues, en el caso peruano, si bien existen mercados aún en crecimiento que podrían requerir la combinación de recursos a través de una fusión económica para alcanzar los óptimos deseados, existen otros tantos que presentan un grado de desarrollo que no permitiría dicha justificación (por ejemplo, el mercado de cervezas o lácteos).

En tercer y último lugar, tenemos la eficiencia dinámica, la que, a diferencia de

los conceptos de eficiencia antes descritos que presentan análisis usualmente estáticos, considera el progreso tecnológico, mejoras en el *know-how* de la producción y en general cualquier cambio (incluida una operación de fusión económica) como positiva en tanto favorezca el desarrollo e innovación de los procesos productivos⁶⁰. Los mercados que suelen presentar dichas características son las denominadas “nuevas economías” donde existe un intenso proceso de cambio tecnológico en el cual las empresas realizan fuertes inversiones en sus departamentos de investigación y desarrollo (I+D o *research and development* – R&D), logrando una competencia “por” los mercados nuevos a crearse por una nueva tecnología más que “en” los mercados preestablecidos⁶¹.

Ahora, dichos conceptos no son del todo ajenos a promover la fusión entre empresas. Por el contrario, *e.g.*, para que una empresa pueda alcanzar una eficiencia productiva cuando la maximización de su utilidad se produce gracias al incremento en la escala de producción (lo que ocurre normalmente cuando los costos medios de producción se reducen a medida que aumenta la producción) podría requerirse que sea una sola empresa la que produzca el bien.

Ello es precisamente lo que ocurre en los monopolios naturales cuya estructura de costos hace necesario que la producción sea encargada a una sola empresa, a costa de la competencia pero a favor de alcanzar sus propios objetivos, es decir, la eficiencia en la asignación de los recursos es lo que genera bienestar a los consumidores que participen en el mismo. En todo caso, lo importante es que un análisis coherente de

⁵⁹ En el largo plazo resulta difícil para las empresas mantener una eficiencia productiva en sus negocios pues el propio crecimiento y, por tanto, aumento del poder de mercado suele crear incentivos perversos ante la falta de presión competitiva que genera trabas para reducir sus costes de producción, lo que se denominan ineficiencias y que pueden verse representadas, por ejemplo, en el caso de los gerentes de una gran corporación que procuran obtener a costa de la empresa beneficios como autos u oficinas de lujo, razón por la cual se suele condicionar dichas conductas con el otorgamiento de bonos que procuren incentivar el uso correcto de los recursos disponibles. VIVES, Xavier. Op. cit. p. 77.

⁶⁰ SCHWALBE, Ulrich y Daniel ZIMMER. Op. cit. p. 9.

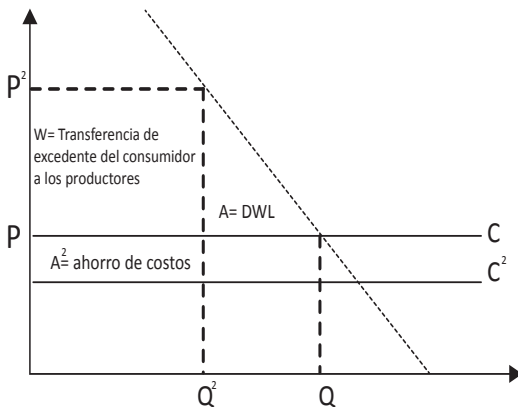
⁶¹ En esta clase de mercados se produce lo que el economista Joseph Schumpeter denominó “destrucción creativa”, es decir, un proceso en el que los nuevos productos pueden destruir a los antiguos, desaparecer a las empresas que los ofrecían y crear nuevos mercados, siendo que a largo plazo ello constituye el motor mismo del crecimiento económico. En el caso de los mercados en los que se ofrecen sistemas operativos para computadoras (Microsoft, Apple Inc., LinuxWorks, Intel Corporation, International Business Machines (IBM) o teléfonos móviles (Google Inc. –Android–, Apple Inc. –iOS–, Microsoft –Windows Mobile–, Hewlett-Packard Co. –Palm webOS–, Nokia –MeeGo–) es fácil advertir esta clase de competencia.

las agencias de competencia considere en la evaluación de una fusión económica qué efectos se podrían generar en el mercado una vez que sean modificadas las reglas de juego.

B. De qué manera una fusión económica podría romper el equilibrio competitivo

Para explicar la ruptura de un equilibrio competitivo en un determinado mercado conviene apoyarnos en su representación gráfica. Así, si bien revisamos en las páginas anteriores criterios de interpretación de la eficiencia y, como afirmamos, las fusiones en un mercado son decisiones que fundamentalmente procuran aumentar la rentabilidad de quienes las adoptan, veremos que dicha ganancia para la empresa post fusión no representa siempre una ganancia competitiva para el mercado.

Para ello, revisemos la siguiente gráfica⁶²:



En el gráfico, (P) representa el precio de equilibrio del mercado, (Q) la cantidad producida y vendida del bien o servicio en el mismo y (C) los costos incurridos en su producción, correspondiendo cada letra con superíndice al momento posterior de una operación de fusión que pudiese tener efectos relevantes en el mercado⁶³. De manera que el cambio de escenario antes y después de la fusión económica permite una transferencia del excedente del consumidor a los productores (W), así como un aumento del excedente del productor o ahorro en los costos de producción (A^2)⁶⁴.

Como se aprecia, una reducción en los costos de producción generados por un cambio estructural en el mercado (tránsito de C a C^2) puede ocasionar un traslado de un precio de equilibrio competitivo a uno de fuerte influencia en el precio por parte de los productores restantes, es decir, uno en el que éstos tienen una mayor posibilidad de influir en los precios o la reducción del *output* del mercado (lo que finalmente ocasionaría un aumento en los precios). Todo podría producir una pérdida neta del bienestar social (también denominado *deadweight loss*—DWL⁶⁵) al reducirse la cantidad de productos consumidos en el mercado por la salida de consumidores que no querrán o podrán pagar un mayor precio ante una reducción en la oferta (tránsito entre Q y Q^2).

Ahora, por supuesto que ello no ocurre en todas las fusiones económicas (de hecho, ocurre en pocas), siendo especialmente

⁶² Para mayor detalle revisar los trabajos de Jorge Bogo (BOGO, Jorge. Op. cit. pp. 9 y 10), Mark Furse (FURSE, Mark. Op. cit. pp. 48-50) y Nadia Calviño (CALVIÑO, Nadia. Op. cit. pp. 77 y 78), todos los cuales se apoyan en un artículo escrito en por Oliver Williamson denominado "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs".

⁶³ No se debe cometer el error de analizar el gráfico considerando que el supuesto teórico corresponde al de una fusión que ocurre en un mercado altamente competitivo y, luego de la misma, el mercado aún permanece con un número considerable de competidores. De hecho, para que ocurra lo representado en el gráfico, debe concurrir la comparación de una estructura de mercado post fusión altamente oligopólica o un quasi-monopolio frente a una estructura anterior marcadamente competitiva, lo que se representará por las ganancias de poder de mercado que genere en cada proceso de concentración económica.

⁶⁴ El excedente del consumidor corresponde a la diferencia entre el monto total que estaría dispuestos a gastar por adquirir un producto o servicio y el monto que finalmente gastan. Por su parte, el excedente del productor corresponde a la diferencia entre los ingresos obtenidos por la venta de los productos o servicios y el costo de producción a largo plazo. Ambos conceptos reunidos corresponden al excedente del mercado, el mismo que usualmente representa las ganancias sociales obtenidas por el intercambio entre los productores y consumidores, es decir, el bienestar total del mercado.

⁶⁵ Más conocido como el *Harberger Triangle*, el cual identifica la pérdida irrecuperable de eficiencia que ocurre cuando se pierde el equilibrio de Pareto, produciéndose una asignación ineficiente de los bienes y servicios producidos, alejándose del óptimo del mercado. Lleva ese nombre por el economista norteamericano Arnold C. Harberger.

importante para el control de fusiones aquellas que generan un considerable aumento en el poder de mercado de la empresa resultante que le permita evitar la respuesta de sus competidores antes una eventual subida de precios.

Es aquí precisamente donde el moderno control de fusiones –alejado de toda influencia ideológica que tienda a su aplicación como herramienta controladora o su desaparición acorde con pensamientos propios de la monarquía–, prioriza el arte del equilibrio en busca de una justificación más coherente para analizar los efectos de una fusión. Dicho equilibrio propone, según lo expuesto por Williamson⁶⁶, que las fusiones que produzcan ganancias en eficiencia (sinergias) mayores a la pérdida neta del bienestar social (*deadweight loss* – DWL) deban permitirse⁶⁷, contrariamente, las que generen una pérdida irrecuperable de eficiencia mayor a sus eficiencias deban ser cuidadosamente revisadas.

Es así como las agencias de competencia deben seguir la siguiente lógica:

$$(A) + (W) > (A2)$$

$$\text{deadweight loss (DWL)} + \text{transferencia de excedente de los consumidores a los productores} > \text{ahorro de costos}$$

De modo que, el análisis de equilibrio del moderno control de fusiones en los mercados dependerá, como dijimos, de la elasticidad de la demanda o de la oferta del producto o servicio investigado, pues si ésta es reducida permitiendo a la empresa resultante post fusión aumentar considerablemente su

poder de mercado sin que los consumidores puedan trasladarse a productos alternativos o competidores potenciales tengan el incentivo de reasignar sus recursos a la producción de bienes similares, será mayor la eficiencia o ahorro de costos que deberán acreditar la empresas para demostrar la viabilidad de su proyecto de fusión frente al consecuente deterioro de la competencia efectiva.

C. Clases de efectos anticompetitivos de una fusión económica

Aunque como vimos existe una relación de interdependencia entre el grado de concentración de un mercado y el poder que presentan las compañías que lo integran, esto no implica de ningún modo el afirmar que todo mercado altamente concentrado contiene empresas con alto poder de mercado (por ejemplo, podrían existir presiones competitivas externas al mercado que limiten el uso de dicho poder, como son las reducidas barreras de entrada o los potenciales competidores).

No obstante, sí podemos inferir que una fusión económica puede permitir un aumento de la cuota de participación en un determinado mercado de manera de permitir a la empresa resultante aumentar o reforzar su poder de mercado, permitiéndole mayor discrecionalidad para influir en los precios. Ello como veremos a continuación puede agruparse en distintos tipos de efectos negativos al mercado.

Fusiones que generan monopolio o refuerzan una posición de dominio. Aquí nos encontramos con el caso más notorio de efectos negativos de una fusión. De hecho, de no existir dichos posibles efectos, las normas de control de fusiones tendrían poca vigencia.

⁶⁶ El economista Oliver Williamson influyó con su trabajo sobre el *trade-off model* en el ingreso a una etapa moderna del control de fusiones postulando que debía reconsiderarse el uso de las eficiencias (antes usualmente excluidos), integrándola como una “defensa” en el procedimiento de análisis de una fusión económica, particularmente en cómo hasta un monopolista podía trasladar a los consumidores una parte del ahorro de los costes derivados de la economía alcanzada luego de una operación de concentración de magnitudes considerables. Cabe indicar que el concepto de “*trade-off*” hace referencia a una situación en la cual adoptar una decisión nos permite obtener una pérdida en cierto factor pero, al mismo tiempo, se obtiene una ganancia en otro –similar a lo que ocurre en un juego de damas cuando un jugador toma la decisión de permitir que el otro jugador elimine una de sus piezas para seguidamente eliminar dos piezas del contrario y así obtener una ganancia mayor–, lo que ocurre precisamente en el análisis coherente de una fusión económica en la que, sin ambages, se debe analizar el juego de factores positivos y negativos que producirá para permitir una conclusión más objetiva sobre sus consecuencias en el mercado. (WILLIAMSON, Oliver. Op. cit. pp. 18-36).

⁶⁷ FURSE, Mark. Op. cit. p. 48.

Donde nos encontramos son en aquellos casos en los cuales por más que una operación de fusión económica está motivada por el deseo (totalmente válido, por cierto) de alcanzar el dominio del mercado o de aumentar el poder de las empresas participantes de forma que se beneficie sus accionistas, lo cierto es que ésta resultará en el desvalor del grado de competencia efectiva en el mercado y, por tanto, en perjuicio de los consumidores, por lo que no resultará óptimo permitir la misma en tanto inhibirá el crecimiento y rédito social del propio mercado.

Estos son los supuestos en los que, al menos, una empresa que participa en la fusión económica mantiene previamente un marcado poder de mercado, siendo sus efectos determinados por el simple análisis económico de un mercado monopolístico en el que la empresa dominante podrá afectar el precio vía directa (por ejemplo, modificando el precio del producto) o indirecta (modificando la cantidad ofrecida del producto al mercado o reduciendo la calidad del mismo, denominado *quality adjusted price*), además del principio de ingreso marginal = costo marginal que lo hará tender a aumentar los precios⁶⁸.

En dichos casos, no debe resultar extraño que sea común que una operación de fusión económica entre empresas, en la cual al menos una de ella mantiene una posición predominante en el mercado, se perciba como sospechosa⁶⁹, por lo que, si luego de un análisis basado en los principios modernos del control de fusiones la agencia de competencia determina que además de parecer, es perjudicial para la economía al generar una estructura de mercado de naturaleza monopolística, las posibles eficiencias que se demuestren difícilmente

la justificarán y se podría argumentar su condicionamiento o incompatibilidad con el mercado⁷⁰. Aunque, claro, ello no enerva la obligación de la agencia de competencia de realizar un contrapeso con las posibles eficiencias que podría generar la operación.

Efectos no coordinados de una fusión económica. Por efectos no coordinados o unilaterales se entiende a todos los efectos posibles de una fusión económica que pueden ocasionar un aumento en los precios o una restricción de la cantidad ofertada, lo que se producirá por una reducción significativa de la competencia efectiva⁷¹ al eliminar una importante presión competitiva previa similar a la que analizamos en el ejemplo introductorio del presente trabajo⁷².

En este subgrupo se encuentra el cajón de sastre en el que ubicamos a aquellos efectos negativos en una fusión que, ni son evidentes al ocasionar una estructura monopolística como la comentada en el punto anterior, ni generan una posible coordinación expresa o tácita entre los competidores como analizaremos en el siguiente punto. Además, debemos considerar que se producen normalmente al modificar el equilibrio estratégico (interdependencia) en un mercado en donde existe una marcada tendencia oligopólica.

Estos efectos giran en torno al hecho que una pérdida de una importante presión competitiva a raíz de una operación de fusión ocasionará que la empresa resultante no deba actuar más bajo la creencia que un posible aumento en sus precios trasladaría a sus clientes al competidor más cercano (precisamente una relación de interdependencia entre la conducta de los competidores en un mercado oligopólico).

⁶⁸ El principio ingreso marginal = costo marginal está determinado por el hecho que si bien uno podría pensar que el monopolista tiene la vía libre para producir más bienes y, aparentemente, obtener más ingresos, lo cierto es que cada unidad adicional es vendida a un precio (ingreso marginal) menor que la anterior pues los costos tienden a aumentar por la capacidad de uso de los bienes disponibles (costo marginal), siendo que ello generará que el monopolista tienda a equiparar el ingreso marginal al costo marginal del producto, lo que producirá una reducción de bienestar social del mercado. Ello dependerá de las posibilidades de maniobra del monopolista, pues si, por ejemplo, la elasticidad-precio de la demanda del producto ofrecido es alta, su poder efectivo será reducido pues cualquier movimiento en el precio provocará la pérdida de consumidores).

⁶⁹ CARNEY, William J. "Mergers and Acquisitions. Cases and materials". Nueva York: Foundation Press. 2000. p. 35.

⁷⁰ SCHWALBE, Ulrich y Daniel ZIMMER. Op. cit. p. 169.

⁷¹ FURSE, Mark. Op. cit. p. 43.

⁷² SERDAREVIC, Goran y Petr TEPLY. Op. cit. p. 10.

Como ha sido expuesto reiteradamente, los efectos dependerán de los parámetros en que compiten los agentes económicos (precio o cantidad ofertada⁷³), así como las características de los productos con los que compiten (homogéneos o diferenciados)⁷⁴.

Bajo dicho balance en un mercado en donde el parámetro de competencia entre los oligopolistas (agentes económicos con conducta interdependiente) es la fijación de los niveles de producción o capacidad instalada de sus plantas (cantidad ofertada), la reducción de la cantidad producida y el aumento de precios de la empresa post fusión ocasionaría como reacción la expansión de la producción en sus competidores, por lo que los posibles efectos anticompetitivos dependerán en gran medida de la capacidad de reacción de éstos⁷⁵ (por ejemplo, si resulta muy oneroso el uso de la capacidad instalada sobrante o no tienen los recursos económicos suficientes para solventar un aumento del *input* de la producción).

Por su parte, en el caso en donde el parámetro de competencia entre los oligopolistas es la fijación de los precios, la eliminación de una importante presión competitiva a causa de una concentración podría provocar efectos anticompetitivos considerables, aunque ello dependerá del grado de sustituibilidad de los productos de las empresas que participan en la operación, así como su diferenciación frente a los productos del resto de competidores, siendo que si ambos son elevados existirán mayores incentivos para elevar los precios post fusión⁷⁶.

Para explicarlo de manera más gráfica, imaginemos lo que ocurriría en un mercado de automóviles de alta calidad integrado por cuatro empresas A, B, C y D, cuyos vehículos presentan similares características técnicas

(calidad y precio), pero se diferencian por la imagen de sus marcas (*brand image*), los autos producidos por A y B presentan una imagen más deportiva, los fabricados por C y D tienen fama de ser confiables. Si las empresas A y B –segmento deportivo– se fusionan, un aumento ulterior de sus precios sólo provocaría que un grupo menor de consumidores se traslade al segmento de autos confiables ofrecidos por las empresas C y D (a pesar de sus características técnicas similares), haciendo rentable dicho aumento de precios⁷⁷.

Como se puede apreciar, en el caso particular de los posibles efectos unilaterales de una fusión económica las agencias de competencia deben poner énfasis en el estudio de las características del mercado desde el punto de vista de la demanda (hasta qué punto el *market share* influye en los niveles de competencia, las preferencias de los consumidores, la sustituibilidad y homogeneidad de los productos, entre otros) y de la oferta (analizar las posibilidades de competidores actuales o potenciales para crear nuevos productos o reasignar sus activos para la producción de los mismos, entre otros), sin dejar de lado las posibles sinergias que causará en el mercado (como el ahorro en los costes de producción o la posibilidad de inversión en nuevas tecnologías, entre otros)⁷⁸.

Efectos coordinados de una fusión económica.

Actualmente los efectos coordinados de una fusión económica son eje central del análisis (y la normativa moderna) del control de fusiones y corresponden, al igual que el caso anterior, a estructuras de mercado de naturaleza oligopólica (interdependencia considerable entre sus integrantes). Dicho supuesto surge de la apreciación empírica de cómo una operación de concentración económica

⁷³ Se dice que un mercado se compite por precios o cantidad ofertada dependiendo de la facilidad con que los competidores puedan modificar dichas variables, por ejemplo, si la cantidad producida no puede ser modificada en el corto plazo se dice que las compañías compiten por cantidades (mercado de cemento y trigo), mientras que si el precio se mantiene rígido y no puede ser modificado fácilmente se dice que las compañías compiten por precio (los mercados de venta de paquetes turísticos por temporada o ventas por correo de productos por catálogo).

⁷⁴ SCHWALBE, Ulrich y Daniel ZIMMER. Op. cit. pp. 175-180.

⁷⁵ GONZÁLES-DÍAZ, Francisco Enrique y Josep María CARPI BADIA. Op. cit. p. 700.

⁷⁶ SCHWALBE, Ulrich y Daniel ZIMMER. Op. cit. p. 180.

⁷⁷ Ejemplo utilizado por los autores Goran Serdarevic y Petr Teply. SERDAREVIC, Goran y Petr TEPLY. Op. cit. p. 11.

⁷⁸ JIMÉNEZ LAIGLESIA, Juan y José JIMÉNEZ LAIGLESIA. Op. cit. p. 234.

puede cambiar la naturaleza competitiva de un mercado hasta el punto en que éste pase a poseer condiciones idóneas (que no existían pre fusión) para la coordinación entre las estrategias empresariales (normalmente relacionada al precio) de los agentes económicos (línea de mercado común) sin que sea necesario arribar a un acuerdo formal⁷⁹, para lo cual la nueva estructura deberá tender a generar como económicamente racional un comportamiento coordinado⁸⁰.

Para que ello ocurra, debe acreditarse que los oligopolistas dominantes en el mercado post fusión encontrarán incentivos para evitar competir entre ellos, aumentando el grado de coordinación de sus conductas y falseando así la competencia efectiva que pueda existir, independientemente de los demás competidores y consumidores. Aunque el argumento central para determinar dicha clase de efectos anticompetitivos se sostiene en el hecho que un número menor de competidores facilitaría las probabilidades para lograr una coordinación exitosa entre los mismos⁸¹, se requiere la presencia de tres elementos fundamentalmente⁸², a saber⁸³:

- Transparencia en el mercado. Permitirá a los agentes económicos involucrados identificar un posible desvío o incumplimiento de la colusión tácita

por parte de algún agente del oligopolio dominante, lo que dependerá muchas veces de las características propias del mercado y las reglas que rigen las transacciones en el mismo (por ejemplo, publicidad de las tarifas y descuentos a clientes). De no existir dicha transparencia, los agentes económicos difícilmente considerarán racionalmente atractivo mantener el equilibrio coordinado y estarán inclinados a romper el mismo en pos de asegurarse una mayor rentabilidad.

- Mecanismo de castigo. Permitirá la punición de los agentes económicos que habiendo adoptado la "línea de mercado" común inicialmente, decidieron desviarse del acuerdo tácito, incentivando su retorno o, lo que sería mejor, su permanencia en el mismo. Cabe mencionar que dichos mecanismos están usualmente aparejados a posibles guerras de precios y deben ser rigurosos, creíbles y, sobre todo, generar una pérdida neta de beneficios (durante el periodo de castigo), mayor al valor neto de los beneficios que obtendría (durante el periodo de desviación).
- Inmunidad por barreras de entrada. Dicho factor resulta relevante pues si existen

⁷⁹ GONZÁLES-DÍAZ, Francisco Enrique y CARPI BADIA, Josep María. Op. cit. p. 701.

⁸⁰ SERDAREVIC, Goran y Petr TEPLY. Op. cit. p. 21.

⁸¹ FURSE, Mark. Op. cit. p. 45.

⁸² Los efectos coordinados en el análisis del control de fusiones propiciaron la adopción del test sustantivo (en reemplazo del test de dominancia) en la normativa europea del control de fusiones del 2004. Aunque, la Comisión Federal de Comercio en 1988 ya se había pronunciado al respecto indicando lo siguiente: "The effective coordination of Price and output strategies requires developing a consensus concerning price and output levels, and a means of enforcing its terms. The first step requires harmonizing the incentives of participating firms and mitigating firm uncertainty concerning rival firms, so that they can effectively coordinate their behavior. The second step requires creating circumstances in which the prospective value to each participating firm of cheating on the consensus does not exceed the prospective loss from rival firm retaliation. In order to create and maintain these circumstances, participating firms must be able to monitor rival firm conduct; that is, they must be able to detect cheating on the consensus. They must also be able to retaliate effectively if and when cheating occurs." Traducción libre: "La coordinación efectiva de precios y estrategias de output requiere el desarrollo de un consenso respecto de los niveles de precio y output, así como los medios para aplicarlo. El primer paso consiste en armonizar los incentivos de las empresas que participan de la misma, así como la mitigación de las empresas consideradas rivales, ello para que puedan coordinar efectivamente su comportamiento en el mercado. El segundo paso consiste en crear los escenarios en que el beneficio futuro de cada empresa que podría violar el consenso no exceda el perjuicio futuro impuesto como castigo a la empresa que incumpla el mismo. Para crear y mantener dichos escenarios, las empresas que participan en el acuerdo deben contar con la capacidad de monitorear la conducta de la empresa que podría violar el mismo, pudiendo detectar cuando ello ocurra. Las empresas que participan del acuerdo deben ser capaces de aplicar castigos efectivos si ocurren violaciones al acuerdo" FURSE, Mark. Op. cit. p. 46.

⁸³ Para más detalle ver: BORREL, Joan-Ramón y Antón COSTAS. Op. cit. pp. 213-216; GONZÁLES-DÍAZ, Francisco Enrique y Josep María CARPI BADIA. Op. cit. pp. 701-703; y SCHWALBE, Ulrich y Daniel ZIMMER. Op. cit. pp. 230-239.

barreras de entrada considerables en el mercado, el oligopolio dominante tendrá más discrecionalidad al ser inmune a potenciales competidores, volviendo su conducta coordinada más eficaz.

Aquí debemos recordar que para que dos competidores acuerden auto obligarse a cumplir un acuerdo (línea de mercado) en su beneficio debe existir un interés, aunque, en términos económicos sea irrelevante cómo se consiga (por ejemplo, si el acuerdo es alcanzado luego de una reunión de dos empresarios en un club de golf o si se realizó tácitamente por coordinación estratégica de los precios en el mercado). Esto último ocurre pues, lejos de la valoración ética que la sociedad puede imponer a esta clase de conductas, no existe, en puridad, diferencia en los efectos económicos en uno u otro caso⁸⁴.

VI. SEPARAR PAJA DEL TRIGO. ¿POR QUÉ EL CONTROL DE FUSIONES DEBE ENTENDERSE COMO UN EQUILIBRIO?

Han pasado casi veinte años desde la incorporación en nuestro imaginario jurídico de las políticas de protección a la libre competencia, no sin altos y bajos que han significado éxitos y fracasos en su aplicación. Como quiera que fuera, hoy se ha puesto sobre la mesa un nuevo reto: el de ingresar al debate jurídico de un proyecto de ley que incorpore en el Perú una de las políticas más liberales (en el sentido idóneo de la palabra) que se ha incorporado en la mayoría de países del mundo⁸⁵, como es el control de fusiones, todo lo que permitiría al Estado peruano cumplir su deber constitucional de policía del mercado para evitar aquellas operaciones que generen una reducción en la libertad en los mercados, con el consecuente daño a la libertad de elegir de todos los ciudadanos de a pie⁸⁶.

⁸⁴ Otro caso común que genera efectos coordinados o refuerza los mismos ocurre cuando una fusión económica busca eliminar, por dilución de su participación aumentando las barreras comerciales o por la adquisición directa, de un competidor especialmente agresivo y contrario a seguir las reglas de la conducta estratégica de coordinación en el mercado (los que suelen denominarse francotiradores o *mavericks*). De hecho, para Almudena Arpón la eliminación de esta clase de competidores presenta mayores preocupaciones para la competencia efectiva que la adquisición de competidores menores. ARPÓN DE MENDÍVIL Y DE ALDAMA, Almudena. Op. cit. p. 327.

⁸⁵ Aunque de manera referencial, es útil reflexionar sobre lo indicado en el Informe de Competitividad Global 2010-2011 (*The Global Competitiveness Report*) elaborado por el Foro Económico Mundial en el sentido que las estadísticas sobre el grado de percepción en el que en cada país se percibe la promoción de políticas de defensa de la libre competencia por las normas *antitrust*, el Perú se ubica en un aún tímido puesto 76 de un total de 139 países investigados (para hacernos una idea más cercana de la posición otorgada a nuestro país tenemos que Chile y Brasil se ubican en la casilla 22 y 29, respectivamente, del mencionado ranking, mientras que Bolivia y Ecuador se ubican en los puestos 124 y 133, en ese orden (Foro Económico Mundial. *The Global Competitiveness Report 2010-2011*. p. 430.). Si hacemos un ejercicio simple, podemos comprobar que de los primeros 50 países ubicados en dicho ranking se puede verificar que en, al menos, 41 de ellos se aplican políticas de control de fusiones económicas (control de estructuras), siendo que en los 9 restantes no hemos podido obtener información sobre la existencia de dichas normas (Global Competition Review (GCR). "Merger Control. The international regulation of mergers and joint ventures in 65 jurisdictions worldwide – 2011". Londres: Law Business Research Ltd. 2011). Por ello, no debe resultar extraño que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo – BID postularan en uno de sus informes que el Perú era uno del cada vez menor número de países que no han adoptado el control de fusiones en su normativa *antitrust*, recomendando el estudio de su implementación. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE y Banco Interamericano de Desarrollo – BID. Derecho y política de la competencia en América Latina. Exámenes inter-pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú. París: OECD Publications. 2007. p. 422.

⁸⁶ Frédéric Bastiat, resume con una claridad envidiable en qué consiste la defensa de la competencia con una alusión a sus propios alcances: "*Et après tout, qu'est-ce que la Concurrence? Est-ce une chose existant et agissant par elle-même comme le cholera? Non. Concurrence, ce n'est qu'absence d'oppression. En ce qui m'intéresse, je veux choisir pour moi-même et ne veux pas qu'un autre choisisse pour moi-même; voilà tout... Il est évident que la Concurrence, c'est la liberté. Détruire la liberté d'agir c'est détruire la possibilité et par suite la faculté de choisir, de juger, de comparer; c'est tuer l'intelligence, c'est tuer la pensée, c'est tuer l'homme.*" Traducción libre: "Después de todo, ¿qué es la Competencia? ¿Es acaso algo que existe y actúa por sí mismo como el cólera? No. Competencia no es más que la ausencia de opresión. En lo que me interesa, quiero elegir por mí mismo y no quiero que otro elija por mí; eso es todo... resulta evidente que la Competencia, es la libertad. Destruir la libertad de actuar es destruir la posibilidad y, por consiguiente, la facultad de elegir, de juzgar, de comparar; es matar la inteligencia, es matar el pensamiento, es matar al hombre.". (Cita obtenida en: SORIANO GARCÍA, José Eugenio. "Derecho Público de la Competencia". Madrid: Instituto de Estudios del Libre Comercio. 1998. p. 35).

Dicho objetivo, sin embargo, no debe alejarse de una inicial pregunta: ¿existe siempre una relación negativa entre el bienestar social y la concentración del mercado? La respuesta debe ser directa: no. Como hemos visto, ocurre que ciertos mercados requieren de fusiones entre sus competidores para lograr economías de escala que podrían generar bienestar general para la sociedad, aún en el caso que se aumente el poder de mercado de la empresa post fusión por ejemplo, una fusión que aumenta el grado de concentración del mercado pero reducirá los costos de producción al evitar duplicar costos o un mercado en el que una empresa eficiente adquiere a una ineficiente en su gestión, todo lo que podría generar beneficios para el mercado⁸⁷.

Con todo y lo anterior, hemos revisado que la intervención estatal en una operación de fusión está justificada en aquellos casos en que la magnitud de sus efectos negativos pudiera producir daños considerables al mercado. En aquellos casos, es pues útil poner en marcha la maquinaria estatal ya que el gasto de su investigación se justificaría al evitar daños graves en los mercados, mientras que en los casos en que se unen negocios menores, con impactos igualmente menores, la injerencia estatal resulta inútil (para lo cual las normativas de control de fusiones incluyen umbrales objetivos de montos transaccionales involucrados en la operación o porcentajes de mercado que generen un primer filtro para liberar a la mayoría de operaciones de su obligación de notificación).

De modo que, desde una perspectiva más amplia, hemos visto que el control de fusiones de alguna forma se convierte en

el arte de mantener el equilibrio adecuado en la competencia en los mercados, comprendiendo dos ideas que son del todo complementarias: (i) las fusiones en su mayoría resultan positivas para el mercado y la competencia al responder a motivaciones naturales de las empresas para obtener eficiencias; y, (ii) existen ciertas operaciones de fusión económica que pueden causar daños al grado de competencia efectiva al provocar un desequilibrio considerable en el mercado, que se representa usualmente en el aumento considerable del poder de la empresa post fusión. Entender este equilibrio permitirá que cada céntimo que el Estado asigne al sistema de control de fusiones no sea un gasto, sino una inversión en el bienestar de la sociedad.

Por ello, creemos que los principales *stakeholders* a derredor de las operaciones de fusión que se producen en las empresas (incluidas éstas), deben participar fomentando un debate serio, crítico y constructivo que permita obtener las experiencias estadounidenses y europeas durante décadas de aplicación (que, como dijimos, han servido de *benchmarking* para las demás políticas *antitrust* alrededor del mundo), logrando la formación de una normativa adaptada a los estándares modernos. Si se quiere, aunque durante estos casi veinte años han surgido una serie de mitos cuya refutación nos alejaría de los objetivos del presente trabajo, debemos ser conscientes que hoy la pregunta que debemos hacernos no es más si se debería aplicar el control de fusiones en nuestro país, sino cómo es que debemos diseñar los parámetros del control de fusiones en una economía como la peruana en pleno crecimiento. El resto de la discusión, hoy, es historia.

⁸⁷ VIVES, Xavier. Op. cit. p. 73.



El Polo Tours

Agencia de Viajes, Turismo y Servicios

- Av. La Encalada 1622 of. 212 (frente a la Embajada de USA)
Santiago de Surco
- gerencia@elpolotours.com - operaciones@elpolotours.com
- 434-4430 | 437-7275 | 358-9249

Rebaza, Alcázar & De Las Casas

A b o g a d o s F i n a n c i e r o s

Lima

Canaval y Moreyra 452 piso 15 y 17
San Isidro - Lima 27
Teléfono (511) 442-5100
Fax (511) 442-5100

Santiago de Chile

Av. Apoquindo 3600
Piso 5, Las Condes
Teléfax (56-2) 446-8432

www.rebaza-alcazar.com

MEDICINAS QUE NO CURAN: EL PROBLEMA DE LA INEFECTIVIDAD DE LOS REMEDIOS EN LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

Mario Fernando Drago Alfaro*
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

Pareciera que la promulgación de la Ley de Control de Fusiones es inminente luego de la reciente publicación de un proyecto de ley sobre la materia. Sin embargo, ¿qué tan acertada podría ser esta ley?, ¿será eficaz en nuestra realidad económica?

En el presente artículo, el autor realiza un análisis sobre la pertinencia de una Ley de Control de Fusiones en nuestro país, señalando las críticas, el impacto que tendría, los problemas de aplicación y la experiencia internacional sobre el tema. En este sentido, sostiene que una Ley de Control de Fusiones es innecesaria en un país como el nuestro, ya que se generarían perjuicios en el mercado y desincentivos para las empresas. En lugar de ello propone una regulación ex post, pues es mejor no intervenir en la economía cuando el propio mercado puede autorregularse con el tiempo.

* Abogado. Asociado de Bullard, Falla y Ezcurra.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que el Perú fue uno de los primeros países latinoamericanos en contar con una norma que regule la Libre Competencia¹ y la fiscalización *ex post* de conductas anticompetitivas; hasta la actualidad no existe una regulación (excepto en el mercado eléctrico) cuya finalidad sea controlar los potenciales problemas que, a criterio de la autoridad, podría generar una concentración empresarial en un mercado. Las características propias de una economía en vías de desarrollo y una necesaria apertura del mercado para atraer inversiones en la década de 1990, han sido las principales razones políticas por las cuales esto es así. Desde nuestro punto de vista, la decisión de no contar con un control de fusiones es acertada, dados los distintos problemas que una medida como esta trae al desarrollo de la economía.

Efectivamente, el control de fusiones es constantemente criticado en el plano académico; su ineffectividad para combatir conductas anticompetitivas, la destrucción de sinergias eficientes debido a la innecesaria intervención en el mercado, su tendencia proteccionista, el peligro de la captura, el desincentivo que genera para el progreso tecnológico, entre otras, son algunas de las razones por las cuales se cuestiona su existencia².

No obstante los severos cuestionamientos al control de fusiones que se desprenden de la información estadística disponible en los países donde existe este mecanismo, nuestro país parece tender a la creación de una regulación en la materia. En efecto, recientemente ha sido publicado el Proyecto de Ley de Promoción de la Libre Competencia y la Eficiencia en los Mercados para la Protección de los Consumidores (en adelante, el Proyecto de Ley de Control de Fusiones)³, y, según parece, cada vez nos acercamos más a una nueva Ley de Control de Fusiones.

Tomando ello en cuenta, el presente artículo se concentrará en realizar una crítica que

tiene doble valor. Por un lado, esperamos que colabore en impedir la emisión de una Ley de Control de Fusiones innecesaria en un país como el nuestro. Por otro, en caso lo primero no sea posible, esperamos aportar algunas ideas que deberían tomarse en cuenta para evitar incurrir en errores que generen intervenciones estatales ineficientes y, por tanto, perjudiciales para el mercado.

Así, nuestro análisis únicamente se dará en torno a los problemas que se generan como consecuencia de la implementación de los denominados “remedios” en los procesos de aprobación de fusiones. Para ello, nos valdremos de los hallazgos obtenidos en las dos jurisdicciones más importantes del mundo en temas de competencia: Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Europea.

De esta forma, en el presente artículo esbozaremos los riesgos derivados de la aplicación de los distintos tipos de remedios por parte de la autoridad al momento de condicionar una fusión y los problemas de efectividad derivados de la incorrecta aplicación de los mismos. Partiremos, para ello, del siguiente supuesto: la autoridad de competencia ya ha concluido que la concentración podría implicar perjuicios para la competencia y, en esa medida, decide condicionar la operación al cumplimiento de determinados requisitos que a su criterio son razonables para mitigar estos efectos adversos.

II. ¿QUÉ ES UN REMEDIO Y QUÉ FUNCIÓN TIENE EN EL PROCESO DE APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES?

En teoría, la misión de la autoridad al momento de aplicar un remedio no debe ser la de favorecer o perjudicar a determinados agentes en el mercado para conservar un nivel de competencia. Tal como señala el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, “las provisiones decretadas deben preservar el proceso competitivo y no proteger o favorecer a determinados

¹ Publicado en 1991.

² Ver las referencias realizadas por DUSO, Thomas; GUGLER, Klaus y Burcin, YURTOGLU. “How effective is European merger control?”. Discussion Paper 354. 2011. p. 2.

³ Publicado el 02 de abril de 2012.

competidores”⁴. Los remedios aceptables, de acuerdo a la mencionada autoridad, serán los que preserven efectivamente la competencia sin generar desincentivos para competir⁵. La autoridad, bajo esa lógica, considerará la aplicación de remedios “proporcionales” a las potenciales restricciones a la competencia que supuestamente podrían generarse.

La decisión sobre qué tipo de remedio utilizar dependerá de las características de la concentración empresarial y lo que, a criterio de la autoridad, sea necesario para salvaguardar la potencial restricción a la competencia. Lo importante es que el remedio:

- a) Provea una solución final para el problema de competencia que se generaría por la concentración propuesta.
- b) No cree un nuevo problema de competencia, tanto en el mercado afectado como en otro mercado.
- c) Pueda implementarse rápida y eficazmente.
- d) Sea especificado con suficiente nivel de detalle como para permitirle a la Comisión hacer una evaluación completa del mismo⁶.

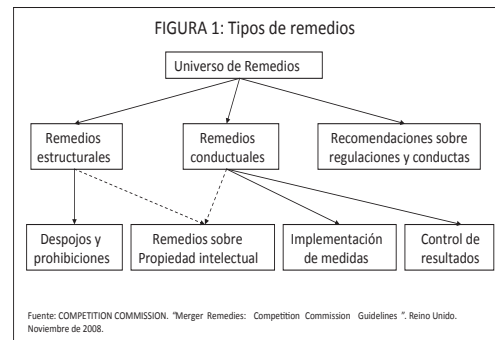
Los remedios suelen clasificarse en dos grandes rubros: remedios estructurales y remedios conductuales. Los primeros pueden ser definidos como aquéllos que modifican la asignación de derechos de propiedad en el mercado. En esta categoría podemos encontrar remedios tales como desinversiones, consistentes en la obligación de despojarse de una propiedad en concreto (desde bienes hasta propiedad intelectual) a favor de un tercero (en inglés se les denomina *divestitures*). La meta de los remedios estructurales es restaurar la

competencia que potencialmente se perdería como consecuencia de la operación de concentración. Así, estos remedios buscan crear una nueva fuente de competencia a través de escisiones o ventas de líneas de negocio, entre otros⁷. Se les denomina remedios estructurales, en ese sentido, porque tienen un efecto sobre la estructura física del negocio.

Por su parte, los remedios conductuales son aquellos que usualmente suponen la imposición de determinadas obligaciones post-concentración para las empresas fusionadas, y que tendrán un impacto directo sobre la conducta empresarial de las mismas. Estos remedios son utilizados generalmente para restaurar la competencia en los casos en que la autoridad considera que podrían existir restricciones derivadas del comportamiento de los agentes involucrados en la operación. Así, se generan obligaciones tales como la prohibición de conductas discriminatorias, la creación de *firewalls*⁸, o la restricción de ciertas prácticas contractuales.

Existe además un tercer grupo de remedios, en donde caben las recomendaciones sobre regulaciones y conductas que la autoridad de competencia le hace al propio Estado. Para efectos del presente artículo, no entraremos a los detalles de este último punto.

El siguiente cuadro resume, a grandes rasgos, el universo de los remedios:



⁴ DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA. "Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies". 2011. p. 3. Traducción libre de: "decree provisions should preserve competition generally rather than protect or favor particular competitors."

⁵ *Ibidem*.

⁶ WILMER, CUTLER Y PICKERING. "Notice on Merger Remedies – Commission Notice". 12 de Julio de 2001

⁷ Ver: SOKOL, D. Daniel y William BLUMENTHAL. "Merger Control: Key International Norms and Differences". p. 21. En: <http://ssrn.com/abstract=1981794>.

⁸ Por ejemplo, se obliga a que las empresas fusionadas continúen comportándose como competidores. Con el *firewall* se les prohíbe transmitirse información del mercado.

Dadas las características de ambos grupos, *“los remedios estructurales son preferidos sobre los conductuales en los casos de concentraciones dado que son relativamente limpios y certeros, y generalmente evitan que el gobierno asuma los costos de involucrarse en el mercado”*⁹ [El énfasis es nuestro]. Efectivamente, los remedios conductuales requieren de un monitoreo continuo por parte del gobierno en los años posteriores. Esto es, especialmente, cierto para el caso de las fusiones horizontales, donde las autoridades consideran que existe un riesgo mayor de que se presenten efectos anticompetitivos en el mercado. No obstante lo anterior, también es cierto que las agencias alrededor del mundo han incrementado la utilización de remedios conductuales, por lo general conjuntamente con utilización de terceros fiscalizadores que se encarguen el proceso de observación¹⁰. Cada vez es más fácil también apreciar un *mix* de remedios estructurales y conductuales.

III. LOS REMEDIOS Y SUS POTENCIALES PROBLEMAS

Tanto en Estados Unidos de Norteamérica como en la Unión Europea, la política de competencia posee un patrón similar¹¹. Al escoger un remedio, la autoridad de competencia, tal como hemos adelantado, busca asegurar la mitigación de los efectos anticompetitivos que podrían derivarse de la fusión. Sin embargo, y tal como plantean Motta, Polo y Vasconcelos *“un remedio que en teoría resuelve cierto problema podría no ser efectivo en la práctica”*¹² [El énfasis es nuestro]. Esto es cierto en la medida que la autoridad se enfrenta a una serie de dificultades: problemas de asimetría

informativa; la dificultad de implementación de determinados remedios, la existencia de incentivos disonantes entre la autoridad y las partes o terceros, entre otros.

En el caso de los remedios estructurales (específicamente las referidas desinversiones), la autoridad se enfrenta a una serie de riesgos asociados a la potencial ineffectividad de sus medidas y las consecuentes pérdidas de eficiencia en el mercado, generando desincentivos para los privados.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que el efecto buscado por un remedio estructural no podrá darse sino hasta que la desinversión se concrete totalmente. Esto es, *“una vez que el negocio es transferido a un comprador idóneo en cuyas manos se convertirá en un competidor activo”*¹³ [El énfasis es nuestro]. Encontrar al comprador idóneo debe hacerse de manera rápida. El *timing*¹⁴ del proceso es vital no sólo para el éxito de la operación de concentración (cada día de retraso es un costo adicional para las partes), sino también para el mercado en general, pues se retrasa el ingreso de un potencial competidor. En teoría, los remedios que son aplicados rápidamente deberían ser más efectivos que los que tendrán un impacto al mediano o largo plazo. Mientras más tiempo demore la aplicación de un remedio, más inciertos serán sus efectos¹⁵. La evidencia en torno al tema es mixta. Los estudios caso por caso indicarían la superioridad de los remedios estructurales (y conductuales) en la primera fase del procedimiento por sobre los remedios aplicados en la segunda fase. Sin embargo, existen serias dudas en torno a la efectividad general de los remedios¹⁶.

⁹ Citado por: WEISER, Philip J. “Reexamining the Legacy of Dual Regulation: Reforming Dual Merger Review by the DOJ and the FCC”. En: Federal Communications Law Journal. p. 178. Traducción libre de: “[s]tructural remedies are preferred to conduct remedies in merger cases because they are relatively clean and certain, and generally avoid costly government entanglement in the market.”

¹⁰ SOKOL, D. Daniel y William BLUMENTHAL. “Merger Control: Key International Norms and Differences”. p. 22.

¹¹ MOTTA, Massimo; POLO, Michele y Helder VASCONCELOS. “Merger Remedies in the European Union: An Overview”. Paper presentado en el Simposio: “Guidelines for Merger Remedies – Prospects and Principles”. París. 2002. p. 2.

¹² *Ibíd.* p. 3.

¹³ Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) 139/2004 and under Commission Regulation (EC) 802/2004 (2008/C 267/01). Párrafo 47.

¹⁴ Ver, por ejemplo: COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO Y DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA. “Horizontal Merger Guidelines”. 2010. p. 29.

¹⁵ COMISIÓN DE COMPETENCIA. “Merger Remedies: Competition Commission Guidelines”. Reino Unido. 2008.

¹⁶ Ver: DUSO, Thomas; GUGLER, Klaus y Burcin, YURTOGLU. “How effective is European merger control?”. Op. cit. p. 2.

Otro factor que influye en la efectividad de los remedios tiene que ver con la poca capacidad que tendrá el tercero adquirente del negocio materia de desinversión de generar un nivel adecuado de eficiencias con los bienes se le transfieren, por lo general debido a la inexistencia de un *know-how* suficiente, economías de escala y otros.

No sólo es difícil encontrar un comprador en el mercado debido a las altas exigencias necesarias para que éste sea un competidor idóneo¹⁷, sino que existen intereses contrapuestos que pueden derivar en la elección no meditada del adquirente del negocio.

En efecto, la experiencia internacional demuestra que las partes que se fusionan no poseen incentivos para asegurarse de que el comprador pueda competir eficientemente en el futuro. Es “antinatural” pensar que alguien ayudaría a su competidor a obtener una posición sólida en el mercado y, con ello, arriesgarse a perder participación en el mismo. Así, no existen incentivos para encontrar un comprador idóneo para el negocio que ha sido vendido por la empresa fusionada. Es evidente, por el contrario, que las partes fusionadas buscarán no poner en riesgo su posición de dominio. De esta manera, si es posible, propondrán que el negocio sea adquirido por algún agente que, desde su punto de vista, les genere la menor cantidad de contingencias posibles.

Además, incluso en el supuesto en que se encuentre a un comprador idóneo, es probable que como consecuencia de la aplicación de remedios estructurales se generen contextos que promuevan la colusión entre competidores. En efecto, en la medida que debe haber una comunicación (por lo menos al principio) entre la empresa fusionada y el agente adquirente del patrimonio desinvertido para lograr una simetría informativa que beneficie el mercado, se facilitará la concertación entre los competidores, particularmente por la constante transmisión de información

necesaria. Así, lo que en principio debía crear una situación de competencia entre dos empresas (la fusionada y la nueva que se crea con el negocio desinvertido), puede terminar en algo totalmente distinto: se crea un ambiente propicio para que las dos empresas se coludan, con las consecuencias perjudiciales que ello trae para el mercado.

Esta situación será aún más probable en aquellas situaciones en las cuales *debe* existir una relación permanente entre los competidores (por tecnología, por ejemplo). En Estados Unidos de Norteamérica, un estudio ha demostrado que la desinversión de los bienes no genera un beneficio para el proceso competitivo: “*en trece de diecinueve casos estudiados donde existía esta clase de relación, o el comprador no podía operar eficientemente, o existía una concertación entre las dos empresas*”¹⁸. [El énfasis es nuestro.]

Por otro lado, las empresas concentradas enfrentan la indeseable posibilidad de que la autoridad se extralimite en el alcance del remedio estructural ordenado. Muchas veces, una línea de negocio por sí sola no es lo suficientemente rentable, por lo que, para “asegurar” la viabilidad del nuevo negocio que se transferirá a un tercero, la autoridad tendría que obligar a las empresas fusionadas a deshacerse de otras propiedades que se sumarían al negocio desinvertido con el único fin de hacerlo más atractivo. Así, podrían incluirse en el remedio estructural, actividades que no se encuentran relacionadas directamente con el mercado en el cual se ha hallado un potencial problema, en la medida que ésta sería la única posibilidad para “crear” un competidor eficiente en el mercado afectado: “*Un ejemplo de un caso que ilustra estos puntos es el de Unilever/ Bestfoods. Para remover las preocupaciones de la EC sobre competencia, las partes llevaron a cabo la desinversión de un número significativo de marcas (tales como Lesieur, Royoco y Oxo). Primero, para asegurar la viabilidad del negocio desinvertido, el paquete también incluyó elementos tales*

¹⁷ De acuerdo a la Unión Europea, el comprador debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) ser independiente y no vinculado a las partes; (ii) poseer recursos financieros, expertise, incentivos y habilidad para mantener viable el desarrollo del negocio, con la capacidad suficiente para competir con las partes; y, (iii) la adquisición del negocio no debe provocar un nuevo problema de competencia. Ver: Commission notice on remedies. Op. cit. Párrafo 48.

¹⁸ PARKER R. y D. BALTO. “The Evolving Approach to Merger Remedies”. Antitrust Report. 2000.

como acuerdos respecto de provisiones apropiadas, facilidades para la manufactura, fuerzas de venta y derechos de propiedad intelectual asociados al negocio en particular. Segundo, para asegurar que el adquirente sea capaz de competir plenamente con la entidad fusionada, las partes fusionadas debieron desinvertir un gran número de productos, incluyendo algunos por los cuales la EC no tenía preocupaciones relacionadas a la competencia”¹⁹ [El énfasis es nuestro].

Así, es claro que la solución planteada por la autoridad de competencia puede exceder peligrosamente los alcances del problema que quiere solucionar e ir más allá, distorsionando irrazonablemente otros mercados que no poseen relación con el mercado afectado. Como la autoridad es incapaz de predecir el futuro, hará un “acto de adivinanza” sobre los alcances que cree que el remedio debería tener para ser viable. Esta situación no sólo puede generar una distorsión en el mercado afectado, sino que se corre el riesgo de intervenir innecesariamente tanto en la esfera patrimonial de las empresas fusionadas como en el desarrollo natural de otros mercados.

Como se aprecia, si bien los remedios estructurales parecieran ser la solución más sencilla frente a un problema de competencia, existen razones para pensar que, en la práctica, dichos remedios podrían presentar mayores problemas de los que se cree. Desde una perspectiva económica, las dificultades para asegurar la efectividad de un remedio estructural no son una sorpresa. Después de todo, tal como explica la economía neo-institucional, las empresas suelen tener comportamientos estratégicos diseñados para maximizar sus ganancias (lo que comúnmente se denomina “oportunismo *ex post*”), a menos que un arreglo contractual o estructural se los impida efectivamente²⁰.

La entrada forzada de un nuevo competidor

al mercado no es sinónimo de mayor competencia y, por tanto, no puede definirse como la solución idónea frente a un problema derivado de la fusión. Por el contrario, la propia incapacidad de la autoridad para predecir cómo reaccionará el mercado frente a una concentración empresarial debe ser justificación suficiente para evitar intervenir innecesariamente en la esfera patrimonial de los privados. Sus intervenciones, tal como veremos en el siguiente acápite, no sólo han demostrado tener una dudosa eficacia, sino que incluso han generado efectos anticompetitivos antes que solucionar problemas potenciales.

Por su parte, desde el punto de vista de los remedios conductuales también podemos encontrar problemas de similar naturaleza. Los riesgos vinculados a la aplicación de remedios de esta naturaleza se relacionan, en primer lugar, con la gran dificultad que tendrá la autoridad para supervisar el cumplimiento de los mismos. Esto es cierto tanto para el cumplimiento de compromisos de no realizar determinadas conductas en el mercado (por ejemplo, no discriminar), como para conductas dentro del propio grupo empresarial, tales como la prohibición de transmisión de información debido a la existencia de un *firewall*.

Los costos asociados a saber en todo momento cómo se comporta determinada empresa en el mercado son considerables, tanto en términos monetarios para el Estado, como también en términos horas-hombre invertidas para lograr un control efectivo. Por ejemplo, respecto a lo primero, podemos apreciar que en el año 2010, cerca del 15% del presupuesto de la Federal Energy Regulatory Commission’s (FERC’s) y la Federal Communications Commission (FCC’s) fue utilizado para la supervisión y fiscalización²¹. Estos costos serán más altos en el caso de la agencia de competencia, pues no tiene

¹⁹ Ibid. p. 4.

²⁰ Para mayores referencias, ver: JOSKOW, Paul L. “Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, and Remedies”. 18 J.L. Econ. & Org. 95, 114 (2002).

²¹ COMISIÓN FEDERAL DE REGULACIÓN ENERGÉTICA. “Fiscal Year 2012 Congressional Performance Budget Request” at 2 & 4. En: <http://www.ferc.gov/about/strat-docs/FY12-budg.pdf>; COMISIÓN FEDERAL DE COMUNICACIONES. “Fiscal Year 2012 Budget Estimates Submitted to Congress”, at 39 & 69. 2011. En: http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2011/db0214/DOC-304636A1.pdf. Citados por: KWOKA, John E. y Diana L. MOSS. “Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement”. 2011. En: <http://ssrn.com/abstract=1959588>.

el *expertise* de un regulador. Desarrollar las capacidades necesarias para cada mercado que se estudie es un costo muy elevado que difícilmente valga la pena asumir por una operación en particular.

Respecto al costo horas-hombre, Richard Posner apunta correctamente respecto del caso AT&T²² que *“las agencias de supervisión y las cortes no poseen recursos técnicos adecuados, y no se mueven lo suficientemente rápido como para darse abasto en un sector de negocios muy complejo y que cambia muy rápidamente”*²³ [El énfasis es nuestro]. En el contexto de la aprobación de una concentración empresarial, los retos existentes respecto a la imposición de un remedio conductual efectivo son mayores no solo por la falta de experiencia de la autoridad en los mercados involucrados, sino porque la agencia de competencia debe actuar en plazos relativamente cortos.

Asimismo, cuando la autoridad se enfrenta a remedios que buscan facilitar la entrada al mercado a través del acceso a facilidades esenciales o a tecnología clave, por lo general se requiere de la participación de la empresa fusionada debido a un problema de asimetrías informativas. Como ya hemos mencionado, esta empresa carecerá de incentivos suficientes para colaborar efectivamente con sus competidores y generar más competencia. Por tanto, pese a la existencia de una obligación impuesta por la autoridad, nada asegura que la colaboración alcance un nivel de efectividad óptimo.

Dados los problemas que genera la aplicación de los remedios conductuales debido a sus costos y a la ausencia de incentivos para las partes, una regulación *ex post* como la que actualmente tiene nuestro país es, desde nuestro punto de vista, la mejor opción para procurar que las empresas con posición de dominio en el mercado sean conscientes de las limitaciones existentes a su accionar en el mercado.

IV. ¿QUÉ TAN EFECTIVOS HAN SIDO LOS REMEDIOS EN LA EXPERIENCIA COMPARADA?

Las fusiones son un fenómeno extraordinariamente común en Estados Unidos de Norteamérica. Sólo en este país se reportaron a la FTC y al DOJ 15,730 operaciones de concentración empresarial durante la última década. De estas, 749 (4.8%) implicaron un segundo requerimiento por parte de la autoridad y, de esas, en 65 se inició un procedimiento. Esto significa que el 0.4% de las fusiones reportadas, termina en un procedimiento. En la práctica, esto implica que las fusiones son muy comunes, pero es poco frecuente que generen problemas de competencia²⁴. Ya desde acá podemos ver que la intervención del Estado parece ser innecesaria y aporta principalmente demoras en los procesos.

En el caso europeo sucede algo similar, desde 1990 hasta la fecha se han presentado aproximadamente 4,200 notificaciones de concentraciones empresariales que no han sido materia de un compromiso por parte de las empresas fusionadas, lo que equivale a cerca del 90% del total de transacciones. Sin embargo, ha habido un importante grupo de operaciones que ha sido aprobada con condiciones, aunque sólo veinte han sido bloqueadas²⁵.

Pese a los antecedentes del mercado, la efectividad de los remedios no había sido tomada en consideración sino hasta el año 1999, cuando la FTC realizó por primera vez un estudio respecto al impacto y eficacia de treinta y cinco remedios estructurales (únicamente se revisaron desinversiones) aplicados entre los años 1990 y 1994²⁶. El periodo fue escogido ya que permitía reconocer de mejor manera cuál había sido el resultado derivado de la ejecución de dichos remedios luego de un mediano-largo plazo.

²² United States v. AT&T, 552 F. Supp. 131, 168 (D.D.C. 1982).

²³ POSNER, Richard. “Antitrust in the New Economy”. 68 Antitrust L.J. 925, 925. 2001.

²⁴ KWOKA, John y Daniel GREENFIELD. “Does merger control work? A retrospective on U.S. enforcement actions and merger outcomes”. Boston: Northeastern University. 2011. p. 2.

²⁵ DUSO, Thomas; GUGLER, Klaus y Burcin, YURTOGLU. “How effective is European merger control?”. Op. cit. p. 2.

²⁶ BUREAU OF COMPETITION OF THE FEDERAL TRADE COMMISSION. “A study of the Commission’s Divestiture Process”. 1999.

²⁶ En: <http://www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf>.

Por su parte, en octubre de 2005, el DG Competition publicó un análisis *ex-post* detallado de 96 remedios adoptados en cuarenta concentraciones aprobadas en el periodo 1996 a 2000²⁷, lo que representa un 44% del total de decisiones que aplicaron remedios durante el mencionado periodo, y 21% del total de decisiones que adoptaron remedios hasta el 2004²⁸. En este caso, a diferencia del estudio de la FTC, sí se tomaron en consideración otros tipos de remedios además de las desinversiones (esto incluye, remedios conductuales).

En el caso europeo, el objetivo del estudio fue verificar cómo es que ha evolucionando en el tiempo la implementación de los remedios. El estudio presenta, en ese sentido, un análisis de los casos en los que los remedios fueron inefectivos para resolver el problema de competencia encontrado (*weak type II errors*)²⁹. A primera vista, los resultados parecerían ser muy positivos, ya que el 94% de los negocios desinvertidos aún se encuentra en el mercado luego de tres a cinco años, luego de la implementación del remedio, y 81% del total de remedios analizados habrían sido total o parcialmente efectivos.

Pero, como bien señala Léveque, estos resultados son árboles que esconden el bosque³⁰. Si escarbamos un poco más, veremos que en realidad las desinversiones solo resolvieron el problema de competencia en 56% de los casos³¹. Es decir, la mitad de las veces la intervención de la autoridad de competencia fue inútil.

En efecto, el hecho que un negocio haya sobrevivido no es sinónimo de que el remedio fue exitoso, pues la única manera de juzgar ellos es a través de un análisis de la participación del mercado de cada competidor³². En

promedio, en el caso europeo la participación de mercado de los negocios desinvertidos decreció en 44% de los casos (algunas veces de manera dramática, cayendo más del 50%), mientras que permanecieron estables en 34%. Contrariamente, el negocio que se mantuvo en manos de la empresa fusionada aumentó su participación en 57% de los casos³³.

El estudio del DG Competition muestra algunos datos respecto a determinados puntos críticos que influyeron en el fracaso de la aplicación efectiva de los remedios.

En primer lugar, puede observarse que el problema más grande que presentan los remedios estructurales es el alcance de los bienes que serán materia de transferencia. El 79% de las veces se han encontrado serios problemas relacionados a una definición insuficiente y/o inadecuada de los bienes. No transferir los bienes correctos redundará en la incapacidad de los nuevos negocios de poder competir en el mercado a futuro; además, perjudica a las partes fusionadas en tanto los despoja de un patrimonio innecesariamente, generando costos sociales.

En segundo término, es posible concluir que el 48% de las desinversiones analizadas por el DG Competition presentaron problemas relacionados a la idoneidad del comprador. Por lo menos en 11 casos se eligió mal al mismo. Esto puede deberse en gran medida, a que los compradores son empresas pequeñas, incapaces de generar el mismo nivel de eficiencias que la empresa fusionada.

Además, dado que “*el interés de los compradores típicamente no coincide totalmente con objetivo buscado por el remedio*”³⁴, entonces es muy difícil

²⁷ DG COMPETITION. “Merger Remedy Study”. 2005.

En: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf.

²⁸ PAPANDROPOULOS, Penelope y Alejandro TAJANA. “The Merger Remedies Study – In Divestiture We Trust?”. ECLR Issue 8. 2006.

²⁹ Existen además los *weak type errors*, identificados por Duso, Gugler y Yurtoglu como aquéllos remedios que eran totalmente innecesarios. Ver: DUSO, T; GUGLER, K. y B. YURTOGLU. “EU Merger Remedies; A preliminary Empirical Assessment”. WZB Discussion Paper. 2005.

³⁰ LÉVEQUE, François. “Are merger remedies effective in the EU?”. Working Paper. CERN. 2007. p. 3.

³¹ Ver: PAPANDROPOULOS, Penelope y Alejandro TAJANA. Op. cit. p. 444.

³² La efectividad se juzgó sobre la base de las siguientes consideraciones: si el comprador aún se encontraba en el mercado; la evolución de la participación del mercado de los dos competidores; y la comparación entre ambos.

³³ PAPANDROPOULOS, Penelope y Alejandro TAJANA. Op. cit. pp. 445-446.

³⁴ Citados por: HARKER, Michael. “UK Merger Remedies under Scrutiny”. ESRC Centre for Competition Policy and Norwich Law School, University of East Anglia. CCP Working Paper 06-16. 2006. p. 13.

obtener un resultado querido. Por ejemplo, el DG Competition halló que *“los compradores encontraban preferible pagar una suma sustancialmente menor a cambio de una menor cantidad de activos, con el resultado negativo de que no se podrían equipar adecuadamente para competir en contra del vendedor”*³⁵. [El énfasis es nuestro.]

Es más, otro estudio³⁶ concluye que el comprador ni siquiera tiene incentivos para buscar que la desinversión genere competencia, ni para exigir complementos clave que permitan que la transferencia tenga un impacto contundente sobre el mercado. Esto tiene lógica en la medida que luego de la transferencia de los bienes, el mercado posiblemente quedará configurado de tal forma que se presentarán las condiciones necesarias para que la empresa fusionada ejerza su posición de dominio, dificultando la entrada de nuevos competidores. Así, la nueva empresa se verá beneficiada por la ausencia de otros competidores.

A partir de observaciones como las anteriormente descritas, la autoridad de competencia de la Unión Europea encontró un total de 194 problemas serios (lo que implica que si el problema no se resuelve, el remedio sería total o parcialmente inefectivo). Esto significa que por cada remedio aplicado, en promedio existen dos potenciales complicaciones serias, lo que a la larga refleja que los remedios tienen una gran posibilidad de fracasar³⁷.

Por su parte, el estudio de la FTC encontró que el 25% de las desinversiones fueron completamente inefectivas. Si bien este número parece relativamente bajo en comparación a los resultados obtenidos en la Unión Europea, la cifra debe tomarse con mucho cuidado, pues el criterio utilizado por la FTC fue mucho más laxo que el del reporte del DG Competition. En efecto, para considerar que una desinversión fue exitosa, la FTC únicamente valoró si el nuevo negocio había

ingresado al mercado, sin importar el éxito que tuviese en éste en el futuro. Si el estudio de la FTC hubiese utilizado como referencia la cantidad de empresas que tuvieron la capacidad de dinamizar el mercado, es altamente probable que el porcentaje varíe dramáticamente. Lamentablemente, no contamos con números que reflejen esto.

Lo que sí puede apreciarse en Estados Unidos de Norteamérica es que tanto los remedios estructurales como conductuales han sido incapaces de influenciar de forma suficiente sobre el precio luego de la operación de concentración. *“Aquellas sujetas a desinversiones resultaron en un incremento en el precio de 7.55 por ciento (8.33 para fusiones), mientras que aquellas que implementaron remedios conductuales tuvieron un incremento sustancial –cerca del 15.14 por ciento”*³⁸. [El énfasis es nuestro.] Es decir, los remedios planteados por la autoridad no logran alcanzar por lo menos uno de los objetivos, pues no pueden prevenir eficazmente el aumento de los precios como consecuencia de las concentraciones.

Ciertamente, esto refuerza la idea de que el objetivo de los remedios no debe ser controlar los precios, sino generar un entorno propicio para la competencia, donde no existan barreras de entrada que impidan que, ante un aumento en los precios, un nuevo competidor ingrese a disciplinar el mercado. Será la disposición a pagar del consumidor la que estabilizará el precio.

Las críticas sobre la efectividad de los remedios y, por tanto, su utilidad para resolver problemas de disminución de competencia generados por las concentraciones empresariales, son claras y contundentes. Incluso los estudios elaborados por las propias agencias de competencia en las dos jurisdicciones más importantes sobre la materia coinciden (basados en data empírica) respecto a sus deficiencias.

³⁵ Ibidem.

³⁶ FARRELL, Joseph. “Negotiation and Merger Remedies: Some Problems”. Working Paper CPC03-41. Department of Economics, University of California, Berkeley. 2003. En: http://www.concurrences.com/IMG/pdf/Article_Farell_II.pdf.

³⁷ LÉVEQUE, François. Op. cit. p. 5.

³⁸ Ibid. p. 31.

Es por ello que Duso, Gugler y Yurtoglu concluyen, válidamente, a partir de un análisis cuantitativo y económico, que los remedios no son capaces de resolver los problemas anticompetitivos en promedio³⁹.

Kwoka y Green field concluyen de manera similar. Su estudio sobre la efectividad del control de fusiones en la Unión Europea señala que los remedios impuestos (desinversiones y remedios conductuales) por lo general no son adecuados para preservar la competencia⁴⁰.

Motta, Polo y Vasconcelos tienen una percepción muy similar sobre los problemas derivados de la implementación de los remedios como condición para la aprobación de una fusión. En específico, consideran que las desinversiones, lejos de promover la competencia, tienden a viabilizar la generación de ambientes propicios para la colusión entre competidores⁴¹. Al prestarle tanta atención a la viabilidad de la creación del nuevo negocio, la autoridad suele pasar por alto los efectos a mediano y largo plazo que se generarían y que pueden resultar ser más perjudiciales que el propio acto de concentración.

V. REFLEXIONES FINALES

Los remedios fueron creados con la intención de servir como curas efectivas frente a las posibles contingencias que pueden derivarse del aumento en el poder de mercado por parte del competidor fusionado, pero sin que ello destruya las eficiencias que se generan como consecuencia de la operación de concentración⁴². La experiencia, sin embargo, ha demostrado que lejos de obtener como resultado la eliminación del problema de competencia hallado por la autoridad, en una gran cantidad de casos el remedio es inefectivo, lo que, o no tiene un impacto sobre la fusión, y generó un costo inútil, o, peor aún, conlleva a un resultado aún más

negativo, generando un costo social no previsto.

Líneas arriba habíamos listado las funciones que un remedio debía cumplir para que la autoridad pueda plantear su utilización en un caso concreto. En la práctica, sin embargo, vemos que los remedios:

- a) No satisfacen la provisión de una solución final para el problema de competencia que se generaría por la concentración propuesta.
- b) Corren el riesgo de crear un nuevo problema de competencia, tanto en el mercado afectado, e incluso en otros mercados.
- c) No son de fácil implementación y, cuando lo son, no se toman en cuenta los efectos a mediano o largo plazo.

Es decir, en retrospectiva vemos, a partir de datos estadísticos, que los remedios, por lo general, no cumplen con los requisitos necesarios para ser planteados. Ante la duda sobre la efectividad de los remedios en general, lo ideal, entonces, sería no tener un sistema de aprobación previa de concentraciones empresariales, pues nos enfrentamos a la posibilidad de distorsionar el mercado y generar ineficiencias y perjuicios para el consumidor. Consideramos que es mejor no intervenir en la economía cuando el propio mercado puede autorregularse con el tiempo.

En caso se decida proseguir con la promulgación eventual de una Ley de Control de Fusiones, consideramos que la aplicación de los remedios debe ser muy excepcional, pues se corre el riesgo de distorsionar el rumbo normal del mercado.

Una cosa es clara: de nada sirve una medicina si no puede curar la enfermedad.

³⁹ DUSO, Thomas; GUGLER, Klaus y BURCIN, YURTOGLU. "How effective is European merger control?". Op. cit. p.2.

⁴⁰ KWOKA, John y Daniel GREENFIELD. "Does merger control work? A retrospective on U.S. enforcement actions and merger outcomes". Op cit. p. 37.

⁴¹ MOTTA, Massimo; POLO, Michele y Helder VASCONCELOS. "Merger Remedies in the European Union: An Overview". Op. cit. p. 23.

⁴² Esta es la tendencia en los objetivos de las autoridades de competencia de Estados Unidos y la Unión Europea, así como de la OECD.



BEDOYA SERVICIOS GESTIONES E INVERSIONES
SERVICIOS LEGALES, COBRANZA JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL

PAYET | REY | CAUVI

ABOGADOS

Av. Víctor Andrés Belaúnde 147 Centro Empresarial Real
Torre Real Tres, Piso 12 San Isidro, Lima 27 - Perú
Teléfono: (+511) 612-3202 Fax (+511) 222-1573
E-mail: lexmail@prc.com.pe
www.prc.com.pe



Ya son 3 años de vivencias y emociones, experiencias inolvidables que compartimos juntos.

¡Gracias por confiar en nosotros!



TOQUE FINO
MARKETING DEPORTIVO



Planeamiento



Confianza



Esfuerzo



Pasión



Respeto

Si desean inscribirse en
el Interestudios
de Voley Mixto 2012
2da edición Contáctanos a:
informes@toquefino.com



* Inicio: Agosto 2012
* Inscripción Libre
* Cupos Limitados

Tel. 266-4170 www.toquefino.com

TEORÍA DEL CUELLO DE BOTELLA: LAS FACILIDADES ESENCIALES

Luis José Díez Canseco Núñez*

La doctrina de las facilidades esenciales constituye un intento jurisprudencial de limitar y hacer más predecible la figura de la “negativa a contratar”, señalándose la existencia de cuatro requisitos concurrentes. Estos requisitos son: que el activo sea realmente esencial; que su duplicación sea “impracticable” o irracionalmente costosa; que la empresa dueña de la facilidad tenga posición de dominio en el mercado de la facilidad; y que la facilidad cuente con un exceso de capacidad.

El autor sostiene que esta doctrina debe ser aplicada de manera restringida, por lo que debe ser empleada únicamente en aquellos casos en los que se constate que no es posible emplear algún otro mecanismo. Además, señala que los remedios que ofrece la doctrina de las facilidades esenciales son inútiles como medios para mejorar el bienestar del consumidor.

* Socio del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya. Profesor de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Ciencia Aplicadas. El autor agradece sinceramente a Enrique Pasquel Rodríguez y a Jorge Abarca García por los aportes brindados a este artículo

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Cuando a finales de 1991 y sobre la base de las facultades conferidas al Poder Ejecutivo por el Congreso de la República, mediante la Ley 25327, para dictar Decretos Legislativos “orientados a crear las condiciones necesarias para la inversión privada de los diferentes sectores productivos”; se promulgó el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada¹, la que puso de manifiesto la decisión del Congreso peruano de apoyar el cambio de rumbo de nuestra política económica hacia una economía de mercado. En efecto, dicha norma viene a constituir una suerte de “resumen ejecutivo” del conjunto de decretos legislativos que se habían promulgado durante los meses previos y mediante los cuales se adoptó un conjunto de reglas a favor de la inversión privada, tales como la eliminación de trabas a la misma, la eliminación de controles de precios, el respeto a la propiedad y al pluralismo económico, el trato igualitario y no discriminatorio para las empresas privadas y extranjeras, la privatización de empresas públicas, la eliminación de los controles de cambio, entre otras. En resumen, un giro de 180 grados en relación con casi tres décadas de intervencionismo.

La desestatificación de la economía tenía como correlato indispensable el apostar por la competencia como el instrumento insustituible para el desarrollo y crecimiento económico, y así, pocos días antes de promulgarse el Decreto Legislativo 757, se hizo lo propio con el Decreto Legislativo 701², el mismo que se erige como nuestra verdadera y primera ley de libre competencia. Ello quedó ratificado con el enunciado contenido en el artículo 2 del Decreto Legislativo 757 al señalar de manera enfática que “El Estado garantiza la libre iniciativa privada (...) y se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica”, y se consolida mediante su artículo 4 que, en materia de precios, indica

que la “libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda (...)”.

El Decreto Legislativo 701 guarda consonancia con la tendencia legislativa internacional de comienzos de los Noventa en el sentido de adoptar normas sobre esta materia y de la que el Perú no fue la excepción. Como toda ley sobre libre competencia, contaba con preceptos sobre abuso de posición dominante en el mercado, dentro de los cuales se estima ilegal, tal como lo indicaba su artículo 5, inciso a, “la negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios.”

El primer gran problema que presenta esta temática jurídica es que no existe una repuesta clara en torno a lo que significa una justificación razonable para negarse a contratar. La Corte Suprema de los Estados Unidos de América y el Tribunal de Justicia de Unión Europea no han desarrollado criterios claros al respecto. Y algo similar ha sucedido en el Perú, en lo que respecta a las resoluciones del Instituto Nacional de Defensa del Consumidor y Protección Intelectual (INDECOPI) y del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTel), respectivamente.

En los Estados Unidos de América, la Corte Suprema parece exigir que se demuestre la intención de la empresa con posición de dominio. El Tribunal Europeo, por su parte, no tiene criterios definidos. Asimismo, el INDECOPI no ha tomado una clara posición a este respecto y el OSIPTel –aparentemente– señala que debe determinarse el efecto en el mercado en vez de estar investigando la intención del supuesto infractor.

El segundo problema es, que forzar la contratación sobre un determinado recurso termina erosionando los incentivos positivos que crea el sistema de propiedad privada³.

¹ Decreto Legislativo publicado el 13 de noviembre de 1991. Modificado por: Ley 25541, publicada el 11 de junio de 1992; Decreto Ley 25596, publicado el 4 de julio de 1992; Ley 26092, publicada el 28 de diciembre de 1992; Ley 26724, publicada el 29 de diciembre de 1996; Ley 26734, publicada el 31 de diciembre de 1996; y, Ley 26786, publicada el 13 de mayo de 1997.

² Decreto Legislativo 701 del 5 de noviembre de 1991, Contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia. Derogado por el inciso a) de la Segunda Disposición Complementaria y Derogatoria del Decreto Legislativo 1034, publicado el 25 junio 2008.

³ ROBINSON, Glen. “On refusing to deal with rivals”. En: Cornell Law Review 87. 2000. p. 1190.

Ésta genera incentivos para invertir en la producción de bienes y desarrollo de tecnologías, puesto que permite a su dueño apropiarse del valor creado. Si se permite que un tercero tenga acceso a los recursos desarrollados por el propietario, se verificará un caso de *free-riding*, que no es otra cosa que cuando una empresa se aprovecha parasitariamente de la inversión realizada por otra y, en consecuencia, obtiene beneficios de la propiedad ajena. Por lo tanto, la figura de la negativa a contratar destruye los incentivos que tienen los individuos para invertir en el desarrollo de nuevos productos, tecnologías, facilidades o insumos.

Evidentemente, mientras menos predecible y clara sea esta doctrina, mayor será el perjuicio que se genere al sistema de propiedad privada y del que paradójicamente depende el correcto funcionamiento del mercado, que precisamente tiene como misión proteger el derecho de la libre competencia.

El tercer problema que puede identificarse consiste en que la agencia estatal que resuelva la controversia tendrá que fijar los términos “justos” de la transacción. Al Estado, sin embargo, le es sumamente difícil —si no imposible— acceder a la información acerca de los costos de la empresa que está siendo obligada a contratar. Principalmente, porque, por un lado, muchas veces será necesario conocer costos marginales que la misma empresa desconoce; y, por otro, a menudo será necesario conocer los costos de oportunidad (las opciones que se dejaron de tomar por realizar una transacción determinada) que probablemente sólo se encuentran en las mentes de los directores y gerentes de las empresas. Sin el conocimiento de tales costos será imposible determinar qué condiciones de contratación permiten a la empresa que está siendo obligada a contratar seguir obteniendo una ganancia por

la transacción⁴. En esta línea de pensamiento, obligar a contratar podría incluso constituir un supuesto indirecto de fijación de precios, cosa que está prohibido en todos las economías de mercado y, específicamente en el Decreto Legislativo 757 y del que el Perú puede escaparse. En efecto, en la medida que resulta indispensable establecer un valor del bien o servicio con el que se quiere obligar a contratar, en los hechos se va a tener que establecer indirectamente un precio.

Finalmente existe el problema de que las condiciones de mercado varían constantemente. Por ello, términos que pudieron ser considerados razonables o equitativos en un momento (asumiendo que esta determinación pueda ser realizada) dejarán de serlo al cambiar las condiciones del mercado. Éste es el motivo por el cual ninguna empresa realiza pactos invariables y definitivos a perpetuidad con el resto de agentes del mercado. En consecuencia, mientras dure el acuerdo impuesto, los tribunales o agencias administrativas que resuelvan el caso, tendrán que hacer una labor de monitoreo permanente de las condiciones de mercado pertinentes al caso.

Por las razones expuestas la doctrina de las facilidades esenciales constituye un intento jurisprudencial de limitar y hacer más predecible la figura de la “negativa a contratar” en casos donde se pretende obtener el acceso a un recurso controlado por una empresa con posición de dominio⁵.

En efecto, a lo largo de los años, tanto en el derecho norteamericano cuanto en el europeo; la teoría de las facilidades esenciales, en la medida que se perfila como una derivación de la temática de la negativa injustificada o arbitraria a contratar, ha tenido en común la circunstancia de desarrollarse sobre la base de criterios bastante vagos e,

⁴ ROBINSON, Glen. Op.cit. p. 1193.

⁵ TEMPLE Lang, John. “Defining Legitimate Competition: Companies’ Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities”. En: Fordham International Law Journal 18. 1994. p.483. El autor señala que: “essential facility cases involve basic principles [and the] concept may be merely a useful label... rather than an analytical tool”. Por su parte AREEDA, Philip y Herbert HOVENKAMP. “Antitrust Law”. 1995. pp. 650-651. Los autores indican que la “‘Essential facility’ is just an epithet.... It is not an independent tool of analysis, but only a label-a label that beguiles some commentators and courts into pronouncing a duty to deal without analyzing the implications...”. En el mismo sentido, AREEDA, Philip. “Essential Facilities: An epithet in need of limiting principles”. En: Antitrust Law Journal 58. Developments 1989. Selections from the Fall 1989 National Institute - The Cutting Edge of Antitrust: Exclusionary Practices. p.841.

incluso, impredecibles. Ello es tan cierto, que diversos autores han propuesto que los tribunales deberían dejar de pensar en términos de “negativa a contratar” y, más bien, identificar maneras de delimitar este tipo de infracciones⁶. A pesar de ello, la teoría de las facilidades esenciales, también conocida como del “cuello de botella”, aparece como una respuesta mucho más objetiva y predecible frente a la aparente ambigüedad e, incluso, arbitrariedad, existente en la negativa a contratar.

Lo dicho no significa que seamos promotores entusiastas de la teoría. Ella, generalizada y mal aplicada, podría significar una grosera intervención en la libertad contractual e, incluso, servir de base para justificar expropiaciones regulatorias. Empero, reconocemos que al menos existe cierto consenso acerca de cuáles son sus elementos, y cuándo se debe aplicar; siendo incluso más clara que la meliflua figura de la negativa injustificada a contratar.

¿Cuáles son los contornos de la teoría de las facilidades esenciales? Sobre el particular se puede señalar lo siguiente:

- a) Limita los casos de negativa a contratar a supuestos donde se cumplen los siguientes requisitos. (i) Cuando se refiere de un activo esencial o de acceso indispensable para que una empresa, normalmente competidora, pueda desarrollar su actividad en un determinado mercado relevante. (ii) Cuando se trata de un activo que no puede ser duplicado o replicado por la competencia, de tal forma que las trabas de acceso a una facilidad genera que la empresa quede excluida de la participación en este mercado. En otras palabras, una conducta con claros “efectos exclusorios”. (iii) Resulta necesario que la facilidad tenga un claro exceso de capacidad, de tal forma que el acceso concedido a la empresa competidora no menoscabe el uso que le estaba confiriendo la empresa propietaria de la facilidad. En otras palabras, la facilidad debe poseer, en cierta

medida, las características de un bien público. (iv) Finalmente, la facilidad debe concederle a su propietaria una posición de dominio, que debe poseer las características de un monopolio natural para que se cumpla con el presupuesto de la duplicidad.

- b) Brinda criterios más claros acerca de cuándo una empresa puede negarse a contratar con sus competidores y reduce la limitada predictibilidad y ambigüedad que caracteriza la figura de la negativa injustificada a contratar.
- c) Supera los problemas de monitoreo de las condiciones de mercado y de fijación de precios y/o condiciones de contratación; lo que permite señalar preliminarmente que éste es un remedio más idóneo para ser aplicado por las agencias regulatorias más que por las cortes o agencias de competencia.

El presente artículo, trata de brindar algunas luces sobre lo que, en nuestra opinión, debería ser la forma correcta de entender la doctrina de las facilidades esenciales, así como un recuento de cómo se ha aplicado en nuestro ordenamiento jurídico.

II. UNA REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Para estar en capacidad de brindar una definición más exacta y técnica sobre las facilidades esenciales resulta necesario adelantar un recorrido histórico por las resoluciones judiciales más significativas que aplicaron esta doctrina.

En primer lugar, las referencias casuísticas estarán orientadas al sistema judicial norteamericano por ser éste el que postuló más tempranamente la aplicación de la noción de facilidad esencial a casos concretos, además de que es en el que existe mayor número de casos. Cabe destacar que en los tres primeros que se citarán no se hizo mención explícita a la teoría o concepto de las facilidades esenciales. Es recién a partir

⁶ Ver, por ejemplo, GLAZER, Kenneth y Abbott LIPSKY. “Unilateral refusals to deal under section 2 of the Sherman Act”. En: *Antitrust Law Journal*. 1995. p. 800.

del caso de Hecht en el que la expresión “facilidad esencial” se incorpora al lenguaje jurídico y se disemina internacionalmente, a tal punto que hoy día constituye una expresión aceptada por toda la doctrina y jurisprudencia mundial.

En segundo lugar, se hará un recuento de los casos emblemáticos en el marco de la jurisprudencia de la Comisión Europea, la misma que se ha vinculado con casos de infraestructuras.

A. Jurisprudencia Norteamericana

1. United States v. Terminal Railroad Association of Saint Louis⁷

Hace más o menos un siglo y a comienzos de la vigencia de la normativa *antitrust* norteamericana, una asociación conformada por catorce empresas ferroviarias, operadores portuarios, así como varias compañías de transporte de carga controlaba un terminal de trenes en la intersección de varias líneas ferroviarias y un puente en un punto del río Mississippi en la ciudad de San Luis, Nueva Orleáns. Antes de que esta especie de *joint venture* se pusiera en marcha, había tres terminales independientes y accesos a trenes que servían a San Luis, de modo que existían alternativas competitivas para quienes desearan trasladarse o intentaran transportar mercadería de un lado al otro del río. No obstante, aún después de que la Asociación obtuviera el control de los medios para cruzar el río; ésta decidió adquirir además todas las facilidades de infraestructura de ambos lados del mismo; lo que incluía terminales ferroviarios y almacenes, así como los túneles y las vías de acceso que, por la configuración particular de la geografía de San Luis y su río, bajaban desde los acantilados hacia el puerto. Como resulta obvio, ello brindó a la Asociación la posibilidad de cargar y descargar mercancía, equipaje o pasajeros en cualquier lugar dentro del área de San Luis; así como para poder llevar cualquier bien o persona a través del río Mississippi.

Lo que ésta Asociación había generado era una suerte de monopolio natural. Para asegurarlo,

las empresas que conformaban la Asociación establecieron algunas reglas que dificultaban su escisión o, dicho en otras palabras, que consolidaban el acuerdo. La principal regla consistía en que para que un nuevo miembro fuese admitido en la Asociación, se debía obtener la aceptación unánime de todos los miembros activos de la misma.

Los resultados concretos de la implementación de este “cuasi monopolio” natural eran fácilmente predecibles. En efecto, se produjo un alza sostenida en las tarifas para el tráfico hacia el interior de San Luis como a través de dicha ciudad, y las tasas fueron cobradas en la forma de cargos complementarios. En resumen, en la medida que la Asociación prácticamente se había constituido en el único oferente de servicios portuarios, que además estaba integrado verticalmente, le permitía alcanzar sustanciales rentas monopólicas por las operaciones que realizaba.

Este acuerdo asociativo y el poder de veto previsto para los miembros de la Asociación fueron cuestionados por las cortes norteamericanas al poco tiempo de su instauración y calificado como violatorio de las normas contenidas en el acta de Sherman⁸. La solución que finalmente adoptó la Corte Suprema de Estados Unidos de América fue similar a la regla frecuentemente aplicada a los casos de monopolios naturales se aplicaba durante el Siglo XIX: se permitió a la Asociación seguir operando como un monopolio, pero se le obligó a que aceptara a otras empresas como miembros, siempre que éstas estuvieran dispuestas a asumir los costos de la misma manera como lo hacían los demás miembros de la Asociación.

A pesar de que no lo señaló explícitamente, la Corte Suprema entendió que el acceso de otras empresas como miembros de la Asociación constituía una “facilidad esencial” (si bien no emplea estos términos) para operar el negocio de transporte hacia y dentro de la ciudad de San Luis.

Sin embargo, la solución no dejó de ser objeto de críticas. Así por ejemplo, tal como señalan Lipsky y Sidak:

“Como hemos sugerido, Terminal Railroad es

⁷ U. S. v. Terminal R. R. Ass'n of St. Louis. 224 U.S. 383, 32 S.Ct. 507, 56 L.Ed. 810 (U.S.Mo. Apr 22, 1912) (386)

⁸ 15 United States Code Annotated. Commerce and Trade Chapter.

particularmente importante dado el remedio que la Corte específicamente declinó adoptar. La competencia existente previamente entre las compañías de terminales ferroviarios y entre las entidades que controlaban los diversos medios para cruzar el Mississippi, pudo ser restaurada por un mandato de *divestiture*⁹. Si dicha competencia pudo haber sido restaurada, parece obvio que esta medida pudo haber sido preferible desde una perspectiva de bienestar del consumidor, antes que confiar en un remedio que requiere la creación de un mecanismo permanente para controlar el indiscutible poder monopólico de la combinación; monitoreando y ajustando las tarifas continuamente; estableciendo los términos y condiciones de la propiedad y uso. Un remedio estructural probablemente hubiese obviado la necesidad de supervisión judicial continua de cualquier clase (...)

El caso Terminal Railroad permitió que un problema de monopolio se resuelva no por un remedio estructural que pudo haber restaurado la competencia activa, sino requiriendo acceso universal a la combinación existente”¹⁰.

Este caso, que data de 1912, revelaba algunos de los problemas de la aplicación del principio de las facilidades esenciales y sobre los que se comentará más adelante. En efecto, ocurre que se trata de un mecanismo administrativamente costoso de rectificación o de solución de un problema del mercado y que crea una línea divisoria muy tenue entre el derecho de la libre competencia y la regulación. Esta es una solución que normalmente no toma en cuenta el beneficio de los consumidores.

2. Associated Press v. United States¹¹

Hacia 1945 la Associated Press era un *joint venture* integrado por 1200 diarios de gran

circulación en los Estados Unidos de América y por otros del mundo. Sus participantes estaban obligados a compartir noticias con todos los miembros de la asociación a cambio de obtener acceso a las noticias de los otros miembros y del propio equipo de Associated Press. Éste era un mecanismo bastante útil para que los asociados pudieran compartir información y brindar a los lectores de sus respectivos diarios un mayor número de noticias. Si se quiere, estamos hablando de un mecanismo de promoción de sinergias informativas que, a simple vista, resulta altamente positivo para los consumidores.

Empero, las normas internas de la Asociación permitían que cualquier integrante tuviera la posibilidad de vetar las solicitudes de membresía de otros competidores. De esta forma, por ejemplo, un diario metropolitano podía prevenir el ingreso a Associated Press de cualquier otro diario de la misma área geográfica que quisiera participar en la asociación. Mediante esta regla se permitía que tan sólo un diario –el integrante en la Asociación– pudiera disponer del gigantesco mercado de noticias de la Associated Press.

El Departamento de Justicia (uno de los entes encargados de aplicar la normativa sobre libre competencia) no tuvo reparos en torno al *joint venture* en sí mismo puesto que, tal como se ha indicado líneas arriba, se le consideraba bastante eficiente. Los cuestionamientos estaban referidos a las regulaciones de Associated Press relacionadas con la admisión de nuevos miembros y, en particular, el derecho de veto que poseía cada uno de los integrantes¹². En apelación ante la Corte Suprema, la mayoría de sus integrantes consideró que, en la medida que el derecho de veto no tenía otro objeto que proteger a los miembros de Associated Press de sus competidores locales, se trataba de

⁹ También se conoce como “*break-up*”, “ruptura”, o “disociación de titularidad y gestión” del *joint venture*. A través de este mecanismo una empresa o asociación de empresas que goza de posición dominante es obligada por la autoridad de competencia a desintegrarse en diversas empresas. Cabe indicar, que esta posibilidad no se encuentra incorporada explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico ni existe un caso en el que se haya establecido un mandato de esta envergadura.

¹⁰ *Ibíd.* pp. 132-133.

¹¹ *US. v. Associated Press*. 52 F.Supp. 362 (S.D.N.Y. Oct 06, 1943), *Associated Press v. U.S.* 326 U.S. 1. 65 S.Ct. 1416. 89 L.Ed. 2013. 1 Media L. Rep. 2269 (U.S.N.Y. Jun 18, 1945) (57, 58, 59); Se solicitó que fuera revisado pero la Corte Suprema reafirmó su posición: *Associated Press v. United States*. 326 U.S. 802, 66 S.Ct. 6, 90 L.Ed. 489 (U.S.N.Y. Oct 08, 1945) (57, OCT TERM 1944), *Tribune Company v. United States*. 326 U.S. 803. 66 S.Ct. 7, 90 L.Ed. 489 (U.S.N.Y. Oct 08, 1945) (58, OCT TERM 1944).

¹² HOVENKAMP, Herbert. “Antitrust”. Estados Unidos: West Group. 1999. p. 199.

una restricción ilegal, y ello a pesar que se constató que esta Asociación carecía de poder de mercado o posición de dominio.

No obstante, el fallo judicial tuvo más de un voto discordante que consideró que los contratos de exclusividad eran sumamente comunes entre agencias de noticias, periódicos y reporteros y que, además, no quedaba claro, una vez que el derecho de veto fuera eliminado, cómo Associated Press podría excluir a cualquiera que pretendiera acceder a la membresía de la Asociación. En efecto, ello permitiría que cualquier empresa periodística pudiera ser miembro de la asociación y ello permitiría que no hubiera ningún filtro o mecanismo para garantizar la idoneidad de la empresa que solicitaba el acceso.

Este caso no se conjuga necesariamente con la doctrina de las facilidades esenciales, básicamente porque el argumento más resaltante que se presentaba en el caso anterior —la existencia de un complejo monopolio natural— no se verificaba en este caso concreto. Empero, si se le reconoce como parte de los antecedentes de la teoría puesto que estableció un mandato de acceso, que es una de las características para su aplicación.

3. Gamco Inc. v. Providence Fruit & Produce Building Inc.¹³

La facilidad involucrada en este caso consistía en un edificio, junto con sus rutas de acceso y vías ferroviarias, construido para ser utilizado como mercado centralizado para la venta al por mayor de productos frescos en Providence, Rhode Island. El demandante era un comerciante que alegaba haber sido injustificadamente expulsado del uso del mercado centralizado. Esta exclusión había paralizado su negocio de producción.

La Corte de Apelación determinó —en 1952— que era necesario que se le brindara acceso

a dicho mercado, además de expresar que la racionalidad de los argumentos de la defensa —que la demandante tenía un nivel de crédito insuficiente— era un simple pretexto. En su pronunciamiento, la Corte de Apelaciones también se pronunció acerca de la clase de argumentos que se podrían aceptar para justificar la exclusión de una facilidad como la del mercado. Así, determinó que los propietarios no están obligados a aceptar indiscriminadamente a todos los solicitantes de la facilidad, sino que existen criterios razonables para llevar a cabo la exclusión, como es el caso de la falta de espacio disponible, la constatación de problemas financieros, bajos estándares de negocios y éticos del solicitante, entre otros. En tales circunstancias —indicó— no se habría atentado contra las normas que protegen la libre competencia contenidas en el acta de Sherman. Estos criterios, dicho sea de paso, están en línea con las justificaciones aceptadas universalmente para los casos de negativas de trato.

A diferencia del antecedente de Associated Press, no existían razones legítimas para la exclusividad entre los usuarios de la facilidad. Su función era justamente servir a todos los distribuidores de productos en la zona. Además, en este caso era bastante clara la presencia de una posición de dominio o poder de mercado de parte de los propietarios del mercado.

4. Hecht v. Pro-Football¹⁴

La importancia de este caso de 1977 radica en que constituye la partida de nacimiento o punto de partida que inaugura el reconocimiento expreso de la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales; además de que es el primero que incorpora una serie de criterios o *test* para que una corte determine cuándo se está frente a una facilidad esencial.

¹³ Gamco Inc. v. Providence Fruit & Produce Bldg. 194 F.2d 484 (1st Cir.(R.I.) Feb 13, 1952) (4600); La Corte Suprema denegó el Certiorari: Providence Fruit & Produce Bldg v. Gamco Inc, 344 U.S. 817, 73 S.Ct. 11, 97 L.Ed. 636 (U.S.R.I. Oct 13, 1952) (58).

¹⁴ Hecht v. Pro-Football Inc. 312 F.Supp. 472. 1970 Trade Cases P 73,170 (D.D.C Apr 16, 1970) (CIV. 2815-66), Hecht v. Pro-Football Inc. 444 F.2d 931. 144 U.S.App.D.C. 56, 1971 Trade Cases P 73,559 (D.C.Cir. Apr 27, 1971) (24446), Pro-Football. Inc. v. Hecht, 404 U.S. 1047, 92 S.Ct. 701, 30 L.Ed.2d 736 (U.S.Dist.Col. Jan 17, 1972) (71-121), Hecht v. Pro-Football Inc. 570 F.2d 982, 187 U.S.App.D.C. 73. 1977-2 Trade Cases P 61. 773. 2 Fed. R. Evid. Serv. 1218 (D.C.Cir. Dec 20, 1977) (75-1819), Pro Football Inc. v. Hecht, 436 U.S. 956, 98 S.Ct. 3069. 57 L.Ed.2d 1121 (U.S.Dist.Col. Jun 12, 1978) (77 1322).

El demandante era el propietario de un nuevo equipo de fútbol profesional de Washington D.C. que quería alquilar el estadio Robert F. Kennedy, el único disponible en el área. El demandante alegó que el dueño del estadio (controlado mayoritariamente por la administración del Distrito de Columbia) se había negado a alquilárselo, sosteniendo que existía una disposición interna que le prohibía hacerlo a un equipo que no fuera el de los Washington Redskins, equipo titular de la franquicia local de la liga nacional de fútbol.

La Corte de Apelación concluyó que la referida cláusula contractual constituía una restricción injustificada al comercio. Para ello, empleó un *test* básico que tenía por objeto establecer –con cierto grado de precisión y predictibilidad– cuándo se estaba frente a una facilidad esencial.

El mencionado *test* partía por plantear las siguientes interrogantes:

- ¿Si el estadio era esencial para la operación de un equipo profesional de fútbol en Washington D.C.?
- ¿Si se estaba ante la imposibilidad práctica de duplicar el estadio?
- ¿Si un equipo podía usar el estadio sin interferir con las actividades del otro equipo?; y,
- ¿Si el acceso había sido denegado porque la cláusula de exclusividad impedía compartir el estadio con competidores potenciales?

Las interrogantes de la Corte de Apelación permiten identificar algunos de los elementos que, posteriormente, se considerarían característicos de una facilidad esencial, aunque también reveló buena parte de los problemas que surgen como consecuencia de la aplicación de esta doctrina.

Un primer problema que se presenta consiste en lo poco técnico y predecible del análisis que se realiza al ordenar esta especie de “acceso obligatorio”, y que es la esencia del principio de las facilidades esenciales. Dicho análisis emplea estándares de razonabilidad que únicamente apelan a la intuición. Es cierto, que en el caso que se describe parece razonable que un estadio deportivo de una gran área metropolitana pudiera acomodar dos franquicias de fútbol profesional. Los equipos de fútbol sólo

juegan un partido a la semana, por lo que el estadio tendría capacidad ociosa los otros seis días [aunque habría que considerar si es que un estadio puede utilizarse más veces sin que se deteriore el césped o impida los entrenamientos, análisis que escapa los límites de este artículo]. La situación del estadio puede diferenciarse claramente de lo que ocurre con la capacidad de una tubería de agua o gas, de un puente o de un almacén de productos, todos los cuales pueden ser empleados de manera mucho más sostenida y continua que un estadio de deportes.

El análisis completo de este caso nos lleva a una conclusión sobre la que se retomará más adelante: la doctrina de las facilidades esenciales y la obligación de acceso obligatorio que normalmente lleva aparejada pueden tener sentido siempre que se cumplan con las siguientes condiciones concomitantes:

- a) que el acceso a la facilidad resulta esencial para la supervivencia de la empresa que la solicita;
- b) que la facilidad tenga un claro exceso de capacidad que no interfiera con las actividades del denunciado; y,
- c) que la facilidad no puede ser fácilmente duplicada o replicada.

Algunas características adicionales que se desprenden de la sentencia son que:

- d) la facilidad sea de propiedad pública, de tal forma que se permita su disponibilidad a un costo marginal;
- e) que el demandante pruebe que la negativa del demandado tenía motivos anticompetitivos; y,
- f) que la competencia se vería incrementada en la medida que se brindara la facilidad.

El segundo problema que sugiere este caso es uno que se ha adelantado: la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales no es una solución del Derecho de la Competencia, sino del Derecho Regulatorio.

En efecto, la Corte de Apelaciones ignoró la necesidad de regular, como consecuencia de su obligación de brindar acceso a la facilidad,

los términos y condiciones sobre la manera cómo se debía brindar el acceso obligatorio a los usuarios. Por ejemplo, se podría determinar simplemente que el estadio debía ser ofrecido a los nuevos usuarios en condiciones similares a aquellas pactadas con el usuario original. Empero, ello dejaría de lado situaciones tan importantes como la valoración de cada uno de los equipos por el uso del estadio, o las circunstancias financieras que afrontan los potenciales usuarios. Esto último, como es natural, hace que unos sean clientes de mayor riesgo que otros.

5. Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.¹⁵

La facilidad esencial solicitada en este caso fue un trío de montañas. Efectivamente, Aspen es una localidad de deportes en la que se encuentran ubicadas varias pistas de esquí para deportes de invierno. Los propietarios de cuatro circuitos en estas montañas habían establecido el *All Aspen Ticket*, un sistema compartido mediante el cual, por el pago de un determinado monto al que se le aplicaba un descuento, se permitía al usuario usar las instalaciones de cualquiera de los circuitos. Sin embargo, en los años setenta, Aspen Skiing, empresa propietaria de tres de los cuatro grandes circuitos de esquí, introdujo un nuevo sistema, por lo que puso en práctica un ticket similar pero aplicable sólo a sus circuitos y montañas. Aspen Skiing trató de convencer a Aspen Highlands para que aceptara un porcentaje fijo de todos los ticket vendidos. Inicialmente ésta última aceptó, pero al año siguiente rechazó la propuesta según la cual sólo recibiría el 12,5% del total de los ingresos del *All Aspen Ticket*. Por ello, Aspen Skiing dio por terminado el acuerdo y tomó acciones para que su competidora tuviera dificultades económicas, además de que inició un conjunto de prácticas para actuar independientemente. Dentro de esas acciones desarrolló una intensa campaña publicitaria indicando que sus facilidades eran las únicas en la zona de Aspen. Como consecuencia, las ventas de la competidora bajaron dramáticamente.

Aspen Highlands inició acciones contra Aspen Skiing. El Jurado encontró a esta última culpable de monopolización del mercado en violación del Sherman Act. Las razones para ello fueron: (i) que el sistema era uno de facilidades esenciales; y, (ii) que había suficiente evidencia del intento de crear o mantener el monopolio.

En la apelación, la Corte Suprema determinó que Aspen Skiing no contaba con una posición de dominio porque el mercado relevante de pistas y circuitos de esquí se extendía a todos los Estados Unidos, Canadá y, debido al público que gustaba de este deporte —bastante exclusivo— incluso a Europa. Por lo tanto, existía sustituibilidad de la facilidad. No obstante, la misma Corte encontró que la negativa a contratar de Aspen Skiing era el resultado de un propósito o intento anticompetitivo y que ello era evidencia de monopolización. Asimismo, consideró innecesario pronunciarse acerca de la relevancia de la doctrina de las facilidades esenciales.

Lo que en buena cuenta decidió la Corte Suprema es que Aspen Skiing Company era responsable de monopolización por no ofrecer argumentos convincentes por su negativa a contratar. Esta empresa trató de justificar su decisión mediante razones que fueron fácilmente desechadas, por lo que terminó siendo sindicada como culpable. En consecuencia, la lección que intentó brindar la Corte Suprema en este caso es que una empresa con poder de mercado, para negarse a contratar, tiene que justificar su conducta proporcionando una guía de negocios legítima.

La pregunta que surge es qué debe entenderse como razón legítima para negarse a contratar. Si bien, un monopolista no puede deliberadamente excluir rivales, una empresa sí puede contemplar la exclusión de un rival como una consecuencia secundaria de su propia estrategia de maximización de ganancias. A fin de cuentas, de eso trata la competencia, sobretodo, porque si una determinada empresa no actuara de esa manera, correría el riesgo de desaparecer.

¹⁵ Aspen Highlands Skiing Corp v. Aspen Skiing Co. 738 F.2d 1509. 1984-2 Trade Cases P 66. 101. 17 Fed. R. Evid. Serv. 600 (10th Circuit - Colorado) Jul 13, 1984) (82-1407, 82-1424), Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation. 469 U.S. 1071. 105 S.Ct. 562. 83 L.Ed.2d 503 (U.S.Colo. Dec 03, 1984) (84-510), Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp. 472 U.S. 585. 105 S.Ct. 2847. 86 L.Ed.2d 467. 53 USLW 4818. 1985-2 Trade Cases P 66,653 (U.S.Colo. Jun 19, 1985) (84-510).

La Corte Suprema no cuestionó si era justo el método de cálculo que venía siendo utilizado por las empresas involucradas, de modo que pudiera ser adecuadamente modificado. Se trató pues de una presunción errónea por parte de la Corte de Apelaciones. En efecto, las firmas no entran razonablemente en acuerdos que las obligan o vinculan para siempre. Por ello, en este caso la Corte Suprema perdió una oportunidad para dejar de lado la ambigua e impredecible doctrina de la negativa a contratar y no quiso pronunciarse acerca de la teoría de las facilidades esenciales.

6. MCI Communications Corp v. American Telephone and Telegraph Co.¹⁶

En este caso, de 1983, la empresa AT&T se negó, entre otras prácticas restrictivas de la libre competencia, a interconectar a MCI con sus facilidades de distribución, limitando los tipos de servicio de larga distancia que MCI podía ofrecer a sus clientes.

La Corte de Apelaciones concluyó que el comportamiento de AT&T estaba regulado por la doctrina de las facilidades esenciales. El test que se aplicó en este caso fue el siguiente:

- un monopolista controla una facilidad esencial;
- un competidor no puede en forma práctica o razonable duplicar la facilidad esencial;
- el acceso ha sido negado al competidor; y,
- el acceso a la facilidad resulta viable.

La presencia de los cuatro elementos determina la obligación de la empresa monopolista de brindar acceso a la facilidad¹⁷. Lamentablemente el caso se resolvió en un Tribunal de Apelaciones y no a nivel de la Suprema Corte.

7. Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko¹⁸

Este caso que data del 2004 es el más reciente y en el que la Suprema Corte de Estados Unidos se pronunció en relación con la doctrina de las facilidades esenciales. En dicha oportunidad, la Suprema Corte se negó a aplicar la doctrina de la facilidad esencial para condenar a Verizon —un operador titular de redes de telecomunicaciones— por ofrecer acceso discriminatorio a su infraestructura (inferior a la Ley) a competidores en el mercado aguas abajo. Debido a que los términos de acceso del titular de la concesión de la red local respondían a un mandato de la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1996, la Suprema Corte adoptó el punto de vista en torno a que no podía invocarse la doctrina.

La Corte argumentó que se generaría poco beneficio adicional mediante una intervención antimonopolio en una industria que ya se encuentra sujeta a regulaciones sectoriales, donde el propósito de la misma es precisamente disuadir y remediar las medidas anticompetitivas. Asimismo, existe un gran riesgo de tomar las decisiones equivocadas contra el limitado beneficio de la medida antimonopolio. La Corte opinó que la evaluación de las presuntas violaciones a la Ley de Telecomunicaciones requería de conocimientos técnicos y, como tal, resultaba una tarea difícil para que un tribunal la llevara a cabo desde un marco antimonopolio.

El fallo en el caso Trinko se interpretó como una desviación de la Suprema Corte de su enfoque previo, claramente más receptivo, en torno a la doctrina de las facilidades esenciales. Su negativa a aplicar las disposiciones antimonopolio en una industria sujeta a regulación específica podría indicar que considera estos mecanismos como sustitutos más que como complementos.

¹⁶ MCI Communications Corp. v. American Tel. and Tel. Co. 708 F.2d 1081. 1983-2 Trade Cases P 65,520, 1982-83 Trade Cases P 65,137, 12 Fed. R. Evid. Serv. 590 (7th Cir.(Ill.) Jan 12, 1983) (80-2171, 80-2288); American Telephone and Telegraph Company v. MCI Communications Corporation, 464 U.S. 891, 104 S.Ct. 234, 78 L.Ed.2d 226 (U.S.Ill. Oct 11, 1983) (83-217), MCI Communications Corporation v. American Telephone and Telegraph Company, 464 U.S. 891, 104 S.Ct. 234, 78 L.Ed.2d 226 (U.S.Ill. Oct 11, 1983) (83-32), American Telephone and Telegraph Company v. MCI Communications Corporation, 464 U.S. 891, 104 S.Ct. 234, 78 L.Ed.2d 226 (U.S.Ill. Oct 11, 1983) (83-21), American Tel. & Tel. Co. v. MCI Communications Corp. 748 F.2d 799. 1984-2. Trade Cases P 66,302 (7th Cir.(Ill.) Nov 09, 1984) (84-8053).

¹⁷ RATNER, James R. "Should there be an essential facility doctrine?" En: UC Davis Law Review. 1988. p. 2.

¹⁸ Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko. LLP - 02-682 (2003).

Cabe apuntar que, antes de esta decisión, el organismo regulador federal y la autoridad a nivel estatal ya habían sancionado a Verizon por obstaculizar la entrada y forzó a la empresa a abrir su red local a los competidores. No obstante, el caso de Trinko sigue siendo notable, no sólo por la afirmación del Juez Scalia en torno a que la Suprema Corte no había reconocido previamente la existencia de la doctrina de facilidades esenciales y porque no era necesario hacerlo para resolver el caso en cuestión, de ahí su negativa a “ya sea admitirlo o repudiarlo en este contexto.”¹⁹

B. Jurisprudencia en el Derecho Comunitario

1. B&I Line v. Sealink Harbours (Caso Holyhead)²⁰

En el ámbito europeo, en este caso la Comisión Europea incorporó la teoría de las “facilidades esenciales” por primera vez.

En 1992 la Comisión de las Comunidades Europeas recibió una denuncia y una solicitud de medidas provisionales de la compañía de transbordadores B&I Line plc contra Sealink Harbours Inc., que era propietaria y operadora del puerto en Holyhead (Gales), brindando servicios de transporte en pequeñas embarcaciones (ferries) en la ruta del corredor central entre Gales e Irlanda. B&I también brindaba estos mismos servicios desde dicho puerto, utilizando un terminal llamado “Admiralty Pier”. Las condiciones del puerto eran tan limitadas que cada vez que las embarcaciones de Sealink cruzaban frente al terminal de B&I, la turbulencia del agua obligaba a esta empresa a detener toda actividad de carga y descarga. B&I alegaba que Sealink quería introducir un nuevo horario de salida de sus buques y que ello generaría enormes prejuicios a sus actividades puesto que desbarataría sus operaciones. En resumen, se perfilaba una infracción del artículo 86 (actualmente 102) de Tratado de Roma. Si bien no existió un pronunciamiento

final por parte de la Comisión, debido a que las partes llegaron a un acuerdo, la Comisión decidió tomar medidas provisionales (medida cautelar) mediante la cual se ordenó a B&I regresar a su anterior horario.

En efecto, la Comisión entendió que había indicios de que en su calidad de autoridad del puerto de Holyhead, Sealink autorizó modificaciones de los horarios de salida de sus propios transbordadores que podían haber perjudicado gravemente a B&I. La Comisión señaló que como consecuencia del artículo 86 del Tratado una empresa que es a su vez propietaria y usuaria de instalaciones básicas —en este caso el puerto— no puede imponer a sus competidores condiciones de acceso menos favorables que las que establece para sus propios servicios. En consecuencia, ordenó que Sealink modificara en parte sus horarios de salida.

La Comisión señaló que Sealink gozaba de posición dominante en el mercado pertinente (o relevante) y que controlaba una facilidad esencial: los servicios portuarios. En su pronunciamiento, señaló que una facilidad esencial sería cualquier facilidad o infraestructura sin la cual sus competidores se encontrarían en incapacidad de prestar servicios a los consumidores. Además, la Comisión indicó que una empresa que goza de posición de dominio, que a su vez controla y utiliza una facilidad esencial, y que se niega a brindar a sus competidoras el acceso a dicha facilidad o la ofrece en condiciones menos favorables que las que ella misma disfruta, infringe el artículo 86 del Tratado de Roma.

De esta manera, la Comisión estableció el principio que el propietario de una facilidad esencial debe proveer a sus competidores acceso no discriminatorio a la misma. Este tema fue desarrollado con mayor amplitud por la Comisión en pronunciamientos posteriores que también se referían a servicios portuarios y que desarrollamos a continuación.

2. Sealink & Sea Containers Ltd. v. Stena Sealinkb (Caso Sealink)²¹

¹⁹ FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. “Principios de competencia en facilidades esenciales”. En: <http://www.oecd.org/dataoecd/47/21/45923003.pdf> p. 7.

²⁰ Band I Line v. Sealink Harbours. Decisión de la Comisión de 11 de junio de 1992, no publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. El texto aparece en el Common Market Law Reports, [1992] 5 C.M.L.R. 255. Ver punto 40. Del mismo modo resulta importante tomar en cuenta el Comunicado de Prensa IP (92) 478 de 11 de junio de 1992, y el XXII Informe sobre la Política de Competencia en 1992, apartado 219.

²¹ Sealink & Sea Containers Ltd. v. Stena Sealink (Caso Holyhead). Decisión 94/19/EC. Diario Oficial de las

En 1993 la empresa Sea Containers pretendía brindar servicios de transporte dentro del corredor central ubicado entre Gales y la República de Irlanda y en el que Stena Sealink gozaba de posición de dominio. Luego de una serie de negociaciones entre ambas empresas, Stena Sealink se negó a brindar el acceso a los servicios portuarios en las condiciones que demandaba Sea Containers. Por esta razón, Sea Containers llevó el caso a la Comisión, presentando una denuncia y una solicitud de medidas provisionales contra Stena Sealink. A propósito del puerto de Holyhead, la denunciante alegó que Stena Sealink había abusado de su posición dominante como propietario y explotador de aquel puerto al no permitirle acceder a él para iniciar el servicio de transbordadores de alta velocidad, protegiendo así a sus propios servicios frente a la competencia.

Previo a que la Comisión emitiera pronunciamiento alguno, las partes llegaron a un acuerdo y Stena Sealink ofreció condiciones que fueron consideradas razonables y no discriminatorias. A pesar de ello, la Comisión consideró necesario emitir una decisión formal de desestimación de la solicitud y, por lo tanto, emitió una Resolución con el propósito de dejar sentada su posición y aclarar determinados puntos de Derecho. Ello lo hizo para beneficio de las partes y de otros posibles interesados, así como para evitar que en el futuro se generaran casos similares.

En resumen, la Comisión se ratificó en lo señalado en el caso Sealink v. B&I Holyhead, añadiendo que dicho razonamiento es aplicable incluso cuando el competidor es una empresa que recién intenta ingresar en el mercado relevante. Asimismo, señaló que una autoridad portuaria independiente habría considerado si es que los intereses de los actuales y potenciales usuarios del puerto habrían podido conciliarse de alguna manera.

Por su parte, una autoridad portuaria no independiente preferiría un arreglo que le generara menores costos (especialmente para sus actividades como usuario) sin importar que ello supusiese la denegación discriminatoria del acceso a un nuevo competidor.

Finalmente, en su Informe sobre la Políticas de Competencia de 1993, la Comisión de las Comunidades Europeas señaló que cuando una empresa se encuentra en una posición similar a la de Stena Sealink, no puede esperarse que provea acceso a la facilidad esencial de manera no discriminatoria si es que no toma medidas para separar la administración de ésta de la parte de la empresa que hace uso de ella. En la práctica, esto podría suponer, por ejemplo, tener distintos administradores para el puerto y para el servicio de transporte, crear un código de conducta para el acceso al servicio, establecer mecanismos arbitrales de solución de controversias, etcétera²².

3. Euro-Port y Scan-Port v. DSB (Caso Port of Rodby)²³

Curiosamente la siguiente decisión de la Comisión acerca de facilidades esenciales fue tomada el mismo día que fue resuelto Sea Containers Ltd. v. Stena Sealink. DSB era la propietaria del puerto de Rodby en Dinamarca, y operaba el único transporte marítimo entre dicho punto y Puttgarden, en Alemania junto con la empresa German National Railways (DB). Otras dos compañías, Euro-Port y Scan-Port pretendían brindar los mismos servicios dentro de la misma ruta, pero el gobierno danés, a través de su Ministerio de Transportes, se negó a brindar acceso al puerto o a permitirles construir un terminal en una locación vecina.

La Comisión señaló que una empresa que

Comunidades Europeas. 1994 L.15. pp. 8. Common Market Law Reports, [1995] 4 C.M.L.R. 273. Sobre la Decisión ver igualmente el Comunicado de Prensa IP (94) 492. 94/19/EC: Decisión de la Comisión del 21 de diciembre de 1993, en relación al artículo 86 del Tratado de las Comunidades Europeas (IV/34.689 - Sea Containers v. Stena Sealink - Interim measures). Official Journal L 15, 18/01/1994. p. 8. OJ 1994 L 15/8. EU: Decision 94/19/EC. Celex No. 394D0019.

²² XXIII Informe sobre la Política de Competencia en 1993, apartado 234.

²³ Euro-Port A/S y Scan Port A/S v. Denmark (Danish Minister for Transport). Decisión de 21 de diciembre de 1993 de la Comisión Europea 94/119/EEC. En: Common Market Law Reports. 1994. Tema: Sobre la negativa a permitir el acceso a las facilidades del Puerto de Rodby (Denmark). Official Journal L 55, 26/02/1994 p. 52. OJ 1994 L 55/52. EU: Decision 94/119/EC. Celex 394D0119.

controla y que a su vez hace uso de una facilidad esencial, incurre en abuso de posición de dominio si se niega a brindar a sus competidores acceso a la misma. En ese sentido, la Comisión consideró que una empresa que controla una facilidad portuaria esencial desde la que a su vez provee transporte marítimo no puede, sin una justificación objetiva, negarse a darle acceso a dicha facilidad a un competidor que quiere operar en la misma ruta.

En efecto, la Comisión indicó que no existían obstáculos técnicos para que los solicitantes pudieran acceder al puerto y que no tenía validez el argumento (esgrimido por la denunciada) que el mercado se encontraba saturado puesto que incluso en dicho supuesto la competencia podría generar ventajas para los consumidores tales como el incremento en la calidad de los productos y servicios ofrecidos o en la reducción del precio.

El pronunciamiento de la Comisión refiere, en relación con la negativa a contratar con competidores existentes o nuevos, a la necesidad de tratarlos en igualdad de condiciones. Hace lo mismo en lo atinente al mantenimiento del acceso de los competidores a las facilidades esenciales. Una empresa con posición de dominio tiene la obligación, no sólo de mantener relaciones comerciales normales con sus competidores, sino también desarrollar actos positivos tendentes a compartir sus bienes a fin de generar más competencia²⁴.

En definitiva, desde una perspectiva legal, en la medida que DSB gozaba de posición de dominio y del control de una facilidad esencial —el puerto— sus acciones habrían tenido el efecto de restringir la competencia y habría violado el artículo 82 del Tratado de Roma.

4. Irish Continental Group v. CCI Morlaix (Caso Port of Roscoff)²⁵

Nuevamente, el debate en torno a las facilidades esenciales se originó a raíz de la negativa a brindar acceso a servicios

portuarios. La Irish Continental Group (ICG) quería ofrecer el servicio de transporte marítimo desde Irlanda a Bretaña, Francia. Para ello, requería acceder al puerto de Roscoff, controlado por CCI Morlaix. Esta era una entidad administrativa francesa, a la que el Estado le había otorgado la concesión de la administración del puerto. CCI Morlaix no prestaba servicios de transporte marítimo. Sin embargo, tenía una participación de alrededor del cinco por ciento en Britany Ferries, que en ese momento operaba el único transporte que cubría la ruta desde Irlanda a Bretaña.

La Comisión señaló que una compañía que detenta una posición de dominio y que brinda algún tipo de servicio, debe tener razones válidas para negarse a prestarlos a un individuo o empresa en particular. Asimismo estableció que las trabas que CCI Morlaix puso en las negociaciones con ICG equivalían a negarle el acceso y que dicha negativa hubiese constituido un abuso de posición dominante incluso si la autoridad portuaria no hubiese tenido interés alguno en Britany Ferries.

En resumen, al no identificar justificaciones válidas para la negativa a contratar de CCI Morlaix, la Comisión determinó la existencia de una infracción al Tratado de Roma. Lo peculiar de esta resolución es que la Comisión determinó que la doctrina de las facilidades esenciales puede ser aplicada incluso cuando la empresa que goza de posición dominante no impide la competencia en un mercado secundario.

Como se puede apreciar de la reseña de casos hasta ahora, la jurisprudencia europea no ha desarrollado la doctrina de las facilidades esenciales con el detalle que lo ha hecho la norteamericana. Las decisiones que se han citado, no abordan problemas como cuáles son los criterios que deben ser empleados para determinar si es que las condiciones exigidas por el titular de la facilidad son razonables o no. Asimismo, la Comisión tampoco trata la problemática de la capacidad de la facilidad. Como se indicó anteriormente, algunas

²⁴ Ibíd. Párrafos 15 y 16.

²⁵ Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas del 16 de mayo de 1995. No publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Resumen aparece en el XXV Informe sobre la Política de Competencia En: Common Market Law Reports.1996. p.43.

facilidades pueden tener una capacidad limitada. Éste, precisamente, es el caso de los puertos, que justamente fueron materia de todas las resoluciones citadas. Es más, la Comisión dejó sin respuesta la pregunta de cómo determinar a qué competidor se debe brindar acceso a la facilidad en caso de saturación de la misma.

Finalmente, cabe tener en cuenta que el desarrollo de la doctrina de las facilidades esenciales en la jurisprudencia europea se vincula con temas de infraestructura y se llevó a cabo en el marco de un proceso de liberalización del sector de transportes²⁶. Así, esta doctrina fue empleada como un mecanismo para promover dicha política en mercados donde previamente existían monopolios legales.

5. Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG (Caso Bronner)²⁷

En este procedimiento –tramitado ante la Corte de Justicia de la Comunidad Europea– el denunciante fue la empresa Oscar Bronner GmbH & Co. KG, que publicaba en Austria el diario *Der Standard*. Para 1994 este diario tenía el 3.6% de las ventas en el mercado austríaco y lograba captar cerca del 6% de las ganancias por venta de publicidad.

Por su parte, las empresas denunciadas fueron Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG –que publicaba los diarios *Neue Kronen Zeitung* y *Kurier*– y sus subsidiarias. Estas últimas se llamaban Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG y Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG., las mismas que se encargaban del marketing y de la publicidad de dichos diarios. Para 1994, entre ambas publicaciones se cubría el 46.8% del mercado de venta de diarios y ello permitía captar cerca del 42% de las ganancias por venta de publicidad.

El grupo Mediaprint había establecido un sistema de entrega a domicilio de sus diarios que cubría todo el país. Esta cadena de distribución era la única de su tipo en Austria. Bronner exigía que el grupo Mediaprint le permitiese acceder a dicho sistema a cambio del pago de un precio razonable, pues debido a su bajo número de suscriptores le era imposible constituir su propio servicio nacional de entrega a domicilio. De hecho, Bronner alegó que la cadena nacional de distribución del grupo Mediaprint constituía una facilidad esencial, por lo que estas empresas se encontraban en la obligación de permitir que sus competidoras tengan acceso a la misma bajo condiciones razonables.

El pronunciamiento de la Corte no fue favorable a Bronner. En efecto, en primer lugar señaló que es indiscutible que existan otros métodos de distribución de los diarios, como lo es el correo y las ventas en kioscos y tiendas, a pesar de que tales mecanismos no sean igual de ventajosos que el desarrollado por el grupo Mediaprint. En segundo lugar la Corte indicó que parecería que no existiera ningún obstáculo técnico, legal o incluso económico que impidiera o dificultara irrazonablemente la constitución de un sistema de distribución nacional por parte de otras empresas editoras. Finalmente, la Corte señaló que bastaba que la empresa tuviese la capacidad económica de desarrollar su propio sistema de distribución nacional. En otras palabras, para que el acceso a la facilidad fuese indispensable, no debería ser económicamente viable la existencia de un sistema adicional de distribución en el mercado.

En este caso, que dicho sea de paso es el primero en el que la teoría de las facilidades esenciales no se vincula con un tema de infraestructura –que tiende a ser un monopolio natural–, la Corte de Justicia de la

²⁶ Para un análisis integral de la política de la competencia de la Unión Europea vinculada con el sector transportes ver: ORTIZ BLANCO, Luis y Ben VAN HOUTTE. “Las Normas de Competencia Comunitarias en el Transporte”. Madrid: Civitas. 1996. pp. 371 y siguientes. Con prólogo de Alberto BERCOVITZ. WORD, David. “Competition and Networks in the Transport Sector”. Sustainable Development Department Best Practices Series; IFM-128. Infrastructure and Financial Markets Division. En: Inter-American Development Bank. 2001.

²⁷ Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG and Others (Case C-7/97). Previo a la Corte de Justicia de las Comunidades europeas (sexta cámara). ECJ (6th Chamber). [1999] 4 C.M.L.R. 112. 1998 WL 1076974 (ECJ), [1999] C.E.C. 53, [1998] ECR I-7791. Celex No. 697J0007, EU: Case C-7/97. Cite as: [1999] 4 C.M.L.R. 112.

Unión Europea determinó que la negativa del grupo Mediaprint a contratar con Bronner no constituía una infracción a las normas de libre competencia.

III. ¿QUÉ ES UNA FACILIDAD ESENCIAL?

Tomando como base los casos emblemáticos citados anteriormente cabe preguntarse qué es una facilidad esencial. La definición jurisprudencial, sin embargo, tendrá que ser perfeccionada, ya que tanto en el derecho Norteamericano como en el de la Unión Europea las Cortes no han sido consistentes ni claras con su aplicación, sino también porque en ninguno de los casos revisados (que son los más relevantes sobre la materia) se ha explorado los costos o beneficios sociales, ni los costos administrativos de requerir al titular de un activo el compartir su propiedad con sus competidores²⁸.

A pesar de esta incertidumbre, a continuación se revisarán algunas de las definiciones que se han propuesto sobre facilidades esenciales, las mismas que se confrontarán con los datos más relevantes de la jurisprudencia revisada. En los puntos siguientes se analizarán los elementos más importantes de esta definición, así como algunas de las críticas que se realizan contra la aplicación de esta doctrina.

Examinando precisamente la doctrina de las facilidades esenciales, Hovenkamp manifiesta lo siguiente:

“Una empresa con posición de dominio que controla un activo que califica como ‘esencial’ puede tener el deber de compartir esta facilidad con un competidor. Exactamente qué constituye una facilidad esencial no queda claro, pero se refiere a cierto tipo de activo productivo que es esencial para la operación de un negocio y que no puede ser duplicado. De esta forma, la negativa de compartir la facilidad le debe conceder al dueño de los activos un monopolio; lo que quiere decir que la facilidad debe servir para un uso compartido en un específico mercado relevante correctamente definido”²⁹.

De esta definición pueden extraerse algunos de los elementos que caracterizan a una facilidad esencial:

En primer lugar, se trata de un activo esencial para la operación en cierto mercado. Ello remite a la necesaria existencia de una empresa con poder de dominio. En segundo lugar, el activo no puede ser duplicado. Este elemento complica en alguna medida la definición puesto que no queda claro si la duplicación resulta posible o, más bien, poco razonable en términos de costos. El tercer elemento que se desprende de la definición de Hovenkamp alude a que la facilidad debe ser susceptible de uso compartido. Es decir, lo que de alguna manera podríamos considerar como un bien que tenga, hasta cierto grado al menos, las características propias de un bien público.

Bastante similar es la opinión de la doctrina europea esgrimida por Jones y Sufrin, quienes lo definen de la siguiente manera:

“La idea central, de la doctrina de las facilidades esenciales, es que se trata de un activo cuya propiedad o control pertenece a una empresa con posición de dominio cuyo acceso es requisito indispensable para que otros usuarios tengan la posibilidad de proveer el producto o servicio a sus clientes”³⁰.

Más adelante, estos mismos autores señalan que:

“Esta definición provee únicamente un punto de partida. Por ello la definición debe ser cuidadosamente delineada, porque descubrir que una empresa tiene posición de dominio sobre ciertas facilidades esenciales puede resultar en que se fuerce a esta empresa a compartir sus facilidades o activos con sus competidores. Esto representa una severa interferencia con los derechos de la empresa, que únicamente puede ser justificada cuando se determine que, de otra manera, se generan serios efectos sobre la competencia que no pueden ser resueltos mediante medidas menos intrusivas con la libertad empresarial.

Se necesita una forma de identificar los activos cuyo acceso para los competidores

²⁸ AREEDA, Philip. “Essential facilities: an epithet in need of limiting principles”. En: Antitrust Law Journal. 1990.

²⁹ HOVENKAMP, Herbert. Op.cit.p. 115.

³⁰ JONES, Alison y Brenda SUFRIN. Op.cit. p. 387.

sea realmente esencial antes que meramente deseable. Aun después de que éstos hayan sido identificados pueden presentarse problemas prácticos con el acceso. Algunas facilidades (los puertos, por ejemplo) tienen una capacidad física limitada, y la pregunta que surge es a qué competidores se les debe brindar el acceso. También está la cuestión sobre los términos y condiciones con que debe ejecutarse el acceso. Si se deja que las partes acuerden sus propios términos, el dueño de las facilidades estaría en capacidad de imponer un precio que sea prohibitivamente alto. Si los términos son establecidos por la autoridad Estatal, sin embargo, la autoridad termina actuando como un regulador del precio³¹.

Sobre la base de las opiniones citadas y de la jurisprudencia expuesta en el punto anterior, es posible concluir que, a grandes rasgos, para que un determinado activo califique como facilidad esencial se requiere la constatación clara y concurrente de los siguientes requisitos:

- a) Se debe tratar de un activo esencial o de acceso indispensable para que la empresa competidora pueda desarrollar su actividad en un determinado mercado relevante.
- b) Se debe tratar de un activo que no pueda ser duplicado o replicado por la competencia, de tal forma que el impedimento del acceso a esta facilidad determina que la empresa quede excluida de la participación en este mercado.
- c) Es necesario que la facilidad tenga un claro exceso de capacidad, de tal forma que el acceso concedido a la empresa competidora no menoscabe el uso que la empresa propietaria de la facilidad le estaba brindando. En otras palabras, la facilidad debe poseer, en cierta medida, las características de un bien público.
- d) Finalmente, la facilidad debe concederle a su propietaria una posición de

dominio, que tenga las características (para que se cumpla con el presupuesto de la duplicidad) de un monopolio natural.

A. Requisitos necesarios para identificar una facilidad esencial

A continuación, se analizarán los aspectos más relevantes de cada uno de los requisitos y se concluirá cómo esta doctrina debe ser aplicada de manera restringida o, incluso, excepcionalmente; además de que debe ser empleada únicamente en aquellos casos en los que se constate que no es posible emplear algún otro mecanismo y que genera mayores beneficios que los perjuicios que ocasiona.

1. Esencialidad y duplicación

La esencialidad, por un lado, alude un cierto nivel de singularidad. Esta caracterización de un bien como esencial parece bastante consistente porque si el activo no presenta la particularidad de bien único, pierde en buena medida la posibilidad de hablar de una facilidad que sea realmente esencial.

Esta parece ser por otro lado, la idea que estuvo en la mente de los jueces desde los casos primigenios que hemos comentado y que se remontan a 1912. Las estaciones y líneas ferroviarias que salían de San Luis y pasaban a través de ella son bienes únicos, no porque no puedan construirse rieles (que son bienes altamente fungibles), sino porque no pueden construirse rieles que pasen por los mismos lugares y que estén estratégicamente ubicados para controlar el acceso y salida de la ciudad. La facilidad, además, debe ser esencial para que el competidor pueda llevar a cabo sus actividades. Esencial, en otras palabras, significa “vital” para seguir compitiendo en el mercado³².

Resulta importante destacar la diferencia con el requisito de la duplicación. La dificultad o imposibilidad de duplicar algo alude más bien, como se verá a continuación, a un tema de costos. En efecto, la línea ferroviaria no es duplicable porque es irracionalmente costoso

³¹ Ibid. p. 395.

³² AREEDA, Philip. “Essential Facilities: An epithet in need of limiting principles”. En: *Antitrust Law Journal* 58. 1989. p. 852.

hacerlo (incluso este argumento es discutible), mientras que es esencial porque, aun cuando no fuera muy costoso construirla, no se puede implementar una línea ferroviaria en el mismo lugar estratégico donde previamente funciona otra. Por otro lado, el requisito de la no duplicación alude a un tema de costos: es demasiado costoso construir o implementar una facilidad adicional a la ya existente. Sin embargo, la duda que surge consiste en determinar qué quiere decir exactamente “no poder duplicar un activo”: ¿Acaso que es imposible hacerlo o es impracticable o irracional? Aparentemente se trataría de esto último. Al menos esa es la posición que ha adoptado las Cortes norteamericanas y europeas en los últimos años.

En efecto, tal como señalan Lipsky y Sidak:

“El caso Terminal Railroad había establecido que el estándar para el caso de facilidades esenciales puede ser la imposibilidad física de duplicar la facilidad. Esta circunstancia se demuestra mediante las referencias de la Corte Suprema a la topografía del lado del río Mississippi hacia San Luis, donde sólo existía una posible ruta férrea hacia la ciudad. Empero, casos más recientes han abandonado la idea de que el acceso a la facilidad debe ser un prerrequisito absoluto para participar en el mercado en cuestión. Debe ser ‘impracticable’ el duplicar la facilidad en cuestión, pero no se requiere la imposibilidad”³³.

Como se puede apreciar, resulta complicado determinar de manera indubitable si la exclusión del uso de una facilidad particular traería como consecuencia una simple inconveniencia, la extinción o algún daño intermedio para el competidor excluido. Este diagnóstico, en todo caso, es un argumento adicional para restringir aún más la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales. En otras palabras, la autoridad encargada de la aplicación de las normas sobre libre competencia debe estar plenamente segura de que la facilidad en cuestión es un bien que posee características únicas (es más, debería ser el único) y cuya implementación

es completamente irracional desde una perspectiva económica. Tal como señalan Lipsky y Sidak, “no debería haber un *test* de esencialidad o practicabilidad de la duplicación que sea menos riguroso de alguna manera que los *test* ya establecidos para comprobar la existencia del poder monopolístico”³⁴.

2. La importancia del poder monopolístico sobre la facilidad

Existe una relación directa entre los conceptos de esencialidad y facilidad de duplicación, con la existencia o no de poder monopolístico en el mercado del servicio que provee la facilidad. Esto tiene completo sentido porque si la facilidad debe competir con otros productores y servicios que son sustitutos efectivos del acceso a la facilidad para obtener usuarios, la disciplina impuesta por tal competencia bastará para controlar la conducta del propietario de la facilidad. Si éste fuera el caso, carece de sentido incurrir en todos los costos administrativos involucrados con un proceso. En otras palabras, no habría base para que se mueva “la gran maquinaria del *enforcement* de la libre competencia”³⁵.

Esta es la opinión de Lipsky y Sidak, quienes han señalado que:

“Existe un corolario a la observación de que una facilidad esencial no puede existir a menos que esté presente el poder monopolístico: el mercado en el cual el propietario de la facilidad es monopolista debe ser el mercado del servicio que el solicitante excluido está solicitando”³⁶.

Los mismos autores proponen un ejemplo que muestra la relevancia de la necesaria existencia de poder monopolístico sobre la facilidad esencial:

“Las Cortes ocasionalmente reaccionan frente al aspecto del poder monopolístico de un caso de facilidades esenciales sin reconocer conscientemente la importancia de dicho elemento. Una Corte de instancia inferior, por ejemplo, declaró fundada la demanda

³³ LIPSKY, Abbott y Gregory SIDAK .Op.cit. p. 143.

³⁴ Ibíd. p. 145.

³⁵ POSNER, Richard. “Valley Liquors, Inc. v. Renfield Importers”.1982.

³⁶ LIPSKY, Abbott y Gregory SIDAK. Op.cit. p. 144.

de un doctor porque un hospital lo había excluido de la práctica en sus instalaciones, y que la exclusión estaba prohibida porque el hospital era una facilidad esencial, con la obligación de proveer acceso razonable. La Corte de Apelaciones simplemente afirmó que ‘la doctrina de las facilidades esenciales es inaplicable a decisiones sobre privilegios del personal de un hospital’. Por los hechos relatados en la opinión de la Corte de Apelaciones, es evidente que el hospital en cuestión simplemente no gozaba del grado de unicidad que justifica la determinación de poder monopolístico, ya que habrían sustitutos adecuados para las facilidades del hospital en esa localidad. Si la Corte hubiese reconocido este fundamental pero implícito sustento de la doctrina de las facilidades esenciales, podría haber alcanzado su conclusión con mayor claridad y rapidez”³⁷.

Debe tenerse en cuenta que no basta con demostrar que la empresa propietaria de la facilidad esencial tiene posición de dominio en un determinado mercado. Lo que se requiere es la demostración de que la posición de dominio se ostenta “en el mercado del servicio que el solicitante excluido está solicitando”. En otras palabras, la posición de dominio debe recaer en el mercado de la facilidad cuya esencialidad se invoca y no en el mercado de la actividad que realiza la empresa gracias a que es dueña de una facilidad esencial. Así, por ejemplo:

“Supongamos que un oleoducto es el único medio para transportar petróleo de la zona donde se produce a la ciudad en donde se consume. Supongamos, además, que una cierta característica topográfica local imposibilita la construcción de un oleoducto alternativo. En principio, podría parecer que la negativa del propietario del oleoducto a permitir que sus competidores transporten su petróleo a través del oleoducto es un acto de monopolización por simple aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales. Pero si el petróleo puede ser obtenido fácilmente en la región a través de otros medios, ninguna restricción monopolística en la oferta de transporte de petróleo a través del oleoducto (o un incremento en el precio) sería una

alternativa racional o posible en el equilibrio (...). En cualquier caso, la consecuencia sería que ninguna forma de transportar el petróleo –sin importar la facilidad por la que se provea el transporte– podría servir para ejercer poder de mercado”³⁸.

Como vemos en este ejemplo, lo importante no consiste únicamente en revisar si es que la empresa petrolera tiene posición de dominio en el mercado de petróleo sino, en particular, si es que lo tiene en el del transporte de petróleo. Es cierto que si se demuestra que no tiene posición de dominio en el primero (por la existencia por ejemplo, de sustitutos adecuados del petróleo o porque la demanda por el uso de la infraestructura termina siendo una demanda derivada de la del producto final), carece de sentido hablar de la existencia de facilidades esenciales, pero esto no es menos cierto para el mercado de la propia facilidad esencial. Antes que analizar la posición de dominio de la empresa titular de la facilidad en el mercado del producto final se debe establecer si es que tiene posición de dominio en el mercado de la facilidad. Y únicamente si es que se demuestra que la respuesta a la interrogante anterior es afirmativa (es decir, que sí existe posición de dominio en el mercado de la facilidad), recién tendrá sentido indagar la posición de dominio en el mercado del producto final.

Esto queda bastante claro en varios de los casos que se han revisado anteriormente. En el caso Hecht, por ejemplo, las Cortes no se cuestionaron sobre la eventual posición de dominio de los Washington Redskins como único equipo de fútbol de esta localidad que participaba de la Liga Nacional de Fútbol. No analizaban, en otras palabras, la actividad que el equipo realizaba y su eventual posición de dominio en la ejecución de esta actividad, sino que verificaban la posición de dominio sobre uno de los activos que el club utilizaba para la realización de su actividad: el estadio de fútbol.

Lo que debe tenerse en cuenta es que se trata de dos mercados perfectamente diferenciados: el mercado de estadios de fútbol y el mercado de equipos de fútbol

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibid. p. 145.

de la Liga Nacional. En el caso Hecht el primero de ellos –el de los estadios– tenía una estructura monopólica, mientras que el segundo –el de los equipos– parece que era un mercado bastante competitivo. El resultado: varios equipos pugnando por el uso de un sólo estadio. Pero la situación pudo ser perfectamente la inversa, esto es, varios estadios de fútbol para una ciudad que solamente tenía uno o dos equipos. En este caso, el mercado de estadios es perfectamente competitivo, sobretodo si tomamos en cuenta que el de equipos de fútbol tendría en el mejor de los casos una estructura oligopólica.

Lo que se pretende destacar es que el análisis que debe realizar la autoridad de competencia apunta a distinguir claramente entre el mercado de la facilidad supuestamente esencial y el mercado en el que la empresa dueña de la facilidad vende sus bienes u ofrece sus servicios. Y, como hemos indicado, debe concentrarse principalmente en éste último, de tal forma que si determina que no hay posición de dominio en el mercado de la facilidad, carece de sentido hablar de la presencia de una facilidad esencial.

Sin perjuicio de lo señalado hasta ahora, y aun cuando se detectara que efectivamente existe una posición de dominio en el mercado de la facilidad esencial; no debe dejarse de lado los perniciosos efectos que podría producir una Resolución judicial o administrativa que invoque el acceso obligatorio; los mismos que deben ser tomados en cuenta necesariamente al momento de evaluar los costos y los beneficios que produce una determinada medida.

Efectivamente, como señalan Sullivan y Grimes:

“Obligar al monopolista a compartir con sus competidores el acceso a una facilidad que el monopolista ha desarrollado por su cuenta es bastante problemático. La idea colisiona con tres proposiciones comúnmente aceptadas: que el monopolista no se encuentra obligado a ayudar o dar asistencia a sus competidores;

que se debe incentivar y premiar la innovación, y que el derecho no debe volverse en contra de aquellos a quienes la competencia ha incentivado simplemente porque ellos han logrado prevalecer”³⁹.

Efectivamente, obligar al dueño de la facilidad esencial a compartirla con sus competidores es la fórmula idónea para desincentivar la inversión y la innovación.

Sobre el particular, Bullard, señala que:

“Si se le pregunta a un empresario qué soñó la mañana que se levantó con una sonrisa en los labios, es que soñó que tenía un monopolio. Es ese sueño el que impulsa la actividad económica y el esfuerzo de las empresas por mejorar, por la vía de mejorar a su vez lo que ofrece a los consumidores. Finalmente, es el deseo de ser más grande el que inspira a las empresas a ponerse al servicio de los consumidores.

Si se prohíbe a rajatabla el monopolio y se imponen sanciones por crecer, sin analizar las causas del crecimiento empresarial, ese sueño se volverá una pesadilla y el resultado será reducir los incentivos para mejorar la situación de los consumidores. Ese sueño, de no existir barreras al mercado, casi nunca se realizará. La propia competencia (es decir, el deseo de todos los competidores de alguna vez alcanzar un monopolio) controla esa capacidad. Esa es la paradoja: que exista competencia implica aceptar el riesgo de un monopolio”⁴⁰.

El tema parece aún más claro cuando se contrastan estas opiniones con los ejemplos propuestos en líneas anteriores. ¿Quién estaría dispuesto a construir un costoso oleoducto si luego va a tener que compartirlo con las empresas de la competencia? O ¿Quién desarrollaría el proyecto de un imponente estadio de fútbol si es que posteriormente va a tener que brindarle el acceso al equipo contrario? Evidentemente, los incentivos para hacerlo van a ser mucho menores.

³⁹ SULLIVAN, Lawrence y Warren GRIMES. “The law of antitrust: an integrated handbook”. West Group. Hornbook Series. 2000. p. 112.

⁴⁰ BULLARD, Alfredo. “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales”. Lima: Palestra Editores. 2003. pp. 674-675.

3. El requisito del exceso de capacidad

Otro requisito que se desprende de la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales guarda relación con la capacidad de la facilidad para permitir su uso por nuevos competidores.

Es precisamente a este nivel que se identifica que el problema no sólo sería el desincentivo hacia el inversionista que tiene que compartir con sus competidores su costosa inversión, sino que este uso obligado y común podría traer como consecuencia que el dueño de la facilidad no pueda utilizarla como había previsto hacerlo. Ello, por ejemplo, como consecuencia del límite de capacidad que pueda tener la facilidad en cuestión.

En el caso del oleoducto que se comentaba anteriormente esto parece quedar bastante claro. Aun cuando se demuestre la existencia de todos los requisitos que caracterizan a las facilidades esenciales, parece obvio que el oleoducto tiene un límite a su capacidad. Esto no sólo genera el problema de establecer a cuántos competidores deberá permitírseles el acceso a la facilidad, sino también del perjuicio que se le ocasiona al dueño de la facilidad que, como consecuencia, probablemente no pueda utilizarla en toda su capacidad.

Por esta razón, antes de ordenar el acceso obligatorio a la facilidad, resulta indispensable evaluar si es que existe exceso de capacidad en el activo, de tal forma que su uso por nuevos competidores no perjudique a quienes desde un primer momento decidieron asumir los costos de la implementación de la mencionada facilidad.

4. La facilidad esencial como monopolio natural y los problemas de su regulación

En los puntos anteriores se ha destacado cómo es que para determinar la presencia de una facilidad esencial se requiere evidenciar la existencia concurrente de por lo menos cuatro requisitos: que el activo sea realmente esencial; que su duplicación sea "impracticable" o irracionalmente costosa;

que la empresa dueña de la facilidad tenga posición de dominio en el mercado de la facilidad; y que la facilidad cuente con un exceso de capacidad.

Luego de identificados los requisitos cabe preguntarse ¿a qué es equivalente un activo o facilidad que ostente de forma conjunta todos estos requisitos? La respuesta es clara: es lo que se conoce como un monopolio natural.

Efectivamente, lo que se ha descrito en los puntos anteriores, no son sino situaciones de barreras de entrada prohibitivas y la existencia de una manifiesta posición de dominio. En otras palabras, cuando se hace referencia a una facilidad esencial se está hablando de un monopolio natural⁴¹.

Como señala Werden, a pesar que la determinación de la existencia de un monopolio natural sea tarea difícil para las cortes; el criterio para determinar la existencia de una facilidad esencial es el mejor, el más claro, y el más simple⁴².

A pesar de ello, el problema de esta constatación es que el Derecho de la Libre Competencia no es un remedio adecuado. Efectivamente, las típicas soluciones contra un verdadero monopolio natural son la propiedad pública, la regulación en la forma tasa/base/tasa de retorno, regulación por incentivos y varias soluciones intermedias, familiares para los reguladores pero no para las autoridades de libre competencia.

Por lo expuesto, son dos las conclusiones a las que podemos arribar. De un lado, cuando se hace referencia a una facilidad esencial, de lo que se está hablando en realidad es de un monopolio natural. Esto quiere decir, que la autoridad de competencia, para tener la seguridad de que es correcto atribuirle a una facilidad la característica de esencial, debe constatar no sólo la presencia de todos sus requisitos, sino también la de los elementos característicos de un monopolio natural. Esencialmente, tiene que ser posible para una empresa el reducir su producción para lograr un aumento en el precio (lo que se

⁴¹ LIPSKY, Abbott y Gregory SIDAK. Op.cit. p. 149.

⁴² WERDEN, Gregory. Op. cit. pp. 210-211.

conoce como rentas monopólicas). Si esto no le fuera posible, es seguro que no se estaría frente a un monopolio natural y, por lo tanto, tampoco frente a una facilidad esencial. Efectivamente, cuando una empresa goza de posición de dominio y no se comporta como un monopolio natural, lo hace porque reconoce que vive en una situación de competencia latente. Sabe que si reduce la cantidad ofrecida para que aumenten los precios estará promoviendo los incentivos necesarios para el ingreso de nuevos competidores al mercado. Este temor no lo tiene el monopolista natural. Por más que perciba rentas monopólicas no va a entrar ningún nuevo competidor; porque al menos uno de sus activos tiene las características de una facilidad esencial. La segunda conclusión es que los remedios contra la presencia de un monopolio natural (o de una facilidad esencial) no se encuentran en el campo de la libre competencia sino, como se ha puesto de relieve anteriormente, en el de la regulación.

Efectivamente, como señalan Lipsky y Sidak:

“En suma, el respaldo a la doctrina de las facilidades esenciales debe ir acompañado de la aceptación del concepto de la regulación judicial total de los monopolios naturales, si es que esta puede ser capaz, siquiera en teoría, de contribuir al bienestar del consumidor. Las cortes deben estar preparadas para 1) ordenar que se provea el acceso a otros; 2) regular los precios, términos y condiciones de tal acceso; 3) ordenar la extensión requerida para hacer factible tal acceso; 4) ordenar que la facilidad —expandida para hacer factible el acceso— efectivamente se provea a aquellos que lo demanden”⁴³.

Los mismos autores concluyen lo siguiente:

“No hay ‘almuerzo gratis’ en la regulación de los monopolios naturales. Si se apoya la doctrina de las facilidades esenciales, entonces deberá tomarse en consideración la incapacidad judicial para enfrentar los inevitables límites al control público de los

monopolios naturales; lo cual contribuirá al fracaso de la regulación en ciernes”⁴⁴.

Esta distinción entre regulación y competencia no es meramente lingüística. Las estrategias de acción que cada una de ellas utiliza son radicalmente distintas. Mientras que la agencia de competencia actúa *ex post*, la regulación es *ex ante*, es decir, supone el uso de controles de tarifas, controles de calidad, control de empaquetamiento, obligaciones de acceso, estándares de información y contratación, entre otros.

Como señala Bullard:

“(…) El Indecopi debe comprender cabalmente su rol de agencia de competencia y evitar caer en la tentación de convertirse en un órgano regulador. Entender que no es un organismo regulador no es sólo una disquisición conceptual, es un tema que atañe al buen funcionamiento del mercado y a su capacidad para generar bienestar para todos”⁴⁵.

Efectivamente, resulta importante comprender las distinciones entre un organismo regulador y una agencia de competencia. Si se confunde sus papeles y objetivos el resultado puede ser “agencias de competencia regulando y no promoviendo la competencia”⁴⁶.

Es por ello que Werden indica que solamente se debe hacer responsable a las empresas por negarse a brindar acceso a facilidades esenciales en el caso en que dicha facilidad se hubiese encontrado sujeta a una previa regulación de precios.

Dicho autor señala expresamente:

“La conclusión de que la doctrina de las facilidades esenciales debería ser invocada solamente si la facilidad se encuentra sujeta a una regulación de precios previa, lleva a proponer que la doctrina debe ser abandonada en favor de la regulación. Una solución regulatoria tiene una serie de ventajas. Primero, permite la determinación legislativa o regulatoria de

⁴³ Ibíd. p. 150.

⁴⁴ Ibídem.

⁴⁵ BULLARD, Alfredo. Op.cit. p. 636.

⁴⁶ Ibíd. p. 635.

qué constituye monopolio natural y si se debe obligar a su titular a brindar acceso al mismo. Segundo, las condiciones de cada industria son determinantes, por lo que la política regulatoria varía dependiendo de la industria. Por ello, reglas específicas para cada mercado adoptadas a través del proceso legislativo o mediante regulación suelen ser preferibles a las normas de libre competencia. Tercero, suelen surgir problemas complejos sobre la razonabilidad de los términos de acceso y la solución a ellos que pueden ser identificadas más fácilmente por expertos en la industria (como supuestamente lo son los reguladores). Adicionalmente, los términos de acceso se encuentran tan intrínsecamente relacionados al precio que son mejor manejados dentro de un procedimiento de regulación de tarifas que dentro de un procedimiento ante una corte⁴⁷.

En similar sentido, Bullard:

“Normalmente los problemas de facilidades esenciales, referidos usualmente al uso de infraestructura se resuelven regulatoriamente y fuera del área del Derecho de la Competencia. Solo excepcionalmente se usa el concepto dentro del campo del Derecho de la Competencia para cubrir un problema que se le ha escapado a la regulación”⁴⁸.

Por todos estos motivos es que autores como Areeda señalan que ninguna corte debería imponer la obligación de contratar respecto de una facilidad, si es que no tiene cómo detallar y supervisar razonablemente el contrato impuesto⁴⁹.

5. Facilidad esencial y bienestar del consumidor

Quizá el mayor problema con la aplicación de la negativa a contratar –incluso sobre la base de las limitaciones impuestas por la doctrina de las facilidades esenciales– es que

no cumple con promover una de las metas más importantes del derecho de la libre competencia: el bienestar del consumidor.

Sobre este punto, la opinión en doctrina es prácticamente unánime. Sullivan y Hovenkamp, por ejemplo, señalan lo siguiente:

“La obligación de compartir un activo no incrementa el bienestar de los consumidores, simplemente hace espacio para otra empresa en el mercado. Más aún, la obligación del dueño de una facilidad de compartirla disminuye los incentivos para que su rival construya su propia facilidad, algo que realmente haría el mercado más competitivo. Como resultado, la doctrina de la facilidad esencial probablemente preserve el monopolio antes que lo destruya. Por supuesto, la Corte puede ordenarle a la empresa dueña de la facilidad que la comparta a un precio competitivo, pero en este caso el tribunal habría pasado a convertirse en un tribunal que en lugar de proteger la libre competencia pretende erigirse en una agencia regulatoria, y alguien constantemente tendría que monitorear los costos y considerar cuál es el precio adecuado para el acceso”⁵⁰.

Areeda, por su parte, ha señalado que “nadie debería ser forzado a contratar salvo que esto implique un sustancial incremento de la competencia en el mercado, ya sea por una reducción del precio, por un incremento de la cantidad ofrecida o por mayores incentivos para la innovación”⁵¹. Y todo esto, claramente, es en beneficio de los consumidores.

Finalmente, Lipsky y Sidak señalan lo siguiente:

“La admisión de un nuevo entrante a una facilidad que ha sido ‘achicada’ –incluso cuando se cobre una tarifa no más alta de la necesaria para cubrir los costos de la operación– no puede mejorar el equilibrio en el mercado ‘aguas abajo’ sin una expansión

⁴⁷ WERDEN, Gregory. Op. cit. p. 479.

⁴⁸ BULLARD, Alfredo. “El regreso del Jedi (O de la discrecionalidad en la aplicación de las normas de libre competencia)”. En THEMIS-Revista de Derecho 47. p. 139.

⁴⁹ AREEDA, Philip. Op. cit. p. 852.

⁵⁰ SULLIVAN, Lawrence y Warrem GRIMES. Op.cit. p. 705.

⁵¹ AREEDA, Philip. Op. cit. Loc. cit.

de la capacidad. Por lo tanto, mientras las Cortes eviten imponer tal requerimiento, deberá reconocerse que los remedios que ofrece la doctrina de las facilidades esenciales son inútiles como medios para mejorar el bienestar del consumidor”⁵².

La conclusión sobre este punto es evidente. Cuando se trata de compartir facilidades, la figura de la negativa a contratar –incluso bajo las limitaciones de la teoría de las facilidades esenciales– no sirve para aumentar el bienestar del consumidor, más aún si se tiene en cuenta que la facilidad a la que se ordena el acceso compartido puede exceder en su capacidad una vez que empieza a ser usada por más de un competidor.

Lo más que consigue la aplicación de esta doctrina es hacerle espacio a una nueva empresa. Pero lo hace a costa de aquella que se arriesgó a invertir y, sobretudo, a costa de todos los consumidores, quienes tienen que soportar los costos administrativos que supone el movimiento de todo el aparato de exigibilidad de las normas de libre competencia.

IV. LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA EN EL PERÚ

Se podría decir que la doctrina de las facilidades esenciales ingresó en el Perú en la década de 1990 bajo el contexto del proceso de liberalización de la economía en aquellos sectores vinculados a servicios públicos ofrecidos –por regla general– en monopolio por empresas públicas del Estado.

La idea central con las reformas económicas de dicha época, dentro de lo que destaca el Decreto Legislativo 757, era atraer nuevas empresas a la alicaída industria nacional. De ese modo, el ingreso de nuevos agentes al mercado traería consigo inversión e innovaciones tecnológicas que exigirían eventualmente que el operador establecido compartiera sus redes o infraestructura. En otras palabras, tener acceso a las facilidades esenciales de dicho operador.

En este marco, nuestro país implementó dos formas para que los agentes pudieran negociar y así utilizar las facilidades: (i) la creación de organismos reguladores: Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), Organismo Supervisor de la Inversión en Telecomunicaciones (OSIPTEL) y Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS); y, (ii) la creación de una agencia de competencia: INDECOPI.

A. Legislación en libre competencia

Al respecto, cabe resaltar que ni el derogado Decreto Legislativo 701⁵³, ni el Decreto Legislativo 1034⁵⁴ se hacía (o se hace) mención expresa a la doctrina de las facilidades esenciales, sino, solamente a la teoría de la negativa injustificada a contratar, como un supuesto de abuso de posición de dominio, que en todo caso podría admitir supuestos de negativa a contratar en infraestructuras que se considerasen como facilidad esencial.

Sin embargo, en julio de 2005, durante la vigencia del Decreto Legislativo 701, el INDECOPI expidió la última versión de su propuesta normativa denominada “Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia”. En este documento, sí se consignaba expresamente la posibilidad de sancionar prácticas de abuso de posición de dominio consistentes en una negativa a contratar en casos de que el recurso requerido era una facilidad esencial.

En efecto, el literal g) del Artículo 10 del Proyecto establecía:

“Artículo 10.- Abuso de posición de dominio en el mercado.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Constitución Política del Perú, el Estado combate toda práctica que limite la competencia y el abuso de posiciones de dominio en el mercado. En consecuencia, está prohibido y será sancionado, de conformidad

⁵² LIPSKY, Abbott y Gregory SIDAK. Op. cit. p. 150.

⁵³ Decreto Legislativo 701 del 5 de noviembre de 1991, Contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia.

⁵⁴ Decreto Legislativo 1034 del 25 de junio de 2008, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

con las normas de la Ley, el abuso, por parte de una o más empresas, de la posición de dominio que ostenten en el mercado.

El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir, en particular, en:
(...)

g) La negativa a otra empresa del acceso a sus propias redes u otra infraestructura a cambio de una remuneración razonable, siempre que dichas redes o infraestructura constituyan una facilidad esencial y no exista un organismo regulador en dicho mercado”.

Será una interrogante que no resulta el determinar el por qué la autoridad nunca explicó la necesidad o utilidad de introducir esta nueva conducta. Empero, se puede aventurar que sus autores de vieron influidos por los aires un tanto controlistas que imperaban en diversos criterios de la Sala de Competencia del Tribunal del Indecopi.

La iniciativa del INDECOPI finalmente no prosperó pero, su texto fue muy similar al Proyecto de Ley 141992005-CR presentado en diciembre del mismo año por el congresista D. Jesús Alvarado Hidalgo. Ella también abortó en el Congreso debido a la férrea oposición de la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Economía y Finanzas.

B. Organismos reguladores

1. OSIPTEL

A rasgos generales, la regulación de las facilidades esenciales la podemos identificar, en primer lugar, en “los lineamientos de política de apertura del mercado de telecomunicaciones del Perú” aprobado mediante Decreto Supremo 020-98-MTC: “En caso se demuestre que un recurso constituye instalación esencial en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, Osipitel deberá regular dicha instalación con el propósito de simular competencia en el mercado. Se entenderá como instalación esencial aquella definida en el Documento de Referencia adoptado en el marco de la OMC.”

En el mismo documento se establece respecto de temas de interconexión sobre servicios públicos de telecomunicaciones que:

“OSIPTEL tiene competencia exclusiva sobre los temas de la interconexión de los servicios públicos de telecomunicaciones. La política de interconexión es un elemento clave para el éxito de un proceso de apertura del mercado de telecomunicaciones. La experiencia internacional comparada demuestra que la efectiva entrada de nuevos operadores al mercado depende en buena medida de su capacidad para establecer y conocer los términos relevantes de los acuerdos de interconexión que deben celebrar con los operadores establecidos. En este sentido, la predeterminación de los aspectos relevantes de la interconexión resulta esencial para promover la entrada rápido de nuevos operadores al mercado. De no definirse estos parámetros, la entrada de operadores se vería afectada por incertidumbre e inestabilidad y seriamente retrasada por largos procesos de negociación y potenciales controversias entre operadores. Por ello, el objetivo de la política de interconexión es el de reducir sustancialmente la incertidumbre eliminando retrasos y costos de transacción. Asimismo una política de interconexión debe permitir un balance entre la necesidad de garantizar el acceso de los operadores a las distintas redes y la de permitir mantener y modernizar la red, generando incentivos para su expansión.

En línea de lo anterior se han identificado tres aspectos relevantes sobre la política de interconexión que atañen al éxito de la apertura: (i) la fijación de los puntos de interconexión (PI); (ii) el establecimiento de los cargos de interconexión por defecto, generando señales claras para los participantes en el mercado; y, (iii) acceso a instalaciones esenciales”.

Asimismo, el OSIPTEL en sus “Lineamientos Generales para la aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones” –aprobados por Resolución de Consejo Directivo 0003-2000-CD-OSIPTEL–, ha señalado expresamente que un recurso esencial se define como aquél servicio o infraestructura que:

- a) Es suministrado de modo exclusivo o de manera predominante por un sólo proveedor o por un número limitado de proveedores; y,
- b) Cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico.

Como se puede apreciar, los lineamientos de OSIPTEL han dejado de lado dos aspectos esenciales de la teoría de las facilidades esenciales. De un lado, no establecen como requisito que la facilidad sea, precisamente, “esencial”. Recordemos que pueden existir facilidades que simplemente faciliten el negocio de la empresa que demanda acceso a ellas. Empero, ello no significa que sean esenciales para su operación. Si así ocurriera estaríamos frente a un supuesto de *free-riding*. De otro lado, aun cuando confluyeran todos los requisitos, cabe tener en cuenta que para limitar la libertad contractual sobre la base de esta teoría resulta imprescindible que la facilidad tenga un exceso de capacidad.

2. OSITRAN

En este caso, el literal i) del Artículo 1 del Decreto Supremo 044-2006-PCM que aprueba el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público –OSITRAN; define qué es una facilidad esencial:

“i) Facilidad Esencial: Aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, que es provista por un único o un limitado número de proveedores, siendo su utilización indispensable para la prestación de los servicios esenciales y que no es factible de ser sustituida técnica o económicamente para proveer un servicio esencial”.

Asimismo, la Resolución de Consejo Directivo 006-2009-CD-OSITRAN del 28 de enero de 2009 que modifica el “Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN-REMA”; establece en su artículo 9, lo siguiente:

“Artículo 9.- Facilidad Esencial.

Para efectos de la aplicación del presente Reglamento, se considera Facilidad Esencial a aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, que cumple con las siguientes condiciones:

- a) Es administrada o controlada por un único o un limitado número de Entidades Prestadoras;
- b) No es eficiente ser duplicada o sustituida;

- c) El acceso a ésta es indispensable para que los Usuarios Intermedios realicen las actividades necesarias para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros en una relación origen-destino.”

En dicha norma, se establece también un listado sobre qué infraestructuras se consideran facilidades esenciales, a saber:

“Anexo 1: Lista de Facilidades Esenciales sujetas al REMA

Aeropuertos

- Rampa.
- Áreas de parqueo de equipos.
- Áreas de maniobra en tierra.
- Vías y áreas de tránsito interno.
- Áreas de procesamiento de pasajeros y equipaje.
- Planta de combustible, red de almacenamiento y distribución.

Puertos

- Señalización portuaria.
- Obras de abrigo o defensa.
- Poza de maniobras y rada interior.
- Muelles.
- Amarraderos.
- Vías y áreas de tránsito interno.
- Áreas para atención de pasajeros y equipaje.
- Áreas de Maniobras.
- Planta de combustible, red de almacenamiento y distribución.
- Áreas de parqueo de equipos.

Vía férrea

- Línea férrea.
- Patios de maniobras y sus correspondientes desvíos.
- Desvíos.
- Estaciones ferroviarias de carga y descarga de mercancías y embarque y desembarque de pasajeros.

El acceso a estas facilidades esenciales está sujeto a los derechos que sobre ellas tengan quienes las proveen.”

Si bien, esta definición es más completa que la de OSIPTEL; ésta tampoco se pronuncia respecto del requisito de que la facilidad

tenga un claro exceso de capacidad, elemento de indispensable de análisis a fin de evitar que la empresa competidora menoscabe el uso que le está brindando la empresa propietaria de la facilidad.

C. Comunidad Andina

Respecto a la adopción de la doctrina de las facilidades esenciales a nivel de la Comunidad Andina, cabe resaltar que ésta no se encuentra reconocida, como tal, por las Decisiones específicas en materia de libre competencia (Decisión 285 y Decisión 608 – actualmente vigente), sino en temas de telecomunicaciones.

En efecto la Decisión 462 referente a “Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina”, establece en su artículo 29 como práctica anticompetitiva:

“Artículo 29.- Prácticas anticompetitivas.

Las prácticas a las que se hace referencia en el artículo anterior incluirán, en particular, las siguientes:

- a) Realizar actividades anticompetitivas de subvención cruzada;
- b) Utilizar información obtenida de competidores con fines anticompetitivos; y,
- c) No poner oportunamente a disposición de los demás proveedores de servicios la información técnica sobre las instalaciones esenciales y la información comercialmente pertinente que éstos necesiten para suministrar servicios”.

Asimismo, en su artículo 2 se define a las facilidades esenciales como:

“Instalaciones esenciales: Toda instalación de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones que:

- a) Sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un sólo proveedor o por un número limitado de proveedores; y
- b) Cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico.”

Como se puede apreciar, al igual que en el caso de los lineamientos del OSIPTEL, se ha dejado de lado los dos aspectos más emblemáticos de la teoría de las facilidades esenciales. De un lado, no establecen el requisito de que la facilidad sea, precisamente, “esencial”. Recordemos que pueden existir facilidades que simplemente faciliten el negocio de la empresa que demanda acceso a ellas, pero que realmente no sean esenciales para su operación. De otro, aun cuando se presentasen todos estos requisitos, cabe tener en cuenta que para limitar la libertad contractual sobre la base de esta teoría es imprescindible que la facilidad tenga un exceso de capacidad.

D. Jurisprudencia del INDECOPI

En el Perú, el INDECOPI no ha desarrollado claramente la doctrina de las facilidades esenciales dentro de sus pronunciamientos. Si bien ha intentado señalar criterios claros para determinar en abstracto qué es una facilidad esencial, su aplicación a los casos concretos ha dejado abiertas varias interrogantes.

1. Aerocontinente v. Banco de Crédito del Perú

El fallo más relevante en la materia lo brindó la Sala de Defensa de la Competencia en la Resolución 870-2002/TDC-INDECOPI del 11 de Diciembre de 2002, en la denuncia presentada por Aerocontinente contra el Banco de Crédito del Perú.

En este caso, el Banco de Crédito se negó a abrir una cuenta corriente a la agencia de colocación de pasajes aéreos que poseía Aerocontinente en la ciudad de Puerto Maldonado. El fundamento de su negativa fue que en una ocasión anterior Aerocontinente se había negado a entregar sus estados financieros. Ello, habría obstaculizado el control de potenciales actos de lavado de dinero. De acuerdo con el Banco de Crédito, Aerocontinente pretendía evadir la entrega de los mismos solicitando una reapertura de cuentas.

La Comisión encontró que la negativa del Banco de Crédito, de acuerdo con la normativa peruana, era justificada. Sin embargo, en segunda instancia, la Sala señaló que el Banco de Crédito estaba negando el acceso a una facilidad esencial –la cuenta corriente– a Aerocontinente.

De acuerdo con la Sala, “para que se configure la obligación de permitir el acceso a una facilidad esencial es necesaria la concurrencia de cuatro elementos:

- a) El control de una facilidad esencial debe encontrarse en poder de un monopolista (o una empresa con posición de dominio);
- b) incapacidad o irrazonabilidad para duplicar la facilidad esencial;
- c) rechazo del uso de la facilidad esencial; y,
- d) la posibilidad de proveer la facilidad”⁵⁵.

El Banco de Crédito había señalado que existían alternativas para el transporte de dinero. Indicó que Aerocontinente podía trasladar bolsas con dinero en las bodegas de sus aviones o utilizar los servicios de corresponsalía del Banco de la Nación. Asimismo, se argumentó que la mejor prueba que una cuenta corriente no constituye una facilidad esencial es que Aerocontinente brindaba servicios de transporte aéreo desde hace cinco años a Puerto Maldonado sin contar con una cuenta corriente en el Banco de Crédito. De haber constituido una facilidad esencial, se señaló, Aerocontinente se habría encontrado en incapacidad de continuar sus actividades.

En el presente caso, era meridianamente claro que una cuenta corriente en la sucursal del Banco de Crédito de Puerto Maldonado no calificaba como facilidad esencial. Los argumentos del Banco eran bastante sólidos.

La Sala, sin embargo, calificó a las alternativas a la cuenta de ahorros como sustitutos no adecuados. La Sala, además, no empleó los diversos *test* que históricamente han empleado o desarrollado las cortes norteamericanas y europeas cuando se han encontrado frente a un caso de facilidades esenciales. En efecto, no se evaluó, por ejemplo, el problema de cuál es la línea que divide una facilidad esencial de aquella cuyo acceso simplemente es más económicamente conveniente para la denunciante. Al parecer, la Sala consideró que cualquier facilidad cuyo

acceso abarate los costos operativos a una empresa podría ser calificada de esencial. Ello, no obstante, es quitarle la “esencialidad” a la figura, en contra de la opinión fuertemente mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia norteamericana y europea.

También se dejó de lado, que la doctrina de las facilidades esenciales se suele aplicar en casos donde el acceso a la facilidad es restringido para efectos de limitar la competencia en otro mercado donde el titular de la facilidad compite con quien busca el acceso a la misma (*upstream* o *downstream*). En este caso resulta más que evidente que el Banco de Crédito no es competencia de Aerocontinente en el mercado de transporte aéreo. Por lo tanto, resulta extraña la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales para este supuesto.

En pocas palabras, podría decirse que la Resolución de la Sala de Defensa de la Competencia, en este peculiar pronunciamiento, no ha aclarado el problema de cuándo puede aplicarse la doctrina de las facilidades esenciales. Más bien, ha sembrado más dudas –en el ámbito nacional– sobre su aplicación.

2. Cab Cable v. Electrocentro

En este caso, Cab Cable denunció a Electrocentro por negarse a celebrar con su empresa un contrato de alquiler de postes de alumbrado eléctrico para el tendido de cables de televisión y, con ello, impedirle que pueda prestar el servicio de televisión por cable en la ciudad de Huancayo.

De acuerdo con Electrocentro, la razón por la que había decidido no volver a arrendar los postes era que no se encontraban técnicamente aptos para este tipo de actividad colateral. Según la denunciada, dichos postes eran de madera, tenían una antigüedad mayor a los quince años y una estructura sin la altura necesaria para la instalación de cables adicionales.

Según Electrocentro, el anterior uso común de los postes había generado una permanente dificultad en las labores de reparación y mantenimiento de la

⁵⁵ Ver página 9 de la Resolución.

distribución de energía, lo que había determinado que incluso fuese multada en ciertas ocasiones. Asimismo, Electrocentro señaló que no gozaba de posición de dominio, pues Telefónica también operaba en la ciudad de Huancayo utilizando postes en mejores condiciones, cuya utilización conjunta no pondría en peligro la integridad de los pobladores.

La Comisión declaró fundada la denuncia. Su principal argumento fue que los postes eran imprescindibles e insustituibles para que una empresa que prestaba el servicio de televisión por cable operase en dicho mercado.

La Sala por su parte, aplicó al presente caso la doctrina de las facilidades esenciales en su Resolución 6869-2002/TDC-INDECOPI, recogiendo la definición establecida en el caso anterior⁵⁶.

De acuerdo con esta resolución, los postes eran una infraestructura esencial para la prestación del servicio de Cab Cable, lo que determinaba que Electrocentro tuviera dominio en el mercado de alquiler de postes. Asimismo, se señaló que los altos costos que tendría que asumir Cab Cable para tender una nueva red de postes y la inexistencia de sustitutos determinaban que esta empresa no tuviese otra opción más que recurrir a los postes de Electrocentro. Finalmente, la Sala indicó que no existían problemas técnicos si los postes soportaban este nuevo cableado. Un tema que llama la atención es que en ningún momento se pronuncia sobre la posibilidad de solicitar los postes a la empresa de telefonía, la cual si era competidora (brindaba servicios de televisión por cable), además de eran mucho más modernos. Esta interrogante queda pendiente de ser resuelta.

3. Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. v. Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. y otros

En este caso, Ambev denunció un supuesto abuso de posición de dominio por parte de la empresa Backus (y otros) en la medida de que se le impedía su acceso al denominado "Sistema de Intercambiabilidad de Envases (SIE)".

La utilización del Sistema de Intercambiabilidad de Envases en el mercado permitía que los consumidores pudieran, al momento de adquirir una cerveza, entregar un envase vacío y retirar el envase lleno de la marca de su preferencia. Así las cosas, su no acceso a este sistema le generaba altas barreras de ingreso al mercado que hacían imposible competir en el mercado cervecero o, dicho en otras palabras, el Sistema de Intercambiabilidad de Envases era considerado por Ambev, como una facilidad esencial.

Lamentablemente nunca hubo un pronunciamiento formal por parte de la Comisión ya que antes de que se emitiera Resolución, Ambev se desistió y éste fue aceptado por la Comisión mediante Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI.

No obstante lo anterior, en el Anexo de la Resolución referida, la Comisión presentó el desarrollo del caso y las conclusiones a las que habría arribado su investigación.

Si bien la Comisión mencionó que el Sistema de Intercambiabilidad de Envases podría constituirse en un elemento indispensable o trascendente para la interrelación entre agentes del mercado, esto es, que para operar en el mercado de manera competitiva se tiene necesariamente que ser parte de la organización; concluyó que dicho papel no se había probado y, en ese sentido, el acceso al Sistema de Intercambiabilidad de Envases por parte de Ambev no generaba costos significativos que le pudiese generar dilaciones a su ingreso al mercado peruano.

V. CONCLUSIONES

La teoría de las facilidades esenciales busca limitar la ambigua e impredecible figura de la negativa a contratar. Para que un activo califique como facilidad esencial debe comprobarse fehacientemente que su titular tiene posición de dominio en el mercado de la supuesta facilidad esencial, que se trata de un bien de características únicas, que no puede ser duplicado por la competencia, y que tenga un claro exceso de capacidad, de tal forma que el acceso concedido a la empresa competidora no menoscabe el uso

⁵⁶ Ver página 9 de la Resolución.

que la empresa propietaria de la facilidad le estaba dando.

Estas características demuestran que el concepto de facilidades esenciales es equivalente con el de monopolio natural, lo que genera una serie de problemas regulatorios si es que se llega a utilizar el remedio de las facilidades esenciales.

La aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales no sirve para aumentar el bienestar de los consumidores, sino únicamente para hacerle espacio a una nueva empresa a costa de aquella que se arriesgó a invertir y, sobretodo, a costa de todos los consumidores, quienes tienen que soportar los costos administrativos que supone el movimiento de todo el aparato de exigibilidad de las normas de libre competencia.

La integración de la doctrina en la legislación peruana, se ha dado como una herramienta

de regulación, por la cual los organismos reguladores (OSIPTEL y OSITRAN) tratan de delimitar su aplicación, aunque con algunas carencias conceptuales.

Asimismo, a nivel de la normativa de la Comunidad Andina la adopción de la doctrina de las facilidades esenciales se encuentra claramente recogida en el ámbito de las telecomunicaciones pero con limitaciones conceptuales similares a las de los organismos reguladores peruanos.

Finalmente, la jurisprudencia del INDECOPI no ha brindado mayores luces sobre su correcta determinación, a fin de saber, cuándo nos se está frente a una facilidad esencial. El caso de Aerocontinente ha resultado, por decir lo menos, el paradigma de lo hartamente complejo y confuso que puede llegar a ser la aplicación de esta doctrina por parte de las agencias de competencia.

10 AÑOS

ENFOQUE  DERECHO
.COM

CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS EFECTOS DAÑOSOS DEL DUMPING Y SUS IMPLICANCIAS

Daniel Schmerler Vainstein*

En el presente artículo se aborda como tema central el relativo al daño a la Rama de la Producción Nacional como elemento necesario a constatar para habilitar a las autoridades a que neutralicen la práctica del dumping originada por la introducción al país de productos subvaluados fabricados en el extranjero.

*A tal fin, se desarrolla un enfoque crítico, respecto de las manifestaciones de daño previstas en la normativa sobre la materia, con especial énfasis en las dos variantes de perjuicio con mayor dificultad de probanza: i) La Amenaza de Daño (o daño potencial) a la industria nacional y ii) El Retraso Importante en la creación de la Rama de la Producción Nacional. El análisis contenido en este documento se respalda además, en diversa jurisprudencia nacional e internacional sobre la temática aquí tratada.***

* Abogado. Vicepresidente de la Comisión de Procedimientos Concursales de INDECOPI en Lima Norte. Secretario Técnico de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN.

** Sumilla redactada por el autor.

I. INTRODUCCIÓN

Luego de la finalización de la Segunda Guerra Mundial en el año 1945, los gobiernos de diversas naciones ingresaron en una etapa de cuestionamiento de diversos aspectos del orden mundial hasta entonces establecido y de planteamiento de nuevas ideas. Uno de los temas que se advirtió que requería una nueva forma de organización fue el relativo al manejo de las relaciones comerciales internacionales; es así como, en el marco de la Conferencia de La Habana, celebrada en 1947, se aprobó el Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (conocido también como GATT, que es el acrónimo del nombre de dicho acuerdo en idioma inglés: *General Agreement on Tariffs and Trade*), acuerdo multilateral diseñado para proveer un marco regulatorio y generar un foro para negociar reducciones arancelarias al comercio entre naciones¹.

En el artículo VI del GATT, titulado “Derechos Antidumping y Derechos Compensatorios” se estableció que “Las partes contratantes reconocen que el dumping, que permite la introducción de los productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, es condenable cuando causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción existente de una parte contratante o si retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional”. Ulteriormente, este tema fue materia de un amplio desarrollo a través del Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VI del GATT aprobado por la Organización Mundial de Comercio-OMC (en el presente artículo, haremos referencia a este último instrumento denominándolo como el Acuerdo Antidumping).

Para entrar en materia, debemos definir en primer término ¿qué se entiende por dumping?

A tal fin, es necesario señalar que la palabra *dumping* proviene del gerundio del verbo inglés *to dump* que significa arrojar fuera, descargar con violencia o vaciar de golpe y que grafica el concepto de “inundación del mercado con artículos de precios rebajados especialmente para suprimir la competencia”². Explicado de modo simple, el dumping puede ser concebido como la “venta de bienes al extranjero a un precio inferior de aquél tenido para la venta de los mismos bienes en el mercado interno en la misma época y circunstancias”³.

Debe tenerse muy presente que en esencia, la práctica del dumping se refiere a la venta internacional de bienes susceptibles de ser producidos o fabricados (no operando dicha figura en cambio para la prestación de servicios) y, por ende, quien ostenta un rol protagónico en la generación de tal comportamiento desleal es el agente exportador. Conforme resalta Cabanellas “(...) El concepto de dumping se centra en la conducta del exportador. Más exactamente, se orienta hacia la calificación de su forma de fijación de precios en el mercado del país importador, a fin de determinar si en ella se encuentra implícito algún tipo de distorsión, con los efectos que supone para la situación de los precios en dicho mercado, en plazo mediano y largo⁴.”

Ahora bien, contrariamente a lo que muchas personas piensan, el dumping no se refiere a la venta de un producto en el mercado de exportación por debajo de su costo de producción. De acuerdo a la explicación de Arroyo Guerra⁵ “En efecto, para determinar la existencia de dumping sólo se atiende

¹ Cabe mencionar que, el GATT se constituyó en un importante antecedente de la Organización Mundial de Comercio (OMC), creada en el año 1994, luego del proceso conocido como la Ronda Uruguay. En el año 1994, la OMC ratificó en esencia el contenido del GATT de 1947.

² WITKER, Jorge y Ruperto PATIÑO. “La Defensa Jurídica contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional”. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1987.

³ ALVAREZ AVENDAÑO, Juan Antonio y Claudio LIZANA ANGUITA. “Dumping y Competencia Desleal Internacional”. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1995.

⁴ CABANELLAS, Guillermo. “El Dumping: Legislación Argentina y Derecho Comparado”. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L. 1981. p. 150.

⁵ ARROYO GUERRA, Javier. “La Regulación Jurídica de las Prácticas Desleales de Comercio Internacional: El Dumping y los Subsidios Gubernamentales”. Tesis sustentada en la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. 2003. p. 8.

al hecho de que un exportador esté discriminando entre los precios domésticos y los internacionales, mediante la fijación de uno más bajo para el mercado de exportación. Puede darse entonces, el caso de que un productor venda en todos sus mercados, tanto nacionales como extranjeros, a precios por sobre sus costos de producción, pero sin embargo cometa dumping, si es que sus precios de exportación son inferiores a los precios domésticos o a los precios de exportación a terceros mercados para el mismo bien”.

En ese orden de ideas, la existencia del dumping se identifica cuando el precio de exportación de un producto hacia el mercado interno de un determinado país es menor al valor normal del mismo en su país de origen y/o inferior al precio de introducción del mismo bien al mercado de un tercer país con similares circunstancias comerciales. Esa diferencia entre el valor normal del producto y el precio de exportación con el que aquél se introduce con una cuantía menor al mercado de otro país, constituye precisamente lo que se conoce como el “margen de dumping”, que es la magnitud con que ha operado la discriminación de precios anteriormente aludida (aspecto que resulta de suma utilidad en los procedimientos antidumping en que las autoridades dispongan establecer mecanismos de protección bajo la forma de los denominados derechos antidumping, ya que el citado margen coadyuvará a la cuantificación de tales derechos).

Como se puede advertir, otro aspecto a destacarse respecto a la práctica de dumping incurrida por uno o más exportadores, es que ésta generará un impacto negativo respecto a

un conglomerado de agentes definido, como es el caso de los industriales competidores del mercado nacional en el que se está introduciendo las exportaciones, a los que, para efectos de la normativa especializada se les denomina como Rama de la Producción Nacional. Conforme a lo señalado por el artículo 4.1 del Acuerdo Antidumping⁶, la expresión “Rama de la Producción Nacional” debe ser entendida de modo tal que abarque al conjunto de los productores nacionales de los productos similares o, también, a aquellos cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción nacional total de dichos productos⁷.

Sobre el particular, no puede negarse que la utilidad del concepto de Rama de la Producción Nacional viene dada por la necesidad de establecer quiénes son los sujetos afectados por una práctica de dumping y, por tal motivo, la normativa de dumping considera que dicho concepto debe ser entendido de modo tal que abarque al conjunto de los productores nacionales de los productos similares. Sin embargo, vale la pena aclarar que el concepto de Rama de la Producción Nacional admite, con adecuada flexibilidad, ser entendido de modo tal que comprenda sólo a aquellos productores nacionales de productos similares, de entre la totalidad de dichos productores, cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción nacional total de dichos productos (entendiéndose, en el caso de Perú, que tal proporción es importante cuando constituye al menos el 25% de dicha producción nacional⁸).

El dumping no es reprimible *per se*, sino que ello estará más bien supeditado a los

⁶ Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994:

“Artículo 4.1.-

A los efectos del presente Acuerdo, la expresión “rama de producción nacional” se entenderá en el sentido de abarcar el conjunto de los productores nacionales de los productos similares, o aquellos de entre ellos cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción nacional total de dichos productos. (...)”.

⁷ Esta misma línea de ideas, valga la aclaración, es recogida por el artículo 20 del Decreto Supremo 006-2003/PCM, Reglamento sobre Medidas Antidumping y Compensatorias.

⁸ Decreto Supremo 006-2003/PCM, reglamento sobre medidas antidumping y compensatorias “Artículo 21.-

Inicio de la Investigación. Salvo en el caso previsto en el artículo 23, las investigaciones destinadas a determinar la existencia de importaciones a precios de dumping u objeto de subvención, así como los efectos de dichas prácticas desleales de comercio internacional, se iniciarán previa solicitud escrita dirigida a la Comisión, hecha por una empresa o **grupo de empresas que representen cuando menos el 25% de la producción nacional total del producto de que se trate**(...)” [El énfasis es nuestro].

resultados de la investigación que lleven a cabo las autoridades respecto a la afectación que se genere a la Rama de la Producción Nacional (tema central del presente artículo y que desarrollaremos a lo largo de éste). Si se establece que ha existido una práctica de dumping que genera daño a la industria local, la consecuencia será la imposición de los denominados derechos antidumping que se aplicarán a los futuros ingresos de la mercadería al mercado nacional.

Los derechos antidumping, de conformidad con la normativa peruana⁹, son medidas destinadas a corregir las distorsiones generadas en el mercado por las prácticas de dumping y tienen la naturaleza de una multa. Lo que se busca al imponer derechos antidumping a la importación de determinada mercadería es generar un resguardo para el colectivo de productores nacionales; esta protección se logra al hacer ingresar los bienes a un precio de exportación reconstruido, el mismo que (con la inclusión del importe determinado al fijarse los derechos antidumping, agregado al precio de exportación inicial que generaba la práctica del dumping) se iguala o al menos aproxima al valor normal de la mercancía en su país de origen, y permite así que se configure un precio de competencia leal, de modo tal que se neutraliza la vedada práctica en que venía incurriendo el exportador que introdujo su producción al país con margen de dumping.

Sin embargo, es necesario efectuar la salvedad de que, en el caso peruano no procederá la aplicación de derechos antidumping, si es que el margen de dumping es de *minimis* (es decir, poco representativo por implicar una diferencia de menos de 2% entre el valor normal del producto y su precio de exportación al Perú) o si es que el volumen de las importaciones de los bienes objeto de dumping es insignificante (por comprender menos del 3% del ingreso de bienes similares al país)¹⁰.

Antes de entrar en materia, estimamos

oportuno mencionar que en el caso del Perú, la autoridad nacional competente para aplicar las normas que regulan los instrumentos de defensa comercial para corregir las distorsiones que las prácticas desleales de comercio internacional generan en la competencia (incluidos los procedimientos de investigación en materia de dumping), es la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios, órgano funcional perteneciente al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Es pertinente indicar además que las decisiones que expida dicha Comisión, son pasibles de apelación para ser resueltas en segunda y definitiva instancia administrativa por la Sala de Defensa de la Competencia¹¹ del Tribunal del INDECOPI.

II. EL DAÑO COMO ELEMENTO NECESARIO PARA LA REPRESIÓN DEL DUMPING

Tal como ya hemos adelantado, no basta la sola existencia de una práctica de dumping en los actos de comercio internacional para que la misma sea reprimida, sino que de forma necesaria, ésta debe ocasionar un daño a la Rama de la Producción Nacional. Se entiende al daño, en el marco de la legislación antidumping, como aquél deterioro que sufre una industria nacional por efectos del dumping de los productos importados.

Con notoria precisión, Guillermo Cabanellas indica que “la investigación relativa al daño trata de evaluar como la baja de precios, constitutiva del dumping, repercute sobre la actividad local, de forma tal que afecte su posibilidad de reacción en el futuro, al revertirse la situación de baja de precios”¹².

En la nota al pie número 9 del Acuerdo Antidumping se indica que para efectos de los alcances de la normativa contra las prácticas de dumping se considerará como daño a:

- a) Un daño importante causado a una rama de producción nacional;

⁹ Artículo 46 del Decreto Supremo 006-2003-PCM, norma mediante la que se aprobó el Reglamento del Acuerdo Antidumping.

¹⁰ Así lo establece el artículo 44 del Decreto Supremo 006-2003-PCM.

¹¹ En la actualidad, el rol de segunda instancia del citado Tribunal en temas de competencia (exceptuando lo relativo a Protección al Consumidor) recae en la Sala de Defensa de la Competencia Número 1.

¹² CABANELLAS, Guillermo. Op. cit. p.151.

- b) Una amenaza de daño importante a una rama de producción nacional; o
- c) Un retraso importante en la creación de esta rama de producción.

Similar alcance acerca del contenido del concepto daño se encuentra en el artículo 15 del Decreto Supremo 006-2003-PCM¹³ y en el artículo 18 de la Decisión 456 de la Comunidad Andina.

A su vez, cabe mencionar que en el artículo 9 del Decreto Supremo 133-91-EF¹⁴, redactado en términos aparentemente más restrictivos, se indica que podrá establecerse derechos antidumping a la importación de todo producto a precio de dumping, cuando ella cause, o amenace causar, perjuicio a una producción en el Perú.

Es menester señalar que, de conformidad con el criterio establecido por la propia Organización Mundial del Comercio, cuando las autoridades competentes investiguen la posible existencia de una práctica de dumping, deben tener presente, en lo que al daño concierne, lo siguiente¹⁵: “(...) cuando el término “daño” aparece en el Acuerdo Anti dumping sin calificación, abarca todas las formas de daño –el daño importante efectivo o la amenaza de daño importante– así como el retraso importante en el establecimiento de una rama de producción.

Al aplicar esta definición al párrafo 1 del artículo 3, resulta claro que toda investigación de daño, ya se trate de daño importante efectivo, amenaza de daño o retraso importante comprenderá un examen objetivo: (i) del volumen de las importaciones objeto de dumping y del efecto de éstas en los precios de productos similares en el mercado interno y (ii) de la consiguiente repercusión de esas importaciones sobre los productores nacionales de esos productos”.

Por otro lado, es el párrafo 4 del artículo 3 el que rige “el examen de la repercusión de las importaciones objeto de dumping sobre la rama de producción nacional”. En resumen, por lo tanto, los factores del párrafo 4 del artículo 3 deben examinarse en cada investigación, independientemente de la manifestación o forma particular de daño que sea objeto de una investigación determinada.

En lo que respecta al volumen de las importaciones, la autoridad competente deberá tener en cuenta si ha habido un aumento significativo de éstas, tanto en términos absolutos o en relación con la producción o el consumo del país importador. En cuanto al impacto sobre los productores nacionales, la autoridad investigadora debe tener en consideración si ha habido una significativa subvaloración de precios de las importaciones objeto de dumping en comparación con el precio de un producto similar del país importador, o si el efecto de tales importaciones es hacer bajar de otro modo los precios en medida significativa o, impedir en la misma medida, la subida de precio que en otro caso se hubiera producido.

Lo anterior debe ser entendido como los factores a tomar en cuenta para la determinación del daño, esto es, si se registró un aumento considerable de las importaciones objeto de dumping en el mercado peruano y si por tales efectos, es decir los del dumping, los precios de estas importaciones disminuyeron y se ubicaron por debajo de los precios nacionales y de los de productos de otras procedencias, de tal forma que hayan obligado a los productores nacionales de bienes similares a disminuir sus precios o a mantenerlos en un nivel inferior a los que se hubiera observado en ausencia de tales prácticas.

Otro factor importante para determinar la existencia del daño es el concerniente a si el crecimiento de las importaciones objeto

¹³ Reglamento sobre medidas antidumping que regula en el Perú las disposiciones previstas en el Acuerdo Antidumping de la OMC, así como los procedimientos de investigación tramitados en el Perú por prácticas de dumping en los productos exportados hacia el Perú originarios o procedentes de países miembros de la OMC.

¹⁴ Reglamento de los procedimientos de investigación por prácticas de dumping en el Perú respecto de productos originarios o procedentes de países que no son miembros de la OMC. Nótese además que este dispositivo antecede en tres años al Acuerdo Antidumping de la OMC.

¹⁵ La cita corresponde al Informe WT/DS211/R emitido con fecha 8 de agosto de 2002 por el Grupo Especial designado por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC a solicitud de Turquía, a efecto de evaluar las medidas antidumping definitivas aplicadas por las autoridades de Egipto a las barras de refuerzo de acero procedentes de Turquía. p. 34.

de dumping y sus precios han provocado un deterioro en los principales indicadores de la industria nacional, tales como la caída en las ventas, de la producción, una disminución en la utilización de la capacidad de producción instalada, efectos negativos en el flujo de caja, del crecimiento, de la capacidad de reunir capital o inversión, del nivel de empleo y de las utilidades¹⁶.

El ordenamiento jurídico peruano, siguiendo la pauta de la generalidad de las normas existentes en el contexto internacional, requiere que el daño, en cuanto condición necesaria para la imposición de derechos antidumping, sea una de las características importantes. No puede dejar de observarse, sin embargo, que una vez analizado el concepto de daño, la distinción entre daños importantes y aquellos otros que tendrían una naturaleza menos relevante aparece como un aspecto de difícil identificación, es decir, el análisis nos muestra que o bien el dumping ha afectado la rentabilidad del sector supuestamente perjudicado, o ésta se mantiene sobre el nivel necesario para impulsar el curso de la producción a mediano y largo plazo. En algunas ocasiones, podrá recurrirse a la utilización de la pauta legal referida a la magnitud del daño para descartar ciertas pretensiones de imponer derechos antidumping.

De modo bastante razonable, el Acuerdo Antidumping en su numeral 3.5 establece que de forma necesaria, deberá acreditarse que ha sido directamente por efecto y consecuencia de la práctica del dumping enunciados en

los párrafos previos, que se ha generado un daño a la Rama de la Producción Nacional. La demostración de una relación causal entre las importaciones objeto de dumping y el daño a la industria nacional se basará en un examen de todas las pruebas pertinentes de que dispongan las autoridades.

Para tal fin, las autoridades deberán examinar rigurosamente además, otros factores de los que tengan conocimiento, distintos de las importaciones objeto de dumping, que al mismo tiempo pudiesen perjudicar a la Rama de la Producción Nacional, de modo que, de identificarse daños causados por esos otros factores, no se habrán de atribuir entonces responsabilidades a los importadores de mercadería objeto de dumping.

Entre los factores distintos al dumping cuyo análisis puede resultar pertinente, figuran el volumen y los precios de las importaciones no vendidas a precios de dumping, la contracción de la demanda o variaciones de la estructura del consumo, la competencia entre productores nacionales y extranjeros, la evolución de la tecnología y los resultados de la actividad exportadora y la productividad de la Rama de la Producción Nacional. Nótese que de constatare que el perjuicio sufrido por el colectivo de productores locales es atribuible a causas ajenas al dumping, entonces la consecuencia probable será la desestimación de la denuncia, lo que implica que no se impondrá derecho o medida antidumping alguno respecto al agente que introdujo la mercadería al país (aun cuando hubiese un margen de dumping identificado)¹⁷.

¹⁶ Tal como lo propone el numeral 3.4 del Acuerdo Antidumping, con el que además coinciden el artículo 17 del Decreto Supremo 006-2003-PCM y el artículo 19 de la Decisión 456 de la Comunidad Andina.

¹⁷ A modo de ejemplo, cabe citar el caso de la investigación iniciada en octubre del año 2009 por la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del INDECOPI en atención al pedido formulado por la empresa productora peruana Corporación Rey S.A. a efecto de que se aplique derechos antidumping definitivos sobre los cierres de cremallera procedentes de Taiwán. La Comisión rechazó la solicitud y dio por terminado el caso mediante Resolución 224-2010/CFD-INDECOPI emitida el 22 de diciembre de 2010, al no haberse determinado daño a la Rama de la Producción nacional como consecuencia de las importaciones. Entre las consideraciones de la Comisión para adoptar su decisión estuvieron las siguientes:

- Durante el período de investigación, las importaciones taiwanesas de cierres de cremallera experimentaron una reducción de su volumen.
- Las citadas importaciones, además, sufrieron una reducción en su participación en el mercado, al bajar de 31% en el año 2006 a 19% en el año 2009.
- Si bien durante el período de investigación, las importaciones objeto de dumping ingresaron al Perú por debajo del precio de venta de la Rama de la Producción Nacional, esta última logró incrementar ligeramente, del 2006 al 2009, sus precios de venta.
- Se advirtió la existencia de factores distintos a las importaciones objeto de dumping que podían explicar el deterioro experimentado en los indicadores económicos de la Rama de la Producción Nacional, tales como la caída de las ventas de la denunciante Corporación Rey S.A., así como la contracción de la demanda nacional de cierres de cremallera y que afectó, incluso en mayor medida, a las importaciones taiwanesas investigadas.

Conforme explica Abdías Sotomayor "Según las normas vigentes del GATT sobre la materia, no se impondrán derechos antidumping si no existe relación entre el margen de dumping y el daño a los productores nacionales; si el daño se debe a otras causas o a varias causas no habrá sanción, es decir que no existe dumping por el solo hecho de haberse acreditado un margen de dumping¹⁸".

Posteriormente el mismo autor refiere que un elemento que no es analizado por las normativas internacional, ni nacional, es el factor atributivo de responsabilidad de las acciones o decisiones del exportador en materia de dumping¹⁹. Nos preguntamos qué factor se debe utilizar, el objetivo de la actividad riesgosa o el factor subjetivo basado en el dolo (consciencia y voluntad) del exportador. Para las normas antidumping, ésta práctica representa la ejecución de una actividad desleal en el comercio internacional, actividad que en principio tiene todas las condiciones o potencialidades para provocar un daño a los competidores. La actividad es riesgosa, ya que el GATT y las normas nacionales han considerado al dumping como una práctica mercantil condenable, en la medida que genere un daño o incluso una amenaza de daño. La realización de esa práctica no es permitida, por lo que es ilegal salvo disposición en contrario (por ejemplo, en el caso de la regla de minimis) y por tanto se rige por un factor atributivo objetivo.

Lo anterior implica que, no resultará relevante para efecto del análisis de la autoridad competente, la identificación de elementos subjetivos como la intencionalidad del exportador, sino que de manera absolutamente objetiva se deberá evaluar si la práctica de dumping incurrida al introducir la mercancía al mercado nacional ha tenido consecuencias nocivas directas sobre la Rama de la Producción Nacional.

III. LA AMENAZA DE DAÑO OCASIONADA POR LA PRÁCTICA DE DUMPING

La amenaza de daño puede ser definida como la probabilidad predominante de que las importaciones investigadas materia de dumping tendrán como efecto la generación próxima de un daño a la Rama de la Producción Nacional, perjuicio que a la fecha de evaluación de las prácticas comerciales no se ha concretado, pero cuya inminencia es altamente previsible.

Conforme señala Andrade "En principio, para que exista dumping, debe acreditarse un daño objetivo a la industria del país importador. Sin embargo, en la actualidad, se acepta también que no exista un daño real, bastando la amenaza del mismo para que exista dumping. Consideramos que incluir al daño potencial como elemento que configura al dumping, es más eficaz a fin de combatir dicha práctica –de presentarse la misma– antes de que ésta genere un daño real. Así pues, la inclusión de la mera amenaza de daño, cumple un importante papel preventivo²⁰".

En efecto, la identificación de la existencia de una práctica de dumping en un mercado, cuya realización pone en riesgo a la industria local, y la posibilidad de enfrentar esa práctica mediante una actuación anticipatoria (sin tener que esperar hasta que el daño se materialice) de las autoridades, constituye una importante herramienta al servicio del adecuado comportamiento de los agentes involucrados en las relaciones de comercio internacional.

Respecto a la determinación de la existencia de la amenaza de daño, el Acuerdo Antidumping establece en su numeral 3.7 que ésta "se basará en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas. La modificación de las circunstancias que daría lugar a una situación en la cual el dumping causaría un daño deberá ser claramente prevista e inminente²¹". El propio

¹⁸ SOTOMAYOR VERTIZ, Abdías. "Normas Antidumping y Antitrust en los Procesos de Integración". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. p. 31.

¹⁹ SOTOMAYOR VERTIZ, Abdías. Op.cit. p. 32.

²⁰ ANDRADE CHIRINOS, Renzo Elio. "Análisis Crítico de las Medidas de Defensa Comercial ante Prácticas que Afectan a la Industria Nacional en el Comercio Internacional desde la Perspectiva del Análisis Económico – Salvaguardias". Lima: Tesis sustentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2007. p. 35.

²¹ Es oportuno mencionar que disposiciones de muy similar contenido se encuentran en el artículo 19 del Decreto Supremo 006-2003-PCM y en el artículo 22 de la Decisión 456 de la Comunidad Andina.

Acuerdo, plantea como ejemplo que un supuesto para que las autoridades establezcan derechos antidumping, es que identifiquen que existan razones convincentes para creer que en el futuro inmediato habrá un aumento sustancial de las importaciones del producto a precios de dumping.

En el mismo numeral del Acuerdo Antidumping se agrega que “Al llevar a cabo una determinación referente a la existencia de una amenaza de daño importante, las autoridades deberán considerar, entre otros, los siguientes factores:

- a) Una tasa significativa de incremento de las importaciones objeto de dumping en el mercado interno que indique la probabilidad de que aumenten sustancialmente las importaciones;
- b) Una suficiente capacidad libremente disponible del exportador o un aumento inminente y sustancial de la misma, que indique la probabilidad de un aumento sustancial de las exportaciones objeto de dumping al mercado del Miembro importador, teniendo en cuenta la existencia de otros mercados de exportación que puedan absorber el posible aumento de las exportaciones;
- c) El hecho de que las importaciones se realicen a precios que tendrán en los precios internos el efecto de hacerlos bajar o contener su subida de manera significativa, y que probablemente hagan aumentar la demanda de nuevas importaciones; y
- d) Las existencias del producto objeto de la investigación.”

En el párrafo final del citado numeral se establece un concepto fundamental cuando se analiza un supuesto de amenaza de daño: Ninguno de los referidos factores por sí solo bastará necesariamente para obtener una orientación decisiva, pero todos ellos apreciados en conjunto habrán de generar de modo indefectible la conclusión acerca de la inminencia de nuevas exportaciones a precios

de dumping y de que, a menos que se adopten medidas de protección, se producirá un daño importante a la Rama de la Producción Nacional.

Por ello mismo en el numeral 3.8 del Acuerdo Antidumping se proclama que, en lo que respecta a los casos en que las importaciones objeto de dumping amenacen causar un daño, la aplicación de las medidas antidumping se examinará y decidirá con especial cuidado.

En relación con este tema, la especialista costarricense Velia Govaere Vicarioli comenta que “la jurisprudencia del GATT/OMC considera revisar los casos de dumping basados en amenaza de daño con especial consideración, por lo que una solicitud de inicio de investigación basada en este rubro, debe demostrar la amenaza de daño en forma particularmente justificada”²².

De lo expuesto queda claro que el rigor probatorio y de análisis de los supuestos de amenaza de daño a causa de las prácticas de dumping, resulta más exigente y complejo en comparación a aquellos otros casos en que lo que se evalúa es el daño ya efectivamente materializado, dado que en el supuesto de la amenaza, lo que se presenta es un análisis prospectivo acerca de las probabilidades de que el perjuicio a la industria local se concrete, que ciertamente tiene un contenido con cierto (y no poco significativo) margen de incertidumbre respecto a su ulterior concreción como afectación nociva al conglomerado productor nacional.

Una mención aparte merece el reglamento aprobado en el Perú mediante Decreto Supremo 133-91-EF en cuyo artículo 9, párrafo final se establece que “Se entiende que hay amenaza de perjuicio cuando las importaciones retrasen sensiblemente el establecimiento o desarrollo de una producción en el Perú”. Dicha disposición entremezcla las figuras de la amenaza de daño (desarrollada en el presente acápite) con la del retraso sensible (será materia del acápite siguiente de este trabajo), que en realidad tienen naturaleza distinta, difiriendo además con los conceptos sobre dichos temas establecidos en los instrumentos internacionales sobre la lucha contra el

²² GOVAERE VICARIOLI, Velia Helen. “Introducción al Derecho Comercial Internacional”. San José de Costa Rica: Universidad Estatal a Distancia. 2007. p. 91.

dumping que se expidieron posteriormente, como son el Acuerdo Antidumping de la OMC (aprobado en 1994) y la Decisión 456 de la Comunidad Andina (emitida en 1999).

Por otro lado, si bien hemos señalado ya que la determinación de la existencia de la amenaza de daño como efecto de las prácticas de dumping implica una evaluación especialmente meticulosa y rigurosa respecto a lo que sucede con las otras manifestaciones dañosas, no debe perderse de vista sin embargo que, cuando se evalúa una práctica de distorsión de precios en el tráfico comercial internacional como el dumping, debe existir una plena identificación de los efectos perjudiciales sobre la industria nacional en función a la naturaleza del daño. Así, podrían darse casos en que se investigue en simultáneo la existencia de daño y de amenaza de daño, y que se descarte la ocurrencia del primero, pero en cambio, se verifique la inminencia de lo segundo.

A modo de ejemplo respecto de lo manifestado en el párrafo precedente, podemos revisar el caso de la investigación sobre dumping seguida en el marco de la Comunidad Andina²³ a pedido de la empresa Biofilm S.A. de Colombia respecto a las importaciones peruanas de películas de polipropileno biorientado transparente – PPBT efectuadas por Grupo Inteplast Ltda. que a decir de la denunciante afectaban la participación de las exportaciones colombianas en el mercado peruano. Al analizar dicho caso, las autoridades establecieron lo siguiente:

“Que la empresa Biofilm manifiesta que la práctica de dumping realizada por la empresa Inteplast la obligó a abandonar el mercado peruano en el período desde 1999, por lo que, a efecto de maximizar la utilización de su capacidad productiva, debió incursionar en otros mercados, con una caída en su utilidad y en sus márgenes de rentabilidad;

Que, con base en la información disponible, la Secretaría General observa que la empresa Biofilm mantuvo durante todo el período de investigación, una utilización de su capacidad instalada del cien por ciento. Sin embargo, la causa para que la empresa colombiana haya abandonado parcialmente el mercado peruano no podría ser la práctica de dumping aplicada por Inteplast, por cuanto se observa que dicha práctica empezó a producirse con posterioridad a la caída de las importaciones peruanas provenientes de la empresa Biofilm; (...).

Que, en conclusión, con base en la información disponible, no se aprecia que las importaciones peruanas de PPBT provenientes de la empresa Inteplast y objeto de prácticas de dumping, hayan ocasionado un perjuicio importante a la rama de la producción colombiana de dicho producto; Que, adicionalmente, la empresa Biofilm manifestó que la práctica investigada estaría amenazando causarle un perjuicio importante al haber entrado en operación, en julio de 2001, su tercera línea de producción de película de polipropileno destinada principalmente a la exportación. Dicha amenaza se produciría en la medida en que la estrategia de mercado de la empresa Biofilm contempla su consolidación como proveedor en el mercado andino de película de polipropileno biorientado, por lo que las importaciones peruanas provenientes de la empresa Inteplast estarían afectando su proyección de crecimiento y niveles de inversión; (...).

Que, según información proporcionada por la empresa Inteplast, en el año 2001 ésta dispuso de una capacidad instalada no utilizada del 24%. Asimismo, la Secretaría General en su visita de verificación a la empresa Biofilm pudo verificar que la tercera línea de producción de PPBT se encontraba operativa;

Que la Secretaría General no dispone de información respecto de la evolución de las

²³ La fuente de referencia en este caso es la Resolución 672 emitida con fecha 14 de noviembre de 2002 por la Secretaría General de la Comunidad Andina. Mediante dicha resolución se decidió “Estimar parcialmente con lugar la solicitud de la empresa Biofilm S.A y, en consecuencia, establecer, por un período de tres años, un derecho antidumping de US\$ 0,15 por cada kilogramo de las importaciones que realice la República del Perú de película de polipropileno biorientada transparente termosellable por una o ambas caras, con una cara tratada o sin tratamiento, con espesor superior a quince micras, comprendida en la subpartida NANDINA 3920.20.00, y utilizada por el segmento de la conversión para fabricar empaques, incluidos los empaques flexibles, para productos alimenticios, de panadería, galletería, pastas, harinas, granos, dulcería, café, condimentos, *snacks*, entre otros, no incluyendo la sobreenvoltura de las cajetillas para cigarrillos, que sea producida, distribuida o vendida por el Grupo Inteplast o su División AmTopp de Estados Unidos de América.”

ventas de la empresa Inteplast en sus demás mercados de PPBT, por lo que considera que, independientemente de la evolución del volumen y de los precios de las importaciones peruanas del producto objeto de investigación provenientes de la empresa Inteplast, en el último trimestre de análisis, la empresa estadounidense está en capacidad de incrementar los volúmenes de su producción y de sus ventas al mercado peruano;

Que, no se dispuso de información de la empresa Inteplast respecto de sus inventarios; Que, **en conclusión, no se observa una relación de causa-efecto entre la práctica de dumping y el perjuicio importante alegado** por la rama de la producción colombiana de PPBT, en especial, a aquella destinada a la exportación al Perú. **Sin embargo, sí se observa una amenaza de perjuicio a dicha rama de la producción** por la estrategia de precios de PPBT en el mercado peruano implementada por la empresa Inteplast a partir de su reingreso al mercado peruano (...) y por su capacidad de producción y exportación al Perú". [El énfasis es nuestro].

Continuando con el tema de la amenaza del daño como efecto de las prácticas de dumping, podemos referir que en tiempo relativamente reciente, las autoridades peruanas de INDECOPI tuvieron a su cargo la investigación de un caso particularmente interesante como es el de la solicitud planteada en el mes de agosto de 2007 por la empresa nacional Cementos Lima S.A. (en adelante, Cementos Lima) para la aplicación de derechos antidumping sobre las importaciones de cemento gris producido por Cemex Dominicana S.A. (en lo sucesivo, Cemex), originario de República Dominicana²⁴.

La solicitante pidió la aplicación de derechos antidumping a las importaciones de cemento gris producido por Cemex, alegando que tales importaciones amenazan causar daño a la industria nacional. Al respecto, Cementos Lima precisó que el producto investigado recién ingresó al mercado peruano en julio de 2007, por lo que a la fecha de la presentación de la solicitud, los indicadores económicos de la empresa denunciante no reflejaban aún un daño efectivo.

Con la finalidad de determinar la existencia de una posible amenaza de daño a la Rama de la Producción Nacional, sobre la base de un análisis prospectivo, INDECOPI evaluó los indicadores económicos de la industria nacional y, además, factores tales como la tasa de crecimiento de las importaciones objeto de dumping, la capacidad libremente disponible del exportador Cemex (así como su posibilidad de aumento), y la posibilidad de que las importaciones fueren una disminución de los precios o impidan la subida de éstos en el mercado interno.

Al efectuar su análisis, INDECOPI evaluó lo siguiente:

- Entre el año 2004 y el 2007, Cementos Lima, así como la empresa peruana Cemento Andino S.A. (que se adhirió a la solicitud de aquella) habían experimentado una mejora en sus indicadores económicos y financieros. Además, habían incrementado su producción, lo que se tradujo en mayores ventas.
- En el citado período, Cementos Lima experimentó un alza en su rentabilidad, así como una mejora en sus utilidades operativas.
- Los indicadores referidos al uso de la capacidad instalada, empleo e inversiones, también se mostraron favorables durante el periodo de investigación, tanto para Cementos Lima como para Cemento Andino S.A. Asimismo, ambas empresas programaron planes de inversiones destinados a ampliar y modernizar los procesos productivos.

Adicionalmente, INDECOPI pudo determinar que, como efecto de la crisis financiera y la desaceleración del mercado de Estados Unidos de Norteamérica, era previsible que la economía de la República Dominicana (principal mercado atendido por la empresa investigada) reduzca su crecimiento en el año 2009. Por tanto, la demanda interna

²⁴ El expediente fue tramitado por la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios bajo Expediente 065-2007-CDS, habiéndose resuelto el caso en primera instancia mediante Resolución 055-2009/CFD-INDECOPI de fecha 7 de abril de 2009, la cual fue confirmada por el Tribunal de INDECOPI mediante Resolución 1778-2010/SC1-INDECOPI.

dominicana de cemento se contraería significativamente, con lo que, las ventas de Cemex en dicho mercado se reducirían. A su vez, ello podría determinar que la capacidad libremente disponible de Cemex para exportar cemento se amplíe, en especial a sus principales mercados de exportación.

Los referidos mercados principales externos a los que se dirige Cemex, conforme identificó INDECOPI, son los de Haití (país colindante a República Dominicana en el que se venían efectuando significativas inversiones en infraestructura) y Perú en el que se estimó que el sector construcción mantendría un crecimiento importante. La estimación de INDECOPI fue que las exportaciones de cemento gris de Cemex podrían alcanzar a cubrir el año 2009 algo menos del 4,5% de la demanda interna peruana.

En razón de las consideraciones detalladas en los párrafos precedentes, INDECOPI desestimó la solicitud de imposición de derechos antidumping a Cemex, declarándola infundada, señalando lo siguiente:

“(…) pese al incremento de las importaciones de cemento dominicano y el menor precio de comercialización de dicho producto, la Rama de Producción Nacionales se mantiene sólida y registra una situación económica favorable, evidenciada por el crecimiento de la producción, ventas, utilidades y productividad. Si bien Cementos Lima proyectó que sus ventas caerían en 16% en el año 2008 respecto a lo registrado en el año 2006, se ha comprobado que en el primer semestre de 2008 éstas se incrementaron 43.2% respecto a las registradas en similar periodo en el año 2006, lo cual no sólo no muestra daño o amenaza de daño a la Rama de Producción Nacional, sino que revela que la rama ha crecido y ha obtenido mayores ventas y utilidades al año siguiente de presentada la denuncia.

De otro lado, como se ha explicado en acápites previos, se ha determinado que resulta previsible que, ante la desaceleración del mercado dominicano en el año 2009, Cemex incremente su capacidad exportadora hasta 1 066 millones de toneladas, con lo cual, podría exportar al Perú volúmenes que representen el 4,42% del mercado peruano en dicho periodo. De igual manera, se ha determinado que resulta previsible que el

precio de comercialización del producto importado se reduzca, pudiendo incluso alcanzar el precio de S/. 14,51 nuevos soles por bolsa de 42,5 Kg., atendiendo a la rebaja del arancel a la importación de cemento de 12% a 0% en el año 2007.

En tal sentido, si se considera que la participación del mercado de las importaciones denunciadas podría aproximarse a 4,42% en el año 2009, e incluso un porcentaje menor en los años siguientes, a medida que el mercado interno dominicano se recupere, no es posible concluir que existe una amenaza de daño importante e inminente a la Rama de Producción Nacional. Ello, en atención a que, a pesar del incremento de los volúmenes enviados al Perú, las importaciones dominicanas mantendrían una reducida participación en el mercado que no podría significar una amenaza de daño importante, al menos, no de manera inmediata o inminente como lo establece el Acuerdo Anti-dumping. Asimismo, aun cuando el precio del producto importado se pudiese reducir hasta S/. 14,51 nuevos soles por bolsa de 42,5 Kg., frente a la reducida participación de mercado que podrían alcanzar dichas importaciones en el año 2009, no resulta previsible e inminente que el precio de la Rama de Producción Nacional se vea afectado.

En consecuencia, a pesar de haberse demostrado la existencia de dumping, no se concluye que exista una amenaza de daño importante a la Rama de Producción Nacional en los términos establecidos en el artículo 3.7 del Acuerdo Anti-dumping, incluso considerando el cambio previsible de circunstancias analizado en los acápites precedentes”.

Sin perjuicio de lo señalado, resulta por demás interesante la salvedad expresada por INDECOPI al emitir su decisión, que consignamos a continuación: “Finalmente, no puede dejar de indicarse que la decisión adoptada a través de este pronunciamiento se basa en el análisis de los distintos indicadores económicos y financieros de la industria nacional, así como en un estudio prospectivo de hechos preVISIBLES e inminentes que podrían producirse en el mercado nacional de cemento gris. En tal sentido, nada obsta para que, de producirse cambios significativos en los hechos que

sirven de base al presente pronunciamiento, la industria nacional pueda invocar en su oportunidad la aplicación de medidas de defensa comercial que correspondan conforme al marco normativo que rige la Organización Mundial del Comercio”.

En otras palabras, de identificarse circunstancias que pudiesen, en el marco de una futura investigación, contribuir a la identificación de una práctica de dumping similar a la investigada en el mismo mercado analizado, que cumpla con el requisito de generar una amenaza de daño a la industria nacional, ello será pasible de motivar la imposición efectiva de derechos antidumping.

En relación con esto último, resulta apropiado mencionar que en el supuesto opuesto, es decir cuando se ha dispuesto la efectiva aplicación de derechos antidumping (y no solamente para casos de amenaza de daño, sino en general para todo caso de práctica de dumping con consecuencias dañosas de cualquier índole para la industria nacional) será posible efectuar una revisión futura de tales sanciones impuestas como medio de corrección al precio (dumping) de ingreso de una mercadería específica procedente del exterior.

Así, conforme establece el numeral 11.2 del Acuerdo Antidumping, “Cuando ello esté justificado, las autoridades examinarán la necesidad de mantener el derecho, por propia iniciativa o, siempre que haya transcurrido un período prudencial desde el establecimiento del derecho anti dumping definitivo, a petición de cualquier parte interesada que presente informaciones positivas probatorias de la necesidad del examen (...). En caso de que, a consecuencia de un examen realizado de conformidad con el presente párrafo, las autoridades determinen que el derecho anti dumping no está ya justificado, deberá suprimirse inmediatamente”.

De igual forma, el artículo 59 del Decreto Supremo 006-2003-PCM, reglamento peruano para la aplicación del recién citado Acuerdo Antidumping, prevé que “Luego de transcurrido un período no menor de doce (12) meses²⁵ desde la publicación de la Resolución que pone fin a la investigación, a pedido de cualquier parte interesada o de oficio, la Comisión podrá examinar la necesidad de mantener o modificar los derechos anti dumping o compensatorios definitivos vigente²⁶. Al evaluar la solicitud la Comisión tendrá en cuenta que existan elementos de prueba suficientes de un cambio sustancial de las circunstancias, que ameriten el examen de los derechos impuestos”²⁷.

²⁵ En este aspecto hay notoria semejanza de la reglamentación nacional peruana con la normativa andina, toda vez que la Decisión 456 en su artículo 70 señala que “Durante el período de vigencia de los derechos definitivos, la Secretaría General podrá iniciar un examen a solicitud de cualquier parte interesada, cuando se presenten pruebas suficientes de un cambio en las circunstancias que dieran origen a los derechos definitivos. Las solicitudes de examen presentadas bajo lo previsto en el presente artículo sólo serán admitidas si ha transcurrido un período de al menos un año, desde la imposición de la medida definitiva, y siempre que el solicitante aporte pruebas suficientes de la necesidad o conveniencia de dicho examen”.

²⁶ Un ejemplo, interesante del examen respecto a la necesidad de mantener o no derechos antidumping, se puede observar en el caso de la solicitud presentada en el mes de noviembre de 2007 ante INDECOPI por la Asociación Brasileira de Industria Textil y Confección (ABIT) a fin de que se inicie un procedimiento de examen por cambio de circunstancias para determinar si correspondía o no mantener los derechos antidumping definitivos establecidos en el primer semestre del año 2006 respecto a las importaciones de tejidos tipo denim procedentes de la República Federativa de Brasil.

En dicho caso, INDECOPI en ambas instancias, mediante resoluciones 086-2009/CDF-INDECOPI del 26 de mayo de 2009 y 2980-2010/SC1-INDECOPI del 3 de noviembre de 2010, determinó suprimir los derechos antidumping, por las siguientes consideraciones:

- En los últimos años se produjo una notoria disminución de la importación de denim brasileño al Perú, la cual no se debe principalmente a los derechos antidumping aplicados.
- El precio del denim brasileño se ha incrementado superando ampliamente el precio al que proveedores de otros países ofrecen ese producto al Perú y al mundo.
- La mayor parte de la producción del denim brasileño se ha destinado principalmente a su mercado interno, habiendo disminuido significativamente la exportación de dicho país hacia el mundo.
- No existe probabilidad que el daño a la Rama de la Producción Nacional se repita en caso se supriman los derechos antidumping, porque al momento del examen las importaciones brasileñas de denim hacia el Perú han disminuido ostensiblemente y difícilmente se incrementarán.

²⁷ El artículo 28 del Decreto Supremo 133-91-EF contiene una disposición similar que refiere que luego de transcurrido un “período prudencial” se podrá examinar la necesidad o no de que se mantengan los derechos definitivos impuestos.

Se nos plantea la siguiente inquietud: Siendo que los derechos antidumping definitivos pueden ser establecidos, entre otros supuestos, cuando exista una amenaza de daño a la industria nacional, y considerando que, tal amenaza se identifica en el caso que sobre la base de un conjunto de hechos y un análisis de tipo económico respecto a ellos, se determine una probabilidad significativa de que la práctica de dumping puedan generar un impacto perjudicial sobre la producción en nuestro país, ¿qué sucedería entonces si, luego de fijados los derechos antidumping, no se confirman los presupuestos sobre cuya base la autoridad determinó que se presentaría la amenaza o si, en todo caso, aparecen otros elementos no contemplados que podrían tener incidencia relevante sobre el análisis, eventualmente variando la conclusión inicial de la existencia de la amenaza hacia una apreciación distinta?

El tema no es de fácil solución, por cuanto, conforme hemos comentado ya, de acuerdo a la normativa vigente toda revisión de los derechos antidumping establecidos (sin importar el tipo de daño en que se haya sustentado el análisis de las autoridades) podrá solicitarse recién luego de transcurrido al menos un año desde su fijación; asimismo, el tiempo de evaluación acerca de la existencia de circunstancias que pudiesen justificar una variación o supresión de los derechos antidumping impuestos puede abarcar un período prolongado²⁸.

Consideramos que debería plantearse la posibilidad de establecer una metodología particular para los casos en que se establezcan derechos antidumping sustentados en una amenaza de daño a la Rama de la Producción Nacional, de modo que tales derechos no tengan una naturaleza “definitiva” sino que puedan revisarse con mayor flexibilidad (sin esperar un año desde su establecimiento) y de modo célere en aquellos casos en que, de oficio o a iniciativa de parte, se advierta que no se ha concretado uno o más de los elementos que sustentaron la predicción que condujo a inferir que se produciría

una amenaza de perjuicio a la industria local. Caso contrario, podría suceder que, aun a sabiendas que el análisis que llevó a la conclusión de que se produciría una amenaza de daño ha fallado, se continúe aplicando los derechos antidumping, lo que finalmente terminaría generando una afectación pero no a la industria local, sino a los agentes exportadores externos, por indebida aplicación de los citados derechos; tales exportadores inclusive, eventualmente podrían buscar que el Estado Peruano los indemnice a consecuencia de haber mantenido frente a ellos y a sabiendas, medidas antidumping por una amenaza de daño que finalmente no se configuró (que era lo que las autoridades en principio habían estimado al culminar sus investigaciones).

IV. EL RETRASO SENSIBLE COMO EFECTO DAÑOSO DEL DUMPING

Las normas de lucha contra las prácticas de dumping que afectan el normal desarrollo de las operaciones de comercio internacional, establecen que son tres las posibles manifestaciones de daño a la industria nacional susceptibles de motivar la imposición de derechos antidumping al agente exportador; ya hemos tratado ampliamente en el presente artículo el tema del daño importante manifestado, así como el relativo a la amenaza de daño importante. En el presente apartado vamos a centrarnos en el tema del retraso sensible.

En efecto, en la nota al pie número 9 del Acuerdo Antidumping, relacionada con el capítulo de dicho cuerpo normativo titulado “Determinación de la existencia de daño”, se detalla que cuando se haga mención al término “daño” la referencia alcanzará “(...) un daño importante causado a una rama de producción nacional, una amenaza de daño importante a una rama de producción nacional o **un retraso importante en la creación de esta rama de producción (...)**” [El énfasis es nuestro].

Semejante idea contiene el artículo 15 del Decreto Supremo 006-2003-PCM que

²⁸ Así, por citar solamente un ejemplo, en el caso de los tejidos denim brasileños mencionados en la nota al pie número 27 del presente artículo, la primera instancia del INDECOPi tomó dieciocho meses para efectuar su evaluación (desde noviembre de 2007 en que se presentó la solicitud de parte hasta mayo de 2009 en que se emitió la resolución de supresión de derechos) y el Tribunal un tiempo similar (su resolución se expidió en el mes de noviembre de 2010).

establece que “Corresponde a la Comisión determinar la existencia de daño, amenaza de daño o **retraso sensible a la creación de una rama de producción nacional, causado como consecuencia de las importaciones objeto de dumping(...)**” [El énfasis es nuestro].

Como se advierte, las disposiciones normativas son sumamente escuetas en cuanto se refiere a la variante del daño originado por la práctica de dumping a la que se conoce como retraso importante o sensible a la Rama de la Producción Nacional.

No obstante ello, debemos señalar que a nuestro entender, cuando se analiza tal supuesto del retraso sensible, la autoridad competente debe concentrarse en evaluar en su investigación la potencialidad de desarrollo de la industria nacional al momento en que comenzaron las importaciones materia de denuncia, con el objeto de establecer si estas últimas tienen algún efecto negativo sobre la proyección de evolución de las empresas locales con actividades en ciernes.

Coincidiendo con esta idea, Velia Govaere Vicarioli²⁹ señala que la idea del retraso sensible “(...) hace referencia a la posibilidad de crecimiento y desarrollo de una ‘industria infante’ que debe competir con productos similares importados en condiciones de dumping. Ante pruebas concretas del establecimiento de un nuevo sector de la producción, la Autoridad puede proceder a la apertura de una investigación en contra de las importaciones objeto de dumping a fin de asegurar el establecimiento de esa nueva rama de producción”.

No existe consenso entre los especialistas acerca de los parámetros que determinan los límites del supuesto del retraso sensible. Quizás ello se deba a que esta es la manifestación dañosa menos frecuente en los casos de dumping (o la menos alegada por los industriales locales cuando menos), no solamente en nuestro país sino a nivel de todo el orbe.

Así, para Cabanellas el concepto común a todas las figuras de daño que hemos tenido oportunidad de apreciar es “(...) el de una actividad productiva que se desarrolla en el país. Sólo cabe aclarar respecto de este elemento que en el caso analizado dicha actividad no debe haberse iniciado a la fecha en que se inicie la investigación, pues en caso contrario las figuras relevantes del daño serán las incluidas en (...)”³⁰ los supuestos de daño o amenaza de daño, más ya no en el de retraso sensible.

De forma coincidente con lo mencionado en el párrafo precedente, Ortiz Herrán opina que “Al hablarse de retraso sensible se está haciendo referencia a una producción nacional que aún no se ha iniciado, futura, pero que está en montaje y que se ve afectada por el dumping”³¹.

Esto es así por cuanto, para los referidos autores, el mencionado retraso comprende tan sólo a los proyectos de creación de industria nacional, más no en cambio a las empresas nativas efectivamente constituidas y operativas que podrán estar involucradas, en todo caso, dentro de los alcances del daño o de la amenaza de daño. Para este sector de la doctrina, el concepto del retraso sensible se circunscribe únicamente entonces a casos en que la industria local no ha iniciado aún la producción, abarcando en cambio a aquellos otros supuestos en que los empresarios han ejecutado una serie de actos previos necesarios tendientes a la gestación y próxima puesta en marcha del negocio.

En contradicción a esta postura, podemos encontrar que existen otras percepciones acerca de los alcances de la figura del retraso sensible. Así, de acuerdo a una jurisprudencia de procedencia norteamericana referida por Ortiz Herrán³² acerca del retraso sensible³³ “Esta modalidad de perjuicio no es común, pero se ha dado por ejemplo en el caso del bacalao seco (*dried salted cod fish*) procedente de Canadá, en donde la Comisión del

²⁹ CABANELLAS, Guillermo. Op. cit. p. 91.

³⁰ CABANELLAS, Guillermo. Op. cit. p. 174.

³¹ ORTIZ HERRAN, Mario. “Mecanismo Antidumping: Reglamentación y Prácticas”. Santa Fe de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 1994. p. 197.

³² Conforme ya adelantamos, sin embargo, más allá de hacer alusión a esta jurisprudencia, Ortiz Herrán maneja el concepto de que el retraso sensible solamente aplica para supuestos de industrias proyectadas que aún no desarrollan operaciones.

³³ ORTIZ HERRAN, Mario. Op. cit. pp. 197-198.

Comercio Internacional delimitó la utilización de esta figura en los siguientes términos: (i) la aplicación del sistema de retraso material no está limitada a industrias que aún no han empezado la producción, sino que se extiende también a nuevos medios que han iniciado producción, pero que todavía no han estabilizado sus operaciones; (ii) porque el intento de establecer una nueva industria es inherentemente único, la determinación de cuando el establecimiento de una industria está materialmente retrasado debe hacerse sobre una base caso por caso; y (iii) en casos en los cuales haya una empresa que aún no ha empezado la producción, debe haber indicios suficientes de que la industria ha hecho un compromiso sustancial para comenzar la producción”.

En el análisis del citado caso del bacalao canadiense se consideró que el retraso importante no comprendía solamente a las industrias próximas a comenzar operaciones, sino que se extendía también a aquellas otras que encontrándose ya ejecutando el proceso productivo, no habían logrado alcanzar aún una situación estable en cuanto a niveles de participación en el mercado del producto específico.

Nos adherimos a esta última forma de entender la figura del retraso sensible, por cuanto creemos que la realidad de la industria local que empieza a producir es muy distinta a la de aquella otra que encontrándose ya situada en el mercado, es desplazada del mismo y ve reducida su participación, en razón de la práctica de dumping incurrida por el exportador (supuesto en el que, lo que se presenta es un daño material o efectivo). En cambio, cuando se trata la problemática del retraso importante, la distorsión que se enfrenta es una de naturaleza tan severa que lo que genera la práctica del dumping es la imposibilidad de que la industria nacional incursione en un nuevo mercado en el que no ha tenido participación previa, bloqueándole el acceso al mismo; justamente lo que se busca a través de la intervención de las autoridades en esos casos, es corregir mediante el establecimiento de derechos antidumping, la obstrucción a la intervención

de empresas locales en nuevos rubros, permitiendo más bien que éstas ingresen al mercado en condiciones de leal competencia con los operadores extranjeros.

Esa parece ser, por demás, la posición asumida también por la Comunidad Andina en la Decisión 456, único entre los cuerpos normativos de lucha antidumping comentado a través del presente artículo, que contiene expresiones indicativas acerca de los alcances de la figura del retraso importante³⁴. En el artículo 23 de la referida norma se señala lo siguiente:

“Para la determinación de la existencia de un retraso importante en la creación de una producción nacional, se deberá evaluar el potencial de producción nacional para el momento en que comenzaron o se hicieron inminentes las importaciones supuestamente objeto de dumping, a fin de establecer si tales importaciones tuvieron un efecto negativo en lo que debió haber sido el desarrollo de ese potencial. A tal efecto, se deberán considerar, entre otros, los siguientes factores:

- a) Proyecciones de resultados frente al resultado real;
- b) La utilización de la capacidad productiva;
- c) El estado de los pedidos y las entregas;
- d) La situación financiera; y
- e) Cualquier otro factor relevante.”

Conforme plantea la norma andina, cuando se enfrenta un caso de dumping en el que lo que se pretende corregir es el retraso sensible en la creación de una Rama de la Producción Nacional, entre los aspectos que se analizan se encuentran los resultados reales obtenidos por la industria local, el uso de la capacidad productiva por parte de dicha industria, así como el estado de sus pedidos y entregas, aspectos que en su totalidad se refieren indudablemente a empresas que ya vienen desarrollando operaciones (pues no sería posible evaluar esos elementos en una empresa que se encuentra tan sólo en situación de proyecto). Por tanto, cuando menos en el ámbito de la Comunidad Andina, la normativa antidumping nos lleva indefectiblemente a concluir que el retraso

³⁴ A diferencia de lo que sucede con el Acuerdo Antidumping y con la reglamentación nacional peruana, ambos sumamente escuetos en lo que a este tema concierne.

sensible se puede presentar no solamente en industrias proyectadas sino también en aquellas otras que han empezado a operar en un nuevo segmento de mercado sin lograr alcanzar aún un posicionamiento en el mismo.

No obstante ello, la imprecisión que existe en la mayoría de normas respecto de los alcances del concepto de retraso sensible, permite que se presenten interpretaciones significativamente divergentes, lo que origina que las autoridades actúen con un mayor margen de discrecionalidad, circunstancia que a su vez incide en reducir la predictibilidad de las decisiones que se adoptarán al fiscalizar casos de prácticas nocivas de dumping en el comercio internacional. Ello ocurrió por ejemplo en el caso de la imposición por parte de Corea del Sur de derechos antidumping a las importaciones de resinas poliacetálicas procedentes de los Estados Unidos de América y del Japón³⁵, que vamos a comentar a continuación.

En 1988, el mercado coreano de las resinas poliacetálicas se abastecía exclusivamente mediante importaciones. La empresa Korea Engineering Plastics (denominada en adelante KEP) terminó de construir en septiembre de 1988 una planta para fabricar 10 000 toneladas anuales y comenzó a producir resinas poliacetálicas sobre todo para el mercado nacional. En un año aproximadamente, KEP incrementó su producción hasta casi la plena capacidad y su cuota del mercado nacional de resinas poliacetálicas pasó de menos del 1% en 1988 al 47,7% en 1989 y al 60,8% en el primer trimestre de 1990. A su vez, la cuota de las importaciones en el mercado coreano del mismo producto sufrió una disminución consiguiente y la de las importaciones provenientes de las compañías objeto de la investigación antidumping pasó del 60% aproximadamente en 1988 a alrededor de un tercio en 1989 y posteriormente a una

quinta parte en el primer trimestre de 1990. En este período los precios de las resinas poliacetálicas importadas y de producción nacional disminuyeron en el mercado coreano. En junio de 1990, KEP construyó otra planta de una capacidad de producción anual de 10 000 toneladas y aumentó así a 20 000 toneladas su capacidad de producción total anual.

El 8 de mayo de 1990, KEP presentó una solicitud de investigación antidumping contra dos productores de los Estados Unidos³⁶ y un productor del Japón³⁷, aduciendo que éstos exportaban a Corea del Sur resinas poliacetálicas a un valor inferior al normal y causaban daño importante a la producción nacional. La Comisión de Comercio de Corea determinó que las importaciones objeto de dumping de resinas poliacetálicas investigadas, habían causado daño importante a la producción nacional en el sentido del artículo 10-1 de la Ley de Aduanas de Corea del Sur³⁸. Atendiendo a ello, en enero de 1992, los Estados Unidos solicitaron el establecimiento de un Grupo Especial de conformidad con los términos del GATT, a fin de que evalúe la investigación antidumping efectuada por Corea del Sur.

Ante el referido Grupo Especial, la representación de los Estados Unidos manifestó que resultaba deficiente la imputación de retraso sensible a la industria nacional efectuada por las autoridades coreanas debido a que, parecía ilógico considerar a una empresa como si no fuese una rama de producción “establecida”, pese a que se había convertido en el único y principal productor y de que le correspondía la mayor parte de todas las ventas que se realizan en el mercado³⁹. Además, Estados Unidos adujo que la conclusión referida a que no se había establecido la producción nacional solamente proporcionaba una indicación mínima de que el retraso sensible constituía

³⁵ Las referencias sobre este procedimiento han sido obtenidas del documento denominado ADP/92 obrante en la página web de la Organización Mundial de Comercio. En: www.wto.org.

³⁶ Las citadas empresas son E.I. du Pont de Nemours, Inc. y Hoechst Celanese Corp.

³⁷ La referida empresa es Asahi Chemical Industry Co. Ltd.

³⁸ El texto de dicho artículo 10-1 de la Ley de Aduanas es el siguiente: “En los casos en que las importaciones de bienes extranjeros para la venta realizadas a un precio inferior al valor normal causen o amenacen causar un daño importante a una producción nacional o **retrasen sensiblemente la creación de una producción nacional** (denominados en adelante en el presente artículo “daño importante, etc.”) podrá imponerse un derecho si se considera necesario para proteger la producción de que se trate ...” [El énfasis es nuestro].

³⁹ Esto de acuerdo a los indicadores de producción de resinas poliacetálicas en Corea del Sur durante los años 1989 y 1990 antes comentados, en los que se aprecia un crecimiento en la participación de la empresa coreana KEP.

el criterio adecuado, en lugar de la existencia de daño actual o amenaza. En opinión de Estados Unidos, la Comisión de Comercio de Corea debió constatar también que la rama de producción se encontraba retrasada o frenada, y que las importaciones habían sido la causa de esa situación, para poder sostener la hipótesis del retraso sensible.

Respondiendo a tales cuestionamientos, Corea del Sur dijo que el artículo VI del GATT no decía nada con respecto a las circunstancias que justificaban una conclusión positiva de que la producción nacional había sufrido un retraso sensible. En consecuencia, las autoridades investigadoras poseían necesariamente facultades discrecionales administrativas sumamente amplias, que el Grupo Especial debía procurar especialmente no contradecir. Adicionalmente, Corea del Sur mencionó que la misma novedad de la empresa significaba que KEP no se había “establecido” en el verdadero sentido del término, y que los deficientes resultados financieros que había obtenido en sus primeros dos años indicaban que la Comisión de Comercio de Corea podía fácilmente llegar a la conclusión de que la viabilidad competitiva de KEP, así como su capacidad para sobrevivir a pesar de un dumping considerable, no habían sido demostradas. Esto es, de acuerdo a su evaluación, se había constatado que KEP aún no había llegado al nivel de “operaciones estables”, es decir, a un umbral de rentabilidad razonable, encontrándose por tanto amenazado el surgimiento de la industria nacional coreana⁴⁰. De igual modo, según el parecer de las autoridades coreanas, también respaldaba la conclusión de que la empresa aún no se había establecido, la circunstancia de que KEP era un nuevo productor con

escasos antecedentes operativos y que elaboraba solamente un producto, razón por la cual dependía exclusivamente de él para la obtención de ingresos y beneficios.

Luego de evaluar los argumentos de los representantes estadounidenses y coreanos, el Grupo Especial observó que, según el análisis de rentabilidad hecho por la autoridad coreana, parecía posible llegar a una conclusión de existencia de retraso sensible en la creación de una producción siempre que una industria ampliase su capacidad de producción del producto similar^{41 42}.

De acuerdo a lo señalado por el referido Grupo Especial, se estaría abriendo una tercera opción interpretativa respecto a los alcances del concepto de retraso importante a la industria local, puesto que, en adición a la tesis de que solamente aplicaría a empresas que se encuentran en calidad de proyecto aún inoperativo, y a aquella otra de acuerdo a la que el supuesto del retraso comprende además a las industrias en fase inicial de operación en nuevos rubros que no han alcanzado aún un nivel de estabilidad o solidez, se sumaría la opción de la industria que ya está operando pero que al buscar ampliar su línea productiva (“ensanchamiento de planta”) encuentra obstáculos para su mayor posicionamiento, posiblemente derivados del ingreso de productos similares extranjeros introducidos al país en condición de dumping.

En nuestra opinión, la alternativa de la ampliación de línea productiva afectada por una práctica de dumping, normalmente debería ser evaluada más bien bajo los supuestos de daño importante o amenaza

⁴⁰ En efecto, la Comisión de Comercio de Corea al adoptar su decisión el 24 de abril de 1991, había concluido que “(...) Aunque el volumen de las importaciones objeto de dumping ha disminuido en casi la mitad desde que la producción nacional inició sus operaciones, si las importaciones objeto de dumping siguen haciendo bajar el precio interno será imposible que la producción nacional logre unos beneficios razonables y, por consiguiente, la producción nacional seguirá sufriendo un empeoramiento de sus condiciones financieras”. Asimismo, la Comisión de Comercio de Corea señaló que si bien la participación en el mercado y la tasa de utilización de la capacidad de KEP tendían a indicar que la empresa ya estaba establecida, la situación financiera de la misma revelaba que no podía “considerarse que verdaderamente había alcanzado una fase segura”.

⁴¹ La alusión es a la ampliación de capacidad operativa de la empresa KEP en atención al “ensanchamiento” de su línea de producción de resina poliacetálica de 10 000 a 20 000 toneladas anuales.

⁴² Sin embargo, es menester acotar que, el Grupo Especial no abordó de forma categórica la cuestión de si en el caso concreto se había presentado un retraso sensible en la creación de una Rama de la Producción Nacional, debido a que advirtió que las autoridades coreanas habían incurrido en un defecto de trámite, dado que existía una discrepancia entre el marco temporal utilizado para el examen de los beneficios y las existencias y el marco de tiempo considerado para el examen del volumen de las importaciones objeto de investigación y los efectos de esas importaciones en los precios.

de daño importante, según se presenten las circunstancias. Como ya hemos referido en el presente artículo, consideramos que lo que se debe evaluar en el supuesto del retraso sensible, es el impedimento para que la industria local logre alcanzar una posición mínima competitiva, supuesto que difiere del que ha sugerido el Grupo Especial (en el caso concreto de las resinas poliacetálicas de Corea del Sur se mencionaba que se había producido una reducción de precios a causa del dumping generado por las importaciones japonesas y norteamericanas, lo que sería más bien una señal de una afectación a un negocio ya en marcha y con cierto nivel de estabilidad).

Como efecto de lo analizado en el presente apartado, consideramos que no debe soslayarse la importancia de definir en el corto plazo, de manera uniforme a nivel internacional y sobre la base de algún instrumento normativo supranacional impulsado por la Organización Mundial de Comercio - OMC, cuales son los alcances y límites de la figura jurídica del retraso sensible, de modo que, existan reglas más claras y accesibles en ese rubro para los agentes intervinientes en operaciones de comercio internacional.

Tal como habíamos adelantado, en la experiencia internacional no son muchos los

casos de dumping en que se haya alegado e identificado el perjuicio a la industria nacional en la modalidad de retraso sensible. No obstante ello, en el Perú, en época relativamente reciente se ha tramitado un procedimiento respecto a dicha materia, que comentamos a continuación. Se trata del caso seguido ante INDECOPI relativo al pedido planteado en el mes de marzo de 2009 por la empresa productora nacional Industrias del Espino S.A. (en adelante, Industrias del Espino) para la aplicación de derechos antidumping sobre las importaciones de biodiesel⁴³ originario de los Estados Unidos de América⁴⁴.

Al evaluar el daño, INDECOPI refirió que "(...) la industria nacional recién inició su producción en los últimos meses de 2008. En ese sentido, **el daño que en este caso refiere registrar la industria local califica dentro del supuesto de retraso importante en la creación de la Rama de Producción Nacional** previsto en el Acuerdo Anti dumping, **debido a que el inicio de las actividades productivas de la industria nacional de biodiesel ha coincidido con el ingreso de las importaciones de biodiesel estadounidense a precios dumping, no existiendo un período de análisis previo respecto del cual se pueda realizar una comparación** con la situación verificada en la Rama de Producción Nacional" [El énfasis es nuestro].

⁴³ El biodiesel es un combustible líquido que se obtiene de fuentes lípidas naturales, mediante el procesamiento de aceites vegetales o grasas animales, que puede cumplir un rol sustituto respecto del diesel obtenido del petróleo.

Si bien existen antecedentes de la existencia del biodiesel desde la segunda mitad del siglo XIX, éste no fue desarrollado de forma amplia debido al predominio de la industria del petróleo y sus derivados. Sin embargo, desde 1990 en adelante, se retomó el interés de la industria por este producto, abriéndose muchas plantas procesadoras de biodiesel en países diversos de Europas (Alemania, Suecia, República Checa); Asimismo, en la citada década de los 90's, los grandes fabricantes de autos franceses (Renault y Peugeot) certificaron los motores de sus vehículos para que trabajen parcialmente con biodiesel.

En el Perú, en el año 2003, se promulgó la Ley 28054 –Ley de Promoción del Mercado de Biocombustibles–, a fin de "diversificar el mercado de combustibles, fomentar el desarrollo agropecuario y agroindustrial, generar empleo, disminuir la contaminación ambiental y ofrecer un mercado alternativo en la Lucha contra las Drogas". Posteriormente, en el año 2007 se aprobó el Decreto Supremo 021-2007-EM –Reglamento para la Comercialización de Biocombustibles–, a través del que se estableció la obligatoriedad de que el diesel que se venda en el mercado nacional cuente necesariamente con un porcentaje (definido en la citada norma) de biodiesel en su composición.

Es en atención a las características del contexto internacional y a los estímulos normativos referidos en los párrafos precedentes, que en los últimos años se generó el espacio para el surgimiento de una nueva industria antes inexistente en el Perú, como es precisamente la del biodiesel (en la que incursionó la empresa nacional Industrias del Espino S.A., denunciante en el caso bajo comentario sobre práctica de dumping y retraso sensible a la Rama de la Producción Nacional).

⁴⁴ El expediente fue tramitado por la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios bajo Expediente 034-2009-CFD, habiéndose resuelto el caso en primera instancia mediante Resolución 116-2010/CFD-INDECOPI de fecha 22 de junio de 2010, la cual fue confirmada por el Tribunal de INDECOPI mediante Resolución 1672-2011/SC1-INDECOPI de fecha 26 de octubre de 2011.

Adicionalmente, INDECOPI agregó que “Atendiendo a lo expuesto, y con la finalidad de determinar si la Rama de Producción Nacional está sufriendo un retraso importante en su creación, se ha evaluado en qué medida la industria nacional de biodiesel tiene un potencial de desarrollo que podría verse afectado por el ingreso de importaciones de biodiesel estadounidense a precios dumping. Adicionalmente (...) se ha analizado el volumen de las importaciones objeto de dumping y el efecto de éstas sobre los precios internos, así como la consiguiente repercusión de tales importaciones sobre la situación de la Rama de Producción Nacional, para lo cual se ha analizado la evolución de los principales indicadores económicos de la rama durante el período de análisis”.

Al emitir su pronunciamiento, INDECOPI efectuó un reconocimiento expreso acerca de la inexistencia de normas propias para el tratamiento del tema del retraso sensible, en la medida que conforme dicha entidad indicó, para emitir su resolución tomó como referencia al ya antes comentado artículo 23 de la Decisión 456 de la Comunidad Andina de Naciones⁴⁵ y a una publicación⁴⁶ de la OMC.

En el caso bajo comentario, INDECOPI identificó que:

- El nivel de producción registrado por las empresas⁴⁷ de la Rama de la Producción Nacional (7 563 toneladas de biodiesel) había sido significativamente reducido en relación con la demanda nacional de biodiesel (aproximadamente 39 mil toneladas).
- Las empresas que integran la Rama de la Producción Nacional registraron una tasa de utilización de la capacidad instalada de apenas 5% en promedio, habiendo tenido, incluso, que paralizar

su producción entre los meses de febrero y abril de 2009 como consecuencia del incremento del nivel de inventarios (acumulación de existencias o “stock”).

- Pese a contar con una capacidad de producción que le habría permitido abastecer la demanda total de biodiesel, la Rama de la Producción Nacional apenas alcanzó una participación de 16.3% en el mercado interno, mientras que el 83.7% restante fue captado por las importaciones, principalmente aquéllas originarias de los EE.UU. Debido a ello, la industria nacional mantuvo un alto nivel de inventarios.
- La Rama de la Producción Nacional realizó sus ventas a un precio promedio (US\$ 961 por tonelada) inferior al costo promedio de producción (US\$ 1 217 por tonelada), lo que generó que la misma registrara un margen de utilidad negativo de 27% (US\$ 256 por tonelada).
- Las empresas de la industria nacional enfrentan una situación financiera desfavorable, que se refleja en un alto nivel de endeudamiento y una reducida capacidad para afrontar el pago de las deudas contraídas para la puesta en marcha del negocio de biodiesel.

Atendiendo a todo ello, INDECOPI concluyó acertadamente que la Rama de la Producción Nacional había experimentado un daño importante por retraso en su creación y desarrollo. Por ese motivo impuso derechos antidumping definitivos⁴⁸ “(...) a fin de evitar que las importaciones de biodiesel originario de los EE.UU. a precios dumping sigan causando un daño importante a la nascente industria nacional de biodiesel, impidiendo su consolidación y desarrollo”.

⁴⁵ Disposición que resulta solamente de aplicación para conflictos entre agentes de países integrantes de los países que conforman dicho acuerdo, no así para casos de discrepancia entre el Perú y terceros países, como sucedió en el asunto del biodiesel en que el otro país involucrado fue los Estados Unidos de América

⁴⁶ El libro en mención se titula “A Handbook on Antidumping Investigations”, cuyos autores son Judith Czakó, Johann Human y Jorge Miranda.

⁴⁷ Durante la investigación se determinó que, además de la solicitante Industrias del Espino, también componía la rama de productores nacionales la empresa Heaven Petroleum Operator S.A.

⁴⁸ Los derechos antidumping impuestos a las importaciones estadounidenses de biodiesel fueron del orden de US\$ 212 por tonelada.

Como se puede apreciar, el criterio que ha seguido INDECOPI en su experiencia reciente en temas de dumping, ha sido el de considerar que el retraso sensible como supuesto de daño no comprende solamente a las industrias próximas a comenzar operaciones, sino que se extiende también a aquellas otras que encontrándose ya en operación, no han alcanzado aún una situación estable en cuanto a niveles de participación en el mercado.

V. CONCLUSIONES

- La práctica del dumping, en razón de la que un producto extranjero ingresa al mercado local a un precio inferior a su valor normal, será reprimible por parte de las autoridades nacionales competentes en la materia, siempre que dicha actuación comercial genere daño a la industria nacional. De verificarse luego de un proceso de investigación (y considerando las excepciones expuestas en el presente artículo), la existencia de dumping y de daño, así como la relación causal de aquél respecto a éste, las autoridades podrán adoptar medidas correctivas a través de la imposición de derechos antidumping a los productos extranjeros, lo que implica que los bienes importados ingresarán al país a un precio de exportación reconstruido (suma del importe de los derechos antidumping y del precio de exportación inicial que generaba la práctica del dumping), de modo tal que se neutraliza la práctica de dumping en que estuvo incurriendo el exportador.
- Para poder reprimir una práctica de dumping resulta indispensable que se identifique y evalúe el elemento del daño a la industria nacional. La investigación relativa al daño se orienta a indagar como es que la reducción de precios de la mercancía extranjera, constitutiva del dumping, afecta la actividad productiva local. De acuerdo a los principales instrumentos normativos nacionales e internacionales, el daño tiene 3 posibles manifestaciones: (i) Daño importante causado a una Rama de la Producción Nacional; (ii) Una amenaza de daño importante a la citada Rama; y, (iii) Un retraso importante o sensible

en la creación de la Rama de la Producción Nacional.

- Cuando se evalúa el daño que la práctica de dumping puede estar causando a la Rama de la Producción Nacional, necesariamente se constatará si se ha afectado o frenado la posición competitiva de los industriales nacionales que operan en el mercado del producto específico, a cuyo fin se prestará atención a los elementos esenciales que permiten determinar la existencia del daño: (i) El volumen de las importaciones objeto de dumping (si se ha incrementado o no) y (ii) El efecto de éstas en los precios de productos similares en el mercado interno y se analizará la repercusión de esas importaciones sobre los productores nacionales (en especial si la consecuencia fue que los productos de éstos bajen de precio o no puedan incrementarse en todo caso). Adicionalmente, otro factor determinante para establecer la existencia del daño es el concerniente a si el crecimiento de las importaciones objeto de dumping ha provocado un deterioro en los principales indicadores de la industria nacional, tales como la caída en las ventas, de la producción, una disminución en la utilización de la capacidad de producción instalada, efectos negativos en el flujo de caja, del crecimiento, de la capacidad de reunir capital o inversión, del nivel de empleo y de las utilidades.
- Sin perjuicio de lo señalado en la conclusión anterior, las autoridades deberán examinar rigurosamente además, otros factores de los que tengan conocimiento, distintos de las importaciones objeto de dumping (caso del volumen y los precios de las importaciones no vendidas a precios de dumping, la contracción de la demanda, variaciones de la estructura del consumo, la evolución de la tecnología y la productividad de la industria nacional), que al mismo tiempo pudiesen perjudicar a la Rama de la Producción Nacional, de modo que, de identificarse daños causados por esos otros factores, no se deberá de atribuir entonces responsabilidades

a los importadores de mercadería objeto de dumping, ni se deberán fijar por tanto en tal caso derechos antidumping.

- Un elemento que no es tratado por la normativa nacional ni internacional, es el relativo al factor atributivo de responsabilidad de las acciones o decisiones del exportador que incurre en la práctica de dumping, en el sentido de si se debe emplear en el análisis de las autoridades investigadoras un criterio objetivo (la actividad es riesgosa y punible por si misma) o el factor subjetivo basado en el dolo (consciencia y voluntad) del exportador. De acuerdo a la práctica uniforme que hemos advertido en la jurisprudencia de diversos países, incluido el Perú, el dumping y sus efectos de perjuicio a la industria local son evaluados de acuerdo a un factor totalmente objetivo.
- La amenaza de daño es entendida como la probabilidad predominante de que las importaciones investigadas materia de dumping tendrán como efecto la generación futura de un daño a la Rama de la Producción Nacional, perjuicio que a la fecha de evaluación de las prácticas comerciales no se ha concretado, pero cuya inminencia es altamente previsible, razón que justificará la intervención anticipada de las autoridades. No obstante ello, hay que tener presente que, el rigor probatorio y de análisis requerido para los supuestos de amenaza de daño, resulta mayor al que se utiliza para aquellos otros casos en que lo que se evalúa es el daño ya efectivamente materializado, dado que en el supuesto de la amenaza, lo que se presenta es un análisis prospectivo acerca de las probabilidades de que el perjuicio a la industria local se concrete, lo que ciertamente tiene un contenido con cierto margen de incertidumbre respecto a su ulterior concreción como afectación nociva a la Rama de la Producción Nacional.
- Es totalmente factible que en una misma investigación de prácticas de dumping, se evalúe la presencia de

más de una manifestación de daño y que incluso, la conclusión respecto a cada una de ellas sea divergente. Así, en la experiencia internacional, se han visto casos en que se ha descartado la ocurrencia de un daño importante a la industria nacional, y en cambio, se ha advertido la existencia de una amenaza de daño a la Rama de la Producción Nacional.

- En nuestra opinión, debería plantearse la posibilidad de establecer una metodología particular para los casos en que se establezcan derechos antidumping sustentados en una amenaza de daño a la Rama de la Producción Nacional, de modo que tales derechos no tengan una naturaleza "definitiva" sino que puedan revisarse con mayor flexibilidad y rapidez, cuando se advierta que no se ha concretado uno o más de los elementos que sustentaron la predicción que condujo a inferir que se produciría una amenaza de perjuicio a la industria nacional, sin tener que esperar a que transcurra el período de un año que exige la normativa vigente, sin excepción, para todos los supuestos de daño. Caso contrario, podría suceder que, aun a sabiendas que el análisis que llevó a la conclusión de que se produciría una amenaza de daño ha fallado (por no verificarse en tiempo ulterior que se hayan concretado algunas de las premisas que llevaron a predecir tal peligro), se continúe aplicando los derechos antidumping, lo que finalmente podría terminar generando una afectación a los agentes exportadores del producto extranjero, por indebida aplicación de los citados derechos a su mercadería.
- El supuesto del retraso sensible o importante como efecto dañoso de la práctica de dumping, se refiere a aquellos casos en que la importación de un producto específico por debajo de su valor normal, afecta el potencial de desarrollo de la industria nacional que de forma inicial ha incursionado en un mercado nuevo (el de la fabricación del producto materia de dumping), antes inédito en el territorio nacional. La investigación en contra de

las importaciones objeto de dumping tiene por finalidad asegurar que la nueva Rama de la Producción Nacional se establezca adecuadamente y pueda operar en condiciones normales.

- Existen posturas discordantes respecto a los alcances que deben entenderse comprendidos dentro del concepto de retraso sensible a la Rama de la Producción Nacional. Así, para algunos especialistas, el retraso importante se circunscribe únicamente a casos en que la industria local no ha iniciado aún la producción, abarcando por ende solamente aquellos supuestos en que los empresarios han ejecutado una serie de actos preparatorios tendientes a la creación y próxima puesta en marcha del negocio. Otra postura en cambio, con la que nosotros coincidimos (y que ha sido acogida también en la reciente y escasa experiencia jurisprudencial nacional

acerca del tema específico), entiende que la figura del retraso sensible no comprende solamente a las industrias próximas a comenzar operaciones, sino que se extiende también a aquellas otras que encontrándose ya ejecutando el proceso productivo (probablemente en el período inicial de incursión al correspondiente negocio), no han alcanzado aún estabilidad en el mercado del respectivo producto. Urge por tanto que se defina, de manera uniforme a nivel internacional y sobre la base de algún instrumento normativo supranacional impulsado por la Organización Mundial de Comercio, o cuando menos en la normativa reglamentaria nacional, cuales son los alcances y límites de la figura jurídica del retraso sensible, de modo que, existan reglas más claras y predecibles en ese rubro para los agentes intervinientes en operaciones de comercio internacional.



BALBI

CONSULTORES
ASOCIADOS

Av. Pablo Carriquirri 349, San Isidro
Teléfono: 225-5333 225-5332
balbi@balbiconsultores.com
www.balbiconsultores.com





CALPLAST

ESPECIALISTA EN TUBERÍA DE POLIETILENO



DÍAZ SÁNCHEZ & ASOCIADOS
ABOGADOS

Teléfono: (051) - 076-343899

Website: www.dsanchezabogados.com

Av. Vía de Evitamiento Sur # 129 - Segundo Piso - Cajamarca-Perú

EN CAMINO AL DESARROLLO: ¿CÓMO FINANCIAR UN GASEODUCTO SIN DEMANDAR LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE LOS *SHADOW TOLLS*?

Gonzalo Soriano Castillo**

El sistema de los Shadow Tolls o Peajes Sombra, que tuvo origen en el Reino Unido en el año 1993, consiste en el pago que realiza el Estado a la empresa concesionaria de una carretera, empresa que tendrá a su cargo la construcción y mantenimiento de ésta. Es así que los usuarios no pagan el peaje de manera directa, sino que es el gobierno quien lo paga. Se trata de un sistema que trae diversas ventajas, pudiéndose aplicar, con ciertos cambios, para el sector del gas, y en concreto para la financiación de gaseoductos.

El autor considera que es posible utilizar el concepto de los Peajes Sombra y aplicarlo al caso de los gaseoductos, siempre y cuando se tomen en cuenta las diferencias que tiene este sistema, como el riesgo que se asume, los objetivos a los que apuntan, mercados en las que se desempeñan, la demanda, entre otros. Sugiere que la intervención del gobierno es necesaria para manejar los riesgos que estos proyectos engloban y hacerlos viables y atractivos para los inversionistas.

* El presente artículo fue publicado originalmente bajo el título "On the road of development: How to finance a gas pipeline without demand applying the concept of Shadow Tolls". La traducción fue realizada por Camilo Clavijo Jave, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS.

** Abogado. Corea del Sur. LLM por la Universidad de Dundee. Asociado internacional de Yulchon LLC Attorneys at Law.

Los Peajes Sombra son un pago que realiza el gobierno, por cada automóvil, a la empresa que construye una carretera bajo un régimen de concesión, que incluye un Contrato de Construcción, Posesión, Operación y Transferencia (BOOT por sus siglas en inglés), en concordancia con la estructura del peaje. A través de este mecanismo, el gobierno británico (pionero en este sistema) genera un flujo de caja para la concesionaria haciendo viable el proyecto de financiación de la carretera, al mismo tiempo que evita el cobro de peajes a los dueños de los vehículos que utilizan la vía. Teniendo en cuenta este modelo, ¿es viable utilizar algunos aspectos de este concepto de los Peajes Sombra para el proyecto de financiamiento de gaseoductos, para promover su construcción, cuando existe un nuevo mercado con una falta de demanda? Para poder arribar a una conclusión adecuada, analizaremos parte de la doctrina más relevante y casos estudiados sobre el tema en particular, realizando una investigación de las consecuencias. Como un adelanto, creemos que se pueden utilizar algunos aspectos del concepto de los Peajes Sombra en la financiación de los gaseoductos, teniendo en consideración las diferentes características y objetivos de cada tipo de proyecto.

I. INTRODUCCIÓN

Un contrato de concesión es, básicamente, una licencia que bajo el concepto de un proyecto de financiamiento, es emitido por el Estado o por una empresa estatal y es una de las bases del Contrato BOOT. Bajo este modelo, una concesión se otorga a una empresa que luego se obliga a construir una estructura, operarla y finalmente transferirla a quien emitió la licencia de concesión¹.

Este contrato de concesión estará compuesto de diferentes disposiciones, tales como la obligación de diseñar las instalaciones, garantías, obligaciones de operación y de mantenimiento, disposiciones para el pago del canon, seguros, entre otros².

En algunas ocasiones, el contrato de concesión podría contener algunos detalles acerca de los subsidios, si fuera necesario para que el proyecto sea rentable y sujeto a financiamiento. Evidentemente, este tipo de contratos necesitaría una mayor documentación e, incluso, una ley que lo respalde³.

Existen algunos casos en los que el Estado o alguna entidad gubernamental que otorga la concesión están dispuestos a ofrecer una cuota o, incluso, una tarifa a la empresa titular del proyecto como un pago por los servicios y prestaciones que se acordaron en el contrato. Este pago debe ser bastante detallado y descrito con toda claridad en el contrato de concesión.

Este tipo de pagos, que se encuentran bajo contratos de concesión, fueron utilizados en el Reino Unido, principalmente, para la concesión de carreteras bajo el nombre de Peajes Sombra, palabra que se puede definir como aquel pago que realiza el Estado a la empresa titular del proyecto de construcción de la carretera, como una especie de compensación por la construcción, operación y mantenimiento de aquella. Este pago es calculado sobre la base del número de vehículos que utilizan la carretera⁴.

Propuesto por primera vez por el Reino Unido en 1993, este sistema viene siendo utilizado, actualmente, en algunas carreteras alrededor del mundo. Estos pagos proporcionan ingresos para las carreteras que son construidas y mantenidas con capital privado, pero más importantemente, crean las condiciones básicas para el proyecto que viene siendo financiado bajo un programa de Diseño, Construcción, Financiación y Operación (DBFO por sus siglas en inglés)⁵.

Este sistema se diseñó para eliminar la necesidad de que los conductores pagaran el peaje de manera directa, evitando así, los costos de cobrar el peaje y perturbaciones sociales⁶.

¹ VINTER, G. "Project Finance". Londres: Sweet and Maxwell. 1998. p. 17.

² *Ibíd.* p. 19.

³ NEVITT, Peter y Frank FABOZZI. "Project Financing". Londres: Euromoney Books. 2000. p. 22.

⁴ Agencias de Carreteras del Reino Unido. En: <http://www.highways.gov.uk/roads/3008.aspx>.

⁵ *Ibíd.*

⁶ VINTER, G. Op. cit. p. 244.

El propósito de este trabajo es probar si este mismo sistema, pero con sus propias características, puede ser aplicado a la industria del gas, específicamente en la financiación de gaseoductos, actividad en la que no existe demanda suficiente para generar un flujo de caja confiable para estructurarlo como un proyecto de financiamiento. Es una alternativa que los gobiernos deberían considerar para la construcción de los gaseoductos, ya que de una manera u otra tendrán que pagar por los impuestos, al menos al comienzo, con la finalidad de hacer viable el proyecto.

Además de lo antes dicho, el presente artículo intenta mostrar algunas de las diferentes opciones que tiene un gobierno para atraer la inversión en los gaseoductos para la transportación del gas, a través de los proyectos de financiamiento aun cuando no existe una demanda real que asegure un flujo de caja para que el proyecto se vea atractivo desde una perspectiva financiera. Una de las opciones más creativas disponibles es adoptar algunos de los aspectos del concepto de los Peajes Sombra y aplicarlos, teniendo en consideración las características especiales de estos tipos de proyectos.

Para poder alcanzar este objetivo, analizaremos, antes que todo, el concepto de los Peajes Sombra aplicado a la infraestructura pública del sector energético y, luego, examinaremos algunos casos estudiados en los que los gobiernos han utilizado caminos bastante creativos usando dicho concepto, pero con ciertas diferencias, atendiendo a sus características particulares.

II. EL CONCEPTO DE LOS PEAJES SOMBRA Y SU APLICACIÓN EN EL SECTOR ENERGÉTICO

En el Reino Unido se considera políticamente inaceptable que los conductores tengan que pagar algún tipo de peaje por el uso de las carreteras. Es por esto que los gobiernos otorgan las nuevas carreteras en concesión bajo un contrato de Diseño, Construcción, Financiación y Operación (DBFO) y pagan

los peajes teniendo en cuenta el tráfico de la carretera. Evidentemente, las cantidades que paga el gobierno a la concesionaria se obtienen, generalmente, a partir de un cargo directo a los consumidores a través de los impuestos al combustible, tasas por el registro de vehículos y otros cargos que no se basan en el tiempo del uso de la carretera pero que se relacionan a ésta⁷.

Este sistema hace que el proyecto de financiamiento de las carreteras sea viable, sin tomar directamente el dinero de los usuarios de la vía. Siendo éste un tipo de subsidio, el dinero puede ser percibido a través de impuestos o cargos.

Básicamente, ésta es una forma en la que el gobierno puede promover la industria ofreciendo un subsidio como parte de la concesión. El dinero para financiar este subsidio debe ser obtenido a través de cargos indirectos a los usuarios potenciales de dicha industria.

Consideramos que este mismo concepto de subsidios en la promoción de la industrialización o infraestructura puede ser aplicado en el sector de gas, pero con sus características propias, como lo analizaremos en las siguientes líneas.

Como una premisa, para poder financiar la infraestructura pública de gas, los inversionistas necesitan un constante y estable flujo de caja que les garantice, primero, que el proyecto va a poder cumplir con sus obligaciones frente a los prestamistas, proveedores, trabajadores; y, segundo, que les asegurará suficientes ganancias.

Teniendo en cuenta lo anterior, los bancos sólo prestarán el dinero si se sienten seguros de que no asumirán riesgo alguno y si los otros riesgos que engloban al proyecto son extirpados de éste. Considerando que la construcción de gaseoductos no tiene un verdadero lugar en el mercado, se considera, generalmente, riesgoso financiar un proyecto que no tiene una demanda segura (usualmente a través de la ejecución de los contratos con *take or pay clauses* (cláusula de lleve o pague) ni un flujo de caja sólido⁸.

⁷ Ibíd. p. 39.

⁸ Es importante tener en cuenta que el precio en este tipo de proyectos es fijado por un ente regulador, ya que se considera como un servicio esencial; por lo que, generalmente, no hay riesgo relacionado al precio.

Tomando en consideración lo mencionado líneas atrás, ¿qué ocurriría si existiera un nuevo mercado en el cual no se haya utilizado el gas anteriormente? ¿Cómo la empresa podrá vender su capacidad de distribución y obtener ingresos si no hay un mercado establecido y seguro en el que operar en adelante?

Debido al hecho de que en algunos países productores de gas podría ser una de las formas más baratas para generar energía y con ello reducir las tarifas eléctricas, los gobiernos están dispuestos a atraer inversión en el sector, ya sea si los beneficios tributarios o, incluso subsidios, tengan que ser concedidos.

Si los gobiernos quieren atraer inversión privada para este tipo de proyectos eliminando los riesgos (el riesgo del precio está fuera del proyecto, pues generalmente éste es fijado por una agencia regulatoria), una de las pocas alternativas para hacerlo es ofreciendo al titular del proyecto un mecanismo que asegure una asignación anual de ingresos para cubrir sus gastos, incluyendo una rentabilidad razonable sin tener en cuenta la verdadera demanda.

Una manera ingeniosa de hacer esto, cuando no se cuenta con una Compañía Nacional de Gas y Petróleo que pueda asumir esos riesgos, sería a través de un subsidio cruzado con los usuarios de la electricidad. El razonamiento detrás de esto es que los usuarios finales se beneficiarán con una tarifa más baja en sus cuentas cuando empiecen a utilizar la energía generada a través del gas, por lo que se justificaría un incremento en las cuentas que serán menores debido a la energía eléctrica generada a gas. El incremento estaría vigente hasta que el proyecto sea capaz de regirse bajo ciertos contratos firmes (incluyendo cláusulas de "lleve o pague") con los generadores, las industrias y los distribuidores.

¿Por qué esta estructura es similar a la usada por los Peajes Sombra y cuales son las diferencias?

La mayor similitud entre estos es el uso de un

subsidio cruzado en el esquema, definiendo este tipo de subsidio como el dinero de un fondo que se utiliza para cubrir los costos (subsidiar) de otro⁹.

Como se ha explicado antes, en el caso de los Peajes Sombra, este subsidio cruzado está relacionado con otros sectores como el de combustible y derechos de inscripción, y tiene su origen en la negación de los usuarios de pagar los peajes de manera directa por el uso de las carreteras. Por otro lado, en el caso del subsidio para el sector del transporte de gas, está relacionado con los usuarios del sector eléctrico y se basa en un análisis económico del beneficio de bajos precios que obtendrán los usuarios una vez que el sector del gas se haya desarrollado, es por esto que el gobierno prefiere construir la oferta de gas a sus expensas con la finalidad de acaparar, luego, toda la demanda.

Teniendo esta premisa en consideración, la principal diferencia, por supuesto, está relacionada con los verdaderos riesgos que se están evitando por medio de estos subsidios.

Bajo el sistema de los Peajes Sombra, la concesionaria elimina el riesgo político y social de su matriz, riesgo que podría generarse si el proyecto intentara cobrar directamente el peaje a los usuarios, transfiriendo estos riesgos al gobierno, quien es, en realidad, el que cobra a los usuarios de las carreteras¹⁰.

Además, las concesionarias toman ciertos riesgos fuera del proyecto, ya que los usuarios se desincentivarían de usar las carreteras debido al costo de los peajes, y utilizarían rutas alternativas o cualquier tipo de transporte colectivo. En el sector de transporte de gas, la compañía titular del proyecto puede transferir el riesgo inicial de la demanda del gas en el mercado nacional a través del subsidio, lo que significa que la compañía aparta el riesgo de no tener una cierta demanda por estar en un mercado incipiente que asegure un flujo de caja predecible a través de la firma de contratos. Esto les asegura una asignación de ingresos a partir del costo del servicio que debe ser adecuado a los inversores.

⁹ IRWIN, Timothy. "Price Structures, Cross-Subsidies, and Competition in Infrastructure". The World Bank Group. 1997. En: <http://rru.worldbank.org/Documents/PublicPolicyJournal/107irwin.pdf>.

¹⁰ The World Bank Group Toll Roads and Concessions. En: http://www.worldbank.org/transport/roads/toll_rds.htm.

III. ALGUNOS CASOS ESTUDIADOS APLICANDO EL CONCEPTO DE LOS PEAJES SOMBRA

A. Perú

Transportadora de Gas del Perú S.A. es la operadora del sistema principal de transporte de Gas Natural (GN) y de Gas Natural Licuado (GNL) en el país, cuya ruta va desde el área de Camisea (lotés 56 y 88), en la selva peruana, hasta la costa del Pacífico.

El comienzo de las operaciones comerciales del sistema, en agosto de 2004, marcó el desarrollo del mercado del gas natural en el país. El gaseoducto de 729 kilómetros fue construido con una capacidad de transporte inicial de 314 millones de pies cúbicos diarios (MMPCD) el cual llegaría a los 900 millones de metros cúbicos entre el 2012 y el 2014, de acuerdo al proyecto de expansión.

El Gas Natural de Camisea genera el 76.2% de la energía efectiva que proporcionan los generadores termoeléctricos en el país, lo que representa el 31.4% del total de la energía efectiva del sistema. El bajo precio de este gas (Dólares Estadounidenses \$ 1.58 / Un Millón de Unidades Térmicas Británicas –MMBTU por sus siglas en inglés– para los generadores)¹¹ ha aumentado su demanda y le genera grandes beneficios al país, debido a la reducción del costo de la energía y a la mejora de la competitividad de la industria peruana.

Sin embargo, éste no ha sido el caso desde el principio. El Perú es un país que históricamente ha generado su suministro de energía a través de la generación en centrales hidroeléctricas, por lo que para realizar un cambio en el sector energético se tenían que tomar algunas medidas.

Camisea pipeline route



Ruta del gaseoducto de Camisea
Fuente: Banktrack

Cuando se otorga la concesión se incluye una garantía llamada Garantía Principal¹². La Garantía Principal le asegura un ingreso a Transportadora de Gas del Perú de hasta 380 MMPCD durante los primeros siete años y 450 MMPCD a partir del octavo año, independientemente de la cantidad de gas que se transporte.

La Garantía Principal fue creada para promover el desarrollo del Gas Natural, consistente en un pago adicional debido a un déficit que pudiera existir entre los ingresos de la capacidad real contratada (ingresos esperados) y los ingresos asociados con la capacidad garantizada a través de la Garantía Principal¹³.

Lo que ocurrió realmente, fue que el gobierno estaba colocando el riesgo fuera de la empresa titular del proyecto; porque se dieron cuenta, incluso antes de llevar a cabo el proceso de licitación, que no todo al que se la haya adjudicado estaría dispuesto a asumir dicho riesgo, debido a las características del mercado peruano en ese momento. Por lo que reasignaron y transfirieron el riesgo al sector eléctrico que, según su propio análisis, se encontraba en una mejor posición para asumirlo.

La estructura está diseñada de una manera tal que cuando la Transportadora de Gas del Perú es capaz de completar la construcción del gaseoducto con contratos firmes (con los clientes que realmente utilizarán ese gas o, al menos, tendrán la capacidad de utilizarlo), que el subsidio va cayendo proporcionalmente y con la expansión de la capacidad de transporte por encima del máximo generalizado, la Transportadora de Gas del Perú empieza a asumir el riesgo de esta nueva capacidad¹⁴.

B. Colombia

En Colombia existen varios terrenos importantes de gas, siendo La Guajira el más grande de ellos, pues contribuye con más del 60% de la producción total de gas.

¹¹ Precio a marzo de 2010. Página web del Proyecto Camisea. En: <http://www.camisea.pluspetrol.com.pe>.

¹² Ley 27133 –Ley de Promoción del Desarrollo de la Industria del Gas Natural.

¹³ Ibídem.

¹⁴ Ibídem.

Con el fin de emprender un ambicioso plan para desarrollar el mercado del gas natural en el país, en mayo de 1992, el Ministerio de Energía y Minas de Colombia estructuró una licitación pública, invitando a potenciales inversores a presentar propuestas para la construcción y operación de gaseoductos en algunas partes del país para que el gas de La Guajira sea distribuido, incluyendo el gaseoducto de Sepastopol - Medellín.¹⁵

Los socios de Transmetano presentaron una propuesta conjunta para la concesión del gaseoducto Sepastopol - Medellín, ganando la licitación para construir, poseer, operar y transferir (contrato de CPOT / BOOT) el gaseoducto, y proporcionar, a través de este, la distribución pública de gas por un periodo de cincuenta años¹⁶.

Una vez concretada la concesión y realizado el contrato CPOT/BOOT, la compañía Transmetano se constituyó con la finalidad de proveer del servicio público de distribución de gas natural, transportándolo desde Sebastopol hasta la “Puerta de la Ciudad” en Medellín y otras nueve ciudades más pequeñas¹⁷.



Dado que no existía demanda en el mercado, el proyecto se volvía sumamente riesgoso para los inversionistas y prestamistas desde una perspectiva de volumen de riesgos, y debido a la voluntad del gobierno de

promover el mercado de Gas Natural en Medellín, durante los años 1994, 1995 y 1996 la compañía trabajó conjuntamente con la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol) bajo una estructura técnica y financiera con la finalidad de hacer atractivo el proyecto en el mercado financiero¹⁸.

Se alcanzó el acuerdo final con la firma de un contrato de transporte firme, incluyendo una cláusula de *take or pay*, con Ecopetrol por un periodo de quince años, en el cual esta empresa compraría toda la capacidad de transporte, siendo la encargada de revender esa capacidad a las industrias o distribuidores que se conecten a la red en el futuro.

Este sistema difiere ligeramente de la estructura regular de los Peajes Sombra, pero tienen algunos conceptos similares que le son aplicados.

Como hemos visto antes, los usuarios de las carreteras en el Reino Unido son reacios a pagar cualquier tipo de peaje directo y hay un compromiso del gobierno para dar en concesión las carreteras. Es por eso que crearon un sistema de Diseño, Construcción, Financiación y Operación (DBFO por sus siglas en inglés) en el que el Estado paga los peajes teniendo en cuenta el tráfico vehicular de la carretera que se utiliza, lo que significa que el dinero que se cobra a los usuarios es a través de algunos impuestos y tasas relacionados al uso de los vehículos. En ese sentido, estas concesiones incluyen un subsidio directo cruzado con otros sectores relacionados de la economía para hacer viable el proyecto, evitando los riesgos políticos y sociales.

Por otro lado, la estructura financiera del gaseoducto Sepastopol - Medellín no tiene un verdadero subsidio ya que el gobierno no le da ningún dinero de manera directa para fomentar que el proyecto se lleve a cabo sin importar las circunstancias económicas¹⁹. Lo

¹⁵ Transmetano S.A. En: <http://www.transmetano.com.co>.

¹⁶ Gaseoducto Sebastopol - Medellín. En: <http://www.transmetano.com.co>.

¹⁷ Ibídem.

¹⁸ Es importante resaltar que en ese momento Ecopetrol era la Compañía Nacional de Petróleo y Gas, responsable de la administración de los hidrocarburos de Colombia. Luego, en el año 2003, el gobierno colombiano reestructura la compañía con el fin de hacerla más competitiva, cambiándola a una sociedad pública con acciones, liberándola de sus deberes de administrar los hidrocarburos nacionales.

¹⁹ El diccionario de Cambridge define el subsidio como “el dinero entregado como parte del costo de algo, para ayudar o alentar que ese algo suceda”. En: <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/subsidy>.

que el gobierno está haciendo es reasignando el riesgo, colocándolo en la Compañía Nacional de Petróleo (CNP), con la finalidad de hacer viable el proyecto.

Nuevamente, las diferencias y similitudes entre los Peajes Sombra y la estructura del proyecto de concesión para la extracción de gas están en la repartición del riesgo. En los Peajes Sombra, todos los riesgos sociales (y, eventualmente, el volumen de riesgo, como lo hemos dicho antes) son separados de los proyectos de carreteras de las compañías. En el caso del proyecto del gas, con una estructura diferente, el volumen de riesgo es sacado de la matriz mediante un contrato firme, que incluye una cláusula de "lleve todo o pague", suscrito por la Compañía Nacional de Petróleo. Al fin y al cabo, en ambos casos, el gobierno asume ciertos riesgos retirándolos del proyecto, transformado proyectos no viables en empresas económicamente exitosas.

También podemos encontrar similitudes entre el caso colombiano y el caso peruano. En ambos, el gobierno asigna el volumen de riesgo a quien se encuentra mejor preparado para asumirlo. Por otra parte, las diferencias consisten, básicamente, en quién asume el riesgo y por qué.

En el caso peruano, el riesgo es asumido por el mercado de la energía del país, dado que el plan del gobierno era cambiar la fuente de la energía, mediante hidroeléctricas costosas y poco confiables, y gas barato, bajando considerablemente los precios. Consideran que ellos deben asumir los riesgos en las etapas iniciales.

Por otro lado, el gobierno colombiano estaba intentando promover el uso industrial y residencial de gas para Medellín, proyecto que no incluía generación de energía, por lo que sería inusual e, incluso, injusto transferir el volumen de riesgo al mercado energético como en el primer caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, el gobierno colombiano decidió crear otro tipo de estructura de proyecto y seguir promoviendo el proyecto de gaseoducto. Decidieron ellos mismos asumir (a través de su Compañía Nacional de Petróleo) el volumen de riesgo, haciendo el proyecto financieramente viable, asegurándoles un flujo de caja previsible.

IV. CONCLUSIÓN

Uno de los principales deberes de cualquier gobierno debería ser promover el bienestar general de la población a través de un desarrollo equilibrado de la nación. Este objetivo se podría lograr implementando políticas públicas eficientes que aseguren la inversión privada sobre ciertos servicios públicos que el gobierno desea privatizar.

Para poder realizarlo, los gobiernos deben garantizar las condiciones adecuadas e implementar los incentivos apropiados a fin de alentar la inversión privada para fomentar ciertos sectores.

El sector energético y vial representan los casos más comunes en los que el gobierno decide conceder a los privados el derecho de construir la infraestructura y generar ingresos y, a cambio, además de los impuestos, obtendrían un beneficio para la población.

Siempre se deberían tomar en cuenta estos incentivos ya que la mayoría de proyectos deben ser financiables para que sean viables. Necesitan ser capaces de demostrarles a los prestamistas que cuentan con garantías suficientes, un futuro flujo de caja y altas probabilidades de éxito para poder estar sujetos a crédito. A los bancos no les gusta asumir más riesgos de los que deberían.

El presente artículo describe qué hizo el gobierno del Reino Unido para promover la inversión privada en un servicio público como las carreteras, desarrollando un interesante esquema para hacer un proyecto atractivo desde la perspectiva de los inversores, bancos, gobierno y consumidores.

Por otro lado, se han descrito aquí algunas formas creativas en que los gobiernos han separado uno de los riesgos más temidos para los prestamistas e inversionistas, cuando existe una intención de desarrollar un gaseoducto para suministrar gas para un mercado nuevo: el volumen de riesgo.

Estamos firmemente convencidos de que los proyectos de construcción de gaseoductos (cuando no hay mercado para la empresa titular del proyecto a confiar) y los proyectos de carretera (cuando los consumidores no están acostumbrados a pagar algún tipo de peaje directo) pueden ser promovidos

bajo la misma premisa: ambos necesitan la intervención del gobierno para reasignar algunos riesgos de la matriz. De lo contrario los inversores, e incluso los bancos, no se sentirán atraídos a estos.

Dado que son diferentes tipos de proyectos –cada uno con sus propias características y, por eso, con sus propios riesgos–, no podemos concluir que los subsidios o los incentivos para cada caso tienen que ser el mismo, el razonamiento detrás de su creación

es completamente diferente.

No obstante, lo que podemos concluir es que en ambos casos se deben conceder ciertas condiciones especiales, en la etapa inicial del proyecto (al momento en que se realiza la oferta para la concesión), con la finalidad de hacer el proyecto atractivo desde una perspectiva comercial y financiera. Estos incentivos pueden darse a través de subsidios o, incluso, un acuerdo de compra, lo que al final cumple con el mismo propósito.

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: UNA HERRAMIENTA PARA PROMOVER LA INVERSIÓN

Héctor Figari Costa*

María del Carmen Quiroz Ochoa**

La celeridad en las operaciones empresariales es una de sus características más resaltantes. Esto se ha dado como consecuencia de la expansión de las empresas y del desarrollo de la tecnología de la información. Sin embargo, no debemos perder de vista que el derecho a la intimidad de las personas puede ser vulnerado, al compartirse información reservada y privada sin la autorización de su titular. El presente artículo tiene como objetivo determinar si nuestra Ley de Protección de Datos Personales cumple con los estándares internacionales y si, sobre todo, otorga seguridad a los privados.

Los autores sostienen que la Ley de Protección de Datos Personales cumple con la mayoría de requisitos internacionales y otorga la seguridad del caso pero que aún le falta implementar ciertos aspectos. Por ejemplo, delimitar y especificar las sanciones que se han tipificado, que la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales cuente con recursos presupuestarios, que el Reglamento coadyuve al desarrollo de dicha ley, entre otros. Lo central, señalan los autores, es poder brindar seguridad a las personas, sean naturales o jurídicas, y así promover la inversión privada.

* Abogado. Magíster en Derecho (LL.M) por la Universidad de Northwestern. Beneficiario de la beca A.L. Raymond Fund Scholarship. Cursos de postgrado "Instituciones Jurídicas del Mercado" y "Derecho de la Electricidad, el Gas y la Energía" ante la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman y Olaya Abogados.

** Abogada. Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman y Olaya Abogados.

La actual expansión empresarial es consecuencia, en gran medida, del avance en la tecnología de la información, dado que facilita la interconexión de los titulares de las distintas bases de datos, reduciendo importantes costos en la recopilación, almacenamiento y demás tratamiento, ofreciendo gran potencial para la generación de negocios, y, por tanto, utilidades e importantes beneficios sociales.

En tal sentido, el intercambio continuo de información es la premisa básica para el desarrollo eficiente de una empresa, lo cual, hasta cierta medida, favorece a la sociedad por la agilidad con la que se realizan las transacciones. Sin embargo, por el mismo motivo, pueden ser vulnerados ciertos derechos fundamentales de las personas tales como el derecho a la intimidad o el de protección a los datos personales, debido a que en cuestión de minutos la información personal de un individuo podría ser utilizada de manera indebida por alguien que no tiene autorización para su tratamiento.

En este contexto, es importante contar con un ordenamiento jurídico que conceda las garantías necesarias a la privacidad de la información de las personas, y que a su vez satisfaga las necesidades empresariales e intereses comerciales de operar en un entorno que los dote de seguridad jurídica, traducida esta en reglas claras de lo que se puede hacer y lo que no se puede hacer, y cuáles son las consecuencias en caso de incumplimiento.

A continuación, realizaremos un breve resumen de las normas y documentos de foros internacionales que influenciaron en nuestra actual Ley de Protección de Datos Personales, y en base a lo establecido principalmente por la legislación europea, determinaremos si el Perú cumple con los estándares internacionales de protección de datos que permita su recepción desde el extranjero, y por lo tanto, que ofrezca un marco seguro y amigable para la inversión extranjera.

I. MARCO GENERAL

La evolución de la tecnología permite la transferencia de gran cantidad de información a través de las fronteras nacionales. Tal situación genera incertidumbre respecto del tratamiento que se le podría estar administrando a dicha información, por lo que la vulneración de los derechos fundamentales, en particular el derecho a la intimidad, es un problema latente.

Ya desde la década de los setenta, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) fue la primera organización a nivel mundial en tratar este tema de manera organizada en un documento. En 1980, esta organización elaboró las "Directrices Relativas a la Protección de la Intimidad y de la Circulación Transfronteriza de Datos Personales"¹, que a manera de recomendaciones, dirigidas a los países miembros de dicha organización, sugiere reducir la disparidad en las legislaciones nacionales que pudieran obstaculizar la libre circulación transfronteriza de datos personales, a fin de evitar un perjuicio en ciertos sectores económicos, como la banca y los seguros.

El establecimiento de criterios mínimos de protección de la intimidad y de las libertades individuales busca garantizar la protección de los datos personales tomando como punto de partida el interés mutuo a la libre circulación de la información, eliminando de esta manera la restricción en cuanto al flujo transfronterizo de datos personales por causa de los posibles riesgos asociados a esta actividad. Uno de los valores básicos imprescindibles consagrado en la Directriz es "la libre circulación de los datos personales"; por lo cual, el ámbito de aplicación se circunscribe sólo a aquellos datos cuyo tratamiento efectuado en el sector público o privado presente un peligro para la intimidad y las libertades individuales. En consecuencia, esta norma no le es aplicable a todos los datos considerados personales, sino sólo a aquellos que evidencien algún riesgo para los derechos mencionados.

¹ Adoptada el 23 de septiembre de 1980. En: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/organismos_internacionales/ocde/common/pdfs/OCDE-Directrices-sobre-proteccion-de-privacidad-Trad.pdf.

Posteriormente, la OCDE en su conferencia ministerial “Un Mundo sin Fronteras: Determinación del Potencial del Comercio Electrónico”², emitió la “Declaración Ministerial Relativa a la Protección de la Intimidad en las Redes Globales”, en la cual los países miembros se comprometieron a tomar las medidas necesarias, dentro del marco de sus respectivos ordenamientos, para garantizar que las Directrices de 1980 sean cumplidas de manera eficaz. Asimismo, reafirmaron el compromiso “(...) relativo a la protección de la intimidad en las redes globales, con el fin de garantizar el respeto de derechos importantes, fomentar la confianza en las redes globales y evitar restricciones innecesarias a los flujos transfronterizos de datos personales.”

Como consecuencia de las metas planteadas, las autoridades de cada Estado miembro encargadas de fiscalizar el cumplimiento de las Leyes de Privacidad Nacionales debían de encontrar la manera de cooperar en el intercambio de información para la tramitación de investigaciones, para lo cual el Comité de Políticas de Información, Computación y Comunicación de la OCDE emitió la “Recomendación de la OCDE sobre la Cooperación Transfronteriza en la Aplicación de las Leyes de Protección de la Privacidad”, mediante la cual recomienda tomar las medidas necesarias para mejorar los ordenamientos jurídicos nacionales que permitan la cooperación entre autoridades extranjeras, y el desarrollo de mecanismos internacionales efectivos que faciliten el cumplimiento de las leyes nacionales en el extremo referente al flujo transfronterizo de datos personales, entre otros aspectos relacionados³.

En el mismo sentido, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) mediante la Resolución 45/95 de la Asamblea General del 14 de diciembre de 1990, adoptó las “Directrices para la Regulación de los Archivos de Datos Personales Informatizados”, cuyos lineamientos son de aplicación a los archivos informáticos públicos y privados, así como

también, de manera facultativa, a los archivos manuales y archivos relativos a personas jurídicas, especialmente cuando contengan información relativa a los individuos.

Cabe advertir que si bien algunos de los principios establecidos por la ONU son similares a los establecidos por la OCDE, las Directrices de 1990 son de aplicación de manera general a todos los datos personales, no importando si con su tratamiento se vulnera el derecho a la intimidad o las libertades individuales.

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, y respecto del flujo transfronterizo de datos, las Directrices de la Organización de Naciones Unidas también incentivan la libre circulación de datos personales estableciendo que, “Cuando la legislación de dos o más países afectados por un flujo transfronterizo de datos ofrezca salvaguardas similares para la protección de la intimidad, la información debe poder circular tan libremente como dentro de cada uno de los territorios afectados. En caso de que no existan salvaguardas recíprocas, no deberán imponerse limitaciones indebidas a tal circulación, sino solamente en la medida en que lo exija la protección de la intimidad”.

En tal sentido, la ONU ha tratado de continuar con el criterio establecido por la OCDE incentivando la libre circulación de datos personales. Sin embargo, las Directrices de la ONU van más allá, pues no exigen un nivel de protección adecuado en el país destinatario de los datos, ni siquiera un nivel de protección equiparable al emisor del flujo, la sola permisibilidad radica en la no vulneración al derecho a la intimidad.

Otra singularidad introducida en las Directrices es la inclusión dentro del ámbito de aplicación de la norma, de manera específica, a aquellos archivos de datos personales mantenidos por organizaciones internacionales gubernamentales. Adicionalmente, se estableció la posibilidad de preverse una cláusula por la cual un archivo

² Declaración Ministerial relativa a la protección de la intimidad en las redes globales. Ottawa, 7-9 de octubre de 1998. En: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/organismos_internacionales/ocde/common/pdfs/C.10-cp--Declaraci-oo-n-ministerial-Ottawa.pdf.

³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Recomendación relativa transfronteriza de cooperación en la aplicación de las leyes que protegen la intimidad. 12 de junio de 2007. p. 7. En: <http://www.oecd.org/dataoecd/43/28/38770483.pdf>.

se encuentra exento del cumplimiento de los principios contenidos en la Directriz cuando medien razones sustentadas en la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona afectada o la ayuda humanitaria (cláusula humanitaria).

Posteriormente, en concordancia con los valores básicos de los Lineamientos de Protección de la Privacidad y Flujos Transfronterizos de Datos Personales de 1980 de la OCDE, el Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC) aprobó en noviembre de 2004 un Marco de Privacidad con la intención de proporcionar una clara orientación a las empresas que se desarrollan dentro de las economías de APEC, sobre los asuntos de privacidad y las repercusiones de este tema sobre su negocio, enfocando tal análisis desde la perspectiva del consumidor y la expectativa que éste tiene sobre las empresas en el manejo de su información con respeto de sus derechos fundamentales.

El Marco de Privacidad diseñado por APEC consta de nueve principios guías, que fueron desarrollados reconociendo la importancia de⁴:

- a) Desarrollar protecciones apropiadas para la información personal, particularmente contra las dañinas consecuencias de intrusiones no deseadas y del uso incorrecto de la información personal.
- b) Reconocer el libre flujo de información como algo esencial para economías de mercado desarrolladas y en desarrollo, para sustentar el crecimiento económico y social.
- c) Propiciar organizaciones globales que recopilen, accedan, usen o procesen información en Economías de APEC para desarrollar e implementar enfoques uniformes dentro de sus organizaciones para tener acceso global y uso de la información personal.

- d) Posibilitar agencias de seguridad para cumplir con su mandato de proteger la privacidad de la información.
- e) Presentar mecanismos internacionales para promover y hacer cumplir la privacidad de la información, y mantener la continuidad de los flujos de información entre economías de APEC y sus socios comerciales.

Estos principios guías giran en torno a lo siguiente:

- a) Evitar daños causados por el mal uso de la información personal.
- b) Información.
- c) Limitación en la recolección a lo estrictamente necesario.
- d) Limitación en el uso de la información.
- e) Derecho de decisión del titular de la información sobre el destino de la misma.
- f) Integridad y exactitud de la información.
- g) Medidas de protección de la información.
- h) Derecho de acceso y corrección de los titulares.
- i) Responsabilidad en caso de incumplimiento.

Con el fin de lograr los objetivos mencionados, en septiembre de 2007⁵ las economías de APEC aprobaron un documento denominado “*APEC Data Privacy Pathfinder*” que busca implementar el Marco de Privacidad aprobado en el 2004 en relación al flujo transfronterizo de información personal. En dicho documento, las economías se comprometen a trabajar conjuntamente para crear marcos de aplicación y cumplimiento de un sistema de reglas de privacidad para el flujo transfronterizo entre las economías de la región, así como promover procesos de consulta que involucren a las partes interesadas tanto en la creación normativa como en su implementación.

⁴ Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC). Marco de Privacidad. 16ª Reunión Ministerial APEC. Santiago, Chile. 17-18 de noviembre de 2004. Parte I. Preámbulo. Párrafo 8. 29 de octubre de 2004. p.4. En: http://www.nacpec.org/docs/APEC_Privacy_Framework.pdf

⁵ Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC), Directrices de Datos Personales. Concluyendo la reunión de altos funcionarios. Sydney, Australia. 2 y 3 de septiembre de 2007. p. 2. En: http://aimp.apec.org/.../SOM/CSOM/07_csom_019.doc.

En este contexto, el subgrupo APEC de Privacidad de los Datos (DPS por sus siglas en inglés) desarrolló un Sistema de Reglas de Privacidad Transfronteriza (CBPR por sus siglas en inglés)⁶ que va dirigido a las organizaciones que deseen desarrollar prácticas y políticas de privacidad que estén en concordancia con los principios guías del Marco de Privacidad APEC. Dichas prácticas y políticas serán evaluadas por una autoridad acreditada (*"Accountability Agent"*) que certificará que las organizaciones cumplan con los requerimientos exigidos por el sistema. Una vez obtenida la certificación, las políticas y prácticas serán de obligatorio cumplimiento para dichas organizaciones⁷. No obstante, las Economías miembro de APEC sólo podrán ser consideradas participantes del Sistema CBPR después de cumplir con ciertas condiciones⁸.

Finalmente, a nivel sudamericano, la Red Iberoamericana de Datos Personales⁹ ha diseñado las "Directrices para la Armonización de la Protección de Datos en la Comunidad Iberoamericana", cuyo ámbito de aplicación abarca todo tratamiento manual o automatizado de datos de carácter personal, que permite la identificación de las personas físicas en el sector público y privado. Están exentos aquellos datos a los que se brinda un

tratamiento manual o no automatizado, y que no son incorporados en ficheros cuyos criterios permitan la identificación de las personas mediante los datos personales proporcionados, o que sean tratados por una persona para sus fines personales o familiares¹⁰.

El objetivo de tales Directrices es establecer una serie de principios básicos que todo ordenamiento jurídico de datos personales debe contener para permitir el tratamiento de datos personales, entre ellos el flujo transfronterizo, debiendo destinarse a países que cumplan con dichos principios. Sin embargo, establece la posibilidad de permitir el flujo transfronterizo, de manera excepcional, en el caso de que las leyes nacionales lo establezcan, teniendo en cuenta los derechos e intereses del afectado, y mientras este haya prestado su consentimiento, o cuando una autoridad competente lo disponga.

Como puede apreciarse, la importancia de la protección al derecho a la intimidad y al derecho a la protección de los datos personales ha sido reconocida en diversos foros y documentos internacionales respecto del flujo transfronterizo de datos, enfocando su protección en la necesidad de

⁶ Si bien el Sistema de Reglas de Privacidad Transfronteriza fue aprobado por el Subgrupo APEC de Privacidad de los Datos (DPS), este actualmente no ha sido implementado. Esta situación fue reportada en el Documento "Reunión APEC del Subgrupo de Privacidad de los Datos. San Francisco, del 16 al 18 de setiembre de 2011. Reporte del Observador" para la 33ª Conferencia Internacional de los Comisionados de Protección de Datos y Privacidad. Presentado en octubre de 2011. p. 3.
En: http://www.privacyconference2011.org/htmls/adoptedResolutions/2011_Mexico/2011_OBS_R_002_APEC_Rpte_Obs_ESP.pdf.

⁷ Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC), Sistema de Reglas de Privacidad Transfronteriza (CBPR por sus siglas en inglés) – Políticas, normas y directrices. Subgrupo de Privacidad de los Datos. Reunión en San Francisco, Estados Unidos de Norteamérica. 18 de septiembre de 2011. p. 4.
En: http://aimp.apec.org/Documents/2011/ECSG/DPS2/11_ecsg_dps2_009.pdf.

⁸ Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC), Sistema de Reglas de Privacidad Transfronteriza (CBPR por sus siglas en inglés) – Políticas, normas y directrices. Anexo A. Párrafo 2.2.- "An APEC Member Economy is considered a Participant in the Cross Border Privacy Rules (CBPR) System (CBPR Participant), after the Chair of the Electronic Commerce Steering Group (ECSG Chair) has notified the Economy that the following conditions have been met: (i) The Economy's ECSG delegation, or appropriate governmental representative, submits to the ECSG Chair a letter indicating its intention to participate and confirming that at least one Privacy Enforcement Authority in that Economy is a participant in the APEC Cross Border Privacy Enforcement Arrangement (CPEA); (ii) The Economy indicates its intention to make use of at least one APEC-recognized Accountability Agent subject to the procedures outlined in paragraph 6.2; (iii) The Economy's ECSG delegation, or appropriate governmental representative, after consulting with the Joint Oversight Panel, submits to the Chair of the ECSG an explanation of how the CBPR system program requirements may be enforced in that Economy; and (iv) The Joint Oversight Panel submits to the Chair of the ECSG a report as to how the conditions in (i)-(iii) above have been satisfied". p. 15.

⁹ Con motivo de la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, de fecha 30 y 31 de mayo de 2007, se suscribió la Declaración de Santa Cruz de la Sierra, en la cual se reconoce la protección de datos personales como derecho fundamental y destaca las iniciativas regulatorias para tal efecto.

¹⁰ Directrices para la armonización de la protección de datos en la Comunidad Iberoamericana". Red Iberoamericana de Protección de Datos. p. 13.

En: http://www.redipd.org/reuniones/encuentros/V/common/9_nov/Directrices_de_armonizacion.pdf.

cooperación entre países para coadyuvar al cumplimiento de las leyes de protección de datos nacionales, o imponiendo marcos generales de armonización legislativa que contribuyan a otorgar mayor seguridad en dicho flujo transfronterizo. De esta manera se reducen los potenciales riesgos que implica el avance de la tecnología de la información, y la relación entre legislaciones que pueden ser disímiles, garantizando el desarrollo comercial y a la vez brindando al consumidor mayor confianza y seguridad en sus transacciones.

II. DIRECTIVA UE 95/46/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DEL 24 DE OCTUBRE DE 1995 RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN LO QUE RESPECTA AL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE ESTOS

Creemos necesario realizar un acercamiento general sobre la Directiva UE 95/46/CE (en adelante, Directiva), pues consideramos que ha sido uno de los referentes más influyentes en la regulación del derecho a la protección de los datos personales de nuestra legislación.

La Directiva reconoce que la libre circulación de datos personales entre los países miembros es necesaria para cumplir con los objetivos del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea¹¹, especialmente para el establecimiento y funcionamiento

del mercado interior¹². Para lograr dicha finalidad, es necesario eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales causados por las diferencias entre los niveles de protección de los derechos y las libertades de las personas, particularmente el derecho a la intimidad. Esta diferencia surge como consecuencia de la disparidad existente entre los ordenamientos nacionales, lo cual constituye un impedimento para el ejercicio de actividades económicas a escala comunitaria. En tal sentido, los estados miembros disponen de un “margen de maniobra” establecido por la Directiva, según el cual los ordenamientos nacionales podrán realizar una aproximación entre ellos para lograr una protección equivalente de los derechos fundamentales que no dificulte el desplazamiento de información personal¹³.

En esta línea, la Directiva en el artículo 25.1¹⁴ dispone que el flujo transfronterizo de datos personales de aquellos que sean objeto de tratamiento o destinados a ser objeto de tratamiento, sólo puede ser efectuado si el país destinatario garantiza un nivel de protección adecuado. El apartado 2¹⁵ prescribe que el carácter de “nivel adecuado” deberá ser evaluado en cada caso, teniendo en consideración las circunstancias particulares que se presenten en la transferencia y la categoría de datos.

Al respecto, el Grupo de Trabajo sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales¹⁶ (en

¹¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
En: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0013:0046:es:PDF>.

¹² Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:
“Artículo 26.2.-

El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”.

¹³ Directiva UE 95/46/CE. Parte expositiva. Numerales 6, 7, 8, 9.

¹⁴ Directiva UE 95/46/CE:
“Artículo 25. 1.-

Los Estados miembros dispondrán que la transferencia a un país tercero de datos personales que sean objeto de tratamiento o destinados a ser objeto de tratamiento con posterioridad a su transferencia, únicamente pueda efectuarse cuando, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas con arreglo a las demás disposiciones de la presente Directiva, el país tercero de que se trate garantice un nivel de protección adecuado”.

¹⁵ Directiva UE 95/46/CE:
“Artículo 25.2.-

El carácter de adecuado del nivel de protección que ofrece un país tercero se evaluará atendiendo a todas las circunstancias que concurren en una transferencia o en una categoría de transferencia de datos; en particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de Derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países”.

adelante, Grupo de Trabajo), ha establecido dos criterios de evaluación para determinar si el país receptor de los datos personales cuenta con un nivel de protección adecuado: “el contenido de las normas aplicables y los medios para asegurar su aplicación eficaz”. Según el documento de trabajo, “debería ser posible lograr un “núcleo” de principios de “contenido” de protección de datos y de requisitos “de procedimiento/ de aplicación”, cuyo cumplimiento pudiera considerarse un requisito mínimo para juzgar adecuada la protección”¹⁷.

Es así, que desde el punto de vista normativo, el Grupo de Trabajo ha sugerido incluir en los ordenamientos nacionales una serie de principios básicos que determinen el nivel de seguridad mínimo para asegurar que el tratamiento en el país receptor no vulnere los derechos fundamentales. Dichos principios son los siguientes¹⁸:

- a) Principio de limitación de objetivo: el tratamiento de los datos debe realizarse con un objetivo específico, y la posterior utilización o transferencia no debe ser incompatible con el objetivo inicial de la transferencia. Salvo excepciones¹⁹.
- b) Principio de proporcionalidad y de calidad de los datos: los datos deben ser exactos, y cuando sea necesario, deben estar actualizados. Asimismo, deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos para el objetivo por el que se transfieren o tratan posteriormente.
- c) Principio de transparencia: los interesados deben ser informados acerca del objetivo del tratamiento y la identidad del responsable de dicha acción en el país destinatario del flujo, o de algún otro elemento necesario que garantice un trato leal. Salvo excepciones²⁰.

- d) Principios de seguridad: el responsable del tratamiento debe adoptar las medidas técnicas y organizativas adecuadas respecto a los riesgos inherentes al tratamiento. Toda persona que actúe bajo la autoridad del responsable del tratamiento (entidad capacitada para decidir los fines del tratamiento), incluido el responsable del tratamiento (prestador material del servicio) no debe efectuar el tratamiento salvo por instrucción del primero.
- e) Derecho de acceso, rectificación y oposición: el titular de los datos debe tener el derecho a obtener una copia de los datos que de él se traten, así como rectificar aquellos que resulten inexactos. De igual manera, debe poder oponerse a su tratamiento. Salvo excepciones²¹.
- f) Restricciones respecto a transferencias sucesivas a otros terceros países: las transferencias sucesivas sólo podrán efectuarse en tanto los países receptores de los datos garanticen un nivel de protección adecuado. Salvo excepciones²².

Adicionalmente, el Grupo de trabajo ha establecido tres principios adicionales a ser aplicados respecto al tipo de tratamiento:

- a) Datos sensibles²³: para esta categoría de datos se debe establecer protecciones adicionales.
- b) Mercadotecnia directa: en el caso de que el objetivo de la transferencia de datos sea la mercadotecnia directa, en cualquier momento el titular puede negar que sus datos sean utilizados para ello.
- c) Decisión individual automatizada²⁴: cuando la finalidad del flujo

¹⁶ Documento de Trabajo: “Transferencia de datos personales a terceros países, aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la UE”. Aprobado por el Grupo de Trabajo sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales el 24 de julio de 1998.

¹⁷ *Ibíd.* p. 5.

¹⁸ *Ibíd.* p. 6-7.

¹⁹ Directiva UE 95/46/CE. Artículo 13.

²⁰ Directiva UE 95/46/CE. Artículos 11.2 y 13.

²¹ Directiva UE 95/46/CE. Artículo 13.

²² Directiva UE 95/46/CE. Artículo 26.1.

²³ Según el artículo 8 de la Directiva, son considerados datos sensibles aquellos “datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, las permanencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o sexualidad”.

transfronterizo sea una decisión individual automatizada, el interesado tendrá derecho a conocer el motivo de tal decisión y deberá protegerse el interés legítimo del interesado.

Por otro lado, en cuanto a Mecanismos de procedimiento/de aplicación, el Grupo de Trabajo señala que es de amplio consenso “que un sistema de **supervisión externa** en forma de autoridad independiente es una característica necesaria de un sistema de cumplimiento de la protección de datos” [El énfasis es nuestro]; por lo cual, diferencia tres objetivos básicos sobre los cuales se podría valorar los procedimientos establecidos para el cumplimiento de la legislación de protección de datos personales. Dichos objetivos son²⁵:

- a) Ofrecer un nivel satisfactorio de cumplimiento de las normas: se caracteriza por el conocimiento de las obligaciones y derechos por parte de los responsables del tratamiento y los interesados, respectivamente. Asimismo, por la aplicación de sanciones efectivas y disuasorias, además de una fiscalización eficiente por parte de la autoridad.
- b) Ofrecer apoyo y asistencia a los interesados en el ejercicio de sus derechos: se debe normar un tipo de mecanismo institucional que permita investigar denuncias en forma

independiente, permitiendo que los interesados reclamen sus derechos sin generarles costos excesivos.

- c) Ofrecer vías adecuadas de recurso a quienes resulten perjudicados en el caso de que no se observen las normas: el sistema debe de ofrecer la posibilidad de obtener resoluciones judiciales o arbitrales, y cuando sea pertinente, indemnizaciones y sanciones.

Ahora bien, la Directiva ha establecido en su artículo 26.2²⁶ una excepción al principio de nivel de protección adecuado, dicha excepción establece que un Estado miembro puede autorizar la transferencia en tanto el responsable del tratamiento ofrezca las garantías suficientes para el respeto de los derechos fundamentales y para el ejercicio de estos derechos. Asimismo, el artículo 26.4²⁷ otorga la facultad a la Comisión para que determine cuales son las cláusulas tipo que cumplen con las garantías suficientes para efectuar el flujo transfronterizo.

Sobre este aspecto cabe advertir que las cláusulas contractuales dentro del contexto comunitario persiguen una finalidad diferente a las cláusulas establecidas entre un país miembro y un tercero. En el primer escenario, el objetivo de una cláusula contractual es la repartición de responsabilidad entre la entidad responsable del tratamiento (aquella que decide sobre la

²⁴ Según el artículo 15 de la Directiva, los Estados Miembros “reconocerán a las personas a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos sobre ellas o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos (...)”. Sin embargo, los Estados Miembros pueden permitir que dichas decisiones sean permitidas cuando: “a) se haya adoptado en el marco de una celebración o ejecución de un contrato, siempre que la petición de celebración o ejecución del contrato presentada por el interesado se haya satisfecho o que existan medidas apropiadas, como la posibilidad de defender su punto de vista, para salvaguardia de su interés legítimo; o b) esté autorizado por una ley que establezca medidas que garanticen el interés legítimo del interesado”.

²⁵ Documento de Trabajo: “Transferencia de datos personales a terceros países, aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la UE”. Op. cit. p. 7-8.

²⁶ Directiva UE 95/46/CE:
“Artículo 26 apartado 2.-

(...) Los Estados miembros podrán autorizar una transferencia o una serie de transferencias de datos personales a un tercer país que no garantice un nivel de protección adecuado (...), cuando el responsable del tratamiento ofrezca garantías suficientes respecto de la protección de la vida privada, de los derechos y libertades fundamentales de las personas, así como el respeto al ejercicio de los respectivos derechos; dichas garantías podrán derivarse, en particular, de cláusulas contractuales apropiadas”.

²⁷ Directiva UE 95/46/CE:
“Artículo 26.4.-

Cuando la Comisión decida (...) qué determinadas cláusulas contractuales tipo ofrecen las garantías suficientes establecidas en el apartado 2, los estados miembros adoptarán las medidas necesarias para ajustarse a la decisión de la Comisión”.

finalidad y medios para el tratamiento) y el encargado del tratamiento (aquel que presta materialmente el servicio). En este contexto, el responsable del tratamiento asume responsabilidad por el cumplimiento de los principios, y el encargado sólo es responsable por la seguridad de los datos²⁸.

Sin embargo, respecto de la transferencia de datos de un país miembro de la comunidad a un país tercero, si bien es importante que el contrato establezca responsabilidades, su función primordial es establecer garantías para la protección de los derechos del titular de los datos, en los casos en los que el país receptor no cuente con un marco normativo que proporcione las garantías apropiadas²⁹.

Frente a tal situación, se sugiere que las soluciones contractuales deben proponer un marco que establezca, por lo menos, los principios básicos establecidos para evaluar un nivel de protección adecuado. De igual forma, debe preverse los criterios establecidos para evaluar la efectividad en el cumplimiento de las legislaciones de datos personales (nivel satisfactorio de cumplimiento, apoyo y asistencia a los interesados y vías adecuadas de recursos). Si bien establecer dichos objetivos de manera contractual es una tarea complicada, el Documento de Trabajo señala posibles soluciones³⁰, por ejemplo:

- a) Para proporcionar vías de disposición de recurso a los interesados, se sugiere que en el caso de existir un responsable del tratamiento y un encargado, se establezca en el contrato que los recursos aplicables son aquellos que pertenecen a la legislación del responsable³¹. Sin embargo, pueden presentarse supuestos en los que el receptor de los datos actúa como

responsable de los mismos, para lo cual puede ser establecida una cláusula arbitral, entre otras soluciones.

- b) Para brindar apoyo y asistencia a los interesados, propone que se redacte una cláusula mediante la cual una autoridad supervisora de un Estado miembro fiscalice el tratamiento realizado por el encargado en el tercer país. Sin embargo, el Grupo de Trabajo admite que es difícil determinar si dicha posibilidad resulta práctica o viable.
- c) Para medir el nivel satisfactorio de cumplimiento, se sugiere que mediante contrato se pacte la posibilidad de fiscalización externa por parte de un organismo de normalización o una empresa especializada.

Las soluciones contractuales no siempre pueden resultar apropiadas para la categoría o volumen de datos que se pretende transferir; sin embargo, consideramos que para transacciones frecuentes entre grandes transnacionales, dicha solución puede ser eficiente y brindar las garantías adecuadas, debido a que dichos organismos se encuentran frente a mayor exposición para que se realice un control eficiente sobre ellos.

Como veremos, muchas de las figuras de la Directiva han sido incorporadas en la legislación peruana. Si bien nuestra legislación no determina lo que podría entenderse como un nivel de protección adecuado, el modelo Europeo nos brinda buenos referentes.

En nuestra legislación, es considerada también como una excepción al principio de nivel de protección adecuado la transferencia

²⁸ Directiva UE 95/46/CE:
"Artículo 17.3.-

La realización de tratamientos por encargo deberá estar regulada por un contrato u otro acto jurídico que vincule al encargado del tratamiento con el responsable del tratamiento, y que disponga, en particular: - que el encargado del tratamiento solo actúa siguiendo instrucciones del responsable del tratamiento; - que las obligaciones del apartado 1 [adopción medidas técnicas y de organización adecuadas por parte del responsable], tal como las define la legislación del estado miembro en el que está establecido el encargado, incumben también a este" (Corchetes agregados).

²⁹ Documento de Trabajo: Transferencia de datos personales a terceros países: aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la Unión Europea. Op. cit. p. 17.

³⁰ *Ibíd.* pp. 19-22.

³¹ Este objetivo ha encontrado solución en el Proyecto de Reglamento de la Ley de Datos Personales peruana –Ley 29733–, que prescribe entre sus disposiciones generales, artículo 17, para la transferencia de Datos Personales que "(...) Aquél a quien se transfieran los datos personales se obliga, por el solo hecho de la transferencia, a la observancia de las disposiciones de la Ley y del presente reglamento".

de datos hacia aquellos países que no cuenten con este, en tanto el emisor del flujo otorgue las garantías suficientes para que el tratamiento se efectúe conforme a la Ley. En este caso, las soluciones contractuales resultan oportunas, como bien lo dispone el Proyecto de Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales peruana³².

III. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

El 3 de julio del año 2011 se publicó la Ley 29733 –Ley de Protección de los Datos Personales–, que tiene como objetivo regular el tratamiento de estos dentro del territorio nacional. Si bien dicha Ley es una novedad en nuestra legislación, la protección al derecho fundamental a la protección de los datos personales o autodeterminación informativa³³ no ha sido ajena a nuestro ordenamiento.

En efecto, el artículo 2 inciso 6 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece como derecho fundamental “(...) que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”. Para garantizar la vigencia efectiva de tal derecho, se reguló el denominado proceso de *Hábeas Data*, que otorga legitimidad a cualquier persona para acudir a la autoridad con el fin de “Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales”.

Si bien el derecho a la protección de los datos personales se encuentra fuertemente

vinculado con el derecho a la intimidad, el Tribunal Constitucional ha señalado una clara diferencia entre ambos, lo cual denota la importancia de contar con un ordenamiento especial que lo resguarde de manera más eficiente.

Al respecto, el Tribunal Constitucional³⁴ ha reconocido que: “3. El derecho reconocido en el inciso 6) del artículo 2 de la Constitución es denominado por la doctrina derecho a la autodeterminación informativa y tiene por objeto proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos. Por otro lado, aunque su objeto sea la protección de la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, reconocido, a su vez, por el inciso 7 del mismo artículo 2 de la Constitución. Ello se debe a que mientras que éste protege el derecho a la vida privada, esto es, el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, aquel garantiza la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que les conciernen (...)”.

Teniendo en cuenta lo establecido en los diferentes rangos de normas y de manera jurisprudencial, es preciso que se adopten las medidas necesarias para salvaguardar los derechos reconocidos. Por tal motivo, y con el objetivo de obtener mayor competitividad a nivel internacional, es que se promulga la Ley de Protección de los Datos Personales, que podría proveernos de mecanismos adecuados para garantizar el respeto al derecho fundamental a la autodeterminación informativa, y a su vez responder a la necesidad de permitir el uso y transferencia de la información para el desarrollo de las actividades comerciales.

³² Proyecto de Reglamento de la Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales: “Artículo 25.- Formalización del Flujo transfronterizo.

(...) el emisor o exportador podrá valerse de cláusulas contractuales u otros instrumentos jurídicos en los que se establezcan cuando menos las mismas obligaciones a las que se encuentra sujeto, así como las condiciones en las que el titular consintió el tratamiento de sus datos personales”.

³³ Término utilizado por primera vez en la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán el 15 de diciembre de 1983, que declara la inconstitucionalidad parcial de la Ley Alemana de Censo de la Población de 1982

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 1797-2002-HD/TC del 29 de enero de 2003.

A. Disposiciones acerca del consentimiento

La Ley de Protección de Datos Personales es de aplicación a todos los datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales de administración pública o privada, cuyo tratamiento es efectuado en territorio nacional³⁵. Para efectuar su tratamiento³⁶, es necesario que el titular del banco de datos personales³⁷ cuente con el consentimiento del titular de estos, el cual debe ser previo, informado, expreso e inequívoco. En el caso de datos sensibles³⁸, dicho consentimiento se efectuará además por escrito. Nuestro código civil dispone en el artículo 141 que la manifestación de voluntad "(...) Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo."

No obstante, el Proyecto de Reglamento de la Ley 29733 (en adelante, Proyecto de Reglamento) pretendiendo sobre regular las condiciones para el tratamiento de los datos, describe de manera anecdótica como cada uno de los requisitos del consentimiento debe ser otorgado³⁹. Sin embargo, coincidimos en que el consentimiento será libre en tanto

"no medie error mala fe, violencia o dolo que puedan afectar la manifestación de la voluntad del titular de los datos (...)", será previo cuando fue otorgado anteriormente "(...) a la recopilación, o en su caso, anterior al tratamiento distinto a aquel por el cual ya se recopilaban".

Acerca de las características "expreso e inequívoco", el Proyecto de Reglamento dispone que se cumplirá con esta condición en tanto "el consentimiento haya sido manifestado en condiciones que no admitan dudas de su otorgamiento", asimismo expresa que puede ser otorgado de forma verbal o escrita. De igual manera, menciona que "La condición de expreso no se limita a la manifestación verbal o escrita. Evaluando con criterio restrictivo y siempre de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 7⁴⁰ de dicho reglamento, se considerará consentimiento expreso a aquel que se manifieste mediante la conducta del titular que evidencie directamente que ha consentido, dado que de lo contrario su conducta necesariamente hubiera sido otra".

Sobre este último aspecto, consideramos que es acertada la posición del legislador respecto

³⁵ Sin embargo, la Ley excluye del ámbito de aplicación a los siguientes datos personales: "1) A los contenidos o destinados a ser contenidos en banco de datos personales creados por personas naturales para fines exclusivamente relacionados con su vida privada o familiar. 2) A los contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos de administración pública, solo en tanto su tratamiento resulte necesario para el estricto cumplimiento de las competencias asignadas por ley a las respectivas entidades públicas, para la defensa nacional, seguridad pública, y para el desarrollo de actividades en materia penal para la investigación y represión del delito" (artículo 3).

³⁶ Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales:
"Artículo 2. 17.- Tratamiento de datos personales.

Cualquier operación o procedimiento técnico, automatizado o no, que permite la recopilación, registro, organización, almacenamiento, conservación, elaboración, modificación, extracción, consulta, utilización, bloqueo, supresión, comunicación por transferencia o por difusión o cualquier otra forma de procesamiento que facilite el acceso, correlación o interconexión de los datos personales".

³⁷ Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales:
"Artículo 2.15.- Titular del banco de datos personales.

Persona natural, persona jurídica de derecho privado o entidad pública que determina la finalidad y contenido del banco de datos personales, el tratamiento de estos y las medidas de seguridad".

³⁸ Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales:
"Artículo 2.5.- Datos sensibles.

Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar a su titular; datos referidos al origen racial o étnico; ingresos económicos, opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud y vida sexual".

³⁹ Artículo 12 del Proyecto de Reglamento de la Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales.

⁴⁰ Proyecto de Reglamento de la Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales:
"Artículo 7.- Consentimiento.

En atención al principio de consentimiento el tratamiento de los datos personales es lícito cuando el titular hubiere prestado su consentimiento libre, previo, expreso, informado e inequívoco. No se admiten fórmulas de consentimiento en las que este no sea expresado de forma directa, como aquellas en las que se requiere presumir, o asumir la existencia de una voluntad que no ha sido expresa. Incluso el consentimiento prestado con otras declaraciones, deberá figurar de forma expresa y clara".

a tratar el concepto de “expreso” como “inequívoco”. En otras palabras, la rigidez con la que fue redactada la Ley no permitía que el titular del banco de datos personales efectúe un tratamiento acorde con las necesidades del mercado actual, debido a que para cada transferencia de información para llevar a cabo una finalidad determinada se necesitaba del consentimiento “expreso” del titular, lo cual provocaba mayores costos en las transacciones que son traspasados a los consumidores en su perjuicio, y que a su vez contravienen el principio de libre circulación de los datos personales, que si bien no se encuentra explícitamente señalado en nuestro ordenamiento, es un valor fundamental para el desarrollo económico y social a través de la tecnología de la información.

En la misma línea, consideramos que es otro acierto haber considerado como expresa la manifestación realizada a través de “hacer *click*”, “*clickear*”, “*pinchar*”, “*dar un toque*”, “*touch*” o “*pad*”, ya que con este precepto queda absuelta la duda en cuanto al otorgamiento de consentimiento en el entorno digital, en el cual es más relevante. Adicionalmente, la norma dispone que dicha manifestación constituye una manifestación escrita; sin embargo, para el caso de los datos sensibles dicho mecanismo debe de contar con un mecanismo de autenticación que garantice la voluntad inequívoca del titular⁴¹.

Finalmente, se considerará que el consentimiento es “informado” cuando al titular se le comunique de manera clara, expresa e indubitable y con lenguaje sencillo, lo siguiente: (i) la finalidad del tratamiento, (ii) la identidad de los que son o pueden ser sus destinatarios, de ser el caso, (iii) la existencia del banco de datos en el que se almacenarán, (iv) el carácter obligatorio o facultativo de

sus respuestas al cuestionario que se le proponga, de ser el caso, (v) la transferencia nacional o internacional que se efectúe. Al respecto, consideramos que la introducción de este inciso en el Proyecto de Reglamento es totalmente innecesaria, debido a que este aspecto ya ha sido regulado en la Ley⁴².

Ahora bien, en referencia al flujo transfronterizo de datos personales, el Proyecto de Reglamento dispone que “cuando se solicite el consentimiento para una forma de tratamiento que incluya o pueda incluir la transferencia nacional o internacional de los datos, el titular de los mismos deberá ser informado de forma que conozca inequívocamente tal circunstancia, además de la finalidad a la que se destinarán sus datos y el tipo de actividad desarrollada por quien recibirá los mismos”⁴³. De igual forma, consideramos que esta acotación es innecesaria, debido a que una de las características fundamentales establecida por la norma es que el consentimiento sea informado, para lo cual debe prestarse una manifestación inequívoca.

B. Flujo transfronterizo de datos personales

La Ley dispone que “El titular y el encargado del banco de datos personales⁴⁴ deben realizar el flujo transfronterizo de datos personales solo si el país destinatario mantiene niveles de protección adecuados conforme a la presente Ley. En caso de que el país destinatario no cuente con un nivel de protección adecuado, el emisor del flujo transfronterizo de datos personales debe garantizar que el tratamiento de los datos personales se efectúe conforme a lo dispuesto en la presente Ley (...)”.

Nuestra legislación vigente no ha establecido un concepto de nivel de protección

⁴¹ Proyecto de Reglamento de la Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales: “Artículo 13.- Consentimiento y Datos Sensibles.

Tratándose de datos sensibles, el consentimiento debe ser por escrito, a través de su firma manuscrita, firma digital o cualquier otro mecanismo de autenticación que garantice la voluntad inequívoca del titular (...)”.

⁴² Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales. Artículo 18– Derecho de Información del titular de datos personales.

⁴³ Artículo 11 del Proyecto de Reglamento de la Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales.

⁴⁴ Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales:

“Artículo 2.6. Encargado del banco de datos personales.

Toda persona natural, persona jurídica de derecho privado o entidad pública que sola o actuando conjuntamente con otra realiza el tratamiento de los datos por encargo del titular del banco de datos personales”.

adecuado para el flujo transfronterizo de datos personales, por lo cual, a efectos de determinar si nuestra norma cumple con dicho estándar, tomaremos como referencia la Directiva UE 95/46/CE y el Documento de Trabajo: Transferencia de datos personales a terceros países: aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la Unión Europea, anteriormente desarrollados.

Como mencionamos, son dos los criterios para determinar el nivel de protección adecuado que debe tener el país receptor del flujo:

1. Principios básicos mínimos que deben ser establecidos, y sus equivalentes en nuestra legislación:
- Principio de limitación de objetivos. Este principio es equiparable al "Principio de Finalidad"⁴⁵.
 - Principio de proporcionalidad y de calidad de los datos, equiparable al "Principio de proporcionalidad"⁴⁶ y "Principio de Calidad"⁴⁷.
 - Principio de seguridad, equiparable al "Principio de Seguridad"⁴⁸.
 - Derechos de acceso, rectificación y oposición. Estos derechos también se encuentran establecidos como tales en nuestra legislación.

- Restricciones respecto a transferencias sucesivas a otros países, sobre este aspecto contamos con el "Principio de nivel de protección adecuado"⁴⁹, que sin hacer diferencia del lugar de ubicación del emisor del flujo, dispone que siempre debe ser garantizado un nivel de protección adecuado para esta acción. Entenderíamos que dicha situación puede presentarse en el supuesto de que el Titular de los datos disponga de un encargado en un país diferente al de su residencia, y que este (el encargado) a su vez transfiera (por encargo del titular) los datos personales a otro encargado que se encuentra en un territorio diferente.

Ahora bien, acerca de los tres principios adicionales que deben ser cumplidos dependiendo de la categoría de datos:

- Datos sensibles. La protección adicional que se ha establecido en nuestro ordenamiento es la exigencia de contar con el consentimiento del titular por escrito para efectuar el tratamiento de datos sensibles.
- Mercadotecnia directa. En nuestra legislación el consentimiento para el tratamiento de los datos puede ser revocado en cualquier momento, sin importar la finalidad por la que estos

⁴⁵ Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales: "Artículo 6.- Principio de Finalidad.

Los datos personales deben ser recopilados para una finalidad determinada, explícita y lícita. El tratamiento de los datos no debe extenderse a otra finalidad que no haya sido establecida de manera inequívoca como tal al momento de su recopilación (...)"

⁴⁶ Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales: "Artículo 7.- Principio de Proporcionalidad.

Todo tratamiento de datos personales debe ser adecuado y no excesivo para la finalidad para la que estos hubiesen sido recopilados".

⁴⁷ Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales: "Artículo 8.- Principio de calidad.

Los datos personales que vayan a ser tratados deben ser veraces, exactos y, en la medida de lo posible, actualizados, necesarios, pertinentes y adecuados respecto de la finalidad para la que fueron recopilados. Debe conservarse de forma tal que garantice su seguridad y sólo por el tiempo necesario para cumplir con la finalidad del tratamiento."

⁴⁸ Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales: "Artículo 9.- Principio de seguridad.

El titular del banco de datos personales y el encargado de su tratamiento deben de adoptar las medidas técnicas, organizativas y legales necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales. Las medidas de seguridad deben ser apropiadas y acordes con el tratamiento que se vaya a efectuar y con la categoría de datos personales que se trate".

⁴⁹ Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales: "Artículo 11.- Principio de nivel de protección adecuado.

Para el flujo transfronterizo de datos personales, se debe garantizar un nivel suficiente de protección para los datos personales que se vayan a tratar o, por lo menos, equiparable a lo previsto por esta Ley o por los estándares internacionales en la materia".

fueron recabados⁵⁰. Por ende, si los datos tienen como objetivo ser tratados con el propósito de mercadotecnia directa, el consentimiento por parte del titular puede ser revocado en cualquier momento.

- Decisión individual automatizada. Nuestra legislación contiene una disposición muy similar a la establecida en el artículo 15 de la Directiva⁵¹, según la cual el “titular de los datos personales tiene derecho a no verse sometido a una decisión con efectos jurídicos sobre él o que le afecte de manera significativa, sustentada únicamente en determinados aspectos de su personalidad o conducta, salvo que ello ocurra en el marco de una negociación, celebración o ejecución de un contrato o en los casos de evaluación con fines de incorporación a una entidad pública, de acuerdo a ley, sin perjuicio de la posibilidad de defender su punto de vista, para salvaguardar su legítimo interés”^{52 53}.

2. Mecanismos del procedimiento / de aplicación

Si bien se ha mencionado que es fundamental para un sistema de cumplimiento de protección de datos contar con una autoridad de supervisión externa, lamentablemente en el caso de la experiencia peruana dicha característica no se ha cumplido. En efecto, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Datos Personales manifiesta que si bien hubiera sido conveniente crear una entidad con autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa, en concordancia con el modelo europeo, la realidad de austeridad por la que atraviesa el país lo impide. Sin embargo, se optó por la creación de la Autoridad Nacional de Datos

Personales, ente circunscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, para que cumpla adecuadamente sus funciones y con ello sensibilice y ayude a que la sociedad tome conciencia acerca de la importancia de brindar una adecuada protección de los datos personales⁵⁴, opción que podría resultar más adecuada a nuestro contexto.

Adicionalmente, cabe referirnos a los objetivos básicos del sistema de protección de datos personales:

- (i) Nivel satisfactorio de cumplimiento de normas. Debido a que nuestra Ley de Protección de Datos Personales aún no ha sido implementada en su totalidad, es difícil determinar si nuestra legislación cumplirá con un nivel satisfactorio de cumplimiento. Sin embargo, contamos con elementos que ayudarán en la ejecución eficiente de la Ley:

- Infracciones y Sanciones: Nuestro ordenamiento cuenta con un listado de infracciones que son clasificadas como leves, graves y muy graves. Las sanciones administrativas a aplicarse son pecuniarias y son establecidas en unidades impositivas tributarias (UIT), asimismo es factible imponer multas coercitivas.

Sin embargo, la amplitud con la que algunas infracciones fueron redactadas puede llevar a la interpretación que toda vulneración al principio de consentimiento es considerada como grave. En efecto, como infracción leve se ha establecido “dar tratamiento a datos personales sin recabar el consentimiento de sus titulares, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en

⁵⁰ Artículo 13.7 de la Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales.

⁵¹ Ver nota al pie número 20.

⁵² Artículo 23 (Derecho al tratamiento objetivo) de la Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales.

⁵³ Según la nota al pie de página número 57 de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 4079-2009-PE Ley de Protección de Datos Personales, “Con el derecho al tratamiento objetivo, se pretende evitar que el tratamiento de datos personales permita o propicie actividades discriminatorias, lo que constituye una de las mayores preocupaciones frente al avance de la informática. Entre los datos que al efecto interesa proteger de este tratamiento tendencioso se encuentran los relativos al rendimiento laboral y a la situación crediticia, entre otros”. p. 38. En: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>.

⁵⁴ *Ibíd.* pp. 40-41.

esta Ley”, como infracción grave “dar tratamiento a los datos personales contraviniendo los principios establecidos en la presente Ley o incumpliendo sus demás disposiciones o las de su Reglamento”. Cabe advertir que el consentimiento es un principio establecido en la Ley, por lo cual la vulneración a este podría caer en los dos niveles de infracciones.

A mayor abundamiento, es considerada como infracción muy grave “dar tratamiento a los datos personales contraviniendo los principios establecidos en la presente Ley o incumpliendo sus demás disposiciones o las de su Reglamento, cuando con ello se impida o se atente contra el ejercicio de los derechos fundamentales”, por lo que una vulneración al principio de consentimiento podría ser considerada muy grave por atentar contra el derecho a la autodeterminación informativa, que a su vez repercute sobre el derecho a la intimidad por servir como vínculo para la afectación de este último.

Lamentablemente la delimitación de estas infracciones no se ha efectuado en el Proyecto de Reglamento, lo cual afecta el carácter disuasorio de las sanciones por no contar con un parámetro de predictibilidad que determine que conductas son punibles con mayor severidad, incurriendo en una afectación a la seguridad jurídica y al principio de tipicidad.

- (ii) Sistemas de verificación directa. La Ley ha establecido como función de la Autoridad de Datos Personales “iniciar fiscalizaciones de oficio o por denuncia de parte por presuntos actos contrarios a lo establecido en la presente Ley y en su reglamento y aplicar las sanciones administrativas correspondientes, sin perjuicio de las medidas cautelares o correctivas que establezca el reglamento”⁵⁵.

Para tal efecto, el Proyecto de Reglamento ha establecido un procedimiento fiscalizador mediante el cual la Dirección de Supervisión y Control de la Dirección General de Protección de Datos Personales podrá requerir al titular, al encargado o quien resulte responsable del banco de datos personales, información relativa al tratamiento de estos o la documentación necesaria e incluso el acceso a los bancos⁵⁶. De esta manera se ha constituido un sistema de verificación directa por parte de la autoridad que fiscalice el cumplimiento eficiente de la Ley y su Reglamento.

A. Ofrecer apoyo y asistencia a los interesados en el ejercicio de sus derechos

En concordancia con el Derecho de Tutela⁵⁷ establecido en la Ley, el Proyecto de Reglamento ha establecido el llamado “Procedimiento de Tutela Directa”, por el cual el titular de los datos hace valer sus derechos enviando una solicitud al titular del banco de datos o responsable de su tratamiento. La solicitud debe dar respuesta a cada uno de los extremos solicitado en el plazo establecido en el Reglamento, en caso contrario, al no haber recibido respuesta, el solicitante considerará denegada la solicitud. Esta situación habilita al titular de los datos a iniciar un procedimiento administrativo⁵⁸.

Sin embargo, para permitir que el interesado haga valer sus derechos con rapidez y sin costos excesivos, puede acudir al procedimiento fiscalizador mencionado en el acápite anterior que puede ser iniciado por denuncia de parte dirigida a la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales.

B. Ofrecer vías adecuadas de recurso a quienes vean afectados sus derechos

Otro principio establecido en nuestra legislación es el Principio de Disposición de Recurso⁵⁹ que guarda concordancia con el Derecho a la Tutela. Mediante este último, quienes vean afectados sus derechos pueden

⁵⁵ Artículo 33 inciso 20 de la Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales.

⁵⁶ Artículo 99 del Proyecto de Reglamento de la Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales.

⁵⁷ Artículo 24 de la Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales.

⁵⁸ Artículo 73 del Proyecto de Reglamento de la Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales.

recurrir a la Autoridad Nacional de Datos Personales para iniciar un procedimiento administrativo o ante el Poder Judicial para efectos de interponer el recurso de habeas data⁶⁰.

Al respecto, debemos mencionar que una vez agotada la vía administrativa frente a la Autoridad Nacional de Datos Personales, el interesado puede recurrir a la acción contencioso administrativa ante el Poder Judicial. Sin embargo, el recurso de habeas data puede ser interpuesto de manera directa ante el Poder Judicial, debido a que no es un requisito para los procesos constitucionales el haber agotado la vía administrativa previa.

IV. ¿EL PERÚ CUENTA CON UN NIVEL DE PROTECCIÓN ADECUADO PARA CONVERTIRSE EN RECEPTOR DEL FLUJO TRANSFRONTERIZO DE DATOS PERSONALES Y, POR LO TANTO, SER UN PAÍS ATRACTIVO PARA LA INVERSIÓN EXTRAJERA? – CONCLUSIONES

- a) En líneas generales, cumplimos con la mayoría de requisitos para ser considerados como país receptor de datos personales con un nivel adecuado de protección; sin embargo, existen un aspecto fundamental que debe ser reformado: delimitación de las infracciones.
- b) Según la exposición de motivos del Proyecto de Ley 4079-2009-PE –Ley de Protección de Datos Personales–, el fundamento para adscribir a la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, encontraría sustento en la situación

de austeridad que atravesaba el país en el momento de la redacción de tal documento. Sin embargo, la realidad económica ha cambiado, por lo cual se debería evaluar la posibilidad de crear un ente independiente.

- c) Sobre el punto anterior, consideramos también que una vez puesto en marcha el sistema de protección será más sencillo que la Autoridad de Protección de Datos Personales cuente con recursos presupuestarios que incentiven su independencia⁶¹.
- d) Delimitación de normas: principio de tipicidad de la potestad sancionadora. Debe verificarse la redacción de la Ley y el Proyecto de Reglamento a fin de establecerse supuestos más específicos de infracción, para evitar así cuestionamientos en su aplicación, y lo que es más importante, dotar de seguridad jurídica a los inversionistas.
- e) Finalmente, es muy importante revisar, y por tanto simplificar el Proyecto de Reglamento, ya que tal como se ha mencionado, existen casos de duplicidad de regulación, e inclusive algunas contradicciones entre Ley y Reglamento.

Creemos que el Perú está dando pasos muy importantes en la línea de lograr la implementación de una legislación de protección de datos personales moderna y acorde con los estándares internacionales. Sin embargo, esta legislación requiere aún ser “pulida”. Dependerá luego de la manera como se aplique por la autoridad competente, lo que haga que la misma quede legitimada como una herramienta de promoción de la inversión privada.

⁵⁹ Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales: “Artículo 10.- Principio de disposición de recurso.

Todo titular de datos personales debe contar con las vías administrativas o judiciales necesarias para reclamar y hacer valer sus derechos, cuando estos sean vulnerados por el tratamiento de sus datos personales”.

⁶⁰ Artículo 24 de la Ley 29733 –Ley de Protección de Datos Personales:

⁶¹ El artículo 36 de la Ley de Protección de Datos establece que son recursos de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales: (i) Las tasas de derecho de trámite de los procedimientos administrativos y servicios de su competencia; (ii) Los montos que recaude por concepto de multas; (iii) Los recursos provenientes de la cooperación técnica internacional no reembolsable; (iv) los legados y donaciones que reciba; (v) los recursos que se le transfieren conforme a la Ley.

HERNÁNDEZ & CÍA.

A B O G A D O S

20^(DESDE 1992)
AÑOS

Av. Javier Prado Oeste 795
Magdalena del Mar · Lima · Perú
t (511) 611 5151
f (511) 628 8292



estudio@ehernandez.com.pe
www.ehernandez.com.pe

Más de 40 años de orientación legal a su servicio.



EDITORIAL ECONOMIA Y FINANZAS

Regímenes Aduaneros.

Nuestro manual le ofrece:

La exposición y comentario sistemático (por materias) de los diversos regímenes aduaneros desarrollados por la Ley General de Aduanas, su Reglamento y normativa complementaria, relativa al ingreso y salida de medios de transporte, personas y mercancías, las técnicas aduaneras, la obligación tributaria aduanera y la destinación aduanera, etc.

Sumillas de la jurisprudencia judicial y administrada del Tribunal Fiscal.

El texto actualizado de Ley General de Aduanas, su Reglamento y de su normativa complementaria.

Boletines con las novedades legislativas y la jurisprudencia aduanera.

Servicio de absolución de consultas vía correo electrónico.



Para informes
o consultas
visite nuestra
página web:
www.eef.com.pe
o llámenos a 442 1115

Calle La Habana 166 – San Isidro
ventas@eef.com.pe

LA TRANSPARENCIA EN EL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO

Italo Carrano Tarrillo*

Gonzalo Bonifaz Tweddle**
Ex miembro de THEMIS

¿Cuál es el alcance de un sistema de transparencia? ¿Cómo se encuentra regulada la transparencia en los tratados sobre inversiones celebrados por el Estado peruano? ¿Cuál es el rol de un Amicus Curiae dentro del arbitraje?

En el presente artículo los autores sostienen que si bien se entiende la transparencia como principio del arbitraje, en tanto es confidencial y privado, esta presunción no resulta correcta, ya que dependerá de las reglas específicas que se hayan establecido para su conducción. Así, en el marco de los arbitrajes inversionista-Estado pueden presentarse elementos que requieran el establecimiento de excepciones a la transparencia tanto para el acceso y publicación de documentos, como para la participación de terceros durante las audiencias.

* Abogado. Magister en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Nueva York. Socio del Estudio Payet, Rey, Cauvi Abogados. Ha sido asociado internacional en las oficinas de Davis, Polk & Wardwell, Nueva York (2009) y en Fulbright & Jaworski, Houston (2004).

** Diplomático. Actual miembro de la Representación Permanente del Perú ante las Naciones Unidas en Nueva York. Ex miembro de THEMIS

I. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO Y SU RELACIÓN CON LA TRANSPARENCIA

Durante los últimos años la confidencialidad y privacidad de los arbitrajes inversionista-Estado ha venido siendo cuestionada¹ y se ha abierto una corriente dirigida a exigir una mayor transparencia². Esta iniciativa, que viene tanto de la sociedad civil como por parte de algunos Estados, ha cobrado un importante impulso y, en el corto plazo, ha logrado posicionarse significativamente³.

Ello ha llevado a señalar que el debate ya no se encontraría tanto en aceptar una mayor transparencia, posición que en gran medida ha terminado por prevalecer, sino en las condiciones que se deben establecer para

poder implementarla de manera eficiente y sin mayores costos⁴.

Al respecto, el Comité de Inversiones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) ha señalado que una mayor transparencia resultaría deseable para fortalecer la efectividad y la aceptación pública del arbitraje internacional de inversiones. Asimismo, el Comité comparte la opinión de que debido a que los procesos abordan aspectos de interés público, se debería permitir la participación de terceras partes en los procesos (en referencia a los *Amicus Curiae*)⁵.

No obstante el arbitraje comercial constituye el antecedente más directo del arbitraje inversionista-Estado⁶, no existe un llamado

¹ "Their meetings are secret. Their members are generally unknown. The decisions they reach need not be fully disclosed. Yet the way a small group of international tribunal's handles disputes between investors and foreign governments has led to national laws being revoked, justice systems questioned and environmental regulations challenged. And it is all in the name of protecting the rights of foreign investors under the North American Free Trade Agreement". New York Times. *Nafta's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say*. 11 de marzo de 2001.

² Una advertencia que debe realizarse se refiere al uso del término "transparencia" en tanto que éste puede hacer alusión a varios conceptos. En el contexto de nuestra materia de estudio el término "transparencia" se refiere exclusivamente a la posibilidad de que el contenido de los procesos de arbitraje inversionista-Estado puedan ser accesibles al público y que, en cierta medida, se le permita participar durante el proceso. Como señala, Zoellner: "[...] as a concept denoting the openness of institutions and procedures of international law, especially vis-à-vis international civil society". ZOELLNER, Carl-Sebastian. "Lightning crashes or mere ray of light? Recent developments regarding transparency". En: ICSID Proceedings. *Transnational Dispute Management*. Volumen 3. Tema 5. 2006.

³ OECD. "Transparency and third party participation in investor – State dispute settlement procedures". 2005, p. 13. "In recent years, there has been an undeniable shift in investor-State arbitration toward greater tolerance of limited third-party participation, perhaps in response to continuing public pressure and criticism". procedural rules that govern commercial arbitration, and contain certain privacy and confidentiality rights. LEVINE, Eugenia. "Amicus Curiae in international investment arbitration: The implications of an increase in third-party participation". En: *Berkeley Journal of International Law* 29. p. 208; FERNANDEZ MASIA, Enrique. "Primeras aplicaciones de las nuevas reglas de arbitraje del CIADI sobre transparencia y participación de terceros en el procedimiento arbitral". En: *Transnational Dispute Management* 6. 2009.

⁴ KINNEAR, Meg. "Transparency and third party participation in investor-State dispute settlement". 2005.

⁵ OECD. "Transparency and third party participation in investor-State dispute settlement procedures". Statement by the OECD Investment Committee. 2005.

⁶ "Investment arbitration is based on the model of commercial arbitration, yet it differs from most commercial arbitrations by one single element: investment arbitration often involves issues of mayor public interest. This public interest cannot remain without influence on the process. It calls for transparency in the proceedings and consistency in the results. Transparency is about opening the doors of the hearing room. Consistency is about delivering coherent decisions and avoiding contradictory results that undermine the credibility of investment arbitration overall and jeopardize the development of investment law". KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. "In search of transparency and consistency: ICSID reform proposal". *Investment Treaty Workshop*. 2005; "In investment disputes settlement, however, transparency's role remained very limited for a long time. International investment disputes settlement has borrowed its main elements from the system of (private) commercial arbitration –and compared to judicial proceedings before courts of law, commercial arbitration is generally characterized by significantly higher degrees of confidentiality and privacy, by closed doors and often unpublished awards". ZOELLNER, Carl-Sebastian. "Lightning crashes or mere ray of light? Recent developments regarding transparency in ICSID Proceedings". En: *Transnational Dispute Management*. 2006. "Cuando los casos de inversión van a un arbitraje internacional, generalmente se tratan como controversias comerciales, en las que las consideraciones de interés público, incluidos los derechos humanos, desempeñan un pequeño papel si es que tienen alguno. Además, los procedimientos de arbitraje frecuentemente se celebran en estricta confidencialidad a fin de que el público del país contra el que se presenta la reclamación

para dotar a este primero de un sistema que regule su transparencia. Inclusive, se ha señalado que la confidencialidad y privacidad⁷ son, precisamente, una de las grandes ventajas del sistema de arbitraje comercial siendo esta premisa, para algunos, también aplicable al arbitraje inversionista-Estado⁸.

Sin embargo, los argumentos que sostienen esta postura (en favor de la confidencialidad y privacidad) vienen siendo cuestionados⁹. Entre las razones que sustentan este rechazo en el marco de los arbitrajes inversionista-Estado caben destacar las siguientes: (i) los actores involucrados en el arbitraje (por un lado el inversionista y del otro el Estado); (ii) las materias que se abordan en

los arbitrajes inversionista-Estado pueden tener un gran interés público (capacidad regulatoria del Estado, impacto en el medio ambiente, recursos estratégicos, entre otros); (iii) permitiría a la ciudadanía contar con un medio de control frente al accionar de la administración pública (en casos de mala gestión, medidas arbitrarias, corrupción¹⁰, entre otras); (iv) favorecería una mayor consistencia en las decisiones de los tribunales arbitrales; (v) permitiría tener una mayor conocimiento de los árbitros y de sus posiciones jurídicas; y, (vi) otorgaría una mayor legitimidad al desarrollo y resultado del proceso arbitral, así como del sistema de solución de controversias inversionista-Estado en general¹¹.

ni siquiera conozca su existencia. Cuando se trata de derechos humanos o de otros intereses públicos, la transparencia debería ser el principio rector, sin perjudicar a la legítima confidencialidad comercial". Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. John Ruggie. A/HRC/8/5. 2008. "This concept of privacy and confidentiality originates primarily from the foundational underpinnings of international commercial arbitration, but it has also to a considerable extent been translated into the investment context. Investment arbitral proceedings frequently rely on the same procedural rules that govern commercial arbitration, and contain certain privacy and confidentiality rights".

LEVINE, Eugenia. "Amicus Curiae in international investment arbitration: The implications of an increase in third-party participation". En: Berkeley Journal of International Law 29. p. 204. "When a state, or state entity or an emanation of the state is involved in an arbitration as a party, the situation in respect of confidentiality and third party participation is different from the one described in relation to international commercial arbitration [...] The well known, albeit variably dense, confidentiality in international commercial arbitration does not have a direct equivalent in international trade and investment dispute settlement". MISTELIS, Loukas. "Confidentiality and third party participation". Arbitration International 21. pp. 212 y 224. YANNACA-SMALL, Catherine. "Transparency and third party participation in investor-state dispute settlement procedures". OECD, Working Papers on International Investment. 2005.

⁷ "Clearly, there is nothing objectionable about confidential proceedings in the private arbitration context: the capacity to arbitrate in private is a significant advantage of such arbitration. The ability to maintain the confidentiality of evidence and to settle claims on a confidential basis have been perceived as contributing to efficient and effective arbitration. It is therefore somewhat ironic that what was touted as one of the main advantages of commercial arbitration is now seen as a liability in investor-State arbitration context". KINNEAR, Meg. "Transparency and third party participation in investor-State dispute settlement". 2005.

⁸ Entre las desventajas, Rubins señala que: "Where parties are free to present their case to the 'court' of public opinion, the risk of abuse and re-politicization is great [...] In the worst case, an investor-claimant may initiate arbitration precisely with these effects in mind, hoping to obtain 'nuisance value' compensation through extensive publicity, without regard to the actual merits (or absence thereof) of its claim". RUBINS, Noah. "Opening the investment arbitration process: at what cost, for what benefit?". En: RAINER HOFMANN. "The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking stock after 40 years". Germany: Nomos. 2007. p. 218.

⁹ Para Delaney y Barstow Magraw las ventajas de la transparencia se dan en los siguientes aspectos: (i) mayor calidad para la toma de decisiones, (ii) fortalecimiento de valores democráticos y realización de derechos humanos, (iii) consistencia, (iv) participación pública, (v) implementación, (vi) rendición de cuentas, (vii) legitimidad, (viii) reforma del sistema; y, (ix) demostración. Por otro lado, los autores identifican las siguientes desventajas: (i) incremento de los costos, (ii) mayor demora para resolver los casos, (iii) compromete la confidencialidad; y, (iv) debilita el carácter secreto de determinada información. DELANEY, Joachim y Daniel BARSTOW MAGRAW. "Procedural transparency". En: MUCHCINSKY, Peter. "The Oxford Handbook of International Investment Law". Oxford: Oxford Press. 2008. pp. 761-762.

¹⁰ Respecto a la relación entre corrupción y transparencia en el marco del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) se puede consultar: Santiago Commitment to Fight Corruption and Ensure Transparency. 2004/AMM/032rev1. 21 de noviembre 2004.

¹¹ HARRISON, James. "Recent developments to promote transparency and public participation in investment treaty arbitration". Working Paper Series. 2010. SCHREUER, Christoph. "The ICSID Convention: A commentary". Cambridge: Cambridge University Press. 2012. p. 838. En el asunto Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. el tribunal señaló que: "Una mayor

Las razones antes señaladas pueden llevar incluso a cuestionar el mantenimiento de dos sistemas distintos dependiendo del tipo de arbitraje que se presente, es decir, si se trata de un arbitraje comercial (en donde el Estado es una parte en la controversia) o de inversiones (inversionista-Estado), particularmente cuando la línea divisoria entre éstos en algunos casos resulta muy difusa¹². Así, se puede observar que en ambos casos el Estado se ve involucrado; el objeto de la controversia puede tener un interés público (situaciones de salud pública en una diferencia sobre patentes), la controversia puede ser resultado de una conducta arbitraria o ilegal por parte de

un funcionario público, y finalmente en cuanto a la consistencia de las decisiones y legitimidad del proceso se pueden aplicar las mismas consideraciones en igual sentido para ambos tipos de arbitraje¹³.

Al respecto, Sabater considera que el tema de la transparencia debe ser atendido con mucho cuidado dado el carácter contractual del arbitraje, la falta de estándares para resolver las solicitudes de intervención, el riesgo de politizar la controversia y de convertir al arbitraje en un sistema similar a las cortes locales. Por ello, estima que la transparencia no es concepto técnico jurídico, ni resultado de una necesidad jurídica, sino más bien es producto de un esfuerzo político

apertura y un mayor conocimiento sobre la forma en que se conducen estos procedimientos reforzaría la aceptación de la opinión pública y la legitimidad del sistema de arbitraje internacional, en particular cuando involucran a Estados y materias de interés público". Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina. Caso CIADI N° ARB/03/19. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*, 19 de mayo de 2005. "Additionally, I have expressed concern that when a case is brought under a BIT arbitration procedure the public may know little or nothing about it. This is at variance with precepts of transparency and good governance. While confidential business information must be protected, under some arbitration rules not even the existence of a case against a country is known to its public, let alone its substance. This impedes more responsible contracting by companies and Governments, and contributes to inconsistent rulings by arbitrators, thereby undermining the system's predictability and legitimacy. I am continuing to explore how better to achieve both investor protection and the preservation of policy space for states to fulfill their international human rights obligations, as well as how to ensure that transparency rules for arbitration procedures are consistent with what have been widely accepted as standards of good governance". Statement of the Special Representative of the UN Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporation and other business enterprises to the Department of Trade and Industry, South Africa (on its review of Bilateral Investment Treaties entered into by the Republic of South Africa since 1994 to date, 2009; "Creating a presumption that all arbitration is not only transparent to the parties and counsel but also open to the public will assist in prevention and eradication of corruption [...] will improve the quality of advocacy and the arbitral process in general [...] will enhance the public's perception of arbitration as a dispute resolution process and will help promote the trust that is required for liberal free market capitalism to function properly". MATTHEWS, Joe. "The case for arbitration rules that presumptively grant public access to all arbitration proceedings". En: Transnational Dispute Management 3. 2006; "In conclusion, the public interest relating to the subject matters at disputes in investment treaty arbitration is generally a legitimate reason to move towards more transparency in these proceedings and away from confidentiality". STUMPE, Friederike. "Participation of Amici Curiae in investment treaty arbitration". En: Transnational Dispute Management 6. 2009. "The participation of states, states entities, sub-divisions and agencies of states in international disputes can be a matter of general public interest and shift the emphasis from privacy and confidentiality to knowledge and accountability. Knowledge implies the use of specialist expertise in the form of amicus briefs and consequently limited confidentiality, while accountability more or less mandates the publication of awards and arbitration at even the interim stages of procedure". MISTELIS, Loukas. "Confidentiality and third party participation". En: Arbitration International 21. p. 206.

¹² Para Teitelbaum es el uso del poder público por parte de un Estado lo que le da un carácter especial al arbitraje inversionista-Estado y lo diferencia de un arbitraje de naturaleza comercial. Sin embargo, para la autora la respuesta a esta demanda no se resuelve, necesariamente, por la vía de establecer una norma sobre transparencia en los arbitrajes inversionista-Estado, sino que lo que se debería evaluar es la arbitrabilidad de ciertas materias (lo que puede ser directamente establecido en los tratados de inversión). TEITELBAUM, Ruth. "A look at the public interest in investment arbitration: Is it unique? What should we do about it?" En: Berkeley Journal of International Law 5. 2010. pp. 54-62.

¹³ "There investment treaties have, generally speaking, adopted the well-established model of international commercial arbitration, which involves commercial disputes between private entities and is characterized by a high degree of confidentiality. Investment arbitrations, however, inevitably involves at least one state, which can raise democratic-governance concerns about transparency, public participation, and accountability [...] Moreover, the subject-matter of the dispute in investment arbitrations often raises important public policy issues [...] Finally, some investment arbitrations raise public policy concerns simply by virtue of the amount

de reconsiderar el papel que desempeñan los tribunales arbitrales¹⁴.

Se suele tratar a la confidencialidad y a la privacidad como si se tratase de conceptos jurídicos similares. Sin embargo, debe precisarse que existe una diferencia entre estos dos conceptos en razón de su naturaleza e implicancias jurídicas. En este sentido, Caron señala que: "However, privacy, even if deeply established in custom, does not equate to confidentiality, which implicates a legal obligation to avoid public disclosure of sensitive information"¹⁵.

La confidencialidad se refiere al acceso a la información que se utilice en el marco del proceso arbitral, así como a la conducta que deberán observar tanto de las partes (ya sean parte en el proceso o terceros que participen en éste) como del tribunal respecto del manejo y divulgación de esa información; mientras que la privacidad implica el acceso que el público pueda tener al arbitraje y su participación (permitiendo o prohibiendo su acceso a las salas de audiencias del tribunal o presentando escritos).

Muchas veces se repite el mito de que el arbitraje, independientemente del marco en que se desarrolle, por principio es confidencial y privado. Sin embargo, podemos adelantar que esta presunción no resulta correcta ya que dependerá de las reglas específicas que se hayan establecido para su conducción. Prueba de ello, es que si se comparan las legislaciones nacionales o los diversos sistemas a nivel internacional de solución de controversias se observa que existen diferentes aproximaciones al tema, tanto en su alcance como grado.

Hasta el momento se han adoptado disposiciones sobre transparencia en el caso de arbitrajes inversionista-Estado, ya sea porque: (i) el tribunal decidió aplicarlas sobre la base de su competencia para regular el proceso; (ii) éstas han sido contempladas en los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones (APPIs), Acuerdos de Complementación Económica (ACEs) o de Libre Comercio con capítulos referidos a inversiones (TLCs); o (iii) por que han sido incluidas en las reglas de arbitraje seleccionadas (por ejemplo, en el caso del Convenio del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversiones –Convenio CIADI)¹⁶.

of money involved [...] For the reasons, there is now a general consensus that the public has a legitimate and substantial interest in investment arbitrations involving states". DELANEY, Joachim y Daniel BARSTOW MAGRAW. "Procedural transparency". En: MUCHCINSKY, Peter. "The Oxford Handbook of International Investment Law". Oxford: Oxford Press. 2008. pp. 723-724. Por su parte, Stern ha señalado que: "The question remains whether the trend will continue and target other areas. Will amici curiae also be called upon to intervene in disputes between two private parties? Nothing should preclude this from happening, if these disputes involve public interests". STERN, Brigitte. "Civil society's voice in the settlement of international economic disputes". En: ICSID Review 22. p. 347.

¹⁴ SABATER, Anibal. "Toward Transparency in Arbitration". En: Berkeley Journal of International Law Publicist 5. 2010. pp.48-53. El autor también señala que no hay evidencia que permita corroborar que bajo las nuevas reglas de transparencia los arbitrajes de inversiones estén siendo resueltos de una manera más justa, expeditiva o efectiva.

¹⁵ CARON, David. "The UNCITRAL Arbitration Rules: A commentary". Oxford: Oxford University Press. 2006. p. 33; "Privacy is conceded with limiting the rights of third parties (i.e. persons other than the arbitrators, the parties and possible witnesses) to attend meetings, hearings and to generally know about or participate in the arbitration, while confidentiality refers to the obligation of arbitrators and the parties not to divulge information relating to the contents of the proceedings, relevant documents or the awards itself". ZOELLNER, Carl-Sebastian. "Third-Party participation (NGO's and Private Persons) and transparency in ICSID Proceedings". En: HOFMANN, Rainer Hofmann. "The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking stock after 40 years". Germany: Nomos. 2007. p. 180.

¹⁶ "In the absence of transparency provisions in the applicable substantive law, the procedural norms of the arbitration facility determine the degree of openness in the respective proceedings". ZOELLNER, Carl-Sebastian. Op.cit. p. 185; "In general, the scope of confidentiality of the proceedings will be determined both by the applicable arbitration rules and the agreement of the parties. This means that there is a floating spectrum of potential confidentiality obligations which crystallize when procedural 'details' are settled". MISTELIS, Loukas. "Confidentiality and third party participation". En: Arbitration International 21. p. 224. Al respecto, Kinnear señala que: "It seems preferable to ensure transparency through clearly expressed treaty obligations, rather than through ad hoc mechanism. In particular, this ensures that transparency applies to all participants in the same way (assuming symmetrical obligations are expressed) and that all parties know what to expect in advance of the process". KINNEAR, Meg. "Transparency and third party participation in investor-State dispute settlement". 2005.

A continuación nos centraremos en dos aspectos, el primero destinado a abordar el alcance de un sistema de transparencia (confidencialidad y privacidad), acceso y publicación de los documentos, audiencias públicas, intervención de terceros y la regulación de la transparencia en el ordenamiento peruano; y el segundo, relativo a cómo se encuentra regulada la transparencia en los tratados sobre inversiones celebrados por el Estado peruano (APPIs, ACEs y TLCs). En este segundo aspecto, pondremos particular énfasis en las reglas de transparencia en el marco del Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

II. ALCANCE DE LA TRANSPARENCIA EN LOS ARBITRAJES INVERSIONISTA-ESTADO

A. Acceso y publicación de documentos

Antes de analizar los supuestos de “acceso” y “publicación” de documentos debe precisarse que se trata de dos conceptos diferentes pero que se encuentran íntimamente relacionados. El acceso a los documentos implica que el tribunal (o la instancia administrativa correspondiente) prevea las condiciones necesarias para que se pueda tomar conocimiento del contenido de los documentos cuando éstos sean requeridos. Por otro lado, la publicación conlleva una acción más proactiva de parte del tribunal (o la instancia administrativa correspondiente) a través de la cual se pondrá a disposición del público en general la documentación (por ejemplo, a través del otorgamiento de copias o difusión en una página Web).

Cabe destacar que cada uno de estos conceptos tendrá un impacto diferente en el desarrollo y administración no sólo del proceso arbitral en sí mismo, sino también luego de su culminación (costos y manejo administrativo para su conservación).

La discusión sobre el acceso y publicación de los documentos se centra básicamente en cuatro aspectos: (i) la determinación de

qué documentos pueden ser de acceso y/o publicados; (ii) quiénes pueden tener acceso a los documentos; (iii) el momento en que se daría el acceso o la publicación; y, (iv) las medidas que garanticen la protección de la información protegida.

Entre los documentos que son utilizados en el marco de un proceso de arbitraje inversionista-Estado se encuentran tanto aquellos que son presentados por las Partes, como los que son elaborados por el propio tribunal arbitral o a pedido de éste. Asimismo, incluye los documentos que puedan ser presentados por terceros no litigantes que participen en el proceso (*Amicus Curiae*). Entre éstos se encuentran los siguientes: la notificación de arbitraje; la respuesta a la notificación de arbitraje; las peticiones y escritos de las partes; las declaraciones de testigos; dictámenes de peritos; los medios probatorios; desgravaciones de las audiencias; las presentaciones a cargo de terceros no litigantes; los laudos, decisiones y órdenes del tribunal arbitral.

Como se puede apreciar no todos los documentos antes señalados resultan relevantes para el público. En principio, serán aquellos documentos que contengan elementos sustantivos (de la controversia) los que justifican una mayor demanda de acceso y/o publicidad. Entre éstos, destacan los siguientes: la notificación de arbitraje (en tanto permite conocer las partes en la controversia, la fuente de la cual se deriva – tratado o acuerdo–, el tema de la controversia y los hechos que la sustentan); las peticiones de las Partes (por ejemplo, en caso de medidas provisionales); y los laudos del tribunal (por los razonamientos y decisiones que en ellos se establecen).

Respecto de la publicación de los laudos, el Comité de Inversiones de la OECD ha señalado que ésta contribuirá al futuro desarrollo de un cuerpo de jurisprudencia que permitirá a los inversores y a los Estados receptores entender cómo los acuerdos de inversión son interpretados y aplicados, de manera que finalmente contribuyan a tener un sistema más predecible y coherente¹⁷.

¹⁷ OECD. “Transparency and third party participation in investor-State dispute settlement procedures”. Statement by the OECD Investment Committee. 2005. p. 11.

Por otro lado, se puede observar que existen algunos actores que tienen un mayor interés por acceder a la documentación en tanto que éstos posteriormente podrán tener un eventual involucramiento en el proceso (*Amicus Curiae*). Esto requerirá un análisis que deberá hacer el tribunal respecto de cada caso, en tanto que la relevancia de los actores estará en función de las circunstancias particulares que se presenten.

En cuanto al momento en que podrá darse el acceso a los documentos y/o su publicación, algunos estiman que debería realizarse al concluir el proceso de manera que no se ponga en riesgo su desarrollo (politización). Además, ello igual permitiría que se vean realizados varios de los objetivos que se pretenden alcanzar con un sistema de transparencia (control posterior de la administración pública, dar a conocer la interpretación efectuada sobre el tribunal sobre las disposiciones de los APPIs, ACEs o TLCs, favorecer la consistencia en las decisiones de futuros tribunales, conocimiento de los árbitros y sus posiciones jurídicas, entre otros).

Por otro lado, un sistema de acceso y/o publicación posterior a la emisión del laudo podría perjudicar la participación de terceros en el proceso (*Amicus Curiae*). Así, puede señalarse que el acceso a la mayor información posible sobre la controversia permitirá a éstos tener mejores insumos para efecto de preparar sus escritos y que, por su parte, el tribunal pueda beneficiarse efectivamente de ellos.

Finalmente, cabe destacar la dificultad que puede presentarse para la publicación de determinados documentos en tanto que éstos no constituyan documentos escritos (instrumentos), así como las medidas que se deberán adoptar a fin de llevarlos a ese formato (transcripciones).

B. Acceso a las audiencias

Al acceso a las audiencias se le suele denominar como participación de terceros de carácter pasivo, en tanto que éstos no realizan ninguna actividad frente al tribunal arbitral (a diferencia de la de carácter activo que se lleva a cabo a través de la participación de *Amicus Curiae* o de Estados Partes no Litigantes).

Las modalidades que se pueden presentar para que terceras partes puedan acceder a las audiencias públicas resultan diversas. Así, se les puede permitir el acceso a las salas donde sesiona el tribunal arbitral; establecer un sistema de circuito cerrado y pasar la audiencia en un espacio que se pone a su disposición (lo que garantiza que no se vaya a alterar el orden en la sala de audiencias); y finalmente a través de un soporte mediático (sistema de *Webcast*). En cuanto al acceso en función de la segunda y tercera modalidades señaladas, éste se puede llevar a cabo de manera inmediata (de forma simultánea a la audiencia) o diferida (luego que concluya).

Finalmente, existe la opción de que no se establezca un sistema visual de acceso (como el previsto en las tres modalidades antes señaladas), sino que se ponga a disposición del público las desgravaciones de las actas de las audiencias.

C. Participación de terceros (*Amicus Curiae*)

La institución del *Amicus Curiae* ("Amigo de la Corte") tiene una larga historia y ha sido recogida en diversos ordenamientos nacionales. Asimismo, en el ámbito internacional también ha sido reconocida en diverso grado y alcance (por ejemplo, en la Organización Mundial del Comercio (OMC)¹⁸ y en los sistemas regionales de protección de derechos humanos¹⁹).

¹⁸ En el marco de la OMC el "Entendimiento sobre Solución de Diferencias" (Anexo 2) establece con carácter general en su artículo 17.9 que: "El Órgano de Apelación, en consulta con el Presidente del OSD y con el Director General, establecerá los procedimientos de trabajo y dará traslado de ellos a los Miembros para su información". Asimismo, en el apéndice 3 se dispone que: "[...] 6. Todos los terceros que hayan notificado al OSD su interés en la diferencia serán invitados por escrito a exponer sus opiniones durante una sesión de la primera reunión sustantiva del grupo especial reservada para tal fin. Todos esos terceros podrán estar presentes durante la totalidad de dicha sesión. [...] 9. Las partes en la diferencia, y cualquier tercero invitado a exponer sus opiniones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, pondrán a disposición del grupo especial una versión escrita de sus exposiciones orales. [...] 10. En interés de una total transparencia, las exposiciones, las réplicas y las declaraciones mencionadas en los párrafos 5 a 9 se harán en presencia de las partes. Además, las comunicaciones escritas de cada parte, incluidos los comentarios sobre la parte expositiva del informe y las respuestas a las preguntas del grupo especial, se pondrán a disposición de la otra u otras partes".

¹⁹ El artículo 44 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, titulado "Planteamientos de *Amicus Curiae*", establece que: "1. El escrito de quien desee actuar como *amicus curiae* podrá ser presentado

Cabe destacar que los *Amicus Curiae* no son “expertos”, “testigos” o “peritos” (los que pueden ser requeridos por las propias Partes en la controversia o por el tribunal), ni les corresponde determinar cómo se deben interpretar los hechos del caso o la normativa aplicable (labor propia del tribunal). Así, a través de la institución del *Amicus Curiae* se permitirá a un tercero, que no es parte en la controversia, participar en ella con el propósito de que proporcione información o puntos de vista jurídicos que permitan al tribunal tener mayores elementos para la toma de sus decisiones. Cabe destacar que la participación del *Amicus Curiae* puede efectuarse de diversas maneras, pero la forma más común es a través de la sumisión de documentos escritos.

La presentación de *Amicus Curiae* no se limita a la intervención de ONGs, sino que se da de manera general a cualquier actor de la sociedad civil²⁰, los Estados, las Organizaciones Internacionales y a otros sujetos de derecho internacional²¹.

En el ámbito internacional, y de manera específica en el caso del arbitraje inversionista-Estado, se puede observar que la institución del *Amicus Curiae* ha tenido una evolución más en la práctica que desde una perspectiva normativa, siendo los tribunales arbitrales quienes ante peticiones planteadas durante los procesos han tenido que abordar su regulación²².

En el asunto de Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. el tribunal expresó su entendimiento sobre la participación de los *Amicus Curiae*, así indicó que: “En esos casos, una persona que no es parte en la diferencia ofrece, en calidad de ‘amigo’, proporcionar a la corte o tribunal sus perspectivas especiales, argumentos, o conocimientos especializados sobre la controversia, usualmente en forma de un escrito o presentación *amicus curiae* [...] Su papel tradicional en un procedimiento contencioso es ofrecer a la autoridad decisoria argumentos, perspectivas y conocimientos especializados que las partes litigantes tal vez

al tribunal, junto con sus anexos, a través de cualquiera de los medios establecidos en el artículo 28.1 del presente Reglamento, en el idioma de trabajo del caso, y con el nombre del autor o autores y la firma de todos ellos; 2. En caso de presentación del escrito del *amicus curiae* por medios electrónicos que no contengan la firma de quien los suscribe, o en caso de escritos cuyos anexos no fueron acompañados, los originales y la documentación respectiva deberán ser recibidos en el tribunal en un plazo de 7 días contados a partir de dicha presentación. Si el escrito es presentado fuera de ese plazo o sin la documentación indicada, será archivado sin más tramitación; 3. En los casos contenciosos se podrá presentar un escrito en calidad de *amicus curiae* en cualquier momento del proceso pero no más allá de los 15 días posteriores a la celebración de la audiencia pública. En los casos en que no se celebra audiencia pública, deberán ser remitidos dentro de los 15 días posteriores a la resolución correspondiente en la que se otorga plazo para la remisión de alegatos finales. El escrito del *amicus curiae*, junto con sus anexos, se pondrá de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la Presidencia; 4. En los procedimientos de supervisión de cumplimiento de sentencias y de medidas provisionales, podrán presentarse escritos del *amicus curiae*”; La Regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional establece que: “1. La Sala, si lo considera conveniente para una determinación adecuada de la causa, podrá en cualquier etapa del procedimiento invitar o autorizar a un Estado, a una organización o a una persona a que presente, por escrito u oralmente, observaciones acerca de cualquier cuestión que la Sala considere procedente; 2. El Fiscal y la defensa tendrán la oportunidad de responder a las observaciones formuladas de conformidad con la subregla 1; 3 La observación escrita que se presente de conformidad con la subregla 1 será depositada en poder del Secretario, que dará copias al Fiscal y a la defensa. La Sala fijará los plazos aplicables a la presentación de esas observaciones”; En el marco del Sistema Europeo el artículo 36 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, titulado “Intervención de terceros”, establece que: “1. En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, la Alta Parte Contratante cuyo nacional sea demandante tendrá derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en la vista; 2. En interés de una buena administración de justicia, el Presidente del tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista; 3. En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa podrá presentar observaciones por escrito y participar en la vista”.

²⁰ Incluye personas naturales y jurídicas.

²¹ Por ejemplo, en el asunto AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. v. Hungría, el tribunal arbitral admitió la participación de la Comisión Europea como *Amicus Curiae*. ICSID Case No. ARB/07/22.

²² “Investment treaty arbitration has evolved over the past decade with respect to *amicus curiae* participation, but it has largely been an evolution of practice, not structure”. ALEXANDROV, stanimir y Marinn, CARLSON. “The opportunity to be heard: Accommodating *amicus curiae* participation in investment treaty arbitration”. En: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS. “Liber Amicorum Bernado Cremades”. Madrid: La Ley. 2010. p. 63.

no presenten, con el propio sito de ayudarla a tomar una decisión”²³.

Si bien se suele emplear la terminología de “terceras partes”, ello no significa que se les vaya a otorgar este estatus en el proceso. En este sentido, la participación de terceros como *Amicus Curiae* no conllevará que éstos se conviertan en “partes” en el proceso²⁴.

En cuanto a los elementos que sirven de sustento para el reconocimiento de la institución de *Amicus Curiae*, el tribunal arbitral en el asunto Methanex Corporation consideró los siguientes: (i) el interés público que se derivaba no sólo por ser una de las partes en la controversia un Estado, sino en particular por el contenido de la materia objeto

de la controversia²⁵; y (ii) la participación hace que el sistema creado a través del tratado (APPI, ACE o TLC) sea percibido de manera más abierta y transparente, ya que de ser visto como confidencial o privado resultaría perjudicial²⁶.

Al respecto, Harrison recoge las siguientes razones para apoyar la presentación de *Amicus Curiae* en el marco de un arbitraje inversionista-Estado: “This survey has found four core functions: the provision of specialist legal expertise, particularly ‘about matters outsider the court’s core competence’; the provision of factual information relevant to the case of which the court might not otherwise be aware; access to proceedings to persons who might be affected by the

²³ Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina, Caso CIADI ARB/03/19. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. 19 de mayo de 2005. párrafos 8 y 13. Posteriormente, el tribunal indicó que: “Dichos ‘argumentos, perspectivas y conocimientos especializados’ pueden referirse al derecho, a los hechos, o a la aplicación del derecho a los hechos”. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina, Caso CIADI ARB/03/19. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. 12 de febrero de 2007. párrafo 20; “[...] the classical reason for allowing non-disputant parties to file *amicus curiae* brief is to inform the court about additional aspects of a case which are important, but have not been reflected in the parties’ own submissions –be it because they lacked the necessary expertise, be it because as a party, their individual interest in the outcome of the case did not accommodate ramifications of a claim that concern ‘the public interests’, be it because they deliberately chose to. Therefore, third party participation is primarily deemed to increase the information available to a tribunal, thereby leading to a better informed and thus ideally better quality decision”. ZOELLNER, Carl-Sebastian. Op.cit. p.198.

²⁴ El tribunal arbitral en el asunto Methanex Corporation precisó que “... in the Tribunal’s view, its receipt of written submissions from a person other than the Disputing Parties is not equivalent to adding that person as a party to the arbitration”. Methanex Corporation v. United States of America. Decision of the Tribunal on Petitions from third persons to intervene as “*amicus curiae*”. 15 de enero de 2001. párrafo 30. United Parcel Service of America INC v. Canada. Decision of the Tribunal on petitions for intervention and participation as *Amicus curiae*. 17 de octubre de 2001. párrafo 43. “Un *amicus curiae* es un voluntario, un amigo de la corte, pero no es una parte”. Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina. Caso CIADI ARB/03/19. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. 19 de mayo de 2005. párrafo 12. “... the ICSID Rules do not, in terms, provide for an *Amicus curiae* ‘status’, in so far as this might be taken to denote a standing in the overall arbitration Akin to that of a party, with the full range of procedural privileges that that might entail [...] It also follows that a ‘non-disputing party’ does not become a party to the arbitration by virtue of a tribunal’s decision under Rule 37, but is instead afforded a specific and defined opportunity to make a particular submission”. Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania, Caso CIADI ARB/05/22. Procedural Order 5. 2 de febrero de 2007. “The first and foremost limit on non-disputing party interventions is that the non-disputing parties are not parties *per se*, but instead mere participants at most”. OBADIA, Eloise. “Extension of proceedings beyond the original parties: non disputing party participation in investment arbitration”. En: ICSID Review 22. p. 366.

²⁵ “There is an undoubtly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties. This is not merely because one of the Disputing Parties is a State [...] The public interest in this arbitration arises from its subject-matter”. Methanex Corporation v. United States of America. Decision of the Tribunal on Petitions from third persons to intervene as “*amicus curiae*”. 15 de enero de 2001.

²⁶ “There is also a broader argument, as suggested by the Respondent and Canada: the Chapter 11 arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent; or conversely be harmed if seen as unduly secretive. In this regard, the Tribunal’s willingness to receive *amicus* submissions might support the process in general and this arbitration in particular, whereas a blanket refusal could do positive harm”. Methanex Corporation v. United States of America. Decision of the Tribunal on Petitions from third persons to intervene as “*amicus curiae*”. 15 de enero de 2001. párrafo 49. Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22. Procedural Order 5. 2 de febrero de 2007, paras. 51, 54 y 55.

decision of the court or tribunal; and, finally, as a mechanism for allowing participation of those who are representing broader public interest consideration”²⁷.

A la fecha no existe un criterio uniforme en el marco de la solución de controversias inversionista-Estado para la participación de *Amicus Curiae*, variando éste no sólo respecto de las reglas aplicables al arbitraje (por ejemplo, si se emplea el Convenio CIADI, las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL o las de la Cámara de Comercio Internacional), lo dispuesto por las Partes (en los APPIs, ACEs o TLCs), lo acordado por las Partes litigantes (al momento de instalarse el tribunal) y, finalmente, de la capacidad discrecional de los tribunales arbitrales bajo su competencia para regular el desarrollo del proceso²⁸.

Se suele argumentar que la admisión de *Amicus Curiae* podría suponer una mayor carga para alguna de las partes en la controversia (en particular respecto del inversionista)²⁹. Sin embargo, ello no constituye un elemento que no pueda ser controlado por el tribunal arbitral, de manera que éste evite situaciones que pudieran generar una carga desproporcionada que altere el equilibrio que debe existir entre las partes en el proceso.

Un elemento que debe analizarse es la oportunidad, en el desarrollo del proceso arbitral, en que las peticiones para participar como *Amicus Curiae* deben presentarse al tribunal. Una respuesta general tiene el inconveniente de poder afectar casos específicos y las dinámicas individuales de cada proceso en función del objeto de la controversia y los aportes que los *Amicus Curiae* puedan realizar (jurisdicción, fondo o anulación, siendo algunas etapas más discutibles que otras).

Lo que es evidente es que el tribunal debe evitar que se presente una superposición de plazos de manera que pueda afectarse de algún modo la capacidad de las partes en la controversia para evaluar las peticiones, es decir, que se perturbe el curso del proceso o que se genere una carga que perjudique a una de las Partes en la controversia.

Para una adecuada participación de *Amicus Curiae* resulta fundamental que se hayan establecido las condiciones y procedimientos necesarios a fin de que el tribunal pueda considerarlos. Por ejemplo, si se presenta conjuntamente (dependiendo el número de potenciales peticionarios) o de manera individual; el formato (físico y/o electrónico); la extensión³⁰; el idioma a ser empleado; la entrega de anexos; los plazos para su presentación, entre otros³¹.

²⁷ HARRISON, Janes. “Human Rights arguments in Amicus Curiae submissions: Promoting social justice”. En: DUPUY, Pierre-Marie. “Human Rights in International Investment Law and Arbitration”. Oxford: Oxford University Press. 2009. p. 405.

²⁸ “At present, there is no formalized or systematic approach to dealing with the issue of amicus participation in State-investor arbitration [...] Thus, once some of the central regimes begin adopting more comprehensive guidelines on amicus participation, there is a strong chance that a degree of ‘cross-fertilization’ and harmonization will follow”. LEVINE, Eugenia. “Amicus Curiae in international investment arbitration: The implications of an increase in third-party participation”. En: Berkeley Journal of International Law 29. pp. 221-222.

²⁹ “Some analysts have expressed concern that amicus participation in the investor-State context has been exclusively pro-government and anti-investor. The author would suggest that this criticism is unfounded and that amicus participation has been from a variety of perspective”. KINNEAR, Meg. “Transparency and third party participation in investor-State dispute settlement”. 2005.

³⁰ Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22. Procedural Order 5. 2 de febrero de 2007. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina, Caso CIADI ARB/03/19. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*, 19 de mayo de 2005.

³¹ Al respecto, la Comisión de Libre Comercio en el marco del NAFTA ha fijado el siguiente procedimiento:

- “1. Cualquier parte no contendiente, que sea una persona de una Parte o que tenga una presencia importante en el territorio de una Parte, y que desee presentar una comunicación escrita ante un Tribunal (el “solicitante”) solicitará autorización del Tribunal para presentar esa comunicación. El solicitante anexará la comunicación a la solicitud.
2. La solicitud de autorización para presentar una comunicación: (a) se hará por escrito, será fechada y firmada por la persona que la presente, e incluirá la dirección y demás información que permita ponerse en contacto con el solicitante; (b) se limitará a 5 páginas mecanografiadas; (c) describirá al solicitante incluyendo, cuando sea pertinente, su membresía y condición jurídica (e.g. compañía, cámara de comercio u otro tipo de organización no gubernamental), sus objetivos generales, la naturaleza de sus actividades y cualquier

D. Las excepciones a la transparencia

En el marco de los arbitrajes inversionista-Estado pueden presentarse elementos que requieran el establecimiento de excepciones a la transparencia tanto para el acceso y publicación de documentos, así como para la participación de terceros durante las audiencias.

Para ello se requiere hacer un balance cuando el tribunal se encuentre frente a información que por su contenido es susceptible de gozar de un carácter “secreto”, “confidencial” o “reservado” (existe una diversidad de posibilidades en cuanto a su nomenclatura). Este carácter de “secreto”, “confidencial” o “reservado” puede derivarse de lo dispuesto

por el tratado (APPis, ACEs o TLCs) o por que así lo establece las normas que regulan el proceso (en tanto las reglas de arbitraje así lo dispongan o por remisión indirecta a la legislación de alguna de las Partes)³².

Lo señalado, puede hacer prever que se presenten situaciones en que las Partes no estén de acuerdo respecto de la calificación del tipo de información (que sea o no “secreta”, “confidencial” o “reservada”). Frente a ello, el tribunal deberá decidir si procede a poner a disposición del público la información requerida o si lo hace con las reservas del caso, es decir, omitiendo aquella información que caiga en alguno de los supuestos que la califican como “secreta”, “confidencial” o “reservada”.

organización matriz (incluida cualquier empresa que controle directa o indirectamente al solicitante); (d) revelará si el solicitante tiene o no alguna afiliación, directa o indirecta, con cualquier parte contendiente; (e) identificará a cualquier gobierno, persona u organización que haya proporcionado asistencia financiera o de cualquier otro tipo en la preparación de la comunicación; (f) especificará la naturaleza del interés que el solicitante tiene en el arbitraje; (g) identificará las cuestiones específicas de hecho o de derecho relativas al arbitraje que el solicitante aborda en su comunicación escrita; (h) explicará, con referencia a los factores previstos en el párrafo 6, las razones por las cuales el tribunal debería aceptar su comunicación; y (i) se redactará en uno de los idiomas del arbitraje.

3. La comunicación que presente una parte no contendiente: (a) será fechada y firmada por la persona que la presente; (b) será concisa y, en ningún caso excederá de 20 páginas mecanografiadas, incluidos sus apéndices; (c) contendrá una declaración precisa que sustente la posición del solicitante sobre las cuestiones respectivas; (d) sólo abordará cuestiones que estén en el ámbito de la disputa.
4. La solicitud de autorización de una parte no contendiente para presentar una comunicación y la comunicación misma serán entregadas a todas las partes contendientes y al Tribunal.
5. El tribunal fijará una fecha apropiada para que las partes contendientes opinen sobre la solicitud de autorización de una parte no contendiente para presentar una comunicación.
6. Al determinar si otorga autorización a una parte no contendiente para presentar una comunicación, el tribunal considerará, entre otras cosas, la medida en que: (a) la comunicación de la parte no contendiente podría asistir al tribunal en la resolución de las cuestiones de hecho o de derecho relativas al arbitraje, al ofrecer una perspectiva, un conocimiento o un criterio particulares distintos de los de las partes contendientes; (b) la comunicación de la parte no contendiente abordaría cuestiones que están en el ámbito de la disputa; (c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el arbitraje; y, (d) existe un interés público sobre el objeto del arbitraje.
7. El tribunal asegurará que: (a) cualquier comunicación de una parte no contendiente evite perturbar los procedimientos; y (b) tales comunicaciones no sean indebidamente gravosas para las partes contendientes ni las perjudiquen indebidamente.
8. El tribunal emitirá una decisión sobre si otorga autorización a una parte no contendiente para presentar una comunicación. Si otorga la autorización, el tribunal fijará una fecha apropiada para que las partes contendientes respondan por escrito la comunicación de la parte no contendiente. En esa fecha, las Partes del TLCAN no contendientes podrán abordar, conforme al artículo 1128, cualquier cuestión de interpretación del tratado que presente la comunicación de una parte no contendiente.
9. La autorización a una parte no contendiente de presentar una comunicación no requiere que el tribunal aluda a ella durante el arbitraje. La autorización a una parte no contendiente para presentar una comunicación tampoco da derecho a las partes no contendientes a realizar comunicaciones ulteriores en el arbitraje.
10. El acceso a documentos por las partes no contendientes que presenten solicitudes conforme a estos procedimientos se regirá por lo dispuesto en la Nota de la CLC del 31 de julio de 2001”. “Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la Participación de partes no contendientes. 7 de octubre de 2003”.

³² Por ejemplo, el artículo 42 del Convenio CIADI establece que: “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”; El artículo 35 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (2010) dispone que: “1. El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada [...] 3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato, de haberlo, y tendrá en cuenta cualquier uso mercantil aplicable al caso”.

Tratándose de audiencias el tribunal también deberá asegurarse de que cuando se haga referencia a información “secreta”, “confidencial” o “reservada” no se acceda a ésta (retirando a los terceros de la sala, editando la transmisión, ya sea por circuito cerrado o sistema *Webcast*, o tachando los textos en caso de desgravaciones).

Elemento de excepción a la transparencia está estrechamente vinculado al momento en que se determina el acceso a la documentación, ya que probablemente el tribunal se conformará en una etapa posterior a la presentación de la notificación de arbitraje. Así, de presentarse una controversia sobre el particular no existiría, en principio, una entidad que lo pueda resolver para ese entonces.

E. La transparencia y el acceso a la información pública en el ordenamiento peruano

El acceso a la información pública se encuentra regulado en el Perú a través de la Constitución de la República, cuyo artículo 5.4 reconoce el derecho de toda persona a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública.

Cabe destacar que el propio texto reconoce excepciones a este derecho al señalar que se exceptuarán las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

Por su parte la Ley 27806 (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública) establece que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o se encuentre en su posesión o bajo su control.

Asimismo, la citada Ley y su Reglamento (Decreto Supremo 043-2003-PCM) establecen ciertas excepciones. Entre éstas podemos encontrar las siguientes: (i) La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública (una vez

tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones); (ii) La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente; y (iii) La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso.

En el caso de la regulación general sobre el arbitraje en el Perú, el Decreto Legislativo 1071 establece que lo dispuesto en éste se aplicará a “los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria”. En cuanto a las audiencias el artículo 42.3 señala que “salvo acuerdo distinto de las partes o decisión del tribunal arbitral, todas las audiencias y reuniones serán privadas”. Asimismo, respecto del acceso a los documentos el artículo 51 dispone que en todos los arbitrajes regidos por el Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.

Por su parte, el Reglamento de la Ley 28933 que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (Decreto Supremo 125-2008-EF), establece que la información preparada u obtenida por asesores jurídicos, abogados o cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado; generada con ocasión de la representación de la República del Perú en los procesos a los que se refiere el Reglamento, tiene carácter confidencial.

Adicionalmente, la información que contiene consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo en el marco de una Comisión Especial en la etapa de negociaciones de trato directo, tiene carácter confidencial. Finalmente, el artículo 20 del Reglamento dispone que ningún aspecto de la información, comunicaciones y/o documentos (a que se refiere en su artículo 18) podrá ser revelado sin expresa autorización de la Comisión Especial, previa consulta con los abogados encargados.

F. Los costos de la transparencia

No cabe duda que el establecimiento de reglas de transparencia en el marco de los arbitrajes inversionista-Estado tendrá un impacto en la administración y conducción del proceso arbitral³³. Para ello, un aspecto central en el análisis de los efectos de establecer una regla de transparencia es el potencial incremento de los costos que se puedan generar durante el arbitraje, así como la determinación de quién deberá asumirlos.

Una primera observación es que los costos que se puedan generar no necesariamente serán iguales en todos los procesos arbitrales, sino que dependerán de cada caso y cómo se vayan desarrollando (en caso se presente alguna objeción a la jurisdicción, medidas provisionales, anulación, entre otros incidentes procesales).

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta es la selección de las reglas de arbitraje, y si se trata de un arbitraje *ad-hoc* o en el marco de una institución que administra el procedimiento. Así, por ejemplo, en el caso de un tribunal *ad-hoc* se requerirán una serie de elementos materiales (infraestructura) con los cuales no se suele contar (si el tribunal sesiona en una sala de conferencias de un hotel: cómo se

organiza una audiencia pública, las medidas de seguridad, entre otros aspectos). Mientras que de otro lado, un arbitraje institucionalizado puede beneficiarse de la logística con que ya cuenta la entidad que lo acoge y de financiarse sobre una base más regular.

Entre los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar los potenciales costos que se pueden derivar del establecimiento de una regla de transparencia destacan los siguientes: (i) creación y diseño de un sistema de “Registro” (o adaptar alguno existente); (ii) el costo del personal que trabajaría para la administración del Registro; (iii) alquiler del local para las audiencias (en tanto las audiencias se pueden prolongar y se requeriría de un espacio para cubrir la asistencia de las personas, en este último supuesto se deberá prever de mayor espacio en la sala de audiencia, un sistema de circuito cerrado o un sistema de *Webcast*)³⁴; (iv) medidas de seguridad adicionales; y, (v) costo de las interpretaciones, traducciones y desgravaciones.

Para la atribución de los costos que se generen a partir de los elementos señalados, pueden darse varias alternativas. Una solución directa sería estableciendo una regulación expresa en el tratado o seleccionando reglas de arbitraje que los regulen. En caso de silencio sobre el particular, tendrá que ser el propio tribunal quien determine al final del proceso cómo se asignarán los costos que se hayan derivado del proceso entre las partes. Sin embargo, un aspecto a tomar en consideración es que la atribución de costos en el marco de una norma sobre transparencia también dependerá de su alcance, ya sea que estemos ante un supuesto de confidencialidad o privacidad.

En el supuesto del establecimiento de un “Registro” resulta cuestionable que los costos de éste puedan ser atribuidos al inversionista en

³³ Al respecto, Fortier señala que: “We must not forget, in the momentum carrying us towards greater transparency, that there are costs to this trend, and the question of who bears those costs is a relevant to the legitimacy of the system as the goal of transparency itself. The cost-benefit analysis of increased transparency ought not to prevent the arbitration community from adopting proposals that are likely to improve the system's functioning and enhance its legitimacy”. FORTIER, Yves. “Investment protection and the rule of law: Change or decline?”. En: The British Institute of International and Comparative Law. London. 2009.

³⁴ En una estimación de gastos elaborada por el CIADI se presentan los siguientes costos (con una perspectiva muy conservadora: sede en Washington, audiencias de 8 horas diarias en el local del Banco Mundial durante horario de oficina, un sólo idioma sin servicios de interpretación, ni necesidades de videoconferencia): Estimación de transmisión en directo Webcast correspondiente a cinco días hábiles: US 15 750; por Circuito cerrado de radiodifusión: US14.250. A/CN.9/WG.II/WP.170/Add.1.

tanto que podría implicarle una carga excesiva, en particular respecto de su mantenimiento a lo largo del tiempo, así como para la delimitación del aporte que le correspondería a un caso de manera individual. Asimismo, los costos también dependerán de cómo se organice el sistema de “Registro” y sus procedimientos (si el acceso es físico o la información puede ser descargada directamente a través de una página de Internet, si se cobrase por copias o descargas).

III. LA TRANSPARENCIA EN LOS TRATADOS SOBRE INVERSIÓN

A. La transparencia en los APPIs, ACEs y TLC celebrados por el Perú

Los APPIs, ACEs y TLCs³⁵ celebrados por el Estado peruano contienen disposiciones diferentes sobre transparencia, de manera general, así como para el acceso a la información, su publicación y los mecanismos de participación de terceros (*Amicus Curiae* o en el caso de otro Estado Parte no litigante).

A diferencia de lo que sucede con algunos TLCs, los APPIs no suelen contener disposiciones sobre transparencia³⁶. En estos casos se estila presentar una referencia a las reglas bajo el marco del Convenio CIADI o las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (sin que necesariamente se establezca la versión de las Reglas aplicables) para que a través de éstas se regule el proceso arbitral.

El Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos de América contiene la regulación más detallada sobre transparencia. Así, en su artículo 10.21, titulado “Transparencia de las Actuaciones Arbitrales”, dispone que:

- “1. Con sujeción a los párrafos 2 y 4, el demandado, después de recibir los siguientes documentos, los entregará con

prontitud a las Partes no contendientes y los pondrá a disposición del público:

(a) la notificación de intención; (b) la notificación de arbitraje; (c) los alegatos, escritos de demanda y notas explicativas presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con el artículo 10.20.2 y 10.20.3 y el artículo 10.25; (d) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles; y (e) las órdenes, laudos y decisiones del tribunal.

2. El tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Sin embargo, cualquier parte contendiente que pretenda usar en una audiencia información catalogada como información protegida deberá informarlo así al tribunal. El tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger la información de su divulgación.
3. Nada de lo dispuesto en esta Sección exige al demandado que ponga a disposición información protegida o que proporcione o permita el acceso a información que pudiese retener de conformidad con el artículo 22.2 (Seguridad Esencial) o artículo 22.4 (Divulgación de Información).
4. Cualquier información protegida que sea sometida al tribunal deberá ser protegida de divulgación de acuerdo con los siguientes procedimientos:

(a) sujeto al subpárrafo (d), ni las partes contendientes ni el tribunal revelarán a ninguna Parte no contendiente o al público

³⁵ Por ejemplo se puede comparar el capítulo de inversiones de los ACEs y TLCs celebrados con Estados Unidos (artículo 10.21), Canadá (artículos 835 y 836), Chile (artículo 10.21), México (artículo 11.34 “Transparencia de las actuaciones arbitrales”), China (artículo 141 “Seguridad Esencial”). Los de Corea, Cuba y Singapur (no contienen una disposición específica sobre transparencia para la solución de controversias inversionista – Estado). Mención particular merece la regulación de la transparencia en el marco del APEC en donde si bien no se ha abordado directamente la transparencia en el marco de los arbitrajes inversionista-Estado diversos documentos adoptados apuntan a favorecer la transparencia de manera general: APEC Investment Facilitation Action Plan (IFAP) (2008/MRT/R/004) o los Estándares de Transparencia (Reporte de 2007).

³⁶ En una estimación de gastos elaborada por el CIADI se presentan los siguientes costos (con una perspectiva muy conservadora: sede en Washington, audiencias de 8 horas diarias en el local del Banco Mundial durante horario de oficina, un sólo idioma sin servicios de interpretación, ni necesidades de videoconferencia): Estimación de transmisión en directo Webcast correspondiente a cinco días hábiles: US 15 750; por Circuito cerrado de radiodifusión: US14.250. A/CN.9/WG.II/ WP.170/Add.1.

ninguna información protegida cuando la parte contendiente que proporciona la información la designe claramente de esa manera de acuerdo con el subpárrafo (b); (b) cualquier parte contendiente que reclame que determinada información constituye información protegida, lo designará claramente al momento de ser presentada al tribunal; (c) una parte contendiente deberá, en el mismo momento que presenta un documento que contiene información alegada como información protegida, presentar una versión redactada del documento que no contenga la información. Sólo la versión redactada será proporcionada a las Partes no contendientes y será pública de acuerdo al párrafo 1; y (d) el tribunal decidirá acerca de cualquier objeción en relación con la designación de información alegada como información protegida. Si el tribunal determina que dicha información no fue designada apropiadamente, la parte contendiente que presentó la información puede: (i) retirar todo o parte de la presentación que contiene tal información, o (ii) convenir en volver a presentar documentos completos y redactados con designaciones corregidas de acuerdo con la determinación del tribunal y con el subpárrafo (c). En todo caso, la otra parte contendiente deberá, cuando sea necesario, volver a presentar documentos completos y redactados, los cuales omitan la información retirada de conformidad con el (i) por la parte contendiente que presentó primero la información o redesignar la información de forma compatible con la designación realizada de conformidad con el (ii) de la parte contendiente que presentó primero la información.

5. Nada de lo dispuesto en esta Sección requiere al demandado negarle acceso al público a información que, de acuerdo a su legislación, debe ser divulgada.”

Como se puede apreciar, el referido artículo dispone que el Estado será siempre el responsable (según el TLC: “demandado” significa la Parte que es parte de una controversia relativa a una inversión) de ejecutar las disposiciones sobre acceso y publicación de los documentos. Sin embargo, no se precisa el mecanismo, procedimiento y forma cómo el “demandado” pondrá la documentación referida a disposición del público.

Un problema que se puede presentar es la diferencia temporal entre que se establece la obligación de poner a disposición del público la información (específicamente en lo referido a la notificación de intención) y la constitución del tribunal, ya que puede presentarse el escenario en donde, el inversionista o el Estado, presente información que la otra parte estime como “protegida” y que no lo haya sido así previsto por el demandante³⁷. Asimismo, no se ha regulado de manera expresa los supuestos de interacción de los sistemas nacionales con las medidas que pueda ordenar el tribunal y el tratamiento que tendrá la información “protegida” (tanto en el caso del arbitraje bajo el marco de Convenio CIADI como de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI), ya sea en el caso de establecimiento de medidas previsionales o para la ejecución del laudo.

Finalmente, un aspecto que puede presentarse es la potencial discusión sobre la aplicación de la cláusula de Nación más favorecida a las reglas de transparencia. En primer lugar ello dependerá de los términos establecidos en los respectivos APPIs, ACEs o TLCs y su alcance (ya sea que hagan referencia a las normas sustantivas, a todas las disposiciones del tratado sin distinción o incluyendo expresamente a las normas sobre solución de controversias).

Sin embargo, aunque se pueda haber contemplado explícitamente la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a las

³⁷ Artículo 10.16 (Sometimiento de una reclamación a arbitraje): “Por lo menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje de conformidad con esta Sección, el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje (“notificación de intención”). En la notificación se especificará: (a) el nombre y la dirección del demandante y, en el caso de que la reclamación se someta en representación de una empresa, el nombre, dirección y lugar de constitución de la empresa; (b) por cada reclamación, la disposición de este Acuerdo, la autorización de inversión o el acuerdo de inversión presuntamente violado y cualquier otra disposición aplicable; (c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación; y (d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados”.

disposiciones sobre solución de controversias, igual existen elementos que hacen muy cuestionable su aplicación. Al respecto, coincidimos con Bigge cuando señala que: “[...] a fundamental problem with attempting to use MFN to avoid transparency is the likely inability of an investor to show that non-transparency constitutes favorable treatment (este argumento puede ser empleado en sentido inverso, es decir, para su aplicación) [...] Such designations are not subject to MFN provisions in part because they are not substantive procedural choices that cannot easily be analogized to the ‘treatment’ provided by substantive Rights protection [...] The estate-parties’ inclusion of transparency requirements in an investment treaty is a quintessential public policy decision, and this is the third reason claimants would be heard-pressed to use MFN to dodge transparency requirements by investment agreements”³⁸.

B. La transparencia en el CIADI

En el marco del CIADI se ha dado una tendencia para favorecer una mayor transparencia en los procesos, tanto desde la práctica de los tribunales arbitrales como del propio Centro³⁹. En este sentido, las Reglas de Arbitraje han tenido diversas modificaciones a fin de, entre otros aspectos, establecer un sistema de solución de controversias que sea más transparente⁴⁰.

Debe tenerse presente que las decisiones de los tribunales arbitrales bajo el marco del Convenio CIADI no causan precedente

(*estare decisis*), y resultan de exclusiva aplicación a las partes en la controversia. Sin embargo, se reconoce en la práctica que las decisiones previas sí tienen un efecto sobre los razonamientos que elaboran los tribunales arbitrales. Al respecto, en el asunto Saipem el tribunal consideró que:

“The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law”⁴¹.

En cuanto a la interrogante de si el Convenio CIADI favorece de manera general la transparencia o la confidencialidad cabe destacar lo señalado en el asunto Biwater Gauff (Tanzania) LTD, en donde el tribunal indicó que:

“In the absence of any agreement between the parties on this issue, there is no provision imposing a general duty of confidentiality in ICSID arbitration, whether in the ICSID Convention, any of the applicable Rules or otherwise. Equally, however, there is no provision imposing a general rule of transparency or non-confidentiality in any of these sources”⁴².

³⁸ BIGGE, D.M. “Can investors use MFN to dodge transparency?” En: Transnational Dispute Management 8. 2011.

³⁹ PARRA, Antonio. “The development of the regulations and rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”. En: ICSID Review, Foreign Investment Law Journal 22. 2007. p. 65.

⁴⁰ “The 2006 amendments to Article 32 illustrate the balance between the traditional principle of privacy of proceedings and increasing demands for transparency”. REED, Lucy. “Guide to ICSID Arbitration”. The Netherlands: Wolters Kluwer, 2011. p.142.

⁴¹ Saipem v. Bangladesh. ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction, 21 de Marzo de 2007.

⁴² Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22. Procedural Order 3. 29 de septiembre de 2006. Esto ha sido señalado previamente en el asunto Metalclad Corporation, seguido bajo las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, al indicarse que: “There remains nonetheless a question as to whether there exists any general principle of confidentiality that would operate to prohibit public discussion of the arbitration proceedings by either party. Neither the NAFTA nor the ICSID (Additional Facility) Rules contains any express restriction on the freedom of the parties in this respect. Though it is frequently said that one of the reasons for recourse to arbitration is to avoid publicity, unless the agreement between the parties incorporates such a limitation, each of them is still free to speak publicly of the arbitration. It may be observed that no such limitation is written into such major arbitral texts as the UNCITRAL Rules or the draft Articles on Arbitration adopted by the International Law Commission [...]” Metalclad Corporation v. México. Decision on a request by the Respondent for an order prohibiting the Claimant from revealing information. Caso CIADI ARB/(AF)/97/1. 27 de octubre de 1997. párrafo 9.

1. Publicación del laudo

Durante los trabajos preparatorios para la elaboración del Convenio CIADI inicialmente no se había previsto una disposición relativa a la publicación de los laudos⁴³. Frente a ello, el representante de los Estados Unidos (Sr. Gourevith) consultó si es que el CIADI tendría la autoridad para publicarlos, ya que no obstante este silencio entendía que sí lo podría realizar. Por su parte, el Consejero General (Aron Broches) respondió que ese no era su entendimiento ya que pensaba que el CIADI no lo podría hacer si no tenía el consentimiento previo de las Partes⁴⁴.

Ante esta situación, el representante de los Estados Unidos recomendó que se incluyera un párrafo sobre el particular y sugirió el siguiente texto: "except as the parties otherwise agree, the Centre may publish arbitral awards". En respuesta a la propuesta formulada, el representante de la India (Sr. Lokur) sugirió el siguiente lenguaje alternativo: "the Centre shall not publish the award except with the consent of the parties". Luego de ser sometidas las propuestas a votación terminó por aceptarse el lenguaje formulado por la India⁴⁵.

El artículo 48.5 del Convenio CIADI establece que "el Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes". Asimismo, la Regla 48.4 de las Reglas de Arbitraje (2006) reitera esta disposición al señalar que:

"El Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del Tribunal"⁴⁶.

Como se puede apreciar, el CIADI deja en manos de las partes en la controversia la decisión final de optar por la publicación. Sin embargo, permite un mínimo de transparencia en tanto que el CIADI en sus publicaciones deberá incluir extractos de las decisiones aunque una de las partes no quiera la publicación de éstos.

Cabe destacar que a diferencia de las Reglas de Arbitraje (2003), la nueva Regla 48.4 de las Reglas de Arbitraje (2006) le ponen mayor presión al Secretario General a fin de que proceda "prontamente" a la publicación de los extractos del laudo. Así, como se indica en los comentarios a la Regla 48.4 (2006):

"The suggested changes would facilitate the prompt release of excerpts, by making their early publication mandatory, and clarify the wording of the provision. Prompt publication of the excerpts is particularly important in view of the increase in the number of pending cases at the Centre"⁴⁷.

Por otro lado, el artículo 48.5 del Convenio CIADI sólo se refiere a los laudos de los tribunales arbitrales por lo que existe una gama de documentos, tanto por parte del tribunal como de las Partes en la controversia, que pueden producirse durante el proceso que no se encontrarían expresamente regulados. En lo que refiere a la actuación del CIADI, Schreuer ha señalado que:

"Other decisions of the tribunal such as recommendations of provisional measures (Art. 47), preliminary decisions on jurisdiction (Art. 41) or procedural orders are not, strictly, awards (see para. 28 supra). But it would be illogical to withhold awards from publication while releasing interim decisions some of

⁴³ Z-13. Documents concerning the origins and the formulation of the International Convention for the Settlement of Investment Disputes. Volumen II. Parte 2. p. 911.

⁴⁴ SID/LC/SR/16 (30/12/64) Summary Proceedings of the Legal Committee Meeting of December 8. 1964. Documents concerning the origins and the formulation of the International Convention for the Settlement of Investment Disputes. Volumen II. Parte 2. p. 817.

⁴⁵ SID/LC/SR/16 (30/12/64) Summary Proceedings of the Legal Committee Meeting of December 8, 1964. Documents concerning the origins and the formulation of the International Convention for the Settlement of Investment Disputes. Volumen II. Parte 2. p. 817.

⁴⁶ La Regla 48.4 de las Reglas de Arbitraje (2003) establecían: "El Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, el Centro podrá incluir en sus publicaciones extractos de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal".

⁴⁷ Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations. Working Paper of the ICSID Secretariat. 12 de mayo de 2005.

which contain extensive discussion of the factual and the legal issues in dispute and will ultimately be incorporated into the award (see Art. 41, para. 78). For purposes of their publication, the Centre has treated these decisions in the same way as awards"⁴⁸.

Cabría analizar la posibilidad de que una de las Partes en la controversia decida hacer público el laudo u otros documentos del tribunal⁴⁹. Este supuesto se encuentra fuera del marco de aplicación del Convenio CIADI en tanto que no lo regula de manera directa, ya que el artículo 48.5 del Convenio CIADI se refiere exclusivamente a las responsabilidades que tiene el Centro⁵⁰.

Un elemento que ha sido motivo de discusión en el marco del Convenio CIADI es la publicación de documentación o hacer referencia explícita a información por una de las Partes mientras se desarrolla el proceso arbitral. Frente a ello, ha ocurrido que la otra Parte ha terminado solicitando al tribunal que adopte medidas provisionales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 47 del Convenio CIADI y en la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje (2006), a fin de evitar que ello suceda o que se repita.

Puede ocurrir que en el marco del tratado (APPI, ACE o TLC) se hayan establecido disposiciones sobre transparencia (confidencialidad), por lo que éstas tendrán que ser observadas por las Partes en la controversia. Asimismo, puede darse el caso que la transparencia (confidencialidad) no hayan sido abordadas en el tratado pero que las Partes en la controversia hayan decidido,

a través de un acuerdo dentro del proceso (por ejemplo en la primera audiencia), determinadas medidas sobre el particular. Finalmente, un tercer supuesto es que no se haya acordado nada en lo relativo a la transparencia (confidencialidad).

Al respecto, en el asunto Biwater Gauff (Tanzania) LTD el tribunal indicó que en estos casos se requiere efectuar un balance entre dos intereses que pueden resultar en competencia: "The need for transparency in treaty proceedings such as these, and the need to Project the procedural integrity of the arbitration"⁵¹.

De manera general, el tribunal agregó que:

"It is self-evident that the prosecution of a dispute in the media or in other public foro, or the uneven reporting and disclosure of documents or other parts of the record in parallel with a pending arbitration, may aggravate or exacerbate the dispute and may impact upon the integrity of the procedure. This is all the more so in very public cases, such as this one, where issues of wider interest are raised, and where there is already substantial media coverage, some of which already being the subject of complaint by the parties"⁵².

Este análisis debe efectuarse caso por caso y dependerá además del estado particular de la controversia (es decir que deberá evaluarse a lo largo del proceso). Asimismo, deberá ponderarse el tipo de material que se pretende difundir o haya sido difundido (laudo, decisiones, ordenes, directivas,

⁴⁸ SCHREUER, Christoph. "The ICSID Convention: A commentary". Cambridge: Cambridge University Press. 2012. pp. 837-838.

⁴⁹ "Nothing, however, precludes a party to an ICSID dispute from voluntarily publishing the contents of an award". VANDELVELDE, Kenneth. "Bilateral Investment Treaties". Oxford: Oxford Press. 2010. p. 452. "Because Art. 48(5) of the convention is addressed to ICSID only, however, the parties remain free to make awards available to the public unless they have agreed otherwise. Consequently, even if one party does not consent to ICSID publishing the award, the other party frequently releases it for publication in the International Legal Materials or other venues". ZOELLNER, Carl-Sebastian. Op.cit. pp. 191-192.

⁵⁰ Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22, Procedural Order 3. 29 de septiembre de 2006. Al respecto, Schreuer ha señalado lo siguiente: "Article 48(5) is addressed to the Centre only. While it is clear that ICSID will not publish an award without the parties' consent, Article 48(5) does not enjoin the parties from releasing the award. The parties may agree to keep an award confidential. But if they do not, each party is free to make the award available to the public". SCHREUER, Christoph. "The ICSID Convention: A commentary". Cambridge: Cambridge University Press. 2012. p. 836.

⁵¹ Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22, Procedural Order 3. 29 de septiembre de 2006.

⁵² Ibidem.

transcripciones de las audiencias, materiales presentados por las partes en la controversia, correspondencia entre el tribunal y las partes)⁵³.

De otro lado, la Regla 22 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI establece respecto a la labor de publicación que le confiere al Secretario General lo siguiente:

“1) El Secretario General publicará de manera apropiada información sobre las actividades del Centro, incluyendo el registro de todas las solicitudes de conciliación y de arbitraje y, en su debida oportunidad, una indicación de la fecha y manera de terminación de cada procedimiento. 2) Si ambas partes en un procedimiento consienten en la publicación de: a) los informes de las Comisiones de Conciliación; b) los laudos; o c) las actas y demás actuaciones del procedimiento, el Secretario General hará los arreglos necesarios para que estos documentos sean publicados con miras a fomentar el desarrollo del derecho internacional en materia de inversiones”.

Como se puede apreciar de la citada Regla 22, el Consejo Administrativo del CIADI reconoció expresamente la relación que existe en lo que respecta a la publicación de información relativa a un proceso arbitral y el desarrollo del derecho internacional en materia de inversiones⁵⁴.

Por su parte, la Regla 23 del Reglamento Administrativo y Financiero dispone que:

“1) El Secretario General mantendrá, de acuerdo con las reglas que promulgará, Registros separados de las solicitudes de conciliación y de las solicitudes de arbitraje. En ellos anotará toda la información significativa sobre la iniciación, conducción, y disposición de cada procedimiento,

incluyendo en particular el método de constitución y la integración de cada Comisión, Tribunal y Comité. En el Registro de Arbitrajes se anotará también toda la información significativa concerniente a las solicitudes de suplementación, rectificación, aclaración, modificación o anulación de cada laudo, y cualquier otra resolución que suspenda su ejecución; 2) Cualquier persona podrá inspeccionar los Registros. El Secretario General promulgará reglas sobre el acceso a los Registros y un arancel de los derechos que cobrará por el suministro de extractos certificados o no, del mismo”.

Al poder acceder el público al Registro, se asegura un grado mínimo de transparencia en tanto que podrá conocer del registro de solicitudes de arbitraje o conciliación, así como los miembros que formarán parte del tribunal arbitral.

2. Audiencias

Respecto a las audiencias orales la Regla 32.2 de las Reglas de Arbitraje (2003) establecía que: “El Tribunal decidirá, con el consentimiento de las partes, cuáles otras personas pueden asistir a las audiencias, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal”.

En el asunto de Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. el tribunal rechazó la solicitud formulada por cinco organizaciones no gubernamentales (ONGs) de acceder a las audiencias en tanto que no se contara con el consentimiento de ambas partes en la controversia, supuesto que no se había presentado al haber el demandante rechazado el citado pedido (Argentina expresó su conformidad con permitir el acceso a las audiencias)⁵⁵.

⁵³ “There will always be an element of procedural maneuverings between the parties particularly in cases involving large sums at stake and at times the distinction between legitimate strategic battle and steps aggravating a dispute is not that easy to draw”. WOOLHOUSE, Sarita. “Transparency and procedural integrity of arbitration – The Biwater Tribunal’s balancy act”. En: Transnational Dispute Management. 3. 2006.

⁵⁴ Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22. Procedural Order 3. 29 de septiembre de 2006.

⁵⁵ Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina. Caso CIADI ARB/03/19. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. 19 de mayo de 2005, párrafo 6.

Luego de que fueran modificadas las reglas de arbitraje, la Regla 32.2 de las Reglas de Arbitraje (2006) establece que:

“Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal, asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de información privilegiada o protegida”.

La enmienda realizada no altera el fondo, es decir, que las Partes en la controversia seguirán siendo las que determinen la posibilidad de permitir el acceso a terceros a las audiencias. Sin embargo, en la versión previa (2003) se requería una manifestación expresa de consentimiento de las Partes⁵⁶, siendo ahora más bien un sistema inverso de consulta que genera una presunción a favor de la autorización por parte del tribunal sin que se requiera el consentimiento expreso de ambas partes⁵⁷. Cabe destacar que la Regla no establece que los Estados deban explicar las razones en las que sustentan su objeción.

3. Participación de *Amicus Curiae*

Respecto a la participación de terceros (*Amicus Curiae*), la Regla 37 de las Reglas de Arbitraje (2006) establece que:

“Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla “parte no contendiente”)

que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida: a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia; b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia; c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento.

El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente”.

En cuanto a la terminología empleada “parte no contendiente”, ésta no tiene como propósito ni conlleva que se asuma al *Amicus Curiae* como una “parte” más en la controversia, sino que se trata del uso de una expresión que ya venía siendo empleada.

En este sentido, Antonietti señala que: “For the sake of consistency and in order to use exactly the same concept in the three official languages of the Centre, it was decided to use in English “non disputing party”, in French “partie non-contestante” and in Spanish “parte no contendiente”. This was also done with the intention of avoiding any possible confusion with legal concepts used in other regimes”⁵⁸.

⁵⁶ “Second, the consent required of the Parties to grant the request is not present. Although the Tribunal did not received any indication that such consent may be forthcoming, the Tribunal remains open to any initiative from the parties in this regard”. *Aguas del Tunari v. Bolivia*. Caso CIADI ARB/02/03. Carta del Presidente del Tribunal. 29 de junio de 2003.

⁵⁷ “Indeed, the only difference seems to be that while before open hearings could only be instituted in case of an explicit consensus of the parties, it is now the absence of a veto that suffices, i.e., one could view the new system as one of an implicit ‘tacit consent’ presumption. Nevertheless, effective party control of the privacy of hearings has been preserved by the member governments”. ZOELLNER, Carl-Sebastian. Op. cit. Loc. cit. “While explicit consent of the parties is no longer necessary, each party retains a veto right by way of objection to non-parties being allowed to attend”. Andrew de Lotbinière McDougall and Ank Santens. ICSID Amends its Arbitration Rules. 2006.

⁵⁸ ANTONIETTI, Aurelia. “The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules”. En: ICSID Review. Foreign Investment Law Journal 21. 2006. p. 436.

Por otro lado, el reconocimiento de la figura de *Amicus Curiae* tampoco implica que se establezca un deber de aceptarlos de manera automática por parte del tribunal, ya que se trata simplemente de la posibilidad de su presentación bajo una serie de condiciones previas que tendrán que verificarse para que éstos puedan ser aceptados⁵⁹.

Antes de que se adoptaran las Reglas de Arbitraje (2006) sobre la base del artículo 44 del Convenio CIADI⁶⁰, el tribunal arbitral en el asunto Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. señaló que para aceptar la participación de un *Amicus Curiae* se requería:

“a) la pertinencia del objeto del caso; b) la aptitud de cada persona que no sea parte para desempeñarse en calidad de *Amicus curiae* en ese caso; y c) el procedimiento utilizado para llevar a cabo y analizar la presentación *Amicus*. El Tribunal considera que la adecuada aplicación de esos criterios permitirá balancear el interés de terceros no contendientes a expresar sus opiniones, y proteger, al mismo tiempo, el derecho sustantivo y procesal de las partes contendientes a un proceso arbitral

justo, ordenado y expedito”⁶¹.

Cabe destacar que los requisitos señalados en la Regla 37 de las Reglas de Arbitraje (2006) no constituye una lista exhaustiva (enumeración cerrada), lo cual se refleja en la propia redacción de “entre otras cosas”⁶².

Un elemento que deberá determinarse es cuándo es que se presenta una controversia en la que existe un interés público, y por ende justifique la participación de *Amicus Curiae*⁶³ (para ello se podría tomar en consideración la fuente de la cual se deriva la controversia, es decir, si es de un contrato o de un APPI, ACE o TLC).

En cuanto a la aptitud de las personas que pueden presentar *Amicus Curiae*, en el asunto Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. el tribunal indicó que:

“[...] el Tribunal sólo aceptará dichas presentaciones cuando sean realizadas por personas que establezcan, a entera satisfacción del mismo, que poseen los conocimientos especializados, la experiencia

⁵⁹ “The second important limit on non-disputing party interventions is that request to file submissions are not granted automatically but rather on the basis of met conditions”. OBADIA, Eloise. “Extension of proceedings beyond the original parties: non disputing party participation in investment arbitration”. En: ICSID Review 22. p. 367. FERNANDEZ MASIA, Enrique. “Primeras aplicaciones de las nuevas reglas de arbitraje del CIADI sobre transparencia y participación de terceros en el procedimiento arbitral”. En: Transnacional Dispute Management 6. 2009.

⁶⁰ “Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal”.

⁶¹ Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina, Caso CIADI ARB/03/19, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. 19 de mayo de 2005.

⁶² “It bears noting that the fundamental criteria stipulated by the ICSID Tribunal, namely the presence of a public interest and an appropriate friend, are not reproduced or explained as such in the new rule” [...] It should also be noted that the wording of the factors that a tribunal must take into account in order to render its decision does not include very specific directives in this regard. Thus, point (b) appears to be somewhat superfluous, insofar as it is difficult to envision a friend of the court intervening in a matter that is unrelated to the dispute. Similarly, point (c) also appears to be irrelevant with regard to the decision of the tribunal, insofar as one cannot readily envision a non-disputing party intervening in a dispute as an *amicus curiae* if it does not have a significant interest in the matters raised in the dispute”. STERN, Brigitte. “Civil society’s voice in the settlement of international economic disputes”. En: ICSID Review 22. p. 341.

⁶³ Por ejemplo, en el asunto Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A., el Tribunal determinó que por tratarse de una controversia que giraba en torno a los sistemas de distribución de agua y alcantarillado de una extensa zona metropolitana de la ciudad de Buenos Aires y de municipios aledaños que involucran servicios públicos básicos para millones de personas, y que podrían plantear cuestiones complejas de derecho público e internacional, incluida consideraciones relativas a derechos humanos, el resultado de esta controversia podría tener un potencial resultado de afectar el funcionamiento de estos sistemas y en consecuencia a la población que los utiliza. Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina. Caso CIADI ARB/03/19. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. 19 de mayo de 2005. párrafo 19.

y la independencia necesaria para contribuir a la solución del caso”⁶⁴.

Como se puede apreciar, en el marco del arbitraje bajo el Convenio CIADI no se distingue a las personas que pueden presentarse como *Amicus Curiae*, es decir, que puede ser una persona natural, jurídica y, de manera general, cualquier entidad que cumpla con los requisitos anteriormente señalados por el tribunal⁶⁵.

La petición que los solicitantes deberán presentar al tribunal para que éste determine su participación como *Amicus Curiae* deberá contener, siguiendo lo dispuesto en el asunto Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A., la siguiente información:

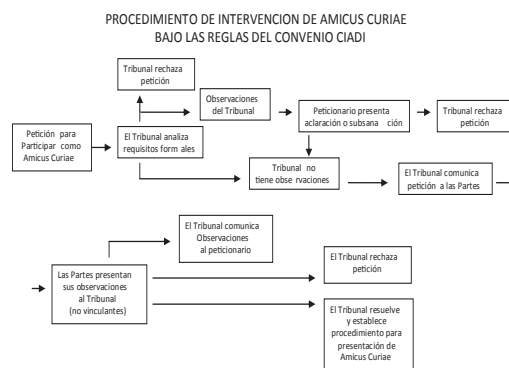
“a) La identidad y los antecedentes del peticionario, su composición si se trata de una organización, y la naturaleza de su relación, si la hubiera, con las partes en la diferencia; b) La naturaleza del interés del peticionario en el caso; c) Si el peticionario ha recibido apoyo financiero u otro apoyo material de cualquiera de las partes o de cualquier persona vinculada con las partes en el caso que nos ocupa; d) Las razones por las cuales el Tribunal debería aceptar el escrito *amicus curiae* del peticionario”⁶⁶.

Respecto del estándar aplicable para efecto de determinar si el escrito que presente el *Amicus Curiae* debe ser aceptado, en tanto

éste pueda asistir a la labor del tribunal, en el asunto Biwater Gauff (Tanzania) LTD se indicó que éste debe ser uno de “*reasonable potencial*” (tener un potencial razonable)⁶⁷.

Un elemento que estará vinculado a la participación de *Amicus Curiae* es el nivel de acceso a la documentación relativa al caso a la que éstos puedan acceder para efecto de elaborar sus presentaciones. Para ello existen varias posibilidades, ya sea que el acceso a los documentos se encuentre expresamente regulado en el tratado (APPI, ACE o TLC) o, en su defecto, en virtud de la remisión a un sistema de reglas de solución de controversias (por ejemplo, el Convenio CIADI o las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI).

Al respecto, el tribunal en el asunto Biwater Gauff (Tanzania) LTD consideró que dado que el caso había concertado una gran atención de los medios y que la información sobre éste ya había sido publicada, no estimaba necesario que se permitiera en esa etapa del proceso el acceso a los documentos⁶⁸.



⁶⁴ Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina, Caso CIADI ARB/03/19. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. 19 de mayo de 2005. párrafo 24.

⁶⁵ Así, por ejemplo, en el asunto AES Summit Generation Limited, AES – Tisza Erőmű Kft v. Hungary. Caso CIADI ARB/07/22. El Tribunal Arbitral aceptó la solicitud de la Comisión Europea para presentarse como *Amicus Curiae*.

⁶⁶ Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina, Caso CIADI ARB/03/19. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. 19 de mayo de 2005. párrafo 25.

⁶⁷ Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22. Procedural Order 5. 2 de febrero de 2007. párrafo 50.

⁶⁸ “This has been a very public and widely reported dispute. The broad policy issues on which the Petitioners are especially qualified are ones which are in the public domain, and about which each Petitioner is already very well acquainted. These, after all, are the very issues that have led to their application to intervene in these proceedings. None of these types of issue ought to require—at least for the time being—disclosure of documents from the arbitration”. Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22. Procedural Order 5. 2 de febrero de 2007. párrafo 65.

C. La transparencia en la reglas de arbitraje de la CNUDMI

Si bien las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI fueron concebidas para el caso de arbitrajes comerciales⁶⁹, con el paso de los años se comenzaron a incluir, junto con otras reglas de arbitraje, en el marco de los APPIs, ACEs y TLCs a fin de que sirvieran como referente en la solución de controversias inversionista-Estado.

Las Reglas de Arbitraje (1976) no contemplaban disposiciones sobre la transparencia en el arbitraje, sino que se limitaba a regular algunos aspectos específicos de las diversas actuaciones procesales, que en algunos casos se vinculaban a ciertos elementos sobre

transparencia⁷⁰. Así, por ejemplo en el caso de peticiones de *Amicus Curiae*, en el asunto Methanex Corporation el tribunal señaló que:

“There is nothing in either the UNCITRAL Arbitrations Rules or Chapter 11, Section B, that either expressly confers upon the Tribunal the power to accept Amicus submissions or expressly provides that the Tribunal shall have no such power”⁷¹.

En ese sentido, la posibilidad de que el tribunal aceptara la presentación de *Amicus Curiae* dependía de la norma general sobre regulación del proceso prevista en el artículo 15.1 de las Reglas de Arbitraje (1976)⁷². Asimismo, el tribunal precisó que

⁶⁹ El parágrafo operativo 1 de la resolución A/RES/31/98 establece “Recomienda el uso del Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional para el arreglo de las controversias que surjan en el contexto de las relaciones comerciales internacionales, especialmente mediante referencia a dicho Reglamento de arbitraje en los contratos comerciales”.

⁷⁰ “Since Articles 25(4), 31(2) and 32(5) of the Rules affirmatively address discrete aspects of the arbitral process (the hearing, the deliberations, and the award), we concluded that they alone cannot give rise to a general duty of confidentiality”. CARON, David. “The UNCITRAL Arbitration Rules: A commentary”. Oxford: Oxford University Press. 2006. p. 34.

⁷¹ Methanex Corporation v. United States of America. Decision of the Tribunal on Petitions from third persons to intervene as “*amicus curiae*”. 15 de enero de 2001, párrafo 24. United Parcel Service of America INC v. Canada. Decision of the Tribunal on petitions for intervention and participation as *Amicus curiae*. 17 de octubre de 2001. párrafo 63. Como resultado del caso, la Comisión de Libre Comercio emitió la siguiente interpretación: “Habiendo revisado la operación de los procedimientos que se han llevado a cabo conforme al capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, la Comisión de Libre Comercio adopta las siguientes interpretaciones del Capítulo XI, con el objeto de aclarar y reafirmar el significado de algunas de sus disposiciones:

“A. Acceso de documentos:

1. Nada de lo dispuesto en el TLCAN impone una obligación general de confidencialidad para las partes contendientes en un arbitraje al amparo del capítulo XI, y, sujeto a la aplicación del artículo 1137(4), nada de lo dispuesto en el TLCAN impide a las Partes otorgar acceso al público a documentos presentados ante un tribunal constituido conforme al capítulo XI o expedidos por él.
2. En aplicación de lo anterior:
 - a. De conformidad con el artículo 1120(2), las Partes del TLCAN acuerdan que nada de lo dispuesto en las reglas de arbitraje pertinentes impone una obligación general de confidencialidad o impide a las Partes otorgar acceso al público a documentos presentados ante un tribunal constituido conforme al capítulo XI, o expedidos por él, salvo las excepciones específicas y limitadas previstas expresamente en esas reglas;
 - b. Cada Parte acuerda poner a disposición del público, de manera oportuna, todos los documentos presentados ante un tribunal constituido conforme al capítulo XI o expedidos por él, sujeto a la exclusión de: i. la información comercial reservada; ii. la información confidencial o que esté protegida de ser divulgada de otra forma conforme a las leyes de la Parte; y; iii. la información que la Parte deba reservar de conformidad con las reglas de arbitraje pertinentes, según éstas se apliquen.
 - c. Las Partes reafirman que, en conexión con los procedimientos arbitrales, las partes contendientes podrán revelar a otras personas aquellos documentos, de los cuales no se haya excluido información, que estimen necesarios para la preparación de sus casos. No obstante, las partes contendientes deberán asegurarse de que esas personas protegerán la información confidencial de dichos documentos.
 - d. Las Partes también reafirman que los gobiernos del Canadá, los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América pueden compartir con funcionarios de sus respectivos gobiernos federal, estatales o provinciales todos los documentos pertinentes en el curso de los procedimientos de solución de controversias establecidos conforme al capítulo XI del TLCAN, incluida la información confidencial.
3. Las Partes confirman que nada de lo dispuesto en esta interpretación se entenderá en el sentido de obligar a alguna Parte a proporcionar o dar acceso a información que dicha Parte pueda reservar de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2102 ó 2105 [...]”. Comisión de Libre Comercio del TLCAN. Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11, 31 de julio de 2001.

⁷² Artículo 15.1.- Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada

se debía tener en cuenta que la aceptación de la participación de *Amicus Curiae* podría incrementar significativamente los costos del arbitraje, así como eventualmente generar una mayor carga a una de las Partes en la controversia. Por lo que estos dos elementos requerían ser cuidadosamente analizados y ponderados para efecto de que pudiera llegarse a admitir o rechazar las presentaciones⁷³.

Por otro lado, respecto de las audiencias orales el artículo 25.4 de las Reglas de Arbitraje (1976) establece que las audiencias se celebrarán a puerta cerrada (*in camara*), a menos que las partes acuerden lo contrario. En este sentido, el tribunal en el asunto Methanex Corporation rechazó la solicitud para permitir la asistencia en las audiencias orales dado que una de las partes en la controversia (Methanex Corporation) no había dado su consentimiento para ello⁷⁴.

Paulatinamente en el marco de la CNUDMI se ha iniciado una fuerte corriente para efecto de abordar el tema de la transparencia en los arbitrajes. Así, durante el 41 período de sesiones de la CNUDMI (2008) hubo un acuerdo general sobre la conveniencia de estudiar la regulación de la transparencia en los arbitrajes entablados entre Estados e inversionistas privados en el marco de tratados⁷⁵. Sin embargo, se acordó que el tema fuera nuevamente abordado cuando se culminara la revisión del Reglamento de Arbitraje (1976)⁷⁶.

Luego de que la CNUDMI aprobara la versión revisada del Reglamento de Arbitraje (2010),

encomendó a su Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) la tarea de preparar un texto jurídico sobre el tema de la transparencia⁷⁷. El interés de la CNUDMI en la materia es evidente en tanto que existe un significativo número de tratados (APPIs, ACEs y TLCs) que establecen mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado con la alternativa de acudir al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y se puede prever que esta práctica continúe para los tratados que en el futuro se celebren.

Al respecto, el Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales ha señalado, específicamente sobre la labor del citado Grupo de Trabajo en materia de transparencia, que:

"[...] we are looking at the transparency or the lack thereof in arbitration processes with regard to disputes that raise human rights and other public policy issues. I am therefore greatly interested by your own review of the UNCITRAL Arbitration Rules and the place that transparency of process and outcomes might have in cases of investor-state disputes. From the perspective of my mandate, adequate transparency where human rights and other state responsibilities are concerned is essential if publics are to be aware of proceedings that may affect the public interest. Indeed, such transparency lies at the very foundation of what the United Nations and other authoritative entities have been promulgating as the precepts of good governance"⁷⁸.

etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

⁷³ Methanex Corporation v. United States of America. Decision of the Tribunal on Petitions from third persons to intervene as "amicus curiae". 15 de enero de 2001. párrafo 50.

⁷⁴ *Ibid.* párrafo 42.

⁷⁵ El proyecto de reglamento solamente se centra en aquellos arbitrajes que se derivan de tratados. En este sentido, en principio quedarían fuera de este régimen las controversias inversionista-Estado que tengan como fuente un contrato con cláusula arbitral bajo reglas de la CNUDMI, a menos que las partes decidan incorporarlas (en tanto las disposiciones puedan ser compatibles).

⁷⁶ A/CN.9/646 párrafos 57 y 70.

⁷⁷ "[...] el mandato encomendado al Grupo de Trabajo debería limitarse a la preparación de unas reglas jurídicas uniformes acerca de la transparencia en los arbitrajes entablados entre inversionistas y un Estado en el marco de un tratado". Asimismo, se convino "(...) en que, sin rebasar los límites de ese mandato, el Grupo de Trabajo tratara de identificar todo otro tema referente a los arbitrajes entablados entre inversionistas y un Estado en el marco de un tratado que pudiera ser objeto de una labor adicional por parte de la Comisión". A/65/17. párrafo 191.

⁷⁸ Statement of the UN Secretary-General's Special Representative on Business and Human Rights, Mr. John Ruggie, to the UNCITRAL Working Group II (Arbitration and Conciliation). 48th session. New York. 2008.

Para este efecto, el Grupo de Trabajo II inició la preparación de un texto jurídico sobre una norma de transparencia solicitando la opinión de los Estados, Observadores e Instituciones arbitrales. El proceso de negociaciones sigue en curso sobre la base de la propuesta de proyectos de artículos presentada por la Secretaría⁷⁹.

Las discusiones se han orientado en primer lugar a determinar la forma (resultado final) que adoptaría el proyecto de norma jurídica sobre transparencia (artículos o guía). Al respecto, existe un consenso para apoyar que el texto se convierta en un proyecto de artículos (anexo al Reglamento de Arbitraje o *stand-alone rules*), pero ello se encuentra sujeto al ámbito de aplicación que se pretenda otorgarles (diversos Estados han indicado que si el ámbito de aplicación alcanza a los tratados ya existentes, entonces preferirían que se trate de una guía).

Un segundo tema que concentró la atención durante las negociaciones es el proyecto de artículo 1 relativo al “ámbito de aplicación”. En particular, respecto de la posible aplicación del proyecto de norma sobre transparencia a los tratados ya existentes y los futuros que se celebren⁸⁰, así como su aplicación específica (arbitrajes bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI) o general (en función de cualquier norma de arbitraje). Dados los diferentes puntos de vista de los Estados y en aras de buscar una alternativa de consenso⁸¹, el Presidente del Grupo de Trabajo II ha invitado a los Estados a considerar el siguiente acercamiento. Para los tratados de inversión que se concluyan luego de la fecha de entrada en vigor de la norma sobre transparencia (tratados futuros) una referencia general a las reglas de arbitraje de la CNUDMI implicará la aplicación de las normas sobre transparencia, a menos que los Estados Partes acuerden otra cosa, como por ejemplo escogiendo una versión previa del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (como las de 1976 o 2010); y, en el caso de los ya existentes, la norma sobre

transparencia solamente se aplicará cuando las Partes hayan consentido expresamente para ello (dejando en claro en la redacción que no se podrá efectuar una interpretación dinámica a los tratados existentes para una eventual aplicación de las reglas de transparencia)⁸².

En cuanto a la publicación de información al inicio del procedimiento arbitral, se acordó que la publicación de la notificación del arbitraje y la respuesta a ésta se realizase luego de que el tribunal arbitral se constituyese. Para ello, todas las Partes en la controversia tendrán la obligación de enviar la notificación de arbitraje al “Registro” y éste publicará la información cuando reciba la notificación de cualquiera de las Partes (nombre de las partes en la controversia, el sector económico involucrado y el tratado que se aplica). Esta posición está en consonancia con la regulación de los límites a la transparencia, ya que podrían presentarse discrepancias respecto a la calificación de la información como “secreta-confidencial-reservada” entre las partes litigantes y de publicarse previamente por el “Registro” no existiría un tercero (tribunal arbitral), para ese entonces, que pudiera resolverla.

Entre los aspectos que todavía están pendientes de ser abordados se encuentran los siguientes: (i) publicación de los laudos arbitrales (proyecto de artículo 4); (ii) presentaciones a cargo de terceros (proyecto de artículo 5); (iii) presentación de una parte en el tratado que no sea litigante (proyecto de artículo 6); (iv) audiencias (proyecto de artículo 7); (v) excepciones a la norma de transparencia (proyecto de artículo 8); y, (vi) establecimiento del “Registro”.

Respecto a la participación de terceros (*Amicus Curiae*) debe tenerse en cuenta que ésta, en la medida de lo posible, no debe generar una carga para las partes en la controversia, de manera que la eficiencia y celeridad del proceso arbitral pueda verse

⁷⁹ Ver documentos: A/CN.9/WG.II/WP.159, A/CN.9/WG.II/WP.160, A/CN.9/WG.II/WP.162, A/CN.9/WG.II/WP.163, A/CN.9/WG.II/WP.164, A/CN.9/WG.II/WP.166, A/CN.9/WG.II/WP.167, A/CN.9/WG.II/WP.169, A/CN.9/WG.II/WP.169/Add.1, A/CN.9/WG.II/WP.170 y A/CN.9/WG.II/WP.170/Add.1.

⁸⁰ El mandato del Grupo de Trabajo alcanza no sólo a los tratados futuros sino también a los ya existentes.

⁸¹ Las recomendaciones del Grupo de Trabajo II se adoptan por consenso y en caso éste no se pueda alcanzar se regresa a la situación previa, lo que significaría que no se establezca una norma sobre transparencia.

⁸² A/CN.9/741 parágrafo 54.

perjudicada. Por ejemplo, en el arbitraje se puede haber pactado más de un idioma para su conducción y en el caso de presentación de documentos por parte de terceros el proyecto actualmente sólo requiere que se realice por escrito en uno de los idiomas del arbitraje lo cual tendrá un impacto dado que los documentos deberán ser traducidos (costo y tiempo).

Asimismo, debe analizarse la conveniencia de establecer el momento procesal en que se permitiría la participación de terceros a fin de evitar interrupciones a lo largo del proceso. Finalmente, otro elemento que debe evaluarse es si resulta necesario que el tribunal arbitral tenga que analizar necesariamente todas las peticiones de *Amicus Curiae* que puedan ser presentadas.

En cuanto a la participación del Estado Parte no litigante debe preverse que éstos deberán prepararse internamente a fin de poder atender oportunamente estas situaciones (procedimiento que no está claramente regulado en la legislación peruana). Debe tenerse presente que una cosa es la participación del otro Estado Parte no litigante a fin de que tenga la posibilidad de expresar su interpretación de las disposiciones del tratado, y otra cosa su involucramiento respecto de los hechos que son materia de controversia (reminiscencias de la figura de la protección diplomática).

En cuanto a las excepciones a la norma de transparencia el proyecto de artículo 8.2.c

establece que la información “de carácter confidencial o delicado” consiste en aquella que no puede ponerse a disposición del público con arreglo a la legislación de una de las partes litigantes (falta precisar si se refiere a la del Estado litigante o a la del Estado del cual el inversionista es nacional).

La existencia de un “Registro” no es una propuesta nueva, en tanto que en diversos APPIs, ACEs y TLCs se ha previsto disposiciones sobre transparencia en las que quedaba en manos de los propios Estados Partes en el tratado establecer mecanismos para dar la publicidad de la documentación (por ejemplo, en el caso del NAFTA). Si bien la existencia de una o varias instituciones que se puedan encargar del registro podría asegurar una mayor “independencia”, ello no necesariamente resulta cierto y su implementación conlleva delicados aspectos logísticos que deben ponderarse (costos, acuerdos interinstitucionales que deberán ser concertados, supuestos de responsabilidad en caso de manejo indebido o pérdida de la documentación, accesibilidad de la institución encargada del registro, tiempo en que se mantendrá la información en el Registro, entre otros).

Dado el estado actual de las negociaciones se puede prever que éstas todavía continúen, por lo que se deberá seguirse con atención cómo se van desarrollando en el marco del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), así como la posición que sobre el particular el Perú adopte ya que ello tendrá significativas repercusiones tanto para los inversionistas como para la organización interna del Estado.



themis.pe



Visítanos en:



abogados

Gonzalez & Asociados

CONSULTORES LABORALES



LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL ESTATAL (LO QUE NO SE VE)

Crosbby Buleje Díaz*

“Todos nos quejamos del tráfico. Esto es interesante por una razón inusual. La industria automovilística privada ha sido capaz de producir todos aquellos autos que los usuarios quieren conducir, sin embargo, el Estado no ha sido capaz, aparentemente, de crear un sistema adecuado de autopistas”.^{**} Ya son veinte años de vigencia del Decreto Legislativo 757 –Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada– y, debido a su trascendental importancia, hay mucho por decir.

En el presente artículo, el autor hace un análisis jurídico y económico del contexto en el que se promulgó el mencionado decreto, de sus implicancias y de la intervención del Estado en la economía, la que podría tener efectos nocivos en el ejercicio de la libre iniciativa privada, dependiendo del rol que asuma el Estado. En ese sentido, sostiene que existen mecanismos alternativos a la actividad empresarial estatal que podrían representar soluciones bastante más beneficiosas para la sociedad. Finalmente, señala que el Estado debe cumplir un rol fundamental, estableciendo un adecuado marco institucional que cumpla con garantizar las libertades y los derechos individuales de las personas.

* Abogado. Asistente en la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Adjunto de Cátedra en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

** FRIEDMAN, Milton. “Why government is the problem?” Estados Unidos: Hoover Press.1993. p. 5.

I. INTRODUCCIÓN

Queremos iniciar el presente trabajo reconociendo la trascendental labor de la Asociación Civil THĒMIS en difundir la importancia del Decreto Legislativo 757 –Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada– cuya relevancia en nuestro país, a pesar de los más de 20 años de vigencia, ha sido muy poco comentada. Sin embargo, en base a nuestra experiencia profesional y diversos documentos de trabajo, podemos afirmar que el Decreto Legislativo 757 ha sido uno de los sustentos mejor y más sólidamente empleados para fomentar el crecimiento económico del Perú.

Así, en esta oportunidad, analizaremos el Decreto Legislativo 757 como marco normativo de promoción de la libre iniciativa privada frente al rol subsidiario de la actividad empresarial del Estado. En ese sentido, en primer lugar, entenderemos el contexto en el cual se promulgó dicha norma con el objetivo de comprender el objeto de su emisión. En segundo lugar, estudiaremos cómo se gesta la intervención del Estado en la economía. En tercer lugar, analizaremos lo que se entiende por actividad empresarial estatal, cuál ha sido su desarrollo en las últimas décadas en nuestro país y cómo esta impacta sobre el ejercicio de la libre iniciativa privada. Ello significa, necesariamente, estudiar el carácter subsidiario que le corresponde a la actividad empresarial estatal que está consagrado en la Constitución Política de 1993. Finalmente, en base a todo lo anterior, podremos emitir una opinión respecto de si la actividad empresarial estatal sigue un camino congruente con el fomento del crecimiento económico del país o si es que existen caminos alternativos.

II. CONTEXTO POLÍTICO Y ECONÓMICO DEL PAÍS ANTES DEL DECRETO LEGISLATIVO 757

Para comprender el objetivo de la emisión del Decreto Legislativo 757 es necesario comprender el contexto político y económico en el cual se emitió dicha norma. En ese sentido, debemos realizar un sucinto repaso acerca de cómo se gestaba el Perú en los años anteriores.

Entre el final de la década del sesenta y la

del setenta, el Estado impulsó fuertemente el rol que cumplía en el mercado mediante una participación arbitraria y discrecional. En ese sentido, el Estado se atribuyó facultades exorbitantes con el objeto de estatizar varios sectores productivos. Por ejemplo, se controló el tipo de cambio monetario, se inició la reforma agraria, se impulsó la actividad empresarial estatal, entre otros.

Todas estas medidas económicas estuvieron respaldadas por el marco legal referido al régimen económico establecido en la Constitución Política de 1979. Así, dicha norma establecía lo siguiente:

“Artículo 111.-

El Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio.”

“Artículo 112.-

El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionadas, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características.”

“Artículo 113.-

El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.” [El énfasis es nuestro]

“Artículo 114.-

Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reservas de dichas actividades en favor de los peruanos.” [El énfasis es nuestro]

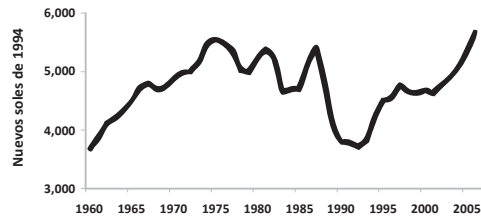
Como se puede observar, dicho régimen económico establecía que el Estado podría realizar actividad empresarial sin límite alguno y, más aún, podía excluir los agentes privados de desarrollar actividad económica en determinados sectores. En otras palabras, se permitía que el Estado pueda establecer monopolios legales en la economía. Cabe precisar que uno de los efectos que se

atribuyó a dicha política económica fue que la inflación pasó de ser 6% en 1969 a 73.9% en 1978¹.

En 1985 se inició un nuevo periodo presidencial. A pesar de ciertos intentos por reactivar la orden de mercado en el periodo intermedio², se continuó con la implementación de medidas populistas, tales como la elevación de la remuneración mínima vital, la fijación administrativa de las tasas de interés y de los precios de varios bienes y servicios, la emisión mayor de dinero, la estatización de la banca, el mayor impulso de la actividad empresarial del Estado, entre otros. Por otro lado, se dejó de pagar la deuda externa, lo que generó que el Fondo Monetario Internacional expulsara al país del mercado financiero internacional. Todas estas medidas habrían producido que, en 1990, la inflación alcanzara niveles de hasta 7,650%³.

Como se puede apreciar, durante aquellos años, el Estado implementó un conjunto amplio de medidas intervencionistas y populistas. Una consecuencia de dicha intervención en la economía fue la distorsión en los precios, lo que generó la peor inflación en la historia peruana. Por otra parte, existen indicadores económicos adicionales que nos permiten inferir cuáles fueron los efectos de dichas medidas. Por ejemplo, del siguiente cuadro podemos observar cómo es que la productividad de la sociedad se desarrolló durante la década del ochenta en comparación con años anteriores y posteriores. Así, se puede desprender que, a finales de dicho periodo, la productividad del país estuvo en un nivel bastante bajo.

Gráfico 1
PBI Per Cápita del Perú: 1960-2006
(En nuevos soles de 1994)



Fuente: Crecimiento, Productividad y eficiencia de la Inversión. 2009. Elaboración: Carlos Eduardo Paredes⁴

Otro indicador que nos permite evaluar los posibles efectos de las medidas gestadas durante los setenta y ochenta es el nivel de pobreza de la sociedad. Sobre el particular, podemos apreciar incrementos significativos que se produjeron en los niveles de pobreza (de 35% en 1970 a 55% en 1991) y pobreza extrema (de 15% en 1970 a 24% en 1990)⁵.

Considerando esta data, podríamos señalar que la intervención del Estado en el orden de mercado antes de la década del noventa, que además estuvo amparada en el marco constitucional vigente en dicho periodo, habría generado un efecto negativo sobre el bienestar de la sociedad.

Dentro de dicha etapa de caos económico y social, cabe analizar cuál era el desarrollo de la actividad empresarial estatal. Al respecto, cabe señalar que en 1968 existían alrededor de cuarenta empresas estatales. No obstante, para 1975, el número de empresas públicas ascendía aproximadamente a 175⁶, en mayor parte, a raíz de las expropiaciones de

¹ Fuente: Banco Central de Reserva del Perú (BCRP).

² Cabe precisar que, entre 1980 y 1985, durante el gobierno de Fernando Belaunde Terry, se intentó reactivar el orden de mercado mediante tímidas privatizaciones. No obstante, el efecto fue poco significativo.

³ Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).
En: <http://www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0069/c1.htm>.

⁴ PAREDES, Carlos Eduardo. "Crecimiento, productividad y eficiencia de la inversión en el Perú". Lima: Instituto del Perú. 2009. p. 10.

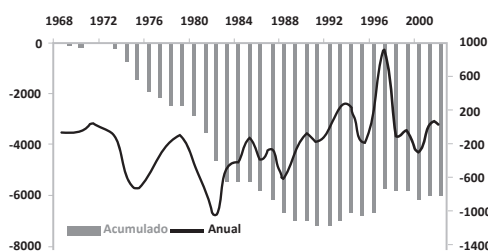
⁵ Los porcentajes para 1970 fueron estimados sobre la base de los cálculos de Adolfo Figueroa. FIGUEROA, Adolfo. "Integración de las Políticas de Corto y Largo Plazo". En: Economía 23. 1989. Fuente: Figueroa (1989) y Moncada (1996).

⁶ STRAFACE, Fernando y Ana BASCO. "La Reforma del Estado en el Perú". Lima: Working Paper para el Banco Interamericano de Desarrollo. 2006.
En: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1004083>.

empresas privadas realizadas por el Estado. Para 1990, existían 186 empresas estatales que se desempeñaban en distintos sectores del mercado, principalmente en el sector de hidrocarburos, banca, telecomunicaciones y electricidad.

De cara a la eficiencia productiva de las empresas estatales durante esos años, cabe precisar que estas tenían pérdidas acumuladas en 1990 que ascendían a US\$ 17 738 millones, lo que representó el 67% del PBI de dicho año⁷, como se desprende del cuadro a continuación:

Gráfico 2
Pérdidas de Empresas Estatales del Sector no Financiero (1968-2002)
(En millones de dólares)



Elaboración: Instituto Peruano de Economía
Fuente: BCRP

Sin perjuicio de toda esta data que revelaba el desempeño calamitoso de las empresas estatales, podemos considerar determinados aspectos que también nos pueden dar una idea de dicha situación. Por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones, donde el Estado tenía el monopolio para la prestación del servicio, el costo para acceder a una línea telefónica era de US\$ 2 500 o, en su defecto, era necesario acudir al mercado negro. El nivel de penetración de los servicios de telefonía fija era de 1.9 líneas telefónicas por cada 100 personas, y, el tiempo de instalación de una línea era de aproximadamente tres años⁸.

En el caso del sector eléctrico, en el cual también existía un monopolio estatal, entre

1985 y 1990 no se gestó ningún proyecto hidroeléctrico y, asimismo, en 1990 el 47% de los peruanos no contaba con electricidad. En cuanto al sector hidrocarburos, a finales de los ochenta, sólo existían dos contratos de exploración petrolera, mientras que en otros países la cifra era cercana a 100 proyectos⁹.

Siendo así las cosas, después de atravesar este periodo de decadencia resultaba necesario reactivar el mercado. La data había demostrado que la incursión del Estado en la economía, tal como se venía gestando, no produjo beneficios a la sociedad y, por tal razón, se decidió reformar el régimen económico del país, privilegiando el impulso de la economía desde el sector privado.

En ese sentido, a inicios de los noventa, se implementó un conjunto de medidas relacionadas con la promoción de la participación del sector privado en el mercado. Entre las medidas que se adoptaron tenemos: la privatización de empresas públicas; la promoción de la competencia entre agentes privados; el fortalecimiento de los entes reguladores; la reducción y centralización del gasto público; la reforma tributaria y aduanera; entre otras.

Como parte de esta reforma del régimen económico, hubo dos medidas legales que se adoptaron y a las cuales nos vamos a avocar por ser el objeto central del presente trabajo. La primera de ellas fue la aprobación, en 1991, del Decreto Legislativo 757. Las disposiciones pertinentes de esta norma fueron las siguientes:

“Artículo 1.-

La presente Ley tiene por objeto garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las Leyes.” [El énfasis es nuestro]

⁷ ABUSADA, Roberto; CUSATO, Antonio; y, Cinthya, PASTOR. “Eficiencia del Gasto en el Perú”. Lima: Instituto Peruano de Economía. 2008. p. 1.
En: http://ipe.org.pe/wp-content/uploads/2009/06/eficiencia_del_gasto_en_el_peru.pdf.

⁸ Fuente: Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL).

⁹ Fuente: Instituto Peruano de Economía.

En: <http://www.slideshare.net/ggarcianunez/empresas-publicas-sgn-ipe-5>.

“Artículo 6.-

Queda derogada toda reserva en favor del Estado, ya sea parcial o total, para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales, con excepción a las referidas a las áreas naturales protegidas. Tales reservas sólo procederán por causa de interés social o seguridad nacional, y deberán ser dispuestas expresamente mediante Ley del Congreso de la República o conforme a lo establecido en el artículo 54 del presente Decreto Legislativo.” [El énfasis es nuestro]

“Artículo 7.-

Cuando una misma actividad económica es realizada por el Estado y por empresas privadas, iguales condiciones son aplicables a ambos.

En ningún caso se otorgará a las empresas del Estado atribuciones de imperio o propias de la Administración Pública con excepción de las facultades que el Estado delegue para la cobranza coactiva de tributos.”

Como se puede apreciar, esta norma tuvo por objeto el privilegiar el libre ejercicio de la iniciativa privada en la economía. No obstante, lo establecido era contrario al régimen económico establecido en la Constitución de 1979 la cual, como vimos, dotaba al Estado de un poder exorbitantemente intrusivo en el mercado. Por tal razón, resultó necesario modificar la Constitución con igual finalidad. Es decir, con la de poder promover el crecimiento económico privilegiando la iniciativa privada. En ese sentido, la segunda de las medidas adoptadas estuvo referida al régimen económico constitucional, el cual se modificó en los siguientes términos:

“Artículo 58.- Economía Social de Mercado.

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.” [El énfasis es nuestro]

“Artículo 59.- Rol Económico del Estado.

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado

brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.”

“Artículo 60.- Pluralismo Económico.

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

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

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.” [El énfasis es nuestro]

III. LA FUERZA DE LA INICIATIVA PRIVADA RECONOCIDA EN EL NUEVO MARCO INSTITUCIONAL

Como se señaló, la fuerte intervención del Estado trajo consigo una grave afectación sobre el bienestar de la sociedad, lo cual motivó que se reformara el marco institucional. En ese sentido, debemos analizar por qué fue importante que, mediante dicha reforma, se haya privilegiado a la iniciativa privada en lugar de la actividad empresarial del Estado como un factor relevante de crecimiento.

La inversión privada es una expresión de la iniciativa privada. Mediante la iniciativa privada, las personas deciden qué hacer con respecto de sus medios de producción (que pueden ser cualquier clase de bien o servicio) con la finalidad de satisfacer sus necesidades. Por esta razón, se señala que la iniciativa debe ser ejercida en un mercado libre porque son los agentes privados los que están en mejor posición para decidir cómo utilizar sus medios de producción de tal forma que vean satisfechas sus necesidades de la mejor manera.

En ese orden de ideas, mediante la iniciativa privada los agentes pueden poner a disposición de otros agentes determinados bienes y servicios para que se realicen intercambios voluntarios con la finalidad de satisfacer las necesidades de ambas partes. Como señala About, “lo que resulta admirable del intercambio voluntario es que beneficia a

las dos partes contratantes (...) cada una de ellas, al entregar lo que tiene a cambio de lo que no tiene, hace un buen negocio (...). Esto ocurre en todo intercambio libre y directo (...). De hecho, sea que venda o compre, está realizando un acto de preferencia”¹⁰.

En el mismo sentido, Rothbard sostiene que, dado que los intercambios se realizan de manera voluntaria, este hecho demuestra que las partes se benefician o, al menos, esperan poder beneficiarse de él¹¹. Por tal razón, se debe privilegiar los mercados libres puesto que es ahí donde se tienden a producir todos los intercambios voluntarios y, en consecuencia, a generar el beneficio para los agentes. En palabras de Rothbard, “como todo intercambio demuestra la unanimidad de beneficios para las partes involucradas, debemos sacar como conclusión que el mercado libre beneficia a todos los participantes”¹².

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el Estado, mediante impuestos, extrae dinero de las personas y decide producir con ese dinero un bien para dárselo a otras personas? En este escenario, podríamos afirmar que el Estado habría interferido en la decisión de una persona A de emplear dicho dinero extraído para otra acción que hubiera considerado más beneficiosa. Por ejemplo, esta acción pudo haber consistido en un intercambio de dinero por el de un bien de otro agente B.

Ahora bien, en el ejemplo propuesto, la decisión estatal habría causado el efecto de impedir que se realice el posible intercambio voluntario entre A y B. En esa situación, resulta

claro que han existido pérdidas en utilidad de A y B puesto que no han podido obtener un beneficio derivado de dicho intercambio. No obstante, como señala Rothbard, es probable que los funcionarios de gobierno sí hayan obtenido una ganancia en utilidad puesto que de otra manera no hubieran impuesto dicha restricción a A. Asimismo, si ese dinero se ha empleado para darle un beneficio a una persona C, es probable que exista una utilidad para C. No obstante, sigue habiendo un perjuicio sobre A y B, el cual, a primera vista, no se ve.

Teniendo en cuenta lo anterior, podríamos afirmar que la interferencia del Estado en los intercambios no podría generar que se aumente el bienestar social puesto que cada interferencia significa que no se permita un intercambio voluntario y, como consecuencia de ello, que se produzca una pérdida en utilidad que no se puede compensar. *Contrario sensu*, podríamos concluir que el mantenimiento de un mercado libre sí podría maximizar la utilidad social¹³, en la medida que en él, todos los agentes tienden a realizar el máximo número de intercambios voluntarios entre ellos.

Esta es la razón por la cual las políticas económicas deben buscar y privilegiar la iniciativa privada garantizando que esta se desarrolle de manera libre por todas las personas. Si se desincentivan los intercambios privados en el mercado, mediante cualquier forma de intervención estatal, la sociedad no podría aumentar su bienestar, generándose pobreza, ineficiencia, despilfarro, entre otros, tal como ocurrió en el Perú en la década

¹⁰ ABOUT, Edmond. “Handbook of social Economy”. Londres. 1872. p. 104. En: ROTHBARD, Murray N. “Hacia una reconstrucción de la utilidad y de la economía del bienestar”. En: Libertas IV: 1987. Instituto Universitario ESEADE.

¹¹ Sobre este punto, consideramos pertinente hacer una precisión. Como señala Cachanosky, toda decisión es la más eficiente en el momento de tomarla. Quien toma una decisión lo hace porque considera que es la mejor, dada la información de la que dispone y la evaluación que ha hecho de la misma con todos los riesgos involucrados en el análisis. Esta es la manera en que se toman las decisiones en el mundo, bajo la información dada, aunque sea imperfecta. Esto es así y nadie lo puede modificar debido a que nadie, y menos el Estado, que no es propietario del medio de producción, puede conocer de antemano con certeza los resultados *ex post* de la acción. Los resultados *ex post* son los únicos jueces válidos de nuestras decisiones *ex ante*. CACHANOSKY, Juan. “Certidumbre, Incertidumbre y Eficiencia Económica”. En: Laissez – Faire 1. Guatemala: 1994. p. 38.

¹² ROTHBARD, Murray N. “Hacia una Reconstrucción de la Utilidad y de la Economía del Bienestar”. En: Libertas IV: 1987. Instituto Universitario ESEADE.

¹³ *Ibidem*. Sobre este particular, cabe precisar que partimos de la premisa que los beneficios son de carácter individual y, en ese sentido, no se pueden sumar como una operación aritmética en base al carácter subjetivo del valor. Al respecto, revisar: ROTHBARD, Murray. “Man, Economy and State with Power and Market” y VON MISES, Ludwig. “La Acción Humana”.

de los ochenta. Así, podemos concluir que, mediante la emisión del Decreto Legislativo 757 y la reforma del régimen económico en general, se comprendió cuál debería ser el objetivo de la política económica: garantizar y promover la libre iniciativa privada puesto que ésta tiende a mejorar el bienestar de la sociedad.

IV. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL MERCADO

Para efectos de nuestro análisis, podemos clasificar a la intervención del Estado en el mercado en dos maneras.

La primera, cuando el Estado actúa como una autoridad en ejercicio de una potestad administrativa. Bajo este esquema, el Estado regula la actividad económica, estableciendo las reglas de acceso, permanencia o salida de los mercados. Como parte de esta intervención, el Estado puede imponer cargas y derechos a los agentes económicos, fiscalizar o resolver controversias entre ellos, entre otras prerrogativas. Cabe precisar que, si bien bajo esta perspectiva puede significar que el Estado participe en el mercado adquiriendo determinados bienes y servicios para el cumplimiento de su función administrativa, consideraremos únicamente a la actividad que consiste en el ejercicio de la potestad administrativa como un todo. Asimismo, cabe precisar que se adopta el concepto de potestad administrativa en un sentido amplio que incluye a los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

La segunda, cuando el Estado actúa como un agente económico o empresario. Bajo este esquema, el Estado participa en el mercado ofertando o adquiriendo bienes o servicios como cualquier otro agente económico –o, al menos, es lo que se desea. Así, a través de una empresa pública o cualquier otra entidad de derecho público¹⁴, el Estado puede adquirir los bienes o servicios que fueran necesarios

con la finalidad de colocarlos en el mercado. De igual manera, el Estado puede proveer un bien o servicio a los consumidores a cambio de una contraprestación o de manera gratuita.

Sobre este particular, es necesario realizar una precisión. Algunos autores sostienen que cuando el bien o servicio es ofrecido con la finalidad de lograr cierta “justicia social” (tratando de aterrizar el concepto, podríamos considerar, por ejemplo, que esto se logra mediante el ofrecimiento del bien o servicio por debajo de su costo o de manera gratuita a quienes lo necesitan), esta actividad no constituye una intervención en la economía en los términos de Estado empresario planteado, sino que constituye una actividad asistencial política que escapa al análisis objeto de este trabajo¹⁵. Al respecto, debemos señalar que la diferenciación entre actividad empresarial y asistencial no es precisa puesto que en ambos casos no se puede determinar verdaderamente el costo en la provisión del bien o servicio ya que en ambos existen subsidios que distorsionan los costos y hacen imposible el cálculo económico de la actividad. Asimismo, se debe considerar que en ambos casos, el precio nunca está dado por el de mercado si no por una voluntad política. En ese sentido, nunca se podría determinar cuándo estamos frente a una actividad empresarial o una asistencial. En efecto, en ambos casos existe una decisión política de intervención en el mercado que la motiva la cual debe ser sometida a la teoría económica para encontrar una adecuada justificación. Finalmente, cabe precisar que cualquier intervención del Estado en el mercado, sea buscando un lucro económico o uno político, produce los mismos efectos e incentivos sobre los intercambios y el bienestar de la sociedad que serán analizados más adelante. Por tanto, cuando analicemos la actividad empresarial del Estado se considerarán incluso aquellos casos en los que esta actividad es considerada “asistencial”.

Ahora bien, es esta modalidad de intervención

¹⁴ Sobre el particular, Morón sostiene que las empresas del Estado dentro de la organización de este son personas jurídicas descentralizadas que realizan actividades mercantiles de servicios o industriales bajo un régimen jurídico especial, connotado o regirse alternativamente por el Derecho administrativo o por el Derecho privado, según la naturaleza de los actos. MORÓN, Juan. “Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General”. Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2011. pp. 28 y 29.

¹⁵ OCHOA, César. “Acertos y Errores del precedente de observancia obligatoria aprobado por la Resolución 3134/2010/SC1-INDECOP”. En: <http://blogcristalroto.wordpress.com/2011/02/15/el-test-de-subsidiariedad-del-indecopi-comentario-al-precedente-de-observancia-obligatoria/comment-page-1/#comment-631>.

estatal en el mercado la que ha sido rechazada mediante la reforma del marco institucional. El objeto de ello, como se indicó, ha sido que la iniciativa privada tenga un lugar privilegiado en la economía a través de su libre ejercicio. Asimismo, es a partir de esta modalidad de intervención estatal que se establece la limitación referida a que el Estado sólo puede realizar dicha actividad de manera subsidiaria¹⁶.

En ese sentido, en los siguientes acápites analizaremos las razones por las que no se prefiere la actividad empresarial estatal frente a la actividad privada y las que justifican el haberle asignado un rol subsidiario.

V. LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL ESTATAL, ¿POR QUÉ NO?

Teniendo en cuenta la definición de actividad empresarial estatal esbozada en el acápite anterior, en este punto analizaremos las razones por las cuales ha sido rechazada o, por lo menos, relegada.

En primer lugar, la actividad económica o empresarial siempre ha correspondido, como es natural, a los agentes privados. En efecto, el mercado, como las restantes ramas de la actividad humana, no es por naturaleza una institución del Estado puesto que su existencia misma es previa a la de dicho ente. El mercado es la consecuencia de la libre iniciativa de los individuos y de sus agrupaciones libremente constituidas¹⁷. En ese sentido, el Estado se creó para cumplir determinadas funciones específicas que los privados no pueden realizar, entre las cuales no se encuentra la actividad económica, sino únicamente la defensa de los derechos individuales que son anteriores a la creación del Estado. Sobre el particular, Hayek sostiene que “conviene recordar que mucho antes de que el gobierno se interesara por ciertos campos, muchos bienes colectivos, hoy ampliamente reconocidos como tales, eran proporcionados por el esfuerzo de individuos dotados de espíritu público, o grupos privados

que se ocupaban de proporcionar los medios necesarios para conseguir fines públicos que consideraba importantes. La instrucción pública, los hospitales, las bibliotecas y los museos, los teatros, los parques, no fueron creados originariamente por los gobiernos. Si bien el gobierno ocupó el puesto de los benefactores privados que abrieron el camino, persiste la necesidad de iniciativas en muchos sectores cuya importancia aún no se reconoce y donde no es posible, o deseable, que el gobierno se arroge la función de realizarlas”¹⁸. No hace un tiempo muy lejano, eran los propios agentes privados quienes construían los puertos y carreteras que necesitaban, generaban el medio que les facilitaba de mejor manera el intercambio de bienes y servicios (dinero), invertían en la tecnología que sus actividades requerían, entre otras actividades. Han sido razones discutibles y de diversa índole, las que motivaron al Estado a que se atribuya el control de las actividades privadas.

En segundo lugar, debemos señalar que la actividad empresarial estatal desincentiva el ejercicio de la iniciativa privada la cual, cuando es libre, tiende a maximizar el bienestar social. Esto, principalmente por dos razones.

Una, está relacionada con la aversión al riesgo que genera que la actividad empresarial estatal participe en el mercado. Veamos un ejemplo que nos grafique esta afirmación. Supongamos que una empresa X ha detectado que en determinado mercado los precios han ido aumentando y los consumidores no han dejado de consumir en él. La empresa X, a efectos de poder concluir que existe una oportunidad de negocio en dicho segmento e invertir en él, debe evaluar determinados factores que reduzcan las contingencias de dicha inversión. A decir, debe evaluar determinados aspectos a fin de que los riesgos de perder el capital invertido sean menores. Entre los principales factores que la empresa X considera evaluar están las barreras de entrada al mercado, la elasticidad de la demanda, los niveles de competencia,

¹⁶ DIEZ CANSECO, Luis y Crosbby BULEJE. “Analizando el Papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI”. En: *Círculo de Derecho Administrativo*. Tomo II. p. 225.

¹⁷ Declaración de Pío XII, 7 de mayo de 1949.

¹⁸ HAYEK, Friedrich A. “Derecho, Legislación y Libertad, Una Nueva Formulación de los Principios Liberales de la Justicia y de la Economía Política”. Madrid: Unión Editorial. 2002. p. 417.

la preferencia de los consumidores, las reglas de acceso, permanecía y salida del mercado y la continuidad de estas, entre otros. Empero, ¿qué sucedería si la empresa X advierte que es posible que concurra en el mismo segmento otra empresa, la cual no invierte su propio capital y, en consecuencia, no tiene que afrontar ningún riesgo por pérdidas? En este escenario, se podría pensar que la empresa podría concurrir en el mercado en condiciones desiguales o de manera desleal. Ello, sobre la base de que tal “ventaja” de la empresa no proviene de una mayor eficiencia económica¹⁹. En este sentido, es de esperarse que la empresa X se vea menos dispuesta a invertir puesto que tendrá que enfrentarse con un agente con el cual no podrá competir en igualdad de condiciones.

Ahora bien, ello ocurre cuando el Estado decide participar en el mercado como un agente empresario. Como se explicará más adelante, la empresa estatal tiene una serie de privilegios que la colocan en una situación de ventaja frente a la empresa privada. Cabe precisar que el efecto negativo que se genera sobre los incentivos a invertir del agente privado es peor aún, puesto que la ventaja de la empresa estatal no proviene de una mejora en eficiencia si no, del empleo del poder político que esta tiene por naturaleza, el cual se puede manifestar, por ejemplo, en la decisión de inyectar deliberadamente más recursos públicos en la empresa estatal que puedan compensar eventuales pérdidas. Como se puede observar, es natural que la presencia del Estado en el mercado genere que los privados estén menos dispuestos a invertir y, en consecuencia, que se produzcan menos intercambios voluntarios que mejoren el beneficio o utilidad social (ver acápite III).

La otra razón por la cual la actividad empresarial estatal impide que la iniciativa privada se desarrolle libremente es porque cuando el Estado incursiona en el mercado, lo hace empleando los medios que, precisamente, sirven a la iniciativa privada. En efecto, la actividad empresarial estatal está subvencionada por los impuestos que el Estado obliga a pagar a todos los privados.

Forzosamente, todos agregan dinero a esa bolsa denominada erario público. Desde que una persona compra una golosina hasta cuando otra trabaja como gerente en una importante empresa, está colocando dinero en el erario público. Cuando el dinero ya no está en manos del agente privado, es el Estado el que decide qué hacer con este dinero sustraído. Así, en el ejemplo propuesto en el acápite 3, cuando el Estado decide coaccionar al agente A para que con su dinero se financie una actividad económica estatal en beneficio de C, lo que genera es que el agente A no pueda emplear ese medio para realizar una transacción libre con otro agente, B, y, de esta manera, ambos puedan aumentar su bienestar. En ese sentido, podemos concluir que la actividad empresarial estatal impide que la iniciativa privada se pueda ejercer libremente. Ello, porque la existencia de la actividad empresarial estatal, necesariamente, significa el despojo a los agentes privados del medio que les sirve para que puedan ejercer la iniciativa privada.

En tercer lugar, el Estado no tiene los incentivos adecuados para emplear eficientemente los medios de producción. Para entender las razones de ello, analicemos de manera sucinta cómo se comporta un agente privado en el mercado.

El mercado es la dimensión de espacio y tiempo en la cual concurren los diferentes intereses privados de muchos agentes (diferentes planes). Cuando la iniciativa privada es libre, los agentes tienden a realizar el máximo número de intercambios voluntarios posibles con otros agentes con la finalidad de que puedan coordinar y satisfacer sus planes y mejorar, así, su bienestar. Como es evidente, la información respecto de estos distintos planes se encuentra dispersa y es incierta para cada agente. Es decir, no todos conocen los planes o necesidades de todos. En este escenario, el sistema de precios es uno de los factores que sirven para tratar de coordinar todos estos planes. Ello lo hace, entiendo, una señal al mercado la cual sirve como fuente de información no infalible²⁰ para los agentes privados respecto de cuánto y qué producir,

¹⁹ Ibidem.

²⁰ O'DRISCOLL, Gerald y Mario J. RIZZO. “La Economía del Tiempo y de la Ignorancia”. Madrid: Unión Editorial. 2009. p. 142.

y a qué precio. Cada agente hace su propia interpretación de esta información teniendo en cuenta que los medios de producción con los que cuenta son escasos y, en base a ello y otros aspectos, decide qué medios emplear para la producción de tal manera que estos se destinen para sus usos más valiosos. Cabe precisar que, como señala Kirzner²¹, el empresario se encuentra alerta a encontrar la oportunidad, hasta este momento no descubierta en el mercado, a efectos de poder emplear sus medios de producción de la mejor manera posible y coordinar los planes de los diferentes agentes. El empresario repite este proceso una y otra vez y, por eso, la dimensión temporal que hablábamos al inicio. El conocimiento que adquiere en este proceso está sujeto a comprobación empírica y, por tal razón, el proceso es uno del “ensayo y error” con los costos que ello genera. A partir de la manera como se desarrolla este proceso, el empresario busca emplear sus medios de producción de la manera más eficiente posible en la coordinación de los diferentes planes.

En contraposición, la empresa pública no está sujeta a este proceso de ensayo y error. En efecto, si bien la empresa pública realiza los ensayos, los costos del error no son asumidos por ella o sus funcionarios sino por los contribuyentes. Si una actividad económica estatal fracasa (error), la pérdida se “compensa” con medios de producción adicionales que son extraídos de los contribuyentes. Esto es más claro aún si tomamos en cuenta que las empresas públicas realizan actividades comerciales (ensayo), motivados por razones políticas. Como por ejemplo, cuando las empresas públicas deciden deliberadamente suministrar bienes o servicios a un precio muy por debajo del precio de mercado (ignorando la función del sistema de precios) lo que trae como

consecuencia que, eventualmente, no se asignen los medios de producción a sus usos más valiosos. Teniendo en cuenta lo anterior, recordemos que mientras más medios de producción se empleen de manera ineficiente (por ejemplo, capital), son menos los medios de producción de los cuales dispone el agente privado para emplearlos en sus intercambios voluntarios.

Algunos autores sostienen que es factible que las empresas estatales puedan comportarse como agentes privados y que, para ello, sólo resulta necesario realizar ciertas reformas referidas a la dirección o gestión de empresas públicas y su marco legal. En este sentido, se plantean soluciones destinadas a reformar aspectos como las relaciones institucionales de las empresas públicas con el gobierno, la fijación de precios, rendición de cuentas, contabilidad, entre otras²². Bajo esa línea, en la actualidad se sostiene que existen ejemplos de empresas estatales eficientes que operan en países más desarrollados y, por ello, se debería impulsarlas en el Perú. Al respecto, podemos señalar que el historial de pérdidas de capital acumuladas en nuestro país generadas por la actividad empresarial estatal, nos puede servir como indicador de que la regla general es, en efecto, la ineficiencia en el manejo de capital de la empresa pública y, la excepción podría ser el éxito relativo de alguna de ellas²³. Un ejemplo más actual lo podemos extraer de una importante publicación denominada *Perú: Top 10 000 companies*. Dicho trabajo contiene un listado de las empresas más exitosas de acuerdo con su nivel de ganancias y otro listado con las empresas con más pérdidas. Así, en la edición correspondiente al 2010, se puede observar que, de las empresas más exitosas, un porcentaje bastante cercano al 100% son privadas y en un número mínimo son empresas públicas. De igual manera,

²¹ KIRZNER, Israel M. “El Empresario”. En: *Lecturas de Economía Política*. Volumen I. 1986. p. 62.

²² Sobre el particular, se puede revisar el siguiente trabajo: SAULNIERS, Alfred H.; RODRIGO, Tulio; GALLEGOS, Armando; ORTIZ DE ZEVALLOS, Felipe; y, Alonso, POLAR. “Las Empresas Públicas en el Perú”. Lima: Centro Peruano de Investigación Aplicada - Banco Central de Reserva del Perú - Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Texas - Fundación Friedrich Ebert. 1985.

²³ Incluso al mencionar como argumento a estas empresas estatales supuestamente exitosas se puede perder la perspectiva al no analizar a qué se debe el relativo éxito económico de dichas empresas. En efecto, este podría deberse a que los precios internacionales de los productos que venden están bastante elevados o a la ingente cantidad de materia prima que ostentan temporalmente determinados países. Sin embargo, existen sendos estudios en los que se demuestra lo ineficiente del manejo empresarial expresado en los altos costos de producción en comparación con empresas privadas dedicadas al mismo rubro en dichos países.

del total de empresas con más pérdidas se puede ver que, en su mayoría, son empresas públicas. Como se evidencia, estos resultados empíricos respaldarían el punto propuesto²⁴.

Ahora bien, el hecho de que se pierda mucho dinero en actividades estatales ineficientes es evidencia de que los impuestos que se entregan al fisco son más elevados de los que realmente se necesitan. Esta situación es más grave cuando existen numerosas empresas públicas, pues ello significa que se ha despojado de una gran cantidad de dinero mediante el cual las personas podrían haber mejorado su propio bienestar.

Finalmente, otra razón por la cual se rechaza a la actividad empresarial estatal es que el Estado es juez y parte en el proceso de mercado. Esta situación desincentiva el libre ejercicio de la iniciativa privada que, como se ha destacado, resulta neurálgica para la mejora el bienestar social. Es juez porque el Estado establece las reglas de acceso, permanencia y salida del mercado, y parte porque participa de la actividad económica como un agente más (o al menos es lo que se desea). Como consecuencia, el desarrollo de las empresas públicas no es juzgado de igual manera que el de las empresas privadas. En efecto, de un lado, determinadas reglas de mercado no se aplican a los servicios que provee el Estado, a pesar de que realicen la misma actividad y que exista un cobro²⁵. De otro lado, podemos señalar que es poco probable que al Estado se le pueda juzgar o investigar siempre de manera imparcial, dado que muchos funcionarios de empresas públicas pertenecen a los partidos del gobierno de turno los cuales, en muchos casos, terminan siendo la máxima autoridad en las instituciones públicas relacionadas con el sector.

Todos los aspectos analizados en el presente acápite estimulan la reflexión respecto de si verdaderamente el Estado debería realizar actividad empresarial, incluso de manera subsidiaria. En el siguiente punto, presentaremos una reflexión sobre el particular.

VI. EL ROL SUBSIDIARIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL ESTATAL: RAZONES, LÍMITES Y OTROS ESFUERZOS

Como se señaló anteriormente, la reforma del marco institucional económico realizada en la década del noventa significó limitar la actividad empresarial del Estado asignándole un papel subsidiario. En efecto, el artículo 60 de la Constitución del Perú de 1993 establece que 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. A diferencia, su antecesora disposición establecía que el Estado podía reservarse la realización de determinadas actividades económicas.

Subsidiar proviene del latín *subsidium*. Está formada por los prefijos y sufijos *sub* y *sedere* (debajo y sentarse) por lo que significa sentarse o estar sentado debajo. Su empleo proviene de la época de los ejércitos romanos. Así, *subsidium* se denominaba al cuerpo de reserva del ejército que estaba sentado detrás sin combatir y que salía al frente en caso fuera necesario. De esa manera, la palabra se utilizó en los sentidos de ayuda, refuerzo en el combate, recursos, armas, entre otros. En tal sentido, podemos afirmar que el papel subsidiario asignado a la actividad empresarial estatal significa que esta se encuentra limitada y sólo se emplea en los casos que es necesario. En otras palabras, la actividad empresarial estatal es una ayuda que se utiliza cuando la actividad empresarial privada no cumple su función, aparentemente.

Se sostiene que la razón de dicha intervención es que, si bien el mercado presenta una serie beneficios, por sí sólo no aseguraría una equitativa distribución del ingreso, lo cual se traduce en desigualdades sociales donde un grupo importante de la población no tiene acceso al mercado y sus beneficios. En ese sentido, se señala que existen mercados en los cuales no existe la demanda suficiente que incentive la creación de oferta generada

²⁴ Para mayor data consultar: PATRÓN, Carlos A. "El Perro del Hortelano: Definiendo el Rol Empresarial del Estado en Latinoamérica". En: THĒMIS-Revista de Derecho 52. 2006.

²⁵ Cuando analicemos el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, notaremos que exceptúan a las empresas que proveen servicios "asistenciales".

por agentes privados. Por tal razón, resultaría necesario que, ante estas situaciones residuales, el Estado realice actividad empresarial a fin de satisfacer tal demanda.

Sobre el particular, Dromi sostiene que “el Estado administrador se estructurará a partir del principio de subsidiariedad que orienta su acción política a suplir al individuo o a las organizaciones sociales en aquellos casos en que estos no puedan realizar sus propios fines. Este principio permite asignar competencias al Estado, a las asociaciones intermedias y al individuo. A partir de ello se estructura la Administración Pública, en su concepto más amplio, comprensiva de lo estatal y de lo no estatal, cuando esta última presta servicios públicos o de utilidad general. (...) la administración pública estatal descentralizada, reconvertida, conjugará dos elementos: la iniciativa individual y social, para constituir entes públicos no estatales, y la iniciativa pública, para desenvolver actividades empresariales en forma coyuntural”²⁶. Adicionalmente, Huapaya sostiene que “es un límite al Estado como empresario (cara abstencionista), ya que su rol fundamental es ser autoridad del sistema económico, mientras que también funciona al revés, y habilita a que el Estado, supla la iniciativa privada, como agente económico, prestando servicios o bienes al mercado, en caso que la provisión de estos no sea cubierta por el sector privado, sea por insuficiencia de la oferta o por su inexistencia (cara prestacional)”²⁷.

Cabe señalar que, a partir de la reforma del marco institucional, se implementaron determinados mecanismos para paliar los efectos negativos de la actividad empresarial estatal dentro del marco del rol subsidiario. Así, entre los años 1999 y 2001 se implementaron ciertas normas e instituciones, tales como la Ley 27170 –Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe)– y el Decreto Supremo 034-2001-PC –Establecen Procedimientos mediante los cuales el Fonafe Delimita y Autoriza el Desarrollo de

Actividades Empresariales que con Carácter Subsidiario Realiza el Estado–, los cuales no se tradujeron en medidas muy efectivas y concretas.

En el mismo sentido, en el 2008, como parte una reforma legislativa en materia de derecho de la competencia, se publicó el Decreto Legislativo 1044 –Ley de Represión de la Competencia Desleal–, cuyo artículo 14.3 establece que la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal contraviniendo el artículo 60 de la Constitución Política del Perú de 1993 configura una infracción en la modalidad de acto de violación de normas. Probablemente, esta disposición podría ser la más efectiva en cuanto a atenuar los efectos negativos de la actividad empresarial estatal. Ello, porque mediante su aplicación se buscó establecer límites más claros y precisos para que la actividad empresarial estatal no sea utilizada de manera irresponsable por los gobernantes sino en los casos en los que fuera estrictamente necesario. Así, mediante Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI²⁸, el Tribunal de Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) estableció un precedente de observancia obligatoria para la aplicación del artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044.

En términos generales, el precedente estableció un test de subsidiariedad que toma en cuenta los siguientes requisitos a efectos de analizar si es que alguna entidad vulnera lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política:

- a) El test se aplica a toda actividad empresarial del Estado salvo que esta signifique el ejercicio del *ius imperium* o la prestación de algún servicio asistencial.
- b) La actividad empresarial estatal debe contar con una “ley expresa” aprobada por el Congreso de la República que autorice de manera sumamente explícita su desarrollo.

²⁶ DROMI, Roberto. “Derecho Administrativo”. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. 2005. p. 90.

²⁷ HUAPAYA, Ramón. “Propuesta de interpretación del Principio de Subsidiariedad en la Constitución”. En: http://www.upc.edu.pe/sociedadlibre/Det_Bol1.asp?CON=8946&BOL=18&EJE=777&SEC=Opini%F3n.

²⁸ En: http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-93/2010/Re3134.pdf.

- c) Se deberá determinar el mercado relevante en el que se realiza la actividad empresarial estatal.
- d) Para determinar si la actividad empresarial es subsidiaria se deberán tener en cuenta los siguientes escenarios:
 - (i) Cuando concurren con la empresa o entidad estatal dos o más empresas privadas no vinculadas. En este escenario se presume que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada es suficiente. Por ello, la entidad o empresa estatal denunciada tiene la carga de probar, de un lado, que los privados establecidos no pueden absorber la demanda que liberaría en caso se retire y, de otro lado, que existen altas barreras a la entrada que impiden el ingreso de nuevos proveedores con capacidad de satisfacer la demanda que se liberaría.
 - (ii) Cuando en el mercado relevante participan una empresa privada y una empresa estatal. En este escenario no opera la presunción de oferta privada suficiente, por lo que, para concluir que la intervención estatal no es subsidiaria, la autoridad –a partir de sus actuaciones de instrucción y las pruebas aportadas por el denunciante– deberá constatar o que la empresa privada cuenta con las condiciones para satisfacer la demanda que eventualmente se libere o que, en caso la oferta establecida no sea suficiente, no existen barreras que limiten la entrada de competidores potenciales.
 - (iii) Cuando sólo participa la empresa o entidad estatal. En este escenario no existe oferta privada, por lo que se evaluará la presencia de barreras a la entrada. Si no existen barreras, lo más probable es que el sector privado no se encuentra interesado en incursionar en dicho mercado, concluyéndose –a diferencia de los dos primeros escenarios– que la empresa estatal cumple un rol subsidiario. En caso se

determine que existen barreras a la entrada significativas, la participación también será subsidiaria, salvo que se defina que la presencia de la empresa o entidad estatal debe cesar al ser la barrera que desincentiva la entrada de los privados.

- e) Se deberá tener en cuenta la presencia de barreras burocráticas que impidan o dificulten la libre iniciativa privada.
- f) La actividad empresarial del Estado debe cumplir un objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. No obstante, esta calificación no la hace el INDECOPI sino que deberá constar en la norma que autoriza la actividad. Si no está, se presumirá que no se cumple este requisito.

Es importante que en el precedente se haya incluido el análisis de las barreras burocráticas que limitan el libre ejercicio de la iniciativa privada. Esto, porque en muchos casos son las instituciones las que producen desincentivos para que la inversión privada se genere y pueda contribuir con la mejora del bienestar social.

No obstante, existe un aspecto del precedente que merece discutirse. Al excluir del test de subsidiariedad a las actividades económicas del Estado que tienen el título de servicios asistenciales, se abre la posibilidad para que muchas actuaciones estatales evadan el control establecido en la Constitución Política y el Decreto Legislativo 1044. Efectivamente, muchas entidades públicas brindan servicios a los consumidores a un precio subsidiado o por debajo del precio de mercado, a pesar de que existan agentes privados que pueden ofrecer el mismo servicio. No obstante, como estos servicios se prestan bajo el título de servicio asistencial, la actuación estatal quedaría exenta del análisis de subsidiariedad y, en consecuencia, podrían generarse los efectos negativos sobre los que se ha incidido a lo largo del presente trabajo. Es decir, muchas actividades empresariales del Estado podrían generarse perjudicando la libre iniciativa privada y afectando el bienestar social.

Por ejemplo, en el 2009 se presentó el

Proyecto de Ley 3519/2009-CR²⁹, el cual tenía por objeto crear una línea de transporte aéreo de propiedad del Estado. El sustento de dicha iniciativa legislativa fue que una empresa privada del sector tenía 70% de cuota de mercado aproximadamente, lo que le permitiría cobrar tarifas “sobre dimensionadas”. En ese sentido, la empresa nacional brindaría un servicio a los consumidores a un precio más barato. Ahora bien, ¿podría calificar dicha situación como asistencial? ¿Ofrecer un precio más barato es una actividad asistencial por sí sola? Creemos que el término asistencial, *per se*, abre la posibilidad de que la actividad empresarial estatal pueda desarrollarse en cualquier ámbito y sin una justificación suficiente para ello. Recordemos que Aeroperú fue creada con similar propósito y, a inicios de la década del noventa, dicha empresa estatal arrojaba pérdidas de más de US\$ 2 millones mensuales.

Ahora bien, el rechazo a la actividad empresarial estatal se debió a las razones que se estudiaron en el acápite anterior, las mismas que fueron respaldadas con importante data histórica económica en relación con los altos niveles de pérdidas y los bajos niveles de inversión privada durante la década de los ochenta. Sin embargo, lejos de evitar los efectos negativos de dicha intervención estatal mediante su prohibición, se le asignó el papel subsidiario.

A nuestro entender, la política del rol subsidiario de la actividad empresarial estatal significa otorgar ciertos beneficios a algunas personas (las que se benefician de la actividad empresarial estatal y sus precios artificiales) en desmedro de otras (las que aportan al financiamiento de las actividades empresariales ineficientes y no se benefician de ello). Se sostiene que ello es, al menos en teoría, más beneficioso para la sociedad en su conjunto.

Ciertamente, la actividad empresarial estatal tiene un costo, incluso cuando tiene el carácter de subsidiario. Estos costos están asociados con los distintos grados de ineficiencia propia del Estado en el manejo de recursos públicos, con el desincentivo que se genera con la libre iniciativa privada y,

finalmente, con la incertidumbre que genera su papel subsidiario en la economía. Como se puede inferir, los costos no son mínimos bajo ningún concepto. Más aún, si tomamos en cuenta que ésta se financia con el dinero que a los privados les cuesta producir. Ahora bien, ¿se puede calcular dicho costo? Creemos que no. El costo no es sólo lo que la gente aporta al financiamiento de dichas actividades. También se debe incluir todo aquello que el agente privado deja de producir a costa de haber financiado la actividad empresarial estatal. Eso es incierto y no se puede calcular. No obstante, sabemos que sin la interferencia del Estado, los agentes hubieran tendido a producir más con sus propios medios. Además, si consideramos que el Estado tiende a transferir cada vez más recursos públicos para encubrir las pérdidas arbitrariamente, los costos terminan siendo incalculables.

Por otro lado, los supuestos beneficios estarían relacionados con el ofrecimiento a los privados de determinados bienes y servicios en mejores condiciones (precios más bajos para los más necesitados). Sin embargo, ¿el ofrecer bienes gratuitos o a precios por debajo de los de mercado es suficiente para considerarlo como un beneficio que supere a todos los costos señalados? Al respecto, debemos señalar que cuando el Estado realiza actividad empresarial estatal, lo realiza con carácter general. Por ejemplo, cuando vende el gas más barato, ofrece tarifas aéreas más baratas, ofrece educación gratuita, entre otros, lo hace para toda la población y, en ese sentido, es imposible determinar cuánto hubo de beneficio porque existen personas que pudiendo pagar más (por una valoración subjetiva superior del bien o servicio), simplemente optaron por el servicio gratuito del Estado. Ello, incluso, a costa de los impuestos que paga gente más pobre que quien recibe el servicio estatal. Entonces, ¿de qué beneficio se puede hablar en ese supuesto? Por otra parte, ¿no cabría pensar que el acostumbrar a cierto grupo de la población a que reciba las cosas de manera gratuita o a precios subsidiados es darle desincentivos para que, en el largo plazo, genere sus propios medios de riqueza?³⁰

²⁹ En: <http://www.susanvilca.org/userfiles/File/03519.pdf>.

³⁰ Al respecto, Milton Friedman hacía referencia a la creación de una nueva clase de pobreza (los “*underclass*”, cuya pobreza pasa de una generación a otra) que no existía cuando el Estado no protegía a los pobres por medio de la asistencia social.

Considerando todo lo anterior, ¿se produce un verdadero beneficio? ¿Se satisface una demanda insatisfecha? Creemos que no o, al menos, que dicho supuesto beneficio es de imposible cálculo. Incluso, encontrando los parámetros perfectos de subsidiariedad de la actividad empresarial, es decir, que disminuyan en un máximo grado los costos asociados a ella, difícilmente podríamos hablar de la existencia de beneficios que puedan justificar dicha medida.

De lo expuesto, efectivamente, podemos señalar que se ha establecido límites a la actividad empresarial de manera que esta interfiera lo menos posible con la libre iniciativa privada. Sin embargo, aún en el supuesto de que la actividad empresarial del Estado tuviera un papel subsidiario, los problemas adyacentes a dicha actividad permanecerían vigentes (en menor magnitud debido a la subsidiariedad, pero aún subsistirían). Frente a esta situación tenemos dos alternativas: Bien delimitamos en mayor medida la actividad empresarial, como se ha venido haciendo infructuosamente, o bien la proscribimos y evitamos todos los problemas asociados a ella. En el siguiente acápite, analizaremos este último aspecto.

VII. EXPLORANDO ALTERNATIVAS

Proscribir la actividad empresarial del Estado o asignarle un rol subsidiario, ambas alternativas parten de reconocer la misma situación: efectivamente, existe cierto nivel de demanda que no es atendida por la oferta privada en determinado momento. No obstante, de acuerdo con el rol subsidiario, siempre va a ser posible que se realice actividad empresarial estatal y, como hemos señalado, ello significa que se desincentive el libre ejercicio de la iniciativa privada. Por otra parte, al proscribir la actividad empresarial estatal podemos concentrar esfuerzos en indagar las causas que generan que haya cierta demanda insatisfecha y, de corresponder, encontrar soluciones a ello sin depender de la actividad empresarial estatal de manera que no se desincentive el libre ejercicio de la iniciativa privada.

Anteriormente hemos señalado que, cuando los intercambios son libres, los agentes tienden a satisfacer sus intereses particulares y, en consecuencia, mejorar su bienestar. Cuando los intercambios no son libres o son interferidos, los agentes no pueden intentar satisfacer sus demandas. Una de las maneras de interferir en los intercambios es mediante el establecimiento de reglas o instituciones que causen, directa o indirectamente, dicho efecto.

Las instituciones, de acuerdo con North, son las reglas de juego en una sociedad o, de manera más precisa, son las restricciones creadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Lo importante de estas reglas es que determinan la estructura de incentivos en el interacción humana, ya sea política, social o económica³¹. Estas instituciones son definidas por toda la sociedad (o una parte de ella) y brindan las pautas sobre la base de las cuales debe interactuar el colectivo. Por su parte, las instituciones económicas o del mercado son aquellas que están referidas a las reglas económicas de una sociedad (derechos de propiedad, libre intercambio comercial, y demás). Son importantes porque influyen en la estructura de incentivos económicos en la sociedad. Por ejemplo, sin derechos de propiedad, los agentes no tienen el incentivo para invertir medios de producción en capital físico o recursos humanos, o adoptar tecnologías más eficientes. Asimismo, la libertad contractual es importante porque ayuda a que los agentes asignen los recursos a sus usos más eficientes (ver acápite III). Cuando las instituciones económicas o reglas de mercado se ausentan o no son tenidas en cuenta, los beneficios de la actividad económica se quedan sin explotar y se produce una mala asignación de recursos. Sobre el particular se afirma que las sociedades prosperarán si cuentan con instituciones económicas que faciliten y fomenten la acumulación de riquezas, la innovación y la eficiencia en la asignación de recursos³².

De acuerdo a lo anterior, podemos señalar que el diseño de las instituciones de una sociedad influye en la generación de intercambios libres

³¹ NORTH, Douglas. "Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico". México: Fondo de Cultura Económica. 1993. p. 3.

³² ACEMOGLU, Daron; JOHNSON, Simon y James, ROBINSON. "Institutions as the Fundamental Cause of Long-Run Growth". Berkeley: Departments of Political Science and Economics. 2004. pp. 4 y 5.

entre agentes privados y, en consecuencia, en la mejora del bienestar social. Si dichas reglas no están definidas adecuadamente o no reciben el *enforcement* necesario, una sociedad está destinada a no mejorar su bienestar y, por ende, a no salir de la pobreza.

Es importante precisar que el presente trabajo no pretende realizar un análisis de carácter institucional exhaustivo en relación con el crecimiento económico. Por las limitaciones naturales del presente trabajo, sólo nos ocuparemos en resaltar cómo el mejoramiento de estas instituciones puede contribuir con el bienestar de la sociedad.

Al respecto, en 1986, en su libro “El Otro Sendero”, De Soto presentó un trabajo mediante el cual demostró que las instituciones y leyes provocadas por el Estado ponían obstáculos a la inversión privada en un área determinada y que los agentes no tuvieron otro camino que el de la informalidad para poder mejorar su bienestar. Es decir, se gestó una “revolución informal” que consistía en la actuación al margen de dichas reglas e instituciones que no estuvieron adecuadamente diseñadas. Cabe precisar que el trabajo de De Soto es bastante amplio como para pretender tratar todos los puntos contenidos en él. Sin embargo, podemos resaltar la idea referida a que la informalidad era una vía de solución legítima y comprobada que los pobres tenían para salir del atraso y la miseria y, en ese sentido, los informales eran los hacedores de auténticos derechos, en contraposición con el “Derecho” que imponía el marco institucional del Estado³³.

En esa misma línea, podemos analizar el fenómeno de la corrupción como una consecuencia de los problemas institucionales que influye en los intercambios. Veamos por qué.

La corrupción es un efecto, no una causa, del alto costo de la legalidad que es parte del marco institucional. En efecto, cualquier disposición

normativa no es gratis. Tiene costos y beneficios y, además, modifica los medios puestos a disposición de las personas para tomar decisiones en los mercados³⁴. Al respecto, cabe precisar que lo que se intercambia en el mercado no son entidades físicas, sino los derechos para realizar ciertas acciones y estos derechos son establecidos por el sistema legal³⁵. Cuando el costo de la legalidad excede a su beneficio, la ley se incumple y, en ese sentido, se produce el efecto de la corrupción.

Tomemos un ejemplo de Bernaldo de Quiróz³⁶ sobre el particular. La empresa X quiere construir un centro comercial en un lugar y para ello precisa de una licencia cuya concesión depende del funcionario o político Z. Ahora bien, la obtención de esa autorización exige que la empresa X ofrezca un pago a Z. De lo contrario no podrá construir el centro comercial. La alternativa es que deje de lado el centro comercial y, luego, venga otra empresa que sí realice el acto de corrupción y construya el centro comercial. En ese caso, la empresa X habrá vulnerado su principal obligación hacia sus accionistas sin conseguir que la moral pública se vea fortalecida. Otra situación diferente es la actuación de Z, el burócrata o el funcionario; este habría violado su único y sagrado deber de atender al interés público y, en ese sentido, habrá utilizado su poder público para satisfacer intereses privados.

Como se puede observar, en estos casos son los agentes privados los que son las víctimas de las reglas de juego. Ello resulta más importante si se toma en consideración que para los más pobres el costo elevado de una norma es más significativo y, en ese sentido, la corrupción es una alternativa válida. En ese sentido, el fenómeno de lo que se denomina economía informal es cuando se admite la corrupción en sentido conceptual y como consecuencia de la mala economía de la ley frente a un sistema institucional excesivamente costoso³⁷.

³³ LAURENT, Paul. “El Misterio de un Liberal”. Lima: Páginas Editorial Nomos & Thesis. 2009. pp. 39 y 40.

³⁴ GHERSI, Enrique. “La economía de la Corrupción”. Lima: Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE). p. 8.

³⁵ COASE, Ronald H. “La Empresa, el mercado y la ley”. Madrid: Alianza Economía. 1994. p. 213.

³⁶ BERNALDO DE QUIRÓZ, Lorenzo. “Estado, Economía y Corrupción”. En: THĒMIS-Revista de Derecho 38. 1998. p. 256.

³⁷ GHERSI, Enrique. Op. cit. p.12.

Ahora bien, ese “costo” de la corrupción tendrá los mismos efectos que cualquier impuesto con el que se grava la realización de determinada actividad económica. Los agentes van a trasladar finalmente dicho impuesto a los consumidores y, en consecuencia, los precios de los bienes y servicios involucrados terminarán siendo más altos que si no hubiese existido el acto de corrupción. Sin embargo, este incremento en los precios no habrá sido el resultado de una mejora del bienestar entre los agentes involucrados en el intercambio, sino de un abuso del poder político de un funcionario corrupto.

Teniendo en cuenta esta explicación, analicemos brevemente cuál es la situación del Perú en lo concerniente a los grados de corrupción. La organización Transparencia Internacional publica anualmente un ranking de los países con mayores y menores índices de corrupción. Ello, de acuerdo con un sistema de encuestas que se realiza en más de 100 países, en los cuales a cada uno de estos se les asigna un puntaje (Índice de Percepción de Corrupción – IPC) de 0 al 10, siendo 0 el más alto índice de corrupción y 10 el menor índice de corrupción.

De acuerdo con esta publicación, desde el 2002 hasta el 2010, el Perú se ha ubicado en la posición 78 con un IPC promedio de 3.41. En el 2011, el Perú obtuvo 3,4 puntos. Ello significa un puntaje menor que el 2010, en el cual tenía 3.5. Para comprender mejor esta situación, podemos señalar que Haití ocupa puesto 175 con 1,8 puntos de IPC y Venezuela el puesto 172 con 1,9 puntos, los cuales serían los países más corruptos de América Latina.

En el mismo periodo, la mejor posición la tiene Chile (22) con un IPC de 7,2. Estados Unidos ocupa el puesto 24, con 7,1 puntos y Uruguay, en el puesto 25 con 7 puntos³⁸. Los primeros puestos lo ocupan Nueva Zelanda, Dinamarca y Finlandia con 9.5, 9.4 y 9.4 puntos, respectivamente.

Como se puede observar, los problemas institucionales en el Perú pueden tener un impacto negativo sobre el ejercicio de la

iniciativa privada y, en consecuencia, sobre el bienestar social. Bajo este esquema, podemos tener en cuenta que una alternativa válida a la actividad empresarial estatal es el mejoramiento de las instituciones ya existentes con el objetivo de incentivar a que se generen intercambios voluntarios. Ello podría lograrse mediante el establecimiento de reglas claras para los agentes privados referidas a la libertad de empresa y contratación, derechos de propiedad, *enforcement* adecuado a los acuerdos privados, entre otros, que permitan a los agentes coordinar mejor sus planes en el mercado.

Al respecto, DiLorenzo sostiene que, con instituciones correctamente diseñadas –es decir, *enforcement* adecuado de normas, respeto a los derechos de propiedad, la libertad de contratación, libertad de intercambio, y reglas para la ejecución de los contratos–, la satisfacción de los intereses privados generará un orden espontáneo (al cual hemos denominado, en el presente trabajo, mercado). Este orden no es elegido por alguien, sin embargo, tiende a maximizar los valores subjetivos de todos los participantes en el mercado y, en consecuencia, a aumentar el bienestar social. Sólo en este sentido el proceso de mercado puede ser llamado “eficiente”. Por tal razón, DiLorenzo sostiene que las instituciones deben apostar por el libre intercambio, el cual es un juego de suma positiva que aumenta la riqueza de las naciones, siempre que se garantice el derecho de propiedad. Es decir, mientras el derecho de propiedad se defina correctamente, se le brinde el *enforcement* adecuado y se permita el libre intercambio, se generará actividad de producción. Si, por el contrario, los derechos de propiedad son mermados, no se llevará a cabo el comercio y la producción. Esta afirmación define el papel del gobierno en el sistema económico: la correcta definición y aplicación de los derechos de propiedad. Al establecer y hacer cumplir las “reglas del juego”, el Estado puede estimular la eficiencia del proceso de mercado y, por ende, su productividad³⁹.

Ahora bien, no queremos cerrar el presente acápite sin presentar otra alternativa que

³⁸ Transparencia Internacional. En: <http://cpi.transparency.org/cpi2011/results/>.

³⁹ DILorenzo, Thomas J. “The Political Economy of National Industrial Policy”. En: Cato Journal. pp. 588 y 589.

también se suele proponer con la finalidad de no recurrir a la actividad empresarial estatal. Esta opción consiste en implementar algunos mecanismos en los cuales, si bien existe un nivel de intervención estatal, este es mínimo y se pondera con la participación de agentes privados. A continuación, se presentarán dos propuestas de dicha naturaleza.

La primera de las propuestas se extrae de un ensayo denominado “La Educación en una Sociedad Libre” realizado por Benegas Lynch⁴⁰. De acuerdo con el sistema convencional actual, ante una escasa oferta privada, el Estado “debe” intervenir subsidiariamente a través de la provisión del bien o servicio. Ello significa que el Estado actúa subsidiando la oferta con los problemas adyacentes a ello que se han descrito anteriormente. En contraposición, Benegas Lynch propone no estatizar la oferta sino, ante la escasez de oferta, establecer un subsidio en la demanda que incentive la oferta. Se entiende que la idea detrás de la propuesta es mitigar los efectos negativos que se generan cuando el Estado actúa como empresario. Para entender mejor esta propuesta, tomaremos como ejemplo el sector educación, que es el tema tratado por dicho autor en su ensayo.

Queda más o menos claro que en el sector educación existen personas que no pueden acceder a dicho servicio por tener algún costo que les es prohibitivo. Ante esta situación, el Estado crea escuelas y universidades públicas, con los problemas que se conocen (educación de pésima calidad, funcionarios corruptos, mala infraestructura, gasto ineficiente, entre otros). Sin embargo, la propuesta consiste en que el Estado debería entregar a los privados dicha actividad y como incentivo, dotar a los consumidores, que en este caso serían las personas que buscan educación, de los recursos necesarios para acceder a la oferta educativa. Las etapas serían, primero, la privatización de todas las instituciones

públicas de enseñanza a todos los niveles con la condición –para no afectar derechos adquiridos– que los compradores reciban en sus aulas por lo menos a aquellos que estaban estudiando en esa casa y desean continuar allí sus estudios. Segundo, simultáneamente, el gobierno (léase los contribuyentes) ofrecerá becas (sin cargo) y créditos educativos (a tasas y/o plazos más atractivos que los de mercado) para aquellos que: a) voluntariamente lo soliciten, b) no cuenten al momento con ingresos suficientes, y c) que tengan las aptitudes como para estudiar lo que solicitan (esta última condición se verificará a través de los requisitos de ingreso que establezcan las instituciones privadas).

Cabe precisar que la propuesta planteada, no sólo evitaría los problemas adyacentes a la actividad empresarial estatal, sino que, además, generaría que la calidad de la oferta (dado que el empresario necesita ser eficiente por las presiones competitivas) mejore enormemente en comparación con el servicio ofrecido por el Estado. Cabe reconocer que dicha propuesta tiene un costo político muy alto. Sin embargo, merece someterse a consideración dado que existen beneficios derivados de un esquema como el planteado, tal como ocurrió en Chile (menos gasto público, mejora de la calidad, mayor penetrabilidad, etc.)⁴¹.

La segunda de las propuestas es una que se ha venido aplicando en algunos sectores del mercado nacional. Esta consiste en subsidiar indirectamente la oferta sin que el Estado tenga que asumir la gestión del servicio o bien ofrecido. En este caso, la función del Estado consiste en fomentar la inversión privada mediante asociaciones público-privadas, a través de las cuales el Estado brinda los recursos al inversionista privado a fin de reducir las contingencias derivadas de la baja rentabilidad del negocio. Lo importante de este esquema es que el Estado no asume la

⁴⁰ BENEGAS, Alberto. “La educación en una sociedad libre”. Inédito. pp. 252 y 253. Consultar: FRIEDMAN, David. “The Machinery of Freedom, Guide to a Radical Capitalism”. Segunda edición. En lo referido al capítulo “Sell the Schools” y los sistemas de “vouchers”.

⁴¹ Al respecto, debemos precisar que, si bien la opción que se plantea funcionó en Chile y otras partes del mundo, no estamos estableciendo como regla general que se pueda “importar” un sistema institucional de una sociedad a otra, sino planteamos que se pueden establecer mecanismos alternativos a la actividad empresarial estatal, las mismas que deberán evaluarse integralmente en su momento. Consultar: COYNE, Christopher J. y Peter J. BOETKKE. “The Role of the Economist in Economic Development”. En: The Quarterly Journal of Austrian Economics 1. Volumen 19. 2006.

administración de la actividad y, por lo tanto, se evitan algunos riesgos derivados de su ineficiencia. Otro aspecto positivo es que existe un riesgo compartido con los agentes privados, con lo cual, se tienen incentivos para ser eficientes.

Cabe precisar que, de todos modos, existiría un subsidio cruzado que proviene de los recursos públicos y, en la práctica, resulta complicado evitar toda injerencia política cuando es el Estado el que, además de establecer las condiciones para implementar la asociación público-privada, controla el recurso principal: el capital. Empero, para un país como el nuestro, considerando los últimos resultados, el tema de las asociaciones publico-privadas podría resultar interesante de evaluar e impulsar en la medida que se proporcionen servicios en sectores que así lo requieran.

En suma, creemos que existen mecanismos alternativos al de la actividad empresarial estatal que podrían representar soluciones más beneficiosas para la sociedad. Por ejemplo, una correcta evaluación del marco institucional que incentive la generación de intercambios voluntarios de manera que se pueda mejorar el bienestar social. En ese sentido, dependiendo de las particularidades de cada mercado y luego de un análisis responsable, las alternativas planteadas podrían resultar más beneficiosas puesto que se evitan todos los efectos negativos relacionados con la actividad empresarial estatal y se puede dar rienda a los beneficios de la libre iniciativa privada (libre intercambio).

VIII. CONCLUSIONES: LA LECCIÓN DE HAZLITT

En el libro “La Economía en una Lección”⁴², Hazlitt señaló que existe una falacia en la economía. Esta consiste en la tendencia a considerar exclusivamente las consecuencias inmediatas de una política o sus efectos sobre un grupo particular, sin inquirir cuáles producirá a largo plazo no sólo sobre el sector aludido, sino sobre toda la comunidad. En ese sentido, Hazlitt sostenía que la diferencia entre el mal economista y el buen economista era que el primero sólo contempla las

consecuencias directas de la medida a aplicar mientras que el segundo no desatiende las indirectas y más lejanas. El mal economista sólo considera los efectos de una determinada política, en el pasado o en el futuro, sobre cierto sector; el buen economista se preocupa también de los efectos que tal política ejercerá sobre todos los grupos⁴³. Es decir, según Hazlitt, un buen análisis de una política económica incluye el analizar los *efectos “que no se ven”* inmediatamente.

Así, en el presente trabajo hemos pretendido detallar cómo es que la actividad empresarial produce efectos negativos, en el largo y corto plazo, aún cuando esta tiene un papel subsidiario en la economía. Estos efectos negativos están relacionados con el manejo ineficiente del dinero que producen todos los agentes privados; con el hecho de que se desincentive a la libre iniciativa privada y, por ende, no se permita la mejora del bienestar social; y, finalmente, con la posibilidad de que el carácter subsidiario pueda ser empleado por los políticos de turno para realizar actividades populistas en beneficios, supuestamente, de un sector de la población.

Como ejemplo de ello, indicamos al inicio del presente trabajo que, en 1990, la actividad empresarial estatal generó pérdidas acumuladas que bordeaban los US\$ 17 mil millones y, actualmente, las empresas estatales en su conjunto continúan generando nuevas pérdidas. Cabe precisar que las empresas estatales no son pocas puesto que están presentes en televisión, prensa, salud, cultura, deportes, limpieza, correo, agua, educación, hidrocarburos, servicios financieros, entretenimiento, entre otras. “Lo que no se ve” de esta política pública, como señalaría Hazlitt, lo podemos inferir de las siguientes interrogantes: ¿Qué hubieran hecho los agentes privados si no se les hubiera despojado, mediante impuestos, estos miles de millones de dólares que sirvieron para financiar actividades empresariales ineficientes? ¿De qué serían capaces los agentes privados más pobres si no se les despojara este dinero? ¿Acaso no habrían satisfecho sus necesidades? ¿Acaso no habrían generado sus propios recursos para generar

⁴² BHAZLITT, Henry. “La Economía en una Lección”. Sexta edición. Madrid: Unión Editorial. 2009.

⁴³ *Ibíd.* pp. 29 y 30.

riqueza y salir de la pobreza? ¿No hubiera servido ese dinero para que un emprendedor pueda edificar los primeros cimientos de un próspero negocio? ¿Por qué desincentivar la iniciativa privada? Y la gran pregunta es: ¿La actividad empresarial estatal está presente porque hace falta iniciativa privada o es que la iniciativa privada está ausente precisamente porque está presente la actividad empresarial estatal? Cabe la reflexión.

En ese sentido, podemos señalar que la actividad empresarial estatal es una política que no es muy congruente con lo establecido en el Decreto Legislativo 757, cuyo objetivo valioso es el de garantizar la libre iniciativa privada. En efecto, como se ha demostrado, no existen razones para señalar que la intervención del Estado en la economía como agente empresario es capaz de generar incentivos para que las personas ejerzan su iniciativa privada. En ese sentido, si no se limita adecuadamente a la actividad empresarial estatal, estaremos condenados a no mejorar nuestro bienestar.

Finalmente, debemos precisar que no estamos proponiendo una anarquía en la cual

el Estado no deba cumplir función alguna en el mercado. En efecto, creemos que el Estado debe cumplir un rol fundamental referido al establecimiento de un adecuado marco institucional que cumpla con garantizar las libertades y los derechos individuales de las personas. Ello con la finalidad de que los agentes puedan tender a realizar intercambios libres y mejorar el bienestar de la sociedad.

Sin embargo, en el caso que se tolere cierto grado de intervención del Estado en la economía, ello no significa que, al proporcionar servicios directa o indirectamente, deba reservarse al Estado dicha función, si bien pueden encontrarse medios alternativos para hacerlo. Como señala Hayek, es importante que el modo en que actúa el Estado no sea tal que impida que otros lo ofrezcan⁴⁴. Además, habría muchas soluciones alternativas si la costumbre de esperar todo del Estado y el miope deseo de aplicar inmediatamente y en todas partes los remedios conocidos no llevaran tan a menudo al propio Estado a apropiarse de todo un sector y si estos primeros intentos —con frecuencia torpes— no bloquearan el camino a otros mejores⁴⁵.

⁴⁴ HAYEK, Friedrich A. Op. cit. p. 414.

⁴⁵ Ibíd. p 417.

SECTORES DE INVERSIÓN

ENTRE MANGOS Y ORO: REFORMANDO EL SISTEMA DE PROPIEDAD DE LOS MINERALES*

Enrique Pasquel Rodríguez**
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

No es extraño encontrar un yacimiento minero en el Perú que en lugar de traer desarrollo y prosperidad al país genere conflictos sociales. ¿Por qué sucede esto? ¿Cuál es la causa de estos conflictos?

En el presente artículo se propone que una de las principales causas de los conflictos tiene una relación directa con el derecho a la propiedad minera. En este sentido, el autor desarrolla una propuesta sumamente interesante, un cambio legislativo en el sistema de propiedad minera de manera que este derecho no se agote en la superficie del suelo sino que, también, abarque el subsuelo y los recursos naturales que allí se encuentren.

* El presente artículo fue publicado originalmente en el 2009 bajo el título "Poverty and property in the Andes. Reforming the mineral ownership system in Perú". La traducción fue realizada por Camilo Clavijo Jave, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS y por Marco Ismael Zaldívar Chauca, miembro del Consejo Directivo de THEMIS.

** Abogado. Master of Law (LL.M) por la Universidad de Yale. Quisiera agradecer a Carol Rose, Thomas Merrill, Noah Meessing y a los participantes del *Graduate Seminar* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale por sus comentarios. También quisiera agradecer a Enrique Gheri, quien fue la primera persona a quien escuché discutir la importancia de privatizar los minerales del subsuelo en los países pobres.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo fue escrito originalmente para una conferencia en Yale Law School en el 2009, donde discutí el sistema de propiedad de los recursos minerales en el Perú. Themis tuvo la gentileza de ofrecermelo publicarlo y encargó su traducción a Camilo Clavijo y a Marco Zaldívar, a quien estoy muy agradecido por el excelente trabajo realizado.

En los tres años desde que escribí este artículo ha sido mucho lo que ha sucedido en la minería peruana (siendo el gran conflicto alrededor del proyecto Conga quizá lo más saltante). Las instituciones legales que aquí se reseñan, no obstante, casi no han cambiado, ni tampoco el rol económico que juega la minería en el país y, menos aún, los conflictos sociales que alrededor de ella surgen. Creo que todo lo que ha sucedido en estos últimos años no hace más que confirmar las conclusiones y propuestas de este trabajo: Cambiar el sistema actual de propiedad de los recursos naturales en el Perú facilitaría el desarrollo de la minería formal y la superación de la pobreza.

I. MANGOS V. ORO

En muchos lugares las personas sueñan con encontrar oro debajo de sus casas. En otros, sin embargo, esto puede ser una pesadilla. Uno de estos lugares es Tambogrande.

Tambogrande es una pequeña ciudad al noroeste del Perú. Esta ciudad tiene una población de 16 000 personas que viven en condiciones bastante precarias. Tambogrande se encuentra ubicada sobre uno de los yacimientos mineros más grandes de oro, zinc y cobre de la región, que podría valer más de US\$ 1 000 millones de dólares americanos. Literalmente, la ciudad se encuentra sentada sobre una gran mina de oro. Uno podría pensar: ¡Que buenas noticias para estas personas! El oro los podría sacar de la pobreza y permitir darles a sus hijos una alimentación adecuada, educación y salud, cosas que son un lujo y se encuentran fuera de su alcance. Lamentablemente, no es así.

En 1999 el gobierno peruano le otorgó un permiso a una empresa canadiense para que realizara operaciones mineras en Tambogrande. Sin embargo, cuando la compañía minera trató de llegar a un acuerdo con la población para extraer los minerales que se encontraban debajo de sus tierras, encontró una fuerte oposición. Las calles estaban repletas de pobladores muy enfadados quienes demandaban que la empresa se vaya. Godofredo García Baca, líder de la comunidad, expresó los sentimientos de los pobladores de Tambogrande de la siguiente manera: “El oro no es una necesidad pública y no hay una necesidad pública que se llame cobre. Nadie vive de comer oro ni de comer cobre. La gente vive de comer comida y esto es lo que necesita la humanidad”¹. Segundo Palacios, un campesino de Tambogrande, señaló: “Nosotros en el campo, de lo que tenemos, todo lo podemos echar a la olla, pero jamás vamos a echar a la olla oro ni plata”². Isabel de Morales, residente del lugar, expresó de esta manera su absoluta decisión de no dejar sus tierras: “No me voy. Estaremos luchando y luchando hasta que Dios diga que aquí vas a terminar tu pelea. Para mis hijos y para mis yernos y para mis nietos. Si yo muero queda para mis nietos, para mi hijo y de mi hijo mi nieto y así será, y allí es una cosa que nunca se acaba”³.

La oposición se incrementó incluso cuando la compañía minera ofreció construir nuevas viviendas con servicios públicos completos para los pobladores de Tambogrande. En una protesta pública, algunos manifestantes incendiaron las oficinas de la compañía y su maquinaria fue saqueada. La empresa fue acusada de, supuestamente, asesinar al líder comunal Godofredo García Baca y de amenazar a otros líderes de Tambogrande. Finalmente, en un proceso de referéndum, el 98% de los participantes decidieron prohibir las operaciones mineras en el área. A pesar de que dicho proceso era ilegal, la compañía minera decidió abandonar el proyecto.

¹ Página web del documental “Tambogrande: Mangos, Muerte, Minería”. <http://www.guarango.org/tambogrande>.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

Muchas pobladores de Tambogrande, organizaciones de base, ONG's y políticos peruanos celebraron este hecho como un triunfo de David sobre Goliath⁴. Los campesinos se impusieron a la poderosa compañía minera y pudieron conservar sus tierras. El dirigente comunal Manuel Ortiz señaló: "El referéndum popular es una lección cívica, no sólo para Tambogrande, sino para el Perú, para el mundo y para los congresistas de nuestro país"⁵.

Sin embargo, fue una victoria pírrica. Tambogrande sigue siendo una ciudad con muchos campesinos pobres viviendo sobre una montaña de oro. Sus hijos carecen de una alimentación apropiada, de servicios de salud adecuados y de una educación decente. Viven sobre yacimientos mineros que pueden tener un valor de, aproximadamente, US\$ 1 000 millones de dólares americanos, mientras que el presupuesto de la municipalidad de Tambogrande es un poco más de US\$ 7 millones de dólares americanos (gran parte de este dinero es transferido desde el gobierno central a la municipalidad de Tambogrande, pues sus pobladores no pueden pagar impuestos muy elevados)⁶.

Por otro lado, los recursos minerales que se encuentran en Tambogrande vienen siendo extraídos por miles de mineros informales que viven en el área⁷. Estos mineros informales no son supervisados por el Estado, no cumplen con ningún requisito ni estándar ambiental, contaminan las áreas cercanas, emplean mano de obra infantil y utilizan precarios equipos que ponen en peligro la seguridad de los trabajadores.

En vez de prosperidad, el oro ha traído disturbios, conflictos, un asesinato, minería informal y contaminación. Lamentablemente, no es un caso aislado. Este es un ejemplo representativo de lo que sucede cuando se descubre un yacimiento minero valioso en algún lugar del Perú.

En el presente artículo, sostengo que una de las causas más importantes de estos conflictos tiene una relación directa con el derecho a la propiedad minera. Más concretamente, el hecho de que los propietarios de las tierras no tienen derecho alguno sobre los minerales que se encuentran debajo de estas y que el gobierno tiene el privilegio de designar la propiedad sobre tales recursos naturales. Mi tesis es que el Perú debe cambiar a un sistema en el que los propietarios de tierras lo sean también de los minerales que se encuentren debajo de estas.

II. LA MINERÍA EN EL PERÚ: INFORMACIÓN ECONÓMICA, HISTORIA LEGAL Y CONTEXTO SOCIAL

A. El derecho a la propiedad minera en el Perú

La principal característica del derecho a la propiedad minera es que los propietarios de la tierra no tienen derecho alguno sobre los minerales que se encuentran debajo de esta. De acuerdo con la Constitución peruana, los minerales le pertenecen al Estado y este tiene el privilegio de asignar los derechos sobre estos recursos naturales⁸. El Estado utiliza una figura legal llamada "concesión" para designar el derecho a extraer los minerales. El titular

⁴ Oxfam. "Protestas en Tambogrande". En: http://www.oxfamamerica.org/newsandpublications/news_updates/archive2003/art6550.html; "Friends of the Earth International, Tambogrande Mina de oro, <http://www.foei.org/en/campaigns/finance/ffm/tambogrande.html> Una película que cuenta la historia desde una perspectiva antiminera es "Tambogrande: Mangos, Muerte, Minería".

⁵ Oxfam. "Tambogrande Speaks Out. En: http://www.oxfamamerica.org/newsandpublications/news_updates/archive2002/art2763.html.

⁶ Municipalidad de Tambogrande. Presupuesto Institucional de Apertura Año 2008. En: <http://www.munitambogrande.gob.pe/documentos/pia2008.pdf>.

⁷ Defensoría del Pueblo. Unidad de Conflictos Sociales. Reporte 42. Conflictos Sociales conocidos por la Defensoría del Pueblo al 30 de agosto de 2007. pp. 45-47. Ver también las declaraciones del ministro del ambiente Antonio Brack. En: <http://www.larepublica.com.pe/content/view/full/179475/> del ministro peruano de minería Juan Valdivia http://www.larepublica.com.pe/component/option,com_contentant/task,view/id,144883/Itemid,1 Y del viceministro de promoción del empleo Javier Barreda. http://www.mintra.gob.pe/mostran_noticia.php?id_actividades=1757.

⁸ Artículo 66.-

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. (...)"

de la concesión tiene el derecho a explorar y a explotar los minerales que se encuentran en el área de su concesión, así como el derecho a vender los minerales y mantener los beneficios de dicha actividad. Las concesiones son irrevocables, transferibles y están protegidas frente a las expropiaciones. Sin embargo, para mantener las concesiones los titulares de las mismas deben pagar anualmente un derecho de vigencia. El pago va desde US\$ 0.50 dólares americanos hasta US\$ 3.00 dólares americanos por hectárea, dependiendo del tamaño de la operación (las concesiones pueden ir desde 100 hasta 1 000 hectáreas). Los titulares de las concesiones deben mantener una producción mínima por año, así como pagar impuestos, siendo los más importantes el impuesto a la renta y el impuesto al valor agregado⁹.

Cualquier persona puede solicitar una concesión minera en el área donde piense que puede hallar minerales, siempre y cuando cumpla con todos los requisitos legales (como presentar el estudio de impacto ambiental, pagar tasas legales o seguir adecuadamente el procedimiento administrativo requerido). De ser el caso en el que dos personas soliciten una concesión para la misma zona, el primero que inició el procedimiento administrativo tiene un derecho prioritario.

Sin embargo, puede ser bastante difícil obtener derechos sobre algunos de los yacimientos minerales más importantes puesto que los titulares son empresas estatales. Estas empresas fueron creadas durante la ola de nacionalizaciones a finales de los años sesenta y durante toda la década de los años setenta durante la dictadura militar socialista de Juan Velazco Alvarado. Estas fueron las titulares de las reservas mineras más importantes del país, pero fracasaron en su intento de explotar estos recursos naturales. Fue por dicho motivo, que a partir de los años noventa tales reservas entraron a un proceso de privatización. En ese sentido, el Estado subasta estos importantes yacimientos mineros, pidiendo más requisitos

que en un proceso de concesión regular. Por lo general, quien se adjudica estas licitaciones es quien realiza la mejor oferta económica. A pesar de eso, el Estado goza de cierto poder de discreción para decidir quién califica en el proceso de licitación¹⁰.

Dado que, muy a menudo, los minerales se encuentran debajo de las tierras de otras personas, el titular de la concesión tiene que negociar con los propietarios para comprar dichas tierras u obtener una servidumbre de paso sobre estas, que le permita realizar las operaciones mineras en la zona. Muchos yacimientos mineros se encuentran en las montañas, debajo de la tierra de campesinos de muy bajos recursos económicos, quienes viven en lugares de difícil acceso en los Andes. Asimismo, muchas de esas tierras son de propiedad de la comunidad.

En caso las compañías mineras y los propietarios de las tierras no llegaran a ningún acuerdo, es legalmente posible establecer una servidumbre de paso contra la voluntad de los propietarios y pagarles por el uso forzado de sus tierras. Sin embargo, esa salida legal es poco usada pues supondría un desalojo de todo el pueblo. Ningún político quiere asumir ese riesgo y las compañías mineras saben que es imposible operar una mina con todo el pueblo en contra.

B. Historia del contexto jurídico y social de la minería en el Perú

Para poder comprender el sistema legal vigente y los problemas sociales relacionados a la minería, es importante conocer el proceso histórico.

La separación entre el derecho de propiedad de las tierras y el derecho de propiedad de los minerales que se encuentran debajo de estas, no es sólo una característica de la legislación peruana. De hecho, la mayoría de las Constituciones en América Latina establecen que los recursos naturales que se encuentran en el subsuelo son de propiedad del Estado,

⁹ Un buen resumen de la legislación minera se puede encontrar en Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. Perú. Manual de Inversión Minera. En: www.proinversion.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/PUBLICACIONES/documentos/ProInversion-MiningInvestmentManual2008.pdf.

¹⁰ Ver la página 6 de los términos del proceso de adjudicación de la reserva minera Berenguela. En: <http://www.proinversion.gob.pe/0/0/modulos/JER/PlantillaStandardsinHijos.aspx?AR=0&PFL=0&JER=1654>.

ya que este sistema legal fue heredado de las leyes coloniales que reservaban todos los minerales a la Corona¹¹.

La legislación minera colonial incorporó lo que se conoce como el sistema de propiedad regalista. La Corona era la propietaria de los minerales y concedía una licencia a los individuos para extraer estos a cambio de una regalía. Esto era un gran negocio para la Corona, pues la minería a gran escala fue una de las principales razones por las que España conquistó el nuevo mundo. Después de todo, la producción minera en el Perú no tenía punto de comparación en el mundo en esos tiempos¹². Toda la conquista y la época colonial se centraban en el oro y la plata.

Durante ese tiempo, el sistema Inca de trabajo forzado llamado *mita* fue usado por el gobierno español para obligar a cada pueblo de los Andes a destinar parte de su población para que trabajen en las minas en condiciones inhumanas¹³. El número de indígenas que fue enviado a realizar trabajos forzosos en la minas es impresionante. Por ejemplo, alrededor de 40 000 pobladores eran enviados a las minas de la ciudad de Potosí cada año¹⁴. Además, las condiciones

de trabajo en las minas eran extremadamente crueles¹⁵. Incluso, algunos pobladores de los Andes les rompían las piernas y los brazos a sus hijos para evitar que sean enviados a las minas a trabajar como esclavos¹⁶.

La minería, durante la colonia, estaba profundamente relacionada con la esclavitud, es decir, el descubrimiento de una mina en el territorio de un pueblo andino significaba que todos sus habitantes se convertirían en esclavos. Esto no era, solamente, un sistema legal inhumano y cruel, era también bastante ineficiente. Muchos indígenas conocían de la existencia de numerosas minas, sin embargo, se lo ocultaban a los conquistadores pues, de lo contrario, lo único que iban a obtener era sufrimiento y maltratos con el descubrimiento de cada mina nueva¹⁷.

La independencia de las colonias españolas trajo pocos cambios en esta zona. El nuevo gobierno peruano heredó el sistema de propiedad minera que utilizaba la Corona española¹⁸. La justificación de los derechos divinos de la Corona a los minerales fue sustituida por la soberanía de los nuevos Estados sobre la tierra¹⁹. Como lo sugiere Gherzi, no es una coincidencia que en el Perú,

¹¹ Muchas personas piensas, erróneamente, que esta es una característica de los sistemas jurídicos de Derecho Civil, pero no lo es. Evidencia de ello es que el Derecho Romano (una de las principales influencias del Derecho Civil) tenía el principio de que el dueño de la tierra era el dueño de lo que estaba debajo de ella, así como el artículo 552 del Código de Napoleón, la primera gran codificación europea que influyó en los códigos civiles de los demás países del mismo continente.

¹² ALDANA RIVERA, Susana. "La Crisis y el Derrumbe Minero. Siglo XVII". En: Historia de la minería en el Perú. José Antonio del Busto Duthurburu (ed.). 1999. p. 183.

¹³ En el Perú, las víctimas del trabajo forzado de la minería eran, principalmente, gente de los Andes. Los esclavos fueron traídos por la Corona Española, pero por lo general fueron asignados a trabajar en la agricultura en la costa. Los esclavos africanos no estaban acostumbrados a los rigores del clima de los Andes, por lo que los españoles descubrieron que los más indicados para trabajar allí eran los pobladores andinos.

¹⁴ QUIROZ CHUECA, Francisco. "La Minería Virreinal 1550-1600" En: Historia de la minería en el Perú. José Antonio del Busto Duthurburu (ed.). 1999. p.130.

¹⁵ Incluso el camino a la mina era tan arriesgado que los sacerdotes españoles enviaban a los indígenas a confesarse antes de ir a la mina en caso murieran en plena ruta. O' PHELAN, Scarlett. "La Minería del Siglo XVIII". En: Historia de la minería en el Perú. José Antonio del Busto Duthurburu (ed.). 1999. p. 252

¹⁶ DE LA PUENTE, José. "La Minería en el Siglo XVII. Aspectos Institucionales". En: Historia de la minería en el Perú. José Antonio del Busto Duthurburu (ed.). 1999. p. 170.

¹⁷ *Ibid.* Algo similar ocurrió con otros países sudamericanos. En 1829 en la República de la Gran Colombia (hoy Colombia, Venezuela, Ecuador y Panamá) Simón Bolívar (uno de los libertadores de América del Sur) promulgó un decreto que establecía que todas las minas que anteriormente pertenecían a la Corona se convertían en propiedad de la República, con la prerrogativa que le concede los ciudadanos. Según el decreto, la propiedad estatal era la mejor manera de promover la minería. Luego de la disolución de la Gran Colombia en 1831, las nuevas repúblicas heredaron ese marco jurídico. MORA CONTRERAS, Jesús. "El Derecho de Propiedad de los Hidrocarburos en Venezuela: Origen y Tradición Jurídica". En: Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales. Volumen 8. 2. 2002. pp.219-35.

¹⁸ RIZO-PATRÓN BOYLAN, Paul. "La minería entre 1900 y 1950". En: Historia de la minería en el Perú. José Antonio del Busto Duthurburu (ed.). 1999. p. 318.

¹⁹ M. YEATTS, Guillermo. "Subsurface Wealth. The Struggle for Privatization in Argentina. The Foundation for Economic Education". 1997. pp. 42-57.

así como en otros países de Latinoamérica, se continúe llamando a las tasas pagadas por las compañías mineras “regalías”²⁰. Sin embargo, quizás la verdadera razón sea que los políticos quieren tener bastante poder sobre la industria más importante en el Perú. De hecho, durante los primeros años de la República, la minería era la actividad económica que más contribuía al tesoro público²¹.

En muchos lugares del Perú, los problemas sociales relacionados con la minería no cambiaron luego de la independencia de la Corona Española. Los conquistadores españoles fueron reemplazados por funcionarios públicos y terratenientes. Tomaban los minerales que se encontraban en las tierras de los pueblos andinos y ofrecían empleos con salarios muy bajos a la población local, si es que, en algunos casos, no los esclavizaban²². Es muy difícil saber con exactitud si estas prácticas eran la regla o la excepción. Pero, tanto la literatura peruana como el folklore andino, refuerzan la idea de que los pobladores de los Andes siempre han sido explotados en las actividades mineras.

Por ejemplo, una de las más representativas obras literarias peruanas, que retrata la realidad de las actividades mineras en los Andes, es el *Tungsteno*, del gran poeta peruano Cesar Vallejo. Una novela leída por todos los estudiantes peruanos de secundaria todavía puede considerarse muy representativa de la percepción por parte de la sociedad peruana de la minería. Dicha novela, escrita en 1931, cuenta la historia de una comunidad en los Andes que es saqueada, esclavizada y explotada por una compañía minera americana, la clase media y alta peruana, el gobierno y la Iglesia Católica. Robaron sus tierras, esclavizaron y asesinaron

a los campesinos y violaron a sus mujeres²³. Aunque es difícil saber cuán cerca se encuentra la literatura de la realidad y habiendo la sociedad peruana cambiado desde aquellos tiempos, la novela de Vallejo (y el trabajo de muchos novelistas peruanos ideológicamente cercanos) siguen influenciando en la manera cómo la gente percibe la actividad minera en el Perú²⁴.

Es importante tener en cuenta dos cosas. Primero, los minerales nunca han sido de propiedad de las comunidades de los Andes que viven sobre ellos. Segundo, la Corona y el Estado peruano nunca han utilizado los beneficios que traen estos recursos naturales para ayudar a estas comunidades pobres. Es por eso, que muchas personas siempre han sentido que la actividad minera sólo trae problemas.

C. El escenario actual de la minería

Cada mes, en los diarios peruanos aparecen informes de alguna comunidad que se opone al desarrollo de proyectos mineros en sus tierras. Una búsqueda en Google de las palabras “Perú + conflictos mineros” arroja 242 000 resultados.

Hoy en día, la mayoría de compañías mineras formales cumplen con los estándares de condiciones de trabajo y realizan proyectos de desarrollo en los pueblos andinos. Sin embargo, deben enfrentarse a muchos prejuicios en contra de la minería, los cuales han sido construidos sobre siglos de explotación.

Por otro lado, existe una percepción social respecto de que la minería causa un impacto

²⁰ GHERSI, Enrique. “La propiedad del subsuelo”.

²¹ DAGER ALVA, Joseph. “Minería en la Independencia y Temprana República. 1800-1840”. En: *Historia de la minería en el Perú* 270. José Antonio del Busto Duthurburu ed. 1999.

²² Una manera popular de contratar trabajadores para la minería fue el “enganche”, donde los reclutadores iban a las comunidades para reclutar gente para reclutar en las minas. Muchos historiadores han descrito estos contactos, en los que los reclutadores y los propietarios de las minas se aprovechaban de la desinformación de los campesinos para hacerlos trabajar en condiciones terribles y con retribuciones que no eran seguras. RIZO-PATRÓN BOYLAN, Paul. “La Minería entre 1900 y 1950”. En: *Historia de la minería en el Perú*. José Antonio del Busto Duthurburu (ed.). 1999. pp. 329-332; FLORES MARIN, José. “Minería Colonial y Coyuntura Mundial: Perú (1913-1919)”. Centro Peruano de Historia Económica. pp. 112-131. Según Flores, esto fue reconocido por los propietarios de las minas, que afectados por estas condiciones trataron de encontrar soluciones en el Congreso Nacional de la Industria Minera de 1917. *Ibid.* p. 113.

²³ La novela de Vallejo es, también, un manifiesto ideológico. Lo escribió después de regresar de Moscú, influenciado por el marxismo que se ve reflejado en el mensaje anticapitalista y antiimperialista de la novela.

²⁴ VALLEJO, Cesar. “El Tungsteno / Paco Yunque”. Stockcero.2007.

terrible en el ambiente. Como lo confirman informes del Banco Mundial, la percepción social de la minería como una actividad altamente contaminante en el Perú tiene su base en los altos grados de contaminación del ambiente realizados por décadas de actividad minera en la sierra peruana, en un momento en el que las preocupaciones por el ambiente no eran tomadas en cuenta. Y, aunque ahora la actividad minera puede llevarse a cabo con total armonía con el ambiente y de manera segura²⁵, no todas las compañías mineras se pueden preciar de exhibir altos estándares medioambientales.

Por lo tanto, los pobladores que viven sobre yacimientos mineros sienten que es un mal negocio encontrar oro debajo de sus tierras. No obtendrán beneficio alguno (pues no son propietarios de los minerales que se encuentren en el subsuelo) y asumirán el riesgo de tener un vecino contaminador (esto debido a la pésima reputación de la minería)²⁶. Esta es una razón muy importante para entender el por qué de los constantes conflictos entre las compañías mineras y las comunidades en el Perú.

Para hacer las cosas más complicadas, la pobreza extrema es una característica de la mayoría de estas comunidades campesinas. Muchos de los pueblos en las zonas mineras son comunidades rurales que viven sin acceso a servicios públicos o con niveles críticos de analfabetismo y mortalidad infantil²⁷. En el 2006, el 69.3% de las personas que habitan en áreas rurales se encontraban por debajo de la línea de la pobreza²⁸. Los departamentos de la región de los Andes (con excepción del Cusco) presentaban los más altos niveles de pobreza, oscilando entre el 74.6% y el 88.7% de la población²⁹.

El Estado está obligado a utilizar buena parte de los impuestos obtenidos por la minería para mejorar las condiciones de vida de estas

comunidades (y del resto de las personas pobres en el Perú). El 50% de la totalidad del impuesto a la renta pagado por las compañías mineras va al Gobierno Central. El otro 50% es el llamado canon y va a diferentes niveles de gobierno para ayudar a la población que habita en las zonas mineras. El canon es distribuido de acuerdo al lugar donde se ubica la mina que paga el impuesto. 10% del canon va al distrito (la unidad geográfica de gobierno más pequeña), el 25% a la provincia, 40% al departamento y 20% a la región (la unidad geográfica de gobierno más grande). El 5% remanente es asignado a las universidades del departamento correspondiente. Todas estas unidades de gobierno tienen que gastar el canon en invertir en proyectos para la mejora de las condiciones de vida de la población.

El canon representa una gran cantidad de dinero pues la minería es el sector económico que paga más impuestos en el Perú. Como lo hemos mencionado antes, las compañías mineras pagaron, en el 2007, el 25% del total de los impuestos internos recolectados.

A pesar de eso, existen muchos problemas que no permiten que el sistema pueda trabajar en beneficio de los peruanos más pobres.

El canon depende del impuesto a la renta pagado por las empresas, pero el primer pago recién podría ser recibido hasta después de una década de iniciadas las actividades por la compañía minera. El proceso de exploración puede durar entre tres y siete años y la construcción del campamento minero podría demorar hasta un año y medio. Una vez que el proceso de extracción comienza, las ganancias recién se verán cuatro o cinco años más tarde, ya que en los años previos la compañía ha estado invirtiendo dinero, obteniendo sólo pérdidas y ningún ingreso. Es por esto, que la compañía recién puede empezar a pagar el impuesto a la renta una década después de

²⁵ Banco Mundial. "Republic of Perú Wealth and Sustainability: The Environmental and Social Dimensions of the Mining Sector in Perú". Report 38044-PE. MAY 2005. p. 110.

²⁶ Sobre cómo algunos de supuestos ambientalistas y grupos políticos están en contra de todo tipo de inversión minera ver. DE ALTHAUS, Jaime. "La Revolución Capitalista en el Perú". Fondo de Cultura Económica. 2007. p. 210.

²⁷ Defensoría del Pueblo. Unidad de Conflictos Sociales. Informe 54.

²⁸ Una persona es pobre cuando sus gastos son inferiores a lo que se necesita para poder satisfacer sus necesidades alimentarias y no alimentarias.

²⁹ INEI, Perfil de la pobreza según departamentos.
<http://www1.inei.gob.pe/web/Bibliolnei/ListaltemByTemaPalabra.asp?c=5&tt=Niveles%20de%20Vida%20y%20Programas%20Sociales>.

iniciadas las actividades mineras. Sin embargo, los pobladores deben lidiar con la compañía minera, alrededor diez años antes de que el canon sea pagado al Estado³⁰.

Por otra parte, la burocracia peruana no parece ser capaz de utilizar eficientemente el canon para mejorar las condiciones de vida de las personas que viven en las zonas donde se lleva a cabo la actividad minera. Uno de los problemas es que debido al engorroso proceso presupuestario el Estado se tarda unos dieciocho meses, luego de que la compañía minera ha pagado el impuesto, en transferirlo a las diferentes agencias y unidades de gobierno encargadas de gastar este dinero. Es por esto, que la población no percibe los beneficios que trae la inversión minera a corto plazo³¹.

Además, es difícil evaluar lo que los diferentes niveles de gobierno hacen con el dinero del canon, ya que hay muy poca información respecto de esto en las cuentas públicas³². En general, la transparencia presupuestaria no es una de las características de la administración pública en el Perú. Lo único que se sabe es que, en promedio, las diferentes agencias de gobierno encargadas de gastar el canon sólo invierten el 77% de ese dinero. Los problemas burocráticos hacen que el 23% de ese dinero se quede en las cuentas del Estado sin generar beneficio alguno para la población³³.

Existe, además, evidencia de que el dinero del canon no es invertido eficientemente.

En el 2005, el departamento con mayores conflictos sociales era Cajamarca. Lo irónico es que Cajamarca es el departamento que recibe más dinero por parte del canon. Aparentemente, los cajamarquinos no perciben los beneficios de las inversiones con dinero del canon³⁴.

En ese sentido, cabe indicar que de acuerdo a diferentes encuestas de opinión, el 50% de las personas que viven en zonas de actividad minera creen que el dinero del canon es utilizado para pagar los sueldos de funcionarios públicos, algo prohibido por la ley. El 12% de las personas entrevistadas creían que el canon, simplemente, no se usa³⁵. Casi, el 50% de las personas encuestadas no sabían qué cosa era el canon³⁶. Esto demuestra que, o bien los organismos estatales encargados de administrar el dinero no lo están usando correctamente, o no tienen éxito en informar a la población que los proyectos de inversión se dan gracias a la riqueza generada por las compañías mineras.

Aun cuando no sea posible conocer el destino final del dinero del canon, si es posible saber lo que los distintos niveles de gobierno planean hacer con el dinero a comienzos del año. Beatriz Boza ha estudiado algunos de los proyectos para el año 2005 de los diferentes organismos estatales encargados de administrar el dinero del canon. Aun cuando no sea posible saber si, verdaderamente, se invertirá el dinero en dichos proyectos, representa un buen indicador sobre los rubros de inversión del canon.

Boza descubrió que había algunos proyectos de inversión bastante razonables, pero otros eran simplemente absurdos. Ilave, por ejemplo, es una ciudad con 60 000 habitantes donde alrededor del 90% no tienen electricidad ni desagüe. Ilave es tristemente recordada porque, en el 2004, una turba de manifestantes asesinó al alcalde acusándolo de corrupto. A pesar de eso, en el 2005, el nuevo alcalde planificó gastar el 94% de su presupuesto del canon minero en parques recreacionales, un gasto absurdo en un lugar con altos índices de pobreza³⁷.

³⁰ BOZA DIBÓS, Beatriz. "Canon Minero. ¿Caja Chica o Palanca para el Desarrollo?". CIES. 2006. pp. 31-32.

³¹ *Ibíd.* p. 30.

³² Ciudadanos al Día. "Canon Minero 2005: Situación y Perspectivas". CAD. Agosto. 2005. p. 28. En: http://www.ciudadanosaldia.org/informes/repositorio/i39/Informe39_Ver07Set05_Final.pdf.

³³ BOZA DIBÓS, Beatriz. "Canon Minero. ¿Caja Chica o Palanca para el Desarrollo?". CIES. 2006. p. 94.

³⁴ Ciudadanos al Día. "Canon Minero 2005: Situación y Perspectivas". CAD. Agosto. 2005. p. 26. En: http://www.ciudadanosaldia.org/informes/repositorio/i39/Informe39_Ver07Set05_Final.pdf.

³⁵ BOZA DIBÓS, Beatriz. "Canon Minero. ¿Caja Chica o Palanca para el Desarrollo?". CIES. 2006. p. 94.

³⁶ *Ibíd.* p. 105.

³⁷ *Ibíd.* p. 101.

En el distrito de Calamarca, la municipalidad planificó gastar la mayor parte de su presupuesto en áreas deportivas y plazas públicas, cuando más del 99% de la población no tiene ni electricidad ni desagüe. En el distrito de La Capilla sólo el 7% de la población tiene electricidad y sólo el 2% desagüe, pero la municipalidad planificó gastar la mayor parte del dinero proveniente del canon en un auditorio público. La Municipalidad de Ajoyani, un lugar muy pobre en los Andes, planificó gastar la mayor parte de su presupuesto en instalaciones deportivas, piscinas, una plaza de toros y “gastos administrativos”. Algo similar sucedió en el extremadamente pobre distrito de Chocayán y Cospán³⁸.

La falta de eficiencia y la poca rendición de cuentas por parte de los diferentes niveles de gobierno peruano no permiten al Estado utilizar los impuestos recolectados de las compañías mineras en beneficiar a los peruanos más pobres. Es por esto que, lo único que esperan obtener si descubren minerales debajo de sus tierras es una pequeña compensación por el uso de las mismas (su único atractivo) y el riesgo de enfrentar a una compañía minera que pueda contaminar el aire que respiran y el agua que toman. Así, los pobladores de los Andes tienen muy pocas razones para recibir a inversores mineros.

III. LAS PERSONAS DEBEN SER PROPIETARIOS DE LOS MINERALES QUE SE ENCUENTRAN DEBAJO DE SUS TIERRAS

En esta sección explicaré por qué un sistema donde los propietarios sean dueños de los minerales que se encuentren debajo de sus tierras solucionaría muchos de los problemas antes descritos. Compararé mi propuesta con el sistema que actualmente existe en el Perú en cinco aspectos: (i) incentivos para una adecuada distribución de los recursos; (ii) los costos de transacción de la minería; (iii) conflictos sociales; (iv) problemas ambientales; y, (v) perspectivas sobre la distribución. Demostraré que mi propuesta, comparada con el sistema actual, tiene muchas ventajas con relación a estos aspectos.

A. Incentivos para una adecuada distribución de los recursos

El argumento principal para defender la propiedad que tiene el Estado sobre los recursos naturales es que son muy importantes para asignárselos a cualquier agente privado. Por eso, se dice, el Estado debe escoger al indicado. Este sistema señala que no todas las personas deben tener el derecho de propiedad sobre un recurso natural específico y que son los funcionarios del gobierno los más competentes para seleccionar quién es el titular del derecho.

Perú no es un caso aislado. En Latinoamérica, las constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Venezuela hablan sobre los recursos naturales en los mismos términos.

Esta visión de cómo asignar los recursos implica que algunas personas están calificadas para manejarlos y otras no, y que el Estado es el mejor agente para seleccionar quién sí califica. Esto es bastante debatible, sobre todo desde un punto de vista económico.

Primero, nadie puede predecir quién generará mayores beneficios explotando los recursos naturales o quién puede cuidar mejor de ellos; en la misma línea, nadie puede predecir cual será la compañía más rentable en la industria minera. Tales predicciones supondrían la omnisciencia, por lo menos.

Segundo, si la persona que inicialmente obtiene la concesión no es la que puede ejercerla de manera más eficiente, un usuario más eficiente la comprará, por lo que el que consiga primero el título no es un problema siempre y cuando los costos de transferencia y transacción sean bajos. De esta manera, no hay necesidad de desperdiciar recursos asumiendo costos potencialmente altos de la burocracia dedicada a determinar quien sería el mejor postor.

Tercero, los funcionarios públicos no asumen los costos o beneficios de realizar una buena o mala designación inicial de los recursos naturales, por lo que tienen pocos incentivos de tomar una buena decisión. Es

³⁸ Ibid. p. 102.

cierto que mientras los recursos puedan ser comercializados eso no sería importante en el largo plazo. Sin embargo, el problema está en que como los funcionarios públicos no asumen ni los beneficios ni los costos, no tienen prisa en designar los recursos naturales. Un ejemplo, es el caso de la reserva de gas de Camisea. La reserva fue descubierta en los primeros años de la década de los ochenta por *Shell*, la cual trabajaba al amparo de un contrato de exploración firmado con el gobierno peruano. La reserva descubierta era enorme, diez veces más grande que la siguiente reserva de gas peruana y una de las más grandes en Latinoamérica. De acuerdo con varias autoridades públicas, el proyecto de Camisea se convertiría en el proyecto energético más importante en la historia peruana³⁹. Sin embargo, el gas no podía ser extraído hasta que el gobierno peruano asignara los derechos de la extracción. Tomó más de 20 años y cinco presidentes conceder los derechos para empezar el proyecto. Como los funcionarios públicos a cargo no asumieron los costos de una demora o los beneficios de un rápido comienzo, los incentivos para una designación oportuna de derechos no eran fuertes.

Esos incentivos perversos de los funcionarios públicos los podrían llevar a no asignar los recursos, ya que reduciría los activos y la influencia política de los organismos. Los burócratas tienen fuertes incentivos para aumentar el presupuesto de sus organismos de gobierno para incrementar su poder, influenciar, así como asegurar salarios más altos y una mayor permanencia⁴⁰. Así, los organismos encargados de concesionar los derechos de propiedad sobre los recursos naturales pueden tener, a veces, incentivos para abstenerse de realizar la designación, pues eso reduciría su presupuesto y, en consecuencia su importancia y poder. Esto, por ejemplo, nos puede ayudar para explicar por qué los organismos del gobierno retienen

muchas tierras en las manos del Estado, incluso, habiendo una gran demanda de tierras. La mayoría de organismos del gobierno encargados de administrar la tierra prefieren administrarla por sí mismos que privatizarla, probablemente porque un administrador de la tierra sin tierra perdería su poder (y, tal vez, la razón de la existencia de su empleo)⁴¹. Lo mismo que sucede con las tierras, sucede con los demás recursos naturales.

Cuarto, cuando el Estado puede, libremente, escoger quien obtiene los recursos, el proceso de concesión se convierte en un imán de la corrupción, especialmente en países en vías de desarrollo y con instituciones frágiles. Los actos de corrupción, así como otros delitos, pueden ser analizados como un fenómeno económico. Una persona comete un delito, porque espera que los beneficios excedan a los riesgos esperados⁴². En países en vías de desarrollo que cuentan con instituciones débiles, la probabilidad de sanción de los actos de corrupción es generalmente baja, y eso reduce los costos calculados de los actos de corrupción. El beneficio esperado es la probabilidad de obtener un soborno. La mayor discrecionalidad en cómo asignar los recursos incrementa dicha probabilidad porque les da a los funcionarios públicos mayores oportunidades a pedir un soborno. Mientras más valioso sea el recurso a designar, más grande será el soborno que se pida (después de todo, un soborno es un pago que se realiza de manera clandestina). Es por eso que, en los países donde la probabilidad de castigo es bastante baja, los funcionarios públicos que tienen mucha discrecionalidad para designar recursos valiosos como los minerales o el petróleo tienen grandes incentivos para participar en actos de corrupción. Esto no significa que todo funcionario público encargado de asignar recursos naturales sea corrupto. Pero, existen muchos incentivos para dejar de ser una persona honesta.

³⁹ Ver entrevista a Juan Miguel Cayo Mata, viceministro peruano de energía. Por BID America. En: <http://www.iadb.org/idbamerica/index.cfm?thisid=3666>.

⁴⁰ NISKANEN, William A. "Bureaucracy and Representative Government". Aldine-Atherton. 1971.

⁴¹ Algunos autores sugieren que algo similar ocurrió en Estados Unidos con la Oficina de Administración de Tierras y la Oficina de Asuntos Indígenas. DE ALESSI, Louis. "The Gains from Private Property: The Empirical Evidence". En: "Property Rights Cooperation Conflict and the Law 90". Terry L. Anderson & Fred S. McChesney (ed.). 2003. Ver también: MCCHESENEY, Fred S. "Government as Definer of Property Rights: Tragedy Exiting the Commons?" En: Property Rights Cooperation Conflict and the Law 227. Terry L. Anderson & Fred S. McChesney (ed.). 2003.

⁴² POSNER, Richard. "Economic Analysis of Law". Aspen Publishers. Sexta edición. 2003. p. 219.

Podríamos poner como ejemplo a la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEC por sus siglas en inglés). Todos sus miembros son naciones sobre las cuales se sabe que se manejan recursos naturales sumamente valiosos y que la corrupción no es usualmente sancionada. Ninguna de estas naciones ocupa un buen lugar en el Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional. En efecto, ocho de estas se encuentran en la mitad más corrupta del mundo, muchas ocupando muy bajas posiciones⁴³.

El Estado peruano ha sido, también, víctima de la corrupción en la designación de los recursos naturales en repetidas ocasiones. El último caso se dio con el escándalo del 2008 que involucró la corrupta designación de algunos pozos petroleros⁴⁴. En el escándalo estuvieron implicados varios ministros de Estado y otros funcionarios públicos. El Primer Ministro y el Ministro de Energía y Minas fueron obligados a renunciar y otros funcionarios públicos fueron removidos⁴⁵.

Al escribir sobre las dificultades que existen para hacer reformas para combatir la corrupción, la profesora Rose-Ackerman señala que “los países en vías de desarrollo como Nigeria, Venezuela e Indonesia han experimentado ganancias extraordinarias a raíz de la experiencia del petróleo, esto ha hecho que se resistan a una reforma por varios años, y la riqueza mineral de Zaire contribuyó a la sostenibilidad del régimen corrupto”⁴⁶. Juan Pablo Pérez Alfonso, un ex

ministro de petróleo y minería de Venezuela y cofundador de OPEC, predijo en los años setenta “el petróleo nos llevará a la ruina” y llamó al petróleo “el excremento del demonio”. Él temía que la corrupción del petróleo emergiera y dominara el país. No estaba equivocado. Antes de descubrirse sus inmensas reservas de petróleo, Venezuela tenía los más altos ingresos per cápita de Latinoamérica. Ahora ha retornado a los índices de los años sesenta⁴⁷. Asimismo, más de treinta años después el asesor de Vladimir Putin, Andrei Illarinov, acuñó el término “Venezuelización” para describir el destino de Rusia después de la re-nacionalización de la filial de producción más importante de la petrolera Yukos. Temeroso de la corrupción que se generaba y “la maldición de los recursos naturales”⁴⁸, dijo, “hoy hemos decidido unirnos al tercer mundo”⁴⁹. Esto no significa que la propiedad estatal sobre los recursos naturales siempre nos conducirá a la corrupción, en el mismo sentido que dejar la puerta sin seguro no significa que necesariamente un ladrón entre a su casa a robar. Sin embargo, es bastante imprudente dejar la puerta de la casa abierta, sobre todo, en vecindarios con alto grado de criminalidad. Como señala Susan Rose Ackerman, el objetivo principal de la lucha contra la corrupción debe ser la reducción de los beneficios de recibir y pagar sobornos⁵⁰.

Un problema relacionado es que la discrecionalidad del Estado al asignar los recursos naturales crea incentivos para la búsqueda de rentas en el sector privado, que,

⁴³ Transparencia Internacional. Índice de la Percepción de Corrupción. 2008. http://www.transparency.org/news_room/in_focus/2008/cpi2008/cpi_2008_table Irak es el único país de la OPEC que no aparece en el ranking.

⁴⁴ Las personas involucradas en este escándalo estaban presuntamente involucradas en actos de corrupción o intentos de corrupción relacionados con los depósitos de gas y tierras públicas.

⁴⁵ “Denuncian corrupción de alto vuelo en Perupetro”. Diario Correo. 6 de Octubre de 2008. http://www.correoperu.com.pe/lima_notas.php?id=76180&show=r%F3mulo%20le%F3n; “Discover ganó gracias a su alianza con Petroperú”. Diario Correo. 7 Octubre de 2008. http://www.correoperu.com.pe/lima_notas.php?id=76223&show=r%F3mulo%20le%F3n; Rómulo León Alegría visitó 22 veces a funcionarios de Petroperú. Diario Perú 21. 12 de Noviembre de 2008. <http://peru21.pe/noticia/220940/romulo-leon-visito-22-veces-funcionarios-petroperu>.

⁴⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan. “Corruption and Government”. Cambridge University Press. 1999. p. 213.

⁴⁷ USEEM, Jerry. “The Devil's Excrement”. En: Fortune Magazine. 3 de febrero de 2003. http://money.cnn.com/magazines/fortune/fortune_archive/2003/02/03/336434/index.htm.

⁴⁸ En el “Curse of Natural Resources” uno de los periódicos más leídos. SACHS, Jeffrey D. y Andrew M. WARNER. “The Curse of Natural Resources”. European Economic Review 45. 2001. pp. 827-838.

⁴⁹ Rusia. “La maldición de \$50 dólares el barril”. Business Week. May 16. 2005 http://www.businessweek.com/magazine/content/05_20/b3933083_mz054.htm.

⁵⁰ ROSE-ACKERMAN, Susan. “Corruption and Government”. Cambridge University Press. 1999.

en vez de invertir los recursos en producción económica, los invierten en obtener favores políticos⁵¹. Esto no es sólo una actividad de desperdicio y un juego de suma cero. Es, también, una actividad donde los que obtienen las reglas que quieren son, por lo general, los grupos mejor organizados con mayor poder económico o que están más cerca de los políticos en el poder. Evidentemente, esto afecta a la gente pobre (como los pobladores de los Andes) y a grandes grupos no organizados como los consumidores o los contribuyentes⁵².

Finalmente, debemos tener en cuenta que muchas veces nadie sabe donde se encuentra el recurso natural más valioso. En el caso de los recursos “escondidos” como los minerales, no sólo se necesitan reglas para asignar la propiedad de los recursos sino también reglas que creen incentivos para que se invierta en el descubrimiento de recursos naturales. Así, una regla que establezca que el propietario de la tierra es el dueño de los minerales crea incentivos toda vez que la inversión en la búsqueda de nuevos recursos se ve recompensado con la propiedad sobre ellos (siempre y cuando el sistema permita adquirir la tierra sin mayores dificultades). Pero, un sistema en el que el Estado decide quien es el indicado para asignarle los recursos, no crea incentivo alguno para descubrir nuevos recursos.

De hecho, este sistema crea, incluso, incentivos para esconder los recursos. En la época de la colonia, los indígenas solían mantener en secreto la ubicación de diferentes minas o solían cubrir la entrada de estas con piedras o plantas para así esconderlas. Incluso inventaron historias sobre demonios para mantener a los españoles alejados de las zonas mineras⁵³. Estos incentivos se crearon a raíz de un sistema legal que no recompensaba a los nativos que dieran información, ya que la Corona mantenía el derecho de propiedad sobre los minerales y el derecho de enviar a los indígenas a trabajar a las minas. Actualmente, ya no existe la esclavitud, pero los pobladores

locales siguen teniendo muy pocos incentivos para revelar la existencia de minerales debajo de sus tierras pues muchos de ellos tienen el temor que la actividad minera contamine el ambiente. El único beneficio que ellos creen que recibirán es un poco de caridad, por lo que muchos de ellos prefieren guardarse la información para ellos mismos y empezar a realizar actividad minera informal.

En efecto, no se puede valorizar los recursos sino hasta después de algunas inversiones en el descubrimiento de nueva información sobre estos, aunque todos sepan donde se encuentren. Una parcela de terreno baldío, por ejemplo, puede ser inútil hasta que alguien invierte en descubrir si puede ser utilizado o transformado para la agricultura o el desarrollo urbano. O, quizás, un río no es más que una corriente de agua hasta que alguien invierte en descubrir cómo el agua puede ser llevada a un lugar donde la necesiten, si la corriente es suficiente para establecer una industria o si, además, se puede construir una represa. Incluso una zona llena de oro no es realmente valiosa hasta que alguien invierte en producir información sobre la calidad y cantidad del mineral o sobre la posibilidad de tener un proyecto de explotación minera en la zona. Pero, sin una regla que recompense ese tipo de inversión, los incentivos para producir información sobre el valor real de los recursos son mínimos. ¿Por qué alguien invertiría en obtener información valiosa sobre algún recurso natural si no recibirá beneficio alguno?

Por tanto, la mejor manera de asignar inicialmente los recursos naturales (en países en vías de desarrollo) es limitando la discrecionalidad del Estado de asignarlos. La idea de que el Estado debe ser el soberano de los recursos naturales, no tiene sentido.

El Perú ha sufrido muchos de los problemas que he descrito desde largo tiempo atrás. Es por esto que la limitación a la discrecionalidad del Estado al momento de asignar los recursos

⁵¹ En la búsqueda de rentas, KRUEGER, Anne. “The Political Economy of the Rent Seeking Society”. En: American Economic Review 64. 1974. p. 291. Ver también, TULLOCK, Gordon. “The rent seeking society”. Liberty Fund. 2005.

⁵² Esta es una tesis desarrollada en Mancur Olson, “The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups”. Harvard University Press 1971.

⁵³ QUIROZ CHUECA, Francisco. “La Minería Virreinal 1550-1600”. En: Historia de la Minería en el Perú. José Antonio del Busto Duthurburu. (ed.). 1999. pp. 130-147.

naturales es un tema importante en el país desde los años noventa. Muchas reformas legales y administrativas fueron puestas en marcha y eso permitió un impresionante desarrollo del sector minero. Actualmente, cada persona que cumpla con los requisitos puede solicitar una concesión minera y participar en los procesos públicos de adjudicación para que se le asignen los recursos (sin embargo, el Estado sigue teniendo mucha discrecionalidad al seleccionar quien puede participar en tales proceso de adjudicación).

El sistema actual, en vigor desde los años noventa, reconoce que el Estado no tiene los mejores incentivos para asignar discrecionalmente los minerales. Es por eso que se limita la discrecionalidad del gobierno en diferentes formas. El sistema que proponemos es una mejora en la misma dirección. Primero, porque aun cuando los procesos de asignación de recursos no son vistos como corruptos o extremadamente ineficientes, esto puede cambiar con el próximo gobierno. Una nueva burocracia incompetente y corrupta es todo lo que se necesita para destruir los avances de los años anteriores. De hecho, una mirada rápida a los diferentes procesos burocráticos o fraudulentos de la asignación de otros recursos como el petróleo, los bosques o tierras, muestra que la reciente reputación satisfactoria de la minería es una excepción en el Perú. Con el fin de garantizar transparencia y eficiencia en la transferencia de los yacimientos minero, se debería poner en marcha un sistema donde sólo agentes privados estén involucrados en la asignación de los recursos. Sin funcionarios públicos como intermediarios, habrá menos costos administrativos, ninguna posibilidad de corrupción y mejores incentivos para una rápida asignación de recursos naturales. Por otro lado, como lo explicaré en el siguiente punto, el sistema que propongo reduce los costos de llegar a un acuerdo para el uso de la tierra, por lo que facilita la exploración de nuevos yacimientos mineros, así como los procesos de extracción.

B. Los costos de transacción de la minería

Además de obtener la concesión minera por parte del Estado, las compañías mineras tienen que negociar con los propietarios de las tierras para poder extraer los minerales

que se encuentran debajo de estas. Esas tierras puede que sea lo único que los pobladores tienen. Por tal razón, no las venderán ni abandonarán de manera tan fácil. Por otra parte, las compañías mineras ya le pagan al Estado por la concesión de los minerales, por lo que no tiene sentido que, además, paguen una inmensa cantidad de dinero por la tierra. En algunos casos, sobre todo, cuando se trata de compañías mineras importantes, estas le ofrecen a la población beneficios como la construcción de colegios, carreteras, implementación de servicios públicos y creación de puestos de trabajo. Pero los pobladores sienten que las compañías mineras y el Estado están tomado la parte más grande y que se enfrentan a riesgos eventuales de contaminación. Ellos no quieren caridad. Sienten que al ser dueños de las tierras deben recibir el valor total de las tierras y los minerales. No entienden cómo el gobierno (que no ha estado presente para defenderlos de los delincuentes o para brindarles servicios públicos o educación básica) un día decide vender lo que se encuentra debajo de sus tierras a una compañía que, muchos de ellos, piensan que contaminará el ambiente. No es difícil comprender su a veces violenta oposición a los proyectos mineros.

Más aun, no es difícil comprender el sentimiento de exclusión de dichas comunidades que no sólo son desplazadas sino que ahora tienen que vivir al costado de un campamento minero donde el modo de vida es muy diferente. Los campamentos mineros están implementados con agua potable, electricidad, telecomunicaciones y servicios de salud. Los empleados manejan vehículos deportivos de utilidad alrededor del pueblo, donde las personas ni siquiera tienen un auto. A veces, contratan a policías locales para cuidar el campamento minero en sus días libres, policías que los pobladores locales no sienten que están ahí para protegerlos⁵⁴. No se puede culpar a la compañía minera de darles a sus empleados condiciones de trabajo decentes. Pero, la población local se siente excluida.

Finalmente, algunas comunidades saben que si mantienen las tierras para sí mismas tendrán la oportunidad, al menos, de explotar los yacimientos mineros de manera informal.

⁵⁴ Defensoría del Pueblo. "Los Conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú". Abril de 2007.

Por otro lado, las compañías mineras creen que ya están contribuyendo lo suficiente. La mayoría de las compañías mineras en el Perú administran programas de desarrollo social en las zonas donde operan. Por ejemplo, proveen servicios de educación, infraestructura, servicios públicos, programas de prevención de drogas, asistencia técnica para los empresarios locales, entre otros beneficios, como la compra de productos locales a precios por encima del mercado. Proveen de servicios esenciales que, incluso, el propio Estado no cumple con entregar. Por otra parte, los trabajos mineros hacen crecer el nivel de vida de la gente empleada por la compañía. Los ingresos de un operador de mina son diez veces mayores a los de un campesino en los Andes⁵⁵. Además de todos los programas de desarrollo social que realizan las compañías mineras, pagan impuestos bastante altos al Estado. Adicionalmente, tienen que pagarle al Estado peruano por la concesión minera.

Las compañías mineras sienten que pagan demasiado. Los pobladores locales sienten que reciben muy poco. El sistema de propiedad minera aumenta los costos de transacción para llegar a un acuerdo para la extracción de los minerales debido a la asignación inicial de los derechos. Esa asignación hace a las empresas mineras pagar mucho por los minerales mientras las comunidades reciben muy poco y se les hace perder sus tierras, la única cosa material que tienen.

¿Qué pasaría si la ley señalara que los dueños de la superficie son dueños, también, de los minerales del subsuelo? En ese caso, las compañías mineras tendrían que pagarles a los pobladores locales (y no al Estado) por el oro, y no sólo por las tierras. En otras palabras, se volverían millonarios. Ya no tendrían que trabajar como campesinos, podrían darles a sus hijos una educación decente, cuidar de su salud y darles una buena nutrición, servicios con lo que por ahora solo pueden soñar. Tendrían importantes incentivos para vender sus tierras a las compañías mineras.

Una razón importante por la que las comunidades andinas se oponen a los proyectos mineros es por que estos no

representan un beneficio, debido a un sistema jurídico inadecuado. Perderían sus tierras a cambio de un poco de caridad. Es por esto que los costos de transacción que crea el sistema impide la realización de diferentes proyectos mineros.

Sin embargo, es cierto que, a veces, compañías no pagan tasas altas para obtener la concesión. Los grandes pagos son el impuesto a la renta y al valor agregado. Entonces, para no imponer un costo adicional a la actividad minera, si nuestro sistema propuesto se adoptara sería necesario permitir a las compañías mineras, por ejemplo, la reducción de su impuesto a la renta y del costo de compra de los minerales y de la tierra.

Un posible argumento en contra del sistema que propongo es que las compañías mineras pueden manipular a los pobladores de los andes para así pagarles por sus tierras un precio inferior al del precio del mercado. Sin embargo, aunque es cierto que muchos campesinos son analfabetos, ellos saben mejor que cualquier otra persona el valor de su tierra. Si pudieran ser tan fácilmente engañados, estarían, actualmente, vendiendo sus tierras a las compañías que quieren extraer los minerales que se encuentran en el subsuelo, pero no lo están haciendo. De hecho, enfrentan a las compañías mineras a negociaciones bastante difíciles para entrar a sus propiedades. Por otro lado, si existe algún problema de información, la solución debería ser darle la información a la población, no prohibir la transacción.

C. Conflictos sociales

La Defensoría del Pueblo emite periódicamente un informe sobre los conflictos sociales más importantes en el país. De acuerdo con dicho informe el 49% de los conflictos sociales a julio del 2008 estaban relacionados con problemas socio-ambientales. El 82% de dichos conflictos tenía relación con la actividad minera, y la mayoría de lugares donde esto se daba era en sitios muy pobres, pequeñas comunidades rurales que viven sin acceso a los servicios públicos o con niveles críticos de analfabetismo y mortalidad infantil⁵⁶.

⁵⁵ Banco Mundial. "Republic of Peru Wealth and Sustainability: The Environmental and Social Dimensions of the Mining Sector in Peru". REPORTE 38044-PE. MAYO 2005. 99.

⁵⁶ Defensoría del Pueblo. "Unidad de Conflictos Sociales". Reporte 54.

Muchos de los conflictos involucran a pobladores que bloquean carreteras o toman las minas por la fuerza para parar sus actividades. En muchos casos, cuando las operaciones mineras ni siquiera han empezado, los pobladores organizan protestas demandando la prohibición de la actividad minera en el área. Estos conflictos son alimentados por un sistema legal que le permite al Estado vender los minerales que se encuentran en el subsuelo de la tierra de un privado.

Un ejemplo representativo de un conflicto minero es el de Tambogrande, comentado al inicio de este artículo. Un pueblo lleno de agricultores muy pobres que se dedicaban al cultivo de mangos y limones sobre el yacimiento más grande de la región de oro, zinc y cobre.

La lucha por la extracción de los minerales desencadenó la destrucción de la propiedad privada, disturbios y un asesinato. Los minerales aún yacen debajo de los campos de mango. Estos no son usados para mejorar la calidad de vida de los pobladores ni para permitir que las compañías mineras y el Estado obtengan ingresos. Los únicos que obtienen ciertas ganancias son los mineros informales, quienes contaminan gravemente el ambiente y utilizan mano de obra infantil.

Evidentemente, la población de Tambogrande tiene muy pocos incentivos para permitir la extracción de los minerales en sus tierras. Ellos recibirían tan sólo una compensación por el uso de sus tierras (y el valor de la tierra es casi nada, ya que se encuentra perdida en medio de una montaña), mientras que otras personas se quedan con los minerales. Por otro lado, muchos pobladores tienen miedo al peligro de la contaminación. Es por eso que prefieren mantener sus campos con magos o explotar informalmente los minerales.

Otro ejemplo de conflicto minero es el caso de la compañía Majaz, que tenía un proyecto minero llamado Río Blanco en el norte del Perú. Aparentemente, dicho proyecto tenía la

posibilidad de convertirse en la segunda mina de cobre más importante en el país. El Estado peruano le concedió a Majaz los derechos para explotar los minerales sobre las tierras de las comunidades de Yanta, Segunda y Cajas, que usaban esas tierras para pastear animales y, sobre todo, como una reserva (una especie de “cuenta de ahorros”)⁵⁷.

La calidad de vida en dichas comunidades es bastante baja. En las zonas más pobres, el 82% de la población no tiene acceso a agua potable, el 74% no tiene acceso a servicios de sanidad y el 96% no tiene electricidad. Además, la tasa de analfabetismo femenino llega al 36% de la población, y en 1999 la tasa de desnutrición alcanzaba al 60% de la población⁵⁸.

El conflicto comenzó en el 2003 cuando las comunidades cuestionaron la legalidad de un acuerdo firmado por algunos de sus líderes, por el que se le permitía a Majaz iniciar las obras de exploración a cambio del mejoramiento de algunas carreteras locales.

Hubo una gran controversia respecto de los derechos de Majaz para entrar en las tierras de las comunidades⁵⁹. Pero, la controversia se tornó rápidamente en un conflicto social mayor. En el 2004 una gran cantidad de miembros de la comunidad marcharon al campamento minero y lo atacaron. Un poblador murió en el enfrentamiento con la policía. Después de un tiempo de conversaciones fallidas, en el 2005, alrededor de 2 000 a 3 000 pobladores marcharon al campamento de Majaz. La protesta ocasionó la destrucción de propiedad pública y privada, así como el bloqueo de carreteras y otro poblador muerto a raíz del enfrentamiento con la policía. Los pobladores locales, incluso, secuestraron a tres empleados de Majaz. Hubo acusaciones de que algunos empleados de Majaz fueron amenazados y torturados. Además, algunos pobladores que apoyaban el proyecto minero fueron amenazados por los opositores, que destruyeron sus propiedades y les bloquearon el acceso al agua. Majaz no estaba libre de acusaciones.

⁵⁷ Grupo de Apoyo para el Perú, la Minería y Desarrollo en el Perú, con especial referencia al proyecto Río Blanco. Piura: Grupo de Apoyo para el Perú. Marzo 2007. p. 15.

⁵⁸ *Ibíd.* p. 18.

⁵⁹ Defensoría del Pueblo. Informe 001/2006/ASPMA-MA. p. 27.

Las personas de seguridad protagonizaron episodios de violencia e intimidación sobre algunos pobladores, lo que obligó a Majaz a despedirlos y ofrecer disculpas públicas en un periódico local⁶⁰.

Parte de la justificación de la protesta fue el peligro de contaminación. La diferencia con el caso de Tambogrande estaba en que el Estudio de Impacto Ambiental no estaba listo en ese momento por lo que no existía un documento oficial que pueda certificar que el proyecto era seguro. Pero, quizás, la mejor manera de analizar si existía evidencia de que el proyecto minero podría realizarse sin dañar el ambiente era preguntándoles a los que se oponían al proyecto.

El Peru Support Group es una organización británica sin fines de lucro, relacionada a ONG's como Oxfam que apoyan a los movimientos de izquierda y grupos contra la minería en el Perú. Esta organización publicó un informe donde criticaba la forma cómo manejaron el conflicto Majaz y el Estado peruano declaró que el proyecto presentaba serios riesgos ambientales. Pero, en el mismo informe los autores admitieron que "en general, los impactos ambientales que pueda ocasionar la mina, tal cual está diseñada actualmente, podrían ser manejables"⁶¹. De hecho, el informe reconoce que muchos de los temores sobre la contaminación ambiental eran producto de la desinformación. El informe señaló lo siguiente: "La población local mostró, siempre, una falta de conocimiento

acerca de los posibles problemas causados por la actividad minera. La desinformación era abundante. Muchas personas nos informaron que numerosos problemas habían sido causados por la actividad minera en Río Blanco, que incluyen: efectos sobre la salud humana, muerte de animales de campo, agua de la superficie y agua potable contaminada. Estos problemas no podían ser posibles ya que la mina aún no estaba funcionando"⁶².

La mayoría de los pobladores ni siquiera se interesaban en informarse sobre los riesgos y costos reales del proyecto minero. Simplemente, tomaban cualquier excusa para oponerse a éste ya que sentían que iban a ganar muy poco con la puesta en marcha del proyecto. Después de todo, lo único que pueden obtener es caridad y ayuda por parte de la compañía minera así como una compensación por usar sus tierras. Nicanor Alvarado Carrasco, el portavoz de alguno de los grupos que se oponen a los proyectos mineros en el norte del Perú, dijo: "si hubiéramos sabido que el cobre extraído de esas minas iba, verdaderamente, a beneficiar a nuestro país, quizás, usando tecnología alternativa que no tenga mayor impacto en el ambiente ni en las personas, hubiéramos apoyado a las compañías mineras. Esto hubiera pasado, si los recursos se utilizaban, por ejemplo, para brindarle electricidad a nuestras comunidades, o para crear artefactos como, por ejemplo, tu grabadora. Esto hubiera creado puestos de trabajo y nuestra calidad de vida hubiera mejorado.

⁶⁰ El caso Majaz se convirtió en un enfrentamiento ideológico en los grandes medios de comunicación. Las diferentes versiones de los acontecimientos puede verse en los siguientes documentos: La minera Majaz denunció ataques contra sus oficinas y trabajadores. Diario El Comercio. 20 de diciembre de 2007. En: <http://www.elcomercio.com.pe/ediciononline/HTML/2007-12-20/la-minera-majaz-denuncio-ataques-contra-sus-oficinas-y-trabajadores.html>. Liberan a dos trabajadores de la minera Majaz. RPP noticias. 9 de agosto de 2005. En: http://cms.rpp.com.pe/portada/nacional/8889_1.php. Otro trabajador de minera denuncia secuestro. Diario Correo 16 agosto de 2005 http://www.correoperu.com.pe/lima_columnistas.php?id=9403&p=82&ed=14. Defender sus tierras les cuesta denuncia penal. Diario El Regional de Piura. 1 de setiembre de 2005 http://www.elregionalpiura.com.pe/archivosnoticias/2005_09/septiembre_01/regionales_01.htm Queman una camioneta de la empresa minera Majaz en Huancabamba. Diario El Comercio. 20 de diciembre de 2007. En: <http://www.elcomercio.com.pe/ediciononline/HTML/2007-12-20/queman-camioneta-empresa-mineramajazhuancabamba.html>. Juan Aste Daffós, Lo que está detrás de Majaz, Diario La República. 21 de diciembre de 2005. En: http://www.larepublica.com.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=97929&Itemid=481&fecha_edicion=2005-12-21. Véase el reporte de la Defensoría del Pueblo y del Grupo de Apoyo para el Perú, previamente citado. Véase también, el programa de televisión "La Ventana Indiscreta" y el programa de reportajes de televisión "Panorama" emitido el 23 de octubre de 2005 alegando que existía una red terrorista en contra del proyecto. Véase también, Responsabilizan a minera Majaz por torturas contra campesinos de Ayabaca y Huancabamba. Diario El Regional de Piura. 7 de junio de 2008. http://www.elregionalpiura.com.pe/archivosnoticias_2008/junio_2008/junio_07/regionales_07.htm.

⁶¹ Grupo de Apoyo para el Perú, la Minería y Desarrollo en el Perú, con especial referencia al proyecto Río Blanco. Piura: Grupo de Apoyo para el Perú. Marzo 2007. p. 53.

⁶² *Ibíd.* p. 42.

Pero, si se trata de ayudar a un extranjero a que se haga rico mientras nuestras tierras se empobrecen, entonces preferimos seguir con nuestras plantaciones de café, con nuestros ríos de agua dulce, nuestro bosque neblinoso, nuestras cordilleras y nuestra cultura”⁶³.

Hasta ahora, el último capítulo de la historia de Majaz fue un referéndum organizado por las autoridades locales en el año 2007 para determinar si la población quería que la mina detenga sus actividades. Alrededor del 50% de la población fue a votar y decidió que se detenga el proyecto. El gobierno central acusó a las autoridades locales de manipular la opinión pública y la autoridad electoral los acusó de cometer delitos, pues no tenían ninguna autorización para organizar ese tipo de referéndum. Majaz aún sigue terminando el Estudio de Impacto Ambiental, esperando que exista algún camino de empezar el proyecto minero. Mientras tanto, los pobladores de Yanta y Segunda y Cajas continúan entre los peruanos más pobres⁶⁴.

El sistema que propongo crearía incentivos para reducir los conflictos sociales. Por una parte, los pobladores locales tendrían incentivos para permitir que se den las operaciones mineras porque obtendrían muchos beneficios. Eso reduciría las amenazas, disturbios y ataques contra la propiedad pública y privada. Por otra parte, mientras más abiertos al diálogo y a las negociaciones estén los pobladores, las compañías tendrán menos incentivos de utilizar tácticas violentas.

Sin embargo, algunas personas señalan que las raíces de estos conflictos son la ignorancia y los prejuicios. El caso de Majaz es un buen ejemplo para demostrar la desinformación de los pobladores locales sobre los verdaderos peligros de la contaminación ambiental, o que, simplemente, se oponen a cualquier tipo de minería. Este también fue el caso de cerro Quilish donde la empresa Yanacocha quería

expandir sus actividades mineras. Los pueblos vecinos organizaron una marcha inmensa para detener el proyecto, aun cuando un Estudio de Impacto Ambiental establecía que no había riesgo alguno de contaminación y cuando Yanacocha ofreció realizar nuevos estudios. La población local se opuso a analizar cualquier tipo de argumento o propuesta. La consecuencia fue que Yanacocha (una de las cinco compañías mineras peruanas más grandes) pasó de producir tres millones de onzas al año a la mitad de esa cantidad⁶⁵.

El sistema que propongo sería bastante útil para crear incentivos para lidiar con la ignorancia y con los prejuicios. La ignorancia es un fenómeno económico. La gente decide informarse si los beneficios de la información son superiores a los costos de obtenerla⁶⁶. Es por esto que todas las personas son ignorantes respecto a algunos temas y educadas respecto a otros. Los pobladores andinos no esperan obtener beneficios considerables de la inversión minera (especialmente desde un punto de vista individual), por lo que tienen muy pocos incentivos para informarse de manera adecuada, acerca de los beneficios y los costos que implica un proyecto minero. Pero, si fueran dueños de los minerales del subsuelo, tendrían incentivos importantes para obtener información, pues los beneficios de venderlos son gigantescos.

El prejuicio es un tema más complicado ya que implica no sólo la falta de información sino un comportamiento irracional. Después de todo, un prejuicio es una opinión preconcebida no basada en la razón o en la experiencia actual. Sin embargo, existe una explicación económica para este tipo de comportamientos irracionales. Bryan Caplan, por ejemplo, sostiene que comportarse de manera irracional es una decisión racional⁶⁷. Los actos irracionales como los prejuicios implican costos y beneficios que, evidentemente, varía de acuerdo a la persona. El beneficio sería el sentimiento

⁶³ Entrevista a Nicanor Alvarado Carrasco. En: <http://www.indymedia.be/en/node/8365>.

⁶⁴ “Revolt in the Andes”. En: *The Economist*. 9 de setiembre de 2007. Volumen 384. Tema 8547. p. 51.

⁶⁵ “DE ALTHAUS, Jaime. “La Revolución Capitalista en el Perú”. Fondo de Cultura Económica. 2007. p. 205.

⁶⁶ Anthony Downs utiliza esta explicación económica para describir la conducta de los votantes desinformados. DOWNS, Anthony. “An Economic Theory of Democracy”. Addison Wesley. 1997.

⁶⁷ CAPLAN, Bryan. “The Myth of the Rational Voter. Why Democracies Choose Bad Policies”. Princeton University Press. 2007.

de ser aceptado por otras personas que comparten el mismo prejuicio, evitando la desagradable presión social de cuestionar las creencias mayoritarias, sentirse superior a otras personas, o no incurrir en el esfuerzo de informarse a uno mismo y en la vergüenza de aceptar que uno estuvo equivocado durante mucho tiempo. El costo es el material o bienestar psicológico de perderse por estar actuando de manera prejuiciosa. Por ejemplo, si uno tiene el prejuicio de que los extranjeros son deshonestos y perezosos, uno, probablemente, pierda el beneficio de hacer negocios con ellos o de contratarlos como trabajadores. En nuestro ejemplo, si uno tiene muchas oportunidades de hacer negocios o contratar a un connacional, los costos de mantener el prejuicio son bajos. Pero, si los extranjeros son un importante grupo en el mercado, se tendrán mayores incentivos para superar un comportamiento irracional. Es por eso que las personas tienden a superar sus prejuicios (su comportamiento irracional) cuando los beneficios individuales son mayores que los costos.

Muchos pobladores andinos tienen el prejuicio de que las compañías mineras son, necesariamente, contaminantes. Dado que hoy en día, ellos esperan obtener pocos beneficios al aceptar la inversión minera en sus comunidades, tienen muy pocos incentivos para dejar atrás sus prejuicios. Si el sistema que proponemos se pusiera en marcha, los pobladores podrían obtener grandes beneficios si ellos negociaran con las compañías mineras, por lo que tendrían varios incentivos para superar sus prejuicios.

Es cierto, por otro lado, que todos estos argumentos hacen necesaria la creación de un sistema para asegurar beneficios importantes a las comunidades que se encuentren cerca de yacimientos mineros, pero que no tienen tierras sobre estos. Estas comunidades no son las propietarias de los minerales, por tanto, no obtendrán un beneficio directo de la operación con la compañía minera. Sin embargo, se pueden ver potencialmente afectadas por la contaminación por lo que tienen razones para oponerse a los proyectos mineros, desinformados y con prejuicios. Es por esto que es importante que obtengan un beneficio directo de la operación. Quizás, el impuesto aplicado a la venta de minerales por los propietarios y cualquier otra tarifa abonada para el inicio de las actividades

mineras se podría utilizar para darle a todos los pobladores locales un cheque. También, una parte de los otros impuestos pagados por la compañía minera una vez que han iniciado sus actividades puede ser usada para realizar una significativa transferencia de dinero, de manera directa, a los pobladores. De esta manera, las personas más afectadas por la actividad minera sentirán un beneficio inmediato a raíz de la inversión minera.

Existe, asimismo, una reforma más que debe ser puesta en marcha para hacer que el sistema funcione: permitir a las comunidades andinas pasar de un sistema de propiedad comunal a un sistema individual de propiedad, si ellos lo desean. Hoy en día, la ley hace bastante difícil que el traspaso del primero al segundo se concrete. Algunas comunidades pueden encontrar ventajas rigiéndose bajo una ley comunal, pero otras prefieren derechos individualizados. Facilitar el pase a un sistema de propiedad individual puede ser bastante útil para crear incentivos para negociar la venta de las tierras y de los minerales.

Ello incentivaría, por ejemplo, a las comunidades a respetar los acuerdos firmados entre sus representantes y la compañía minera. A menudo, los pobladores no están completamente informados acerca de lo que sus líderes realmente hacen, y cuando descubren de qué se trata, a veces, no respetan los contratos con los extranjeros. Estos problemas se pueden explicar (al menos en parte) por los incentivos que el sistema comunal de propiedad crea. A menudo, dicho sistema puede ser eficaz para lidiar con los problemas del día a día dentro de la comunidad, donde las tradiciones locales y las costumbres ancestrales permiten al sistema trabajar. Pero, las tradiciones y las costumbres no son siempre útiles en un escenario totalmente diferente, como la negociación con una gran empresa minera que quiere utilizar las tierras de la comunidad. En esa situación, en la que no hay prácticas locales para apoyar la acción colectiva, los incentivos pueden cambiar drásticamente. Los líderes de la comunidad deben tomar decisiones respecto a problemas que nunca antes habían tenido. Los pobladores tienen muy poca información sobre los problemas y las acciones de su líder enfrentan altos costos para controlar sus acciones. Aquí existe un problema de *free-rider*. Los beneficios que obtenga el líder

serán para toda la comunidad. Cada poblador enfrenta la decisión de asumir los costos de informarse acerca de esta nueva situación y de la actuación de sus líderes, o esperar hasta que alguien más asuma los costos de obtener la información por ellos. Entonces, cada poblador tiene incentivos para esperar hasta que alguien asuma el costo para que se le pueda considerar un *free-rider* por su esfuerzo. Por otra parte, como las decisiones son tomadas colectivamente, invertir en obtener información no justifica los costos, ya que el simple voto de una persona informada no puede cambiar los resultados. Por tanto, cada poblador, tiene pocos incentivos para obtener información. Esta es, simplemente, otra aplicación del modelo de la ignorancia racional descrito antes.

Con la propiedad individual, cada persona asume todos los gastos y beneficios de tomar decisiones informadas. Por eso, tienen incentivos para informarse y tomar buenas decisiones. Cada persona puede negociar los términos que mejor se amolden a sus necesidades tratar de obtener los beneficios que vea conveniente. No existen sorpresas inesperadas en las que se celebran contratos con términos desconocidos para sus supuestos beneficiarios.

D. Problemas ambientales

Otra lamentable consecuencia del rechazo de las compañías mineras formales por parte de las comunidades es que, a veces, la única manera de explotar los minerales sea de manera informal. Con frecuencia, parte de la misma comunidad decide explotar los minerales debajo de sus tierras como una actividad de subsistencia. A veces, personas que no son del lugar o mafias mineras ingresan a las tierras por la fuerza. En ese caso, las consecuencias ambientales son nefastas. Como mencioné antes, por ejemplo, los minerales de Tambogrande ahora son

extraídos por miles de mineros informales que viven en esa zona⁶⁸.

Los mineros informales, por lo general, no tienen acceso a información o a tecnología que reduzca la contaminación. Además, no tienen plan alguno para reducir el impacto en el suelo o la contaminación del agua. Por otro lado, no tienen dinero para acceder a un programa de concientización ambiental o a tecnología minera de limpieza⁶⁹.

Además, el hecho de que las operaciones informales no sean supervisadas y no cumplan con los requisitos de sanidad, hacen de la minería informal una actividad muy peligrosa. Los túneles que excavan, a veces, son muy estrechos (de acuerdo a Kuramoto, el tamaño común es de 70 cm x 70 cm), no siguen un plan determinado y tienen una ventilación deficiente (las enfermedades respiratorias son comunes entre aquellos mineros). Usualmente, los explosivos son usados sin ningún entrenamiento previo y la mayoría de los mineros no cuentan con un equipo de seguridad. También se enfrentan a altos riesgos de contaminación de mercurio durante el proceso de amalgamación del oro. De acuerdo a un estudio realizado en la comunidad de minería informal de Mollehuaca, el 62% de las personas analizadas tenían índices de mercurio que excedían los permitidos⁷⁰. Y, evidentemente, los mineros informales no tienen seguro de salud, lo que sí proveen las compañías mineras formales.

Por otro lado, la minería informal tiene efectos perjudiciales sobre el suelo⁷¹. Los movimientos de la tierra durante el proceso de extracción del mineral pueden causar graves daños al medio ambiente debido a las alteraciones topográficas, y mientras el Estado puede exigirle a una empresa formal un plan para lidiar con estos problemas luego del cierre de la mina, los mineros informales simplemente desaparecen dejando el problema sin resolver.

⁶⁸ Véanse las declaraciones del ministro del ambiente Antonio Brack. En: <http://www.larepublica.com.pe/content/view/179475/> Del ministro de energía y minas Juan Valdivia. En: http://www.larepublica.com.pe/component/option,com_contentant/task,view/id,144883/Itemid,/ Y del viceministro de trabajo Javier Barreda. En: http://www.mintra.gob.pe/mostrar_noticia.php?id_actividades=1757.

⁶⁹ KURAMOTO, Juana R. "Artisanal and Informal Mining in Peru". IIED & WBCSD. 2001. pp. 25-29.

⁷⁰ *Ibíd.* pp. 30-31.

⁷¹ *Ibíd.* pp. 27-28. Véase también. PASCO FONT, Alberto. "Minería Informal y Medio Ambiente en el Perú". GRADE. 1996.

Adicionalmente, la minería informal es un peligro potencial para las corrientes de agua⁷². Nadie sabe realmente donde se encuentran los mineros informales y cómo disponen de sus insumos contaminantes. Por lo tanto, no hay manera de saber si las leyes ambientales se están cumpliendo o si las corrientes de agua están siendo contaminadas.

Por otra parte, el trabajo infantil es muy común en la minería informal. Se estima que unos 500, 000 niños peruanos trabajan en las diferentes actividades mineras. Ellos hacen perforaciones, preparan los explosivos, cargan los minerales y acompañan a los adultos que trabajan con mercurio⁷³. Además de exponerlos a serios riesgos, la minería informal mantiene a los niños fuera de los colegios. En Madre de Dios, por ejemplo, alrededor del 40% de los estudiantes son también trabajadores mineros⁷⁴.

La minería informal, asimismo, es usualmente una forma muy ineficiente de actividad minera. Ya que varios mineros informales son mineros artesanales, su productividad es bastante baja. Se estima que las grandes empresas mineras necesitan 5.5 días/hombre para producir un kilogramo de oro, las operaciones de la mediana y pequeña minería requieren entre 60 a 180 y la minería artesanal necesita alrededor de 575 días/hombre⁷⁵.

Además de las ineficiencias debido a la falta de capital, también hay ineficiencias debido a la falta de conocimiento. En Madre de Dios, por ejemplo, los mineros informales trabajan empíricamente sin ningún conocimiento geológico elemental, por lo que pierden dinero y tiempo en la extracción de los minerales⁷⁶.

Si los propietarios de las tierras lo fueran también de los minerales, los costos de transacción de la transferencia de los derechos a las compañías mineras serían muy bajos. Mientras más grande es la compañía, más difícil es realizar la actividad de manera

informal, ya que las operaciones son más visibles y fáciles de detectar. Asimismo, las operaciones de las compañías mineras grandes y medianas son fiscalizadas de cerca por el Estado, porque los impuestos que se pagan son una fuente importante del presupuesto público. Además, ONG's nacionales e internacionales, así como la prensa, monitorean de cerca a las compañías mineras por ser los más importantes agentes económicos en el Perú. Es por eso que hacer minería informal es difícil para la grande y mediana empresa, a diferencia de los mineros pequeños o artesanales, porque nadie sabe quienes son, dónde viven y sus operaciones y actividades son muy pequeñas como para llamar la atención pública y para justificar la presencia de organismos no gubernamentales, de la prensa o, incluso, del Estado.

Por otro lado, los pobladores de los andes son, por lo general, bastante pobres y viven en zonas muy alejadas donde no hay presencia policial. Es por eso que se les hace muy difícil proteger sus tierras de las mafias mineras. Las grandes compañías, en cambio, tienen mayores recursos para detener a aquellos que intenten realizar actividades de minería informal en la zona. Por lo general, tienen fuerzas de seguridad bastante bien entrenadas, así como una fuerte influencia sobre el gobierno para hacer que la policía proteja la zona. Asimismo, sus operaciones mineras abarcan vastas áreas de terreno, las que los pobladores ni siquiera pueden ocupar, así que si algún minero informal quiere entrar en la zona encontrará que la compañía minera formal ya se encuentra extrayendo los minerales.

E. Consideraciones distributivas

Es posible argumentar que en un sistema legal donde los campesinos sean propietarios de los minerales que se encuentran bajo sus tierras sería injusto. Después de todo, la propiedad de los minerales, en la mayoría de los casos, sería un golpe de suerte de aquellos

⁷² PASCO FONT, Alberto. "Minería Informal y Medio Ambiente en el Perú". GRADE. 1996.

⁷³ KURAMOTO, Juana R. "Artisanal and Informal Mining in Peru". IIED & WBCSD. 2001. p. 32.

⁷⁴ *Ibíd.* p. 7.

⁷⁵ *Ibíd.* p. 4.

⁷⁶ *Ibíd.* p. 5.

que no han hecho nada para obtener los recursos. ¿Se merecen dicha ganancia?⁷⁷ Asumamos que no, por lo que tendremos que analizar qué sistema está más cerca de alcanzar la meta de permitir que la mayoría de los peruanos obtenga beneficios de la actividad minera. Considero que el sistema que propongo tiene, también, ventajas en este aspecto comparado al actual sistema estatal de propiedad de los minerales.

El sistema actualmente en vigor no contribuye a la distribución de la riqueza generada por la actividad minera, como se ha visto antes en este artículo. La falta de transparencia, la corrupción, la ineficiente burocracia, la desinformación y un sistema legal en el que los funcionarios públicos no rinden cuentas hace que el Estado peruano sea un mal candidato para implementar políticas de distribución de la riqueza y programas de asistencia social. Existe una gran posibilidad de que la mayor parte del dinero termine en un proyecto de inversión absurdo, en el bolsillo de un burócrata corrupto o congelado en las cuentas del gobierno. Asimismo, este sistema eleva los costos de transacción de las operaciones mineras.

El sistema que propongo reduciría todos esos costos de transacción. Eso permitiría mayores inversiones y creación de puestos de trabajo, que, en estos días, es la mejor manera de permitir que los peruanos se beneficien de la actividad minera. En el 2004, debido a los puestos de trabajo directos e indirectos creados por las compañías mineras, 1 800 000 personas dependían económicamente de dichas empresas. Asimismo, en poco más de una década las compañías mineras han construido casi 3 000 km de carreteras, más de 400 km ferroviarios, dos puertos y varias plantas eléctricas. Además, gracias a estas empresas, los distritos mineros elevaron sus ingresos per cápita en un 34% y su consumo per cápita en un 22%. Adicionalmente, las compañías mineras realizan varios proyectos de desarrollo social en las regiones más

pobres, en sectores como educación, nutrición, servicios públicos, salud, entre otros. Estas compañías cubren muchos servicios que el Estado no proporciona⁷⁸.

Por lo tanto, en el Perú, la inversión privada minera trae muchos beneficios. Este sistema está trabajando para llevarles beneficios a la población, mientras los programas estatales de distribución de la riqueza fallan. Es por esto que el Perú necesita un sistema que facilite la inversión minera, uno como el que propongo. Puede que este no sea el sistema que algunos defensores de la distribución de la riqueza tienen en mente, pero, en todo caso, es la segunda mejor opción disponible.

Incluso, sería mejor permitirles a los pobladores mantener la propiedad sobre los minerales si nuestra intención fuese aumentar los subsidios estatales a las personas en situación de pobreza. Primero, la transferencia de las tierras y los minerales puede ser gravada para una mejor distribución de la riqueza. Para los procesos de distribución no es necesario que el Estado asigne los recursos. Dejemos que los privados sean los que asignen los minerales a fin de facilitar la inversión minera y establezcamos un impuesto sobre la transferencia de propiedad. Mientras los impuestos no sean demasiado altos como para desalentar la venta de los minerales, tendremos los buenos incentivos del sistema que propongo y la posibilidad de distribuir la riqueza. En efecto, habrá más riqueza para ser distribuida, porque el sistema que defiende crea incentivos para permitir más operaciones mineras.

Además, tenemos que entender que la mayor parte de la ganancia no está en la venta de la tierra y los minerales que se encuentran debajo de esta, sino en la extracción de estos y en la venta de los minerales procesados. Los que generan más riqueza en el negocio de la minería no son los que venden las minas, sino los que realizan las inversiones y toman el riesgo de extraer los minerales y venderlos.

⁷⁷ Esta no es una pregunta fácil. De hecho, muchas de las teorías morales se basan en que la intuición de las ventajas arbitrarias son injustas. Véase RAWLS, John. "A Theory of Justice". Oxford University Press 1971; DWORKIN, Ronald. "A Matter of Principle". Harvard University Press. 1985; DWORKIN, Ronald. "What is Equality? Part 2: Equality of Resources". 10 PHIL. & PUB. AFF. 1981; NAGEL, Thomas. "Equality and Partiality". Oxford University Press. 1991; COHEN, Gerald. "¿Por qué no el socialismo?". En. Razones para el Socialismo. Roberto Gargarella y Félix Ovejero. 2001.

⁷⁸ DE ALTHAUS, Jaime. "La Revolución Capitalista en el Perú". Fondo de Cultura Económica. 2007. pp. 201-213.

Por lo tanto, si el gobierno quiere aplicar un programa de distribución, su objetivo debe ser crear los incentivos para permitir el ingreso de la minería y establecer un impuesto sobre las operaciones que este realice. De tal manera, habrá más que distribuir.

IV. CONCLUSIÓN

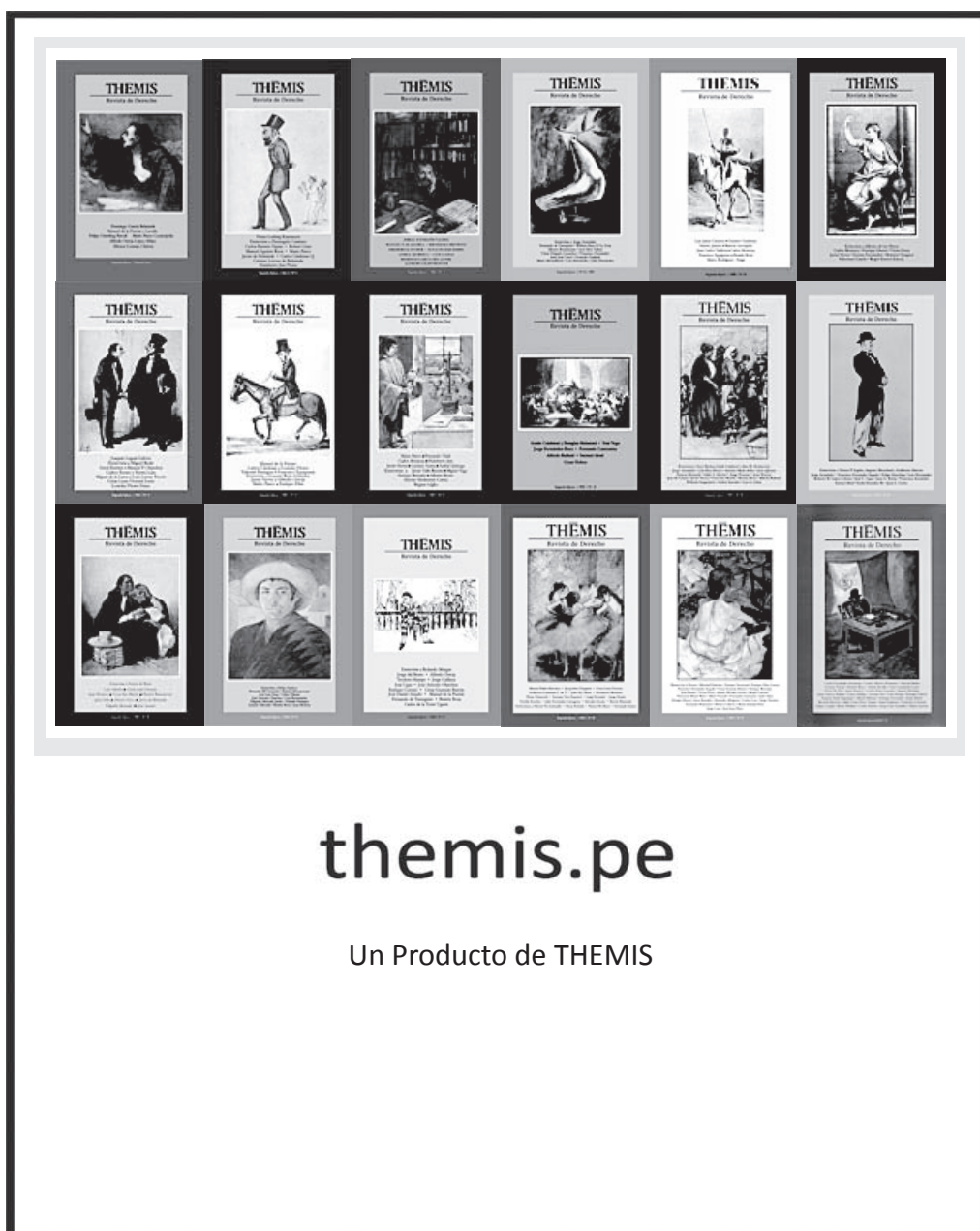
La propiedad estatal sobre los minerales está basada en la premisa de que el Estado es el mejor agente para administrar y asignar los recursos naturales. En el presente artículo, he argumentado que eso es bastante debatible. El Estado no tiene la información para seleccionar al mejor postor. Los funcionarios públicos no tienen incentivos para realizar una eficiente asignación de recursos e, incluso, pueden tener incentivos para abstenerse de la asignación de los minerales. Por otro lado, un sistema en el que el Estado tiene mucha discrecionalidad para asignar valiosos recursos naturales hace que la corrupción crezca. Además, dicho sistema no produce incentivos para crear información sobre la ubicación y características de los minerales.

Por otra parte, el sistema por el que el Estado es propietario de los minerales incrementa los costos de transacción de la inversión minera, pues los pobladores andinos tienen pocos incentivos para permitir que las compañías mineras utilicen sus tierras para realizar sus actividades. Saben que tienen muy poco que ganar y tienen que asumir el riesgo de la contaminación minera.

El sistema de propiedad estatal crea, también, incentivos para la aparición de la minería informal, una actividad altamente contaminante y riesgosa que, a veces, emplea a niños para labores fuertes y peligrosas. Finalmente, el sistema actual no alcanza sus objetivos de distribución.

Cambiar el sistema de propiedad minera en el Perú no es sólo importante por temas económicos, sociales, ambientales y de justicia. Es también importante por ser una forma de garantizar la gobernabilidad y estabilidad democrática. Actualmente, en Latinoamérica no se usan tanques para alcanzar el poder. Se utilizan elecciones como todos los demás. Se apela a las masas pobres —la mayoría de latinoamericanos— a quienes se les vende la idea de que las compañías extranjeras vienen al país para llevarse la riqueza, mientras se les hacen recordar la historia de opresión que vivieron los indígenas. Se enfatiza los prejuicios raciales y sociales, mientras se pide el poder absoluto para corregir todas esas injusticias históricas. Las personas que eligen a estos populistas son los pobladores de los Andes que el sistema siempre ha excluido. En el Perú, en las últimas décadas, muchos de ellos apoyaron al socialista Velazco, dictador en la década de los setenta, al grupo maoísta terrorista en la década de los ochenta, la dictadura de derecha de Fujimori en los años noventa, y apoyarán a cualquier persona o ideología que les prometa cambiar radicalmente el mundo injusto en el que viven.

El sistema de propiedad que propongo les permitirá a muchos peruanos pobres obtener grandes beneficios de la actividad económica más importante del país. Podrá elevar, tremendamente, su calidad de vida, los ayudará a superar muchos prejuicios y les mostrará que las injusticias históricas pueden ser superadas. También les mostrará que la inversión privada puede beneficiar a la población pobre y ser compatible con el medio ambiente. Con todo esto, puede que se abstengan de votar, otra vez, por una figura autoritaria que ellos ven como la única posibilidad de escapar de la pobreza histórica que ha caracterizado a los Andes.



FERNANDEZ, HERAUD & SANCHEZ

ABOGADOS

35 Años



La Unión

CORREDORES DE SEGUROS S. A. C.

La Unión

Vehículos
Salud
Patrimoniales

Calle la Habana 440 San Isidro, Lima-Perú. Telf.: 421 1575. Fax: 441 4302

EL SECTOR HIDROCARBUROS, CONSULTA PREVIA Y ESTABILIDAD JURÍDICA

Augusto Astorga Philippon*

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales, está vigente en el Perú desde 1995. Sin embargo, han tenido que pasar quince años para que recién pueda desplegar sus efectos. Es a raíz de la Sentencia 05427-2009-PC/TC del Tribunal Constitucional del Perú, de fecha 30 de junio de 2010, que se vienen implementando medidas que contribuyen al desarrollo legislativo del convenio.

En el presente artículo, el autor muestra la gran omisión en la que ha incurrido el Estado, durante muchos años, al no desarrollar legislativamente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Hay que tener en cuenta, que el Estado es el único vinculado a este convenio. Es decir, la responsabilidad de realizar la consulta debe ser asumida por el Estado y no por el titular del proyecto, el mandato que proviene del convenio va dirigido a aquél. A pesar de esto, tiene una visión positiva del tema. Considera que con el marco legislativo que se viene implementando se van cumpliendo las pautas dadas por el Tribunal Constitucional.

* Abogado. Socio del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

I. ANTECEDENTES: EL PERÍODO PREVIO A LA LEY DE CONSULTA PREVIA

El 2 de febrero de 1995 es la fecha en que entró en vigencia en el Perú el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”. Desde esta fecha y hasta el año 2002, no existía en la legislación peruana norma o dispositivo alguno que hiciera siquiera una referencia indirecta a los procedimientos o mecanismos a seguir para la implementación de los procesos de consulta regulados por el Convenio 169 de la OIT. Esto es, los derechos y obligaciones de dicho convenio aún no habían sido recogidos e incorporados por la legislación nacional.

Es así que para la suscripción de un contrato de exploración/explotación de hidrocarburos o el otorgamiento de una concesión o autorización para desarrollar alguna otra actividad de hidrocarburos, después del 2 de febrero de 1995, la única fuente de obligación legal en cuanto a la realización de consultas a los pueblos concernidos provenía del propio Convenio 169 de la OIT, recayendo, por tanto, la responsabilidad de su implementación en el Estado peruano y no en la empresa titular del respectivo proyecto¹.

Ante la falta de legislación local que implementara las disposiciones del Convenio 169 de la OIT en el sistema legal peruano, no existía ni en el Estado ni a nivel de los actores privados, conciencia sobre su obligatoriedad o consenso respecto de que era necesario llevar a cabo un proceso de consulta de forma previa al otorgamiento de derechos para la explotación de recursos naturales.

Para analizar la exigencia de haber tenido

que llevar a cabo o no un proceso de consulta previo a la etapa de negociación o firma de, por ejemplo, un contrato de licencia (y por lo tanto, como requisito previo a su suscripción) debemos considerar que existen dos artículos del Convenio 169 de la OIT cuyos alcances resulta necesario evaluar.

Nos referimos a los artículos 6 y 15. El artículo 6 dispone lo siguiente: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, **cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (...)**” [El énfasis es nuestro].

Por su parte, el artículo 15, que trata específicamente sobre los recursos del subsuelo, señala que: “(...) 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, **antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras**” [El énfasis es nuestro].

El artículo 6, al establecer que las consultas se deben realizar “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” establece un mandato de carácter general, no asociado a la extracción de recursos naturales sino en general a cualquier acto de gobierno.

¹ Cabe precisar que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) está dirigido a los gobiernos y es vinculante únicamente para los Estados soberanos que lo han ratificado. En efecto, el convenio tiene como finalidad servir como mandato para las acciones de los Estados, y busca lograr la aplicación de los derechos y obligaciones contenidos en el mismo dentro del contexto del sistema legal de cada Estado. Si bien muchas veces se percibe que las empresas privadas deben actuar en cumplimiento de lo dispuesto en las normas internacionales como es el caso del convenio, es importante resaltar que las obligaciones legales directas para cualquier empresa privada sólo pueden provenir de la legislación nacional. Esto último ha sido confirmado en el documento “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica – Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT” en el que se señala lo siguiente: “Dentro del contexto del Convenio 169, la obligación de garantizar que se efectúen las consultas adecuadas recae en los gobiernos y no en particulares o empresas privadas. El Estado es el responsable de garantizar que se tomen las medidas de consulta y participación necesarias”. Específicamente en cuanto a la extracción de recursos naturales, se señala que “(...) debe observarse que la responsabilidad de garantizar el respeto por estos derechos recae en los gobiernos en cuestión y no en las empresas o instituciones privadas que han recibido la licencia para llevar adelante la prospección o la explotación”.

En cambio la referencia del artículo 15 aterriza directamente en el tipo de actividades como las autorizadas por la suscripción de un contrato de licencia para exploración/explotación de hidrocarburos, al utilizar la frase: “antes de emprender o autorizar la prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”.

Creemos, entonces, que el mandato (al Estado peruano) existía con claridad en cuanto a que antes de llevar a cabo el Estado directamente (emprender) o a través de particulares (autorizar) tendría que haberse implementado un proceso de consulta previa con los pueblos bajo el ámbito de protección del Convenio 169 de la OIT desde que este estaba vigente.

La obligatoriedad de la consulta previa, así como los elementos mínimos de esta, fluía de diversos documentos complementarios emitidos por la propia OIT para los estados miembros del Convenio 169. Así, conforme se señala en el documento denominado “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica – Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT”²: “Las directrices del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUM) sobre los asuntos de los pueblos indígenas exponen las características de los **Elementos del consentimiento libre, previo e informado** [El énfasis es nuestro.]: (i) libre: debe implicar que no hay coerción, intimidación ni manipulación; (ii) previo: debe implicar que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos indígenas de consulta o consenso con los pueblos indígenas; (iii) informado: debe implicar que se suministra información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos: (a) la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier

proyecto o actividad propuesto; (b) la razón o las razones o el objeto del proyecto y/o la actividad; (c) la duración del proyecto o la actividad; (d) la ubicación de las áreas que se verán afectadas; (e) una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución; (f) el personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluso pueblos indígenas, personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas); y (g) los procedimientos que puede entrañar el proyecto”³.

Sin embargo, y a pesar de esto, el desarrollo legislativo a nivel local fue muy tímido e incluso hubo una suspensión expresa de su obligatoriedad de forma previa a la firma de contratos de exploración/explotación de hidrocarburos el año 2002 como veremos más adelante (ilegal, ciertamente). Recién en el año 2008, una norma, el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos, aprobado por el Decreto Supremo 012-2008-EM, asimila de modo directo los procesos de participación ciudadana con la obligación de realizar una consulta previa bajo el ámbito del Convenio 169 de la OIT⁴.

En efecto, el proceso legislativo local tuvo el desarrollo que se detalla en la siguiente sección.

A. Derecho de Consulta y los Mecanismos de Participación Ciudadana en el Perú después de 1995: Desarrollo Legal Local

En el Perú se implementó un mecanismo de participación ciudadana como parte del

² Página 63 de este documento que fue elaborado por el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, conformado por un grupo de personal de la Organización Internacional del Trabajo, Organizaciones Indígenas, expertos e investigadores.

³ Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUM). 2008. p. 28.

⁴ Cabe señalar que la Segunda Disposición Final del Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo 015-2006-EM, ya establecía además que compete a Perupetro S.A. informar a la población de las áreas en las cuales se esté negociando la suscripción de un contrato de exploración y/o explotación y sobre las acciones que viene realizando al respecto. O sea se trataba de un proceso sólo informativo y no se esperaba una respuesta o se consignaban alternativas de que hacer en caso la respuesta de la población hubiera sido negativa.

proceso de aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA), que conforme a la legislación vigente, desde 1993 comprenden impactos ambientales como sociales. Esto se plasmó a través de la Resolución Ministerial 335-96-EM-SG, vigente desde julio de 1996.

En la exposición de motivos de esta resolución se recogía lo siguiente: “El Sector Energía y Minas, considera que la participación ciudadana, contribuirá a asegurar el modelo de desarrollo sostenible, contribuyendo a identificar y solucionar problemas de impacto ambiental en los proyectos minero-energéticos. Esta participación establecida en el Código del Medio Ambiente se logrará mediante el procedimiento de audiencias públicas, el que se reglamenta a través de la presente Resolución Ministerial. La legislación del Sector Energía y Minas en materia ambiental, se encuentra establecida específicamente en los tres Reglamentos de Protección Ambiental para las actividades Minero Energéticas, los cuales disponen que los Estudios de Impacto Ambiental del Sector deben ser revisados y aprobados por cada una de las Direcciones Generales competentes, previa opinión de la Dirección General de Asuntos Ambientales (DGAA); en razón de ello, se ha visto por conveniente y necesario incluir en este proceso de revisión y aprobación la Audiencia Pública, como mecanismo de participación de la ciudadanía a través de sus representantes, que traerá como consecuencia un resultado positivo para el manejo y control ambiental de las zonas exploradas y explotadas del país por la actividad minera energética”.

Conforme al texto de esta resolución, el mecanismo de audiencia pública en que consistía el procedimiento de participación ciudadana, se implementaba una vez presentado para aprobación un Estudio de Impacto Ambiental al Ministerio y no antes de que se otorgue un contrato de exploración/explotación de hidrocarburos o una concesión minera (el mecanismo estaba establecido de modo conjunto para las actividades petroleras como mineras).

La Resolución Ministerial 335-96-EM-SG fue derogada por la Resolución Ministerial 728-99-EM-VMM que aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana en el

Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales presentados al Ministerio.

A su turno, la Resolución Ministerial 728-99-EM-VMM fue derogada por la Resolución Ministerial 596-2002-EM-DM que introdujo por primera vez el concepto de “Consulta” en el proceso de participación ciudadana del siguiente modo: “Consulta: Es un proceso de información y diálogo entre el titular del proyecto, la ciudadanía y el Estado acerca de las actividades mineras o energéticas en la localidad, sobre el marco normativo que las regula y las medidas de prevención y manejo de los posibles impactos sociales y ambientales del proyecto; asimismo, permite conocer las percepciones e inquietudes ciudadanas. La consulta se realizará a través de reuniones dirigidas a las personas y organizaciones sociales; ello no implica un derecho a veto de los ciudadanos sobre el proyecto”.

El procedimiento de consulta, conforme a la Resolución Ministerial 596-2002-EM-DM, comprendía las siguientes etapas: “3.1 Consulta Previa: Constituido por talleres previos, que serán convocados por la DGAA, en coordinación con la autoridad regional del lugar en donde se pretende desarrollar el proyecto minero o energético, que serán realizados dependiendo de la magnitud e importancia del proyecto. Su organización quedará a cargo del Estado y es aplicable en los siguientes casos: (i) con anterioridad al inicio de los estudios ambientales y en las zonas de influencia del proyecto, el Estado podrá realizar reuniones informativas dirigidas a la ciudadanía, informándoles de sus derechos y deberes ciudadanos, legislación ambiental y de las nuevas tecnologías a desarrollar en los proyectos; (ii) durante la elaboración del EIA o EIA_{sd}, el Titular difundirá la información sobre el proyecto y los avances en la elaboración del EIA o EIA_{sd}, recogiendo los aportes e interrogantes de la ciudadanía. El Estado por su parte, a través de la Dirección Regional de Energía y Minas (DREM), informará sobre el marco jurídico aplicable; (iii) presentado el EIA o EIA_{sd} al Ministerio de Energía y Minas, el titular del proyecto explicará a las autoridades sectoriales, regionales y a la ciudadanía en general, los componentes del estudio, especialmente los posibles impactos sociales, culturales y ambientales, así como los planes de manejo ambiental y social para

el control de tales impactos, recogiendo los aportes e interrogantes de los mismos. El número de talleres será determinado por la DGAA en coordinación con la DREM respectiva, en función de la envergadura del proyecto minero o energético y de su incidencia territorial. Dichos talleres podrán estar a cargo de la autoridad regional, de la DGAA o representantes del titular del proyecto y de la entidad que elaboró el EIA o EIAsd. Sin perjuicio de la realización de estos talleres, el titular podrá efectuar actividades participativas con la población respecto a los alcances del proyecto minero o energético, en las cuales podrá intervenir la DGAA o la DREM como facilitadores del diálogo”.

Sin embargo, la Tercera Disposición Transitoria señalaba que en los casos de contratos de licencia y servicios que suscriba PERUPETRO S.A. con los contratistas, no se exigirá el procedimiento de consulta previa a cargo del Estado durante los siguientes cinco años. Considerando que la norma es de diciembre de 2002, esta suspensión regía hasta diciembre de 2007. Esta suerte de *vacatio legis* era a todas luces ilegal por cuanto una norma de nivel reglamentario no podía posponer la aplicación de un tratado internacional que había cumplido con todos los procedimientos legales en el Perú, pero, ante esto, ¿qué podían hacer los actores privados?, ¿impugnar el mismo?, ¿estaban acaso legitimados a esto?.

Mediante Resolución Ministerial 535-2004-MEM/DM –Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades Energéticas dentro de los Procedimientos Administrativos de Evaluación de Estudios Ambientales– se aprobó un reglamento aplicable exclusivamente al subsector energía. La Resolución Ministerial 535-2004-MEM/DM fue derogada por el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos aprobado por Decreto Supremo 012-2008-EM de febrero de 2008.

Este Reglamento es el primero en hacer referencia entre sus antecedentes al Convenio 169 de la OIT. Ninguna de las resoluciones citadas anteriormente lo citaba, si bien como hemos visto ya se hacía referencia a un proceso de consulta desde el año 2002, dirigida a la ciudadanía en general y en la

que el rol activo no lo tenía el Estado sino el mismo titular de la actividad.

Este Reglamento aprobado por Decreto Supremo 012-2008-EM señala en sus considerandos: “Que, mediante Resolución Legislativa 26253, el Estado peruano ratificó el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el cual dispone que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos involucrados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad; Que, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales señala que en caso que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”.

De lo hasta acá visto, fluye con claridad que para el Estado peruano recién desde 2008 tuvo clara la necesidad de que el procedimiento de consulta dispuesto por el Convenio 169 de la OIT tenía que ser implementado a pesar de su derecho soberano para la explotación de recursos naturales ya que estaba protegiendo un interés superior, al estar dicho convenio versando sobre la protección de derechos humanos. Ahora bien ¿era necesario que se hiciese un desarrollo legislativo nacional para que el Convenio 169 de la OIT fuera aplicable en el Perú? Esto lo vemos en la siguiente sección.

B. Integración a normas peruanas e implicancias del rango constitucional

Para la incorporación de los tratados en el derecho interno, el Perú ha adoptado lo que se llama el sistema de recepción automática. Este sistema implica “la aplicación de las normas convencionales en el ordenamiento interno una vez que el tratado ha entrado en vigor internacionalmente, sin requerirse ningún acto posterior interno de conversión en norma jurídica interna, para consolidar

que la norma convencional está en vigor internamente”⁵.

Esto queda materializado en el artículo 55 de nuestra Constitución, que señala que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. En el mismo sentido se pronuncia la Ley 26647, la cual establece normas que regulan los actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano, que en su artículo 3 dispone que “los Tratados celebrados y perfeccionados por el Estado peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos”.

En tal sentido, habiéndose ratificado ante la OIT el 2 de febrero de 1994, y conforme a las condiciones establecidas en el propio convenio, este entraría en vigencia doce meses después de haberse registrado la ratificación. El Convenio 169 de la OIT se considera incorporado al derecho nacional desde el 2 de febrero de 1995.

El Tribunal Constitucional del Perú⁶ señala, además, que, si bien el artículo 55 de la Constitución constituye una regla general para todos los tratados, la propia Constitución establece una regla especial para los tratados que versan sobre Derechos Humanos en el sistema de fuentes. Así, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Al respecto de esta Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el Tribunal Constitucional agrega que: “nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los Tratados de Derechos Humanos sirven

para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55 de la Constitución– sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa⁷.

Ahora bien, aquí cabe la siguiente pregunta: ¿Qué implica que un tratado se integre al derecho nacional con rango constitucional?

En palabras del propio tribunal⁸: “el rango constitucional (...) trae consigo que dichos tratados están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, fuerza activa, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su fuerza pasiva trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales (por ejemplo la suspensión dispuesta por la Resolución Ministerial 596-2002-EM-DM), e incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución. (...), importa resaltar su fuerza de resistencia frente a las normas de rango legal. Éstas no pueden ser contrarias a los derechos enunciados en los tratados sobre derechos humanos. Si estos derechos detentan rango constitucional, el legislador está vedado de establecer estipulaciones contrarias a los mismos”.

⁵ RODRIGUEZ CARRIÓN, Alejandro. “Lecciones de Derecho Internacional Público”. Madrid: Tecnos. 1994. p. 258. Citado por: NOVAK TALAVERA, Fabián y Luis, GARCÍA CORROCHANO MOYANO. “Derecho Internacional Público”. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales. 2000. p. 325.

⁶ Numeral 22 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 047-2004-AI/TC.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional del Perú 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC.

C. Respecto de las dudas del Estado peruano en cuanto a la aplicación del Convenio 169 de la OIT

Debemos tener en cuenta que el artículo 34 del Convenio 169 de la OIT establece un concepto de “flexibilidad” a ser aplicado al momento de determinarse la naturaleza y los alcances de las medidas que cada Estado miembro adopte para dar efecto al convenio, en consideración de las condiciones propias de cada país.

El referido artículo señala lo siguiente: La naturaleza y **el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país**” [El énfasis es nuestro].

En nuestra opinión, del artículo citado se desprende un concepto de aplicación flexible del Convenio 169 de la OIT a la legislación nacional, lo cual, creemos, implica que el convenio no colisione con la legislación peculiar de cada país que lo ratifique. Esto nos lleva, además, a que la interpretación que se haga del convenio debe de ser aquella que no lleve a esta colisión sino a aquella que, respetando los derechos que este proteja, reconozca las instituciones y mecanismos jurídicos existentes en cada país.

Al utilizarse el término “flexibilidad”, se entiende en nuestra opinión que las disposiciones del Convenio 169 de la OIT no necesariamente deben aplicarse de forma estricta, sino que pueden estar incluso sujetas a cambios o variaciones según las circunstancias, condiciones o necesidades de cada país, siempre y cuando esta flexibilidad no determine un menoscabo de los derechos que son recogidos por el convenio.

Similar concepción de este término se ha tenido en cuenta en el documento denominado “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en las Práctica – Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT”⁹.

“(…) no resulta posible aplicar un enfoque

uniforme para implementar el Convenio, el proceso debe estar cuidadosamente diseñado y desarrollado por los gobiernos y los pueblos indígenas interesados y debe adaptarse a las circunstancias particulares”.

Es de destacarse, asimismo, que tal y como hemos visto, hasta el año 2008, esto es más de diez años luego de que el Convenio 169 de la OIT entrara en vigencia, en el propio Estado peruano existían dudas sobre la necesidad de implementar el mecanismo de consulta previa a la negociación y adjudicación de lotes y si estas consultas implicaban un derecho a veto.

Las dudas surgían sobre la base de que lo anterior podría atentar contra la soberanía del Estado, constitucionalmente consagrada, sobre estos recursos.

Esta duda interpretativa por parte del Estado peruano, es a nuestro entender un elemento que debe de ser considerado al sopesar la validez de los actos administrativos por los que se otorgaron derechos para la explotación de recursos naturales sin haberse efectuado un proceso de consulta previa en territorios indígenas.

La duda en cuestión originó que la Directora del Departamento de Normas Internacionales de Trabajo, haya señalado mediante comunicación ACD 5-169, en la que absuelve determinadas solicitudes de aclaración planteadas por la Defensoría del Pueblo en relación con el derecho de consulta y la extracción de recursos naturales, lo siguiente: “la consulta prevista por el Convenio va más allá de una consulta en un caso preciso sino que tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del Convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas, lo que supone **un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines**”. Asimismo señaló que “**los mecanismos de consulta y participación previstos en el Convenio contribuyen a la implementación progresiva de sus disposiciones junto con los pueblos indígenas**” [El énfasis es nuestro].

⁹ Página 184 de este documento que fue elaborado por el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, conformado por un grupo de personal de la Organización Internacional del Trabajo, Organizaciones Indígenas, expertos e investigadores.

II. LA SENTENCIA 05427-2009-PC/TC Y EL DESARROLLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

El 30 de junio de 2010 el Tribunal Constitucional del Perú emite la Sentencia 05427-2009-PC/TC en la Acción de Cumplimiento iniciada por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSEP) contra el Ministerio de Energía y Minas a fin de que de cumplimiento al Convenio 169 de la OIT desarrollando legislativamente lo dispuesto por este, en particular lo relativo al derecho de consulta, tierras, territorios y recursos naturales.

El Tribunal establece que de conformidad con el Derecho Internacional de Derechos Humanos, el Estado peruano se encuentra obligado a desarrollar normativamente el contenido mínimo de las disposiciones internacionales que recogen tales derechos, que la adopción de tales medidas son un cumplimiento esencial e inmediatamente exigible de cara a efectivizar los derechos enunciados en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Respecto de la asimilación del derecho a la consulta en los procesos de participación ciudadana que habían sido regulados por el Ministerio de Energía y Minas el Tribunal señala que ninguno de los reglamentos emitidos ha logrado desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169.

En cuanto a los “talleres informativos” con las poblaciones afectadas, señala que en los mismos las poblaciones afectadas se convierten en meras receptoras de la información otorgada por el Estado, existiendo una gran diferencia con el derecho a la consulta previa, el cual garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles.

Adicionalmente, el desarrollo normativo preexistente no se refiere de modo específico a la problemática de las poblaciones indígenas afectadas sino que hace alusión a la intervención de cualquier población afectada.

Esta sentencia declara fundada la demanda y ordena al Ministerio de Energía y Minas emitir

un reglamento que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

Respecto de lo ocurrido en el período posterior a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT y hasta la expedición e implementación formal de los procesos de consulta, se pronuncia una resolución del mismo tribunal de fecha 24 de agosto de 2010 ante un pedido de aclaración por parte del demandante: “Que si bien este Tribunal explicó que el Convenio 169 de la OIT fue incorporado al ordenamiento peruano desde 1993, siendo ratificado por el Ejecutivo en 1994 y aplicable desde 1995, es cierto que su vigencia social ha sido sumamente limitada. Por el contrario, en términos de validez, este Tribunal ha resaltado y consolidado dicha calidad respecto del Convenio 169. No obstante y de otro lado, en términos de eficacia, la normativa del tratado ha sido dificultosa precisamente debido a la omisión de desarrollo normativo apropiado, lo que como se ha anotado, generó inseguridad jurídica dentro en el ordenamiento nacional. Las consecuencias de tal omisión y de tal inseguridad han generado un contexto complejo para la emisión de una normativa que desarrolle que pacifique la actual coyuntura. Así, **si bien el Convenio 169 se encuentra vigente en nuestro país desde 1995, este no ha sido materia de regulación por parte del Congreso o del Ejecutivo de manera tal que su tutela pueda ser solicitada de manera sencilla. A su vez, al no haberse implementado tal derecho se ha generado una situación de inseguridad que afecta no solo a los pueblos indígenas sino a aquellas personas que han desarrollado acciones sin que el Estado haya exigido previamente a ello llevar a cabo el proceso de consulta.** Que en la STC 0022-2009-PI, el Tribunal desarrolló los principios generales mínimos del derecho de consulta. Por consiguiente, **el hito marcado por el Tribunal debe de ser tomado como una pauta que permita, de ahí en adelante, la plena eficacia del derecho de consulta. Así, en virtud de la función ordenadora y pacificadora del Tribunal Constitucional es que debe establecerse la obligatoriedad del derecho de consulta, debe considerarse vinculante desde la publicación en la página web, tomando en consideración los principios desarrollados en la referida sentencia**” [El énfasis es nuestro].

Así, el Tribunal asume una función ordenadora y pacificadora y sin desconocer la vigencia del

Convenio 169 de la OIT desde 1995, deja a salvo a aquellos, distintos a las poblaciones indígenas que han llevado a cabo acciones de buena fe sin que el Estado les haya exigido de modo previo realizar un proceso de consulta. El hito a partir del cual se debe de reconocer la plena eficacia del derecho de consulta es la emisión de la Sentencia 05427-2009-PC/TC que confirma la insuficiencia del desarrollo normativo local en materia de consulta. Al señalar de modo expreso que se trata de un hito, ningún acto de otorgamiento de derechos de prospección o explotación de recursos naturales suscrito con posterioridad a la fecha de la publicación de esta sentencia y sin que se haya realizado un proceso de consulta previa, podrá ser considerado como válido.

Es de mencionarse que el 11 de noviembre de 2009, ya el Tribunal había adelantado un criterio similar en la Sentencia 06316-2008-PA/TC recaída en la acción de amparo seguida también por AIDESEP en contra de las empresas petroleras que operaban los lotes 67 y 39 al amparo de contratos de licencia suscritos con PERUPETRO S.A. en diciembre de 1995 y setiembre de 1999, respectivamente, esto es, cuando ya estaba plenamente vigente el Convenio 169 de la OIT en el Perú y cuando no había existido desarrollo normativo alguno localmente respecto de la consulta previa y por tanto, la misma no se había realizado.

Si bien el proceso trataba sobre el desarrollo de actividades de hidrocarburos en territorios supuestamente habitados por Poblaciones Indígenas en Aislamiento Voluntario o Contacto Inicial, AIDESEP se irrogaba la representación de estas poblaciones para alegar que no se le había consultado como entidad representativa de las mismas y por lo tanto añadía esta falta de consulta como otra razón para que estos contratos de licencia fueran dejados sin efectos.

Entre los extremos a destacar de la Sentencia 06316-2008-PA/TC respecto al tema bajo análisis consideremos los siguientes:

“(…) De ello se concluye, en principio, que los actos de adjudicación de dichos lotes, mediante resoluciones supremas del Ministerio de Energía y Minas de los años 1995 y 1999, así como la serie de actos de ejecución hasta el estado en que se encuentran actualmente, toda vez que se

vienen desarrollando sin la participación ni consulta a las comunidades y sus organizaciones, resultarían incompatibles con la Constitución. No obstante, como consta en el expediente, desde la aprobación de dichas concesiones se han sucedido una serie de actos de buena fe por parte de las empresas comprometidas en estos proyectos, las cuales han actuado basadas en la seguridad y confianza que razonablemente podían transmitir las propias autoridades estatales a través de los órganos competentes para ello, quienes se han venido pronunciando en diversas instancias y conforme a los procedimientos establecidos en la legislación de la materia, que van desde la aprobación del proyecto y la participación en las licitaciones públicas para la entrega de la concesión, hasta la aprobación del Plan de Impacto Ambiental, etc.” [El énfasis es nuestro].

“Todo ello al margen de considerar que las actuaciones de estas empresas se viene dando en el marco de Contratos-Ley firmados con el Estado Peruano y garantizados por el artículo 62 de la Constitución. De manera que **al momento de pronunciar el fallo en este caso, este Colegiado debe ponderar los efectos de su decisión a fin de no generar mayores sacrificios que los que se pretende cautelar**” [El énfasis es nuestro].

“Es por ello que **este Colegiado considera que el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes.** Con esto el Tribunal ha de disponer que se ponga en marcha un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas involucradas, que no verán paralizadas sus acciones, y las propias comunidades y sus dirigentes, que tampoco pueden renunciar a sus derechos y que deben ser restablecidos en el más corto plazo posible, abriendo el diálogo a efectos de construir un espacio de armonía y confianza mutua” [El énfasis es nuestro].

Consideramos que los fallos del Tribunal Constitucional han sido impecables y ejemplares en cuanto al reconocimiento de los derechos contenidos en el Convenio 169 de la OIT desde que este estuvo vigente en nuestro país sin perder de vista la seguridad jurídica que mínimamente esperaba un contratista

de un contrato de exploración/explotación de hidrocarburos que de buena fe realizó actividades en nuestro país. Con esto se han hecho eco del principio de “flexibilidad” con el que las disposiciones del convenio debían de tratar de no colisionar con las instituciones jurídicas de cada país y del que hemos hecho referencia antes.

Un fallo que hubiera declarado la nulidad de todos estos actos hubiera acarreado como bien dice el Tribunal “mayores sacrificios que los que se pretende cautelar” en tanto el lapso de tiempo desde que entró en vigencia el Convenio 169 de la OIT hasta la fecha de la expedición de la Sentencia 05427-2009-PC/TC fue de por lo menos quince años. En estos quince años se otorgaron un sinnúmero de derechos de exploración/explotación de hidrocarburos, directamente o a través de concursos y licitaciones organizados por el propio Estado peruano, muchos de los cuales son una piedra angular en el funcionamiento del circuito económico vigente (piénsese por un momento únicamente en todos los actos administrativos que permitieron la implementación del Proyecto Camisea que se otorgaron el año 2000) sin mencionar los títulos habilitantes para el desarrollo de otras actividades económicas (concesiones mineras, forestales, etc.).

Así, los perjudicados no hubieran sido exclusivamente los inversionistas y demás actores privados sino la colectividad nacional en pleno.

III. EL DESARROLLO NORMATIVO

En el desarrollo normativo, con la Ley 29785 se ha buscado dejar a salvo los actos realizados con anterioridad a la vigencia de la misma en la Segunda Disposición Complementaria Final: “La presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas **ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia**” [El énfasis es nuestro].

Esta disposición complementaria final está blindada con un halo de legitimidad que es el pronunciamiento del Tribunal Constitucional al que hemos hecho referencia en la sección anterior. Con esto se han dejado a salvo los derechos adquiridos por un sinnúmero de actores privados quienes de buena fe iniciaron

actividades económicas extractivas en nuestro país en un período en el cual estas fueron especialmente cuantiosas en cuanto a cantidad de proyectos y volúmenes de inversión.

Para la aprobación del Reglamento de la Ley de Consulta, por medio del Decreto Supremo 001-2012-EM, el Estado peruano ha hecho un esfuerzo de coordinación y consulta con organizaciones representativas de las poblaciones indígenas a efectos de recoger adecuadamente las expectativas, preocupaciones y temores de estas dando cumplimiento a los principios rectores del Convenio 169 de la OIT.

Recordemos acá que la propia Sentencia 05427-2009-PC/TC dio ya unas pautas sobre el contenido mínimo de la legislación que implemente localmente los derechos cautelados por el Convenio 169 de la OIT: “(...) Por último, cabe señalar que este Tribunal ha brindado ya algunas pautas en relación a las etapas en las que debe de estructurarse la consulta para cumplir con las finalidades propuestas y en ese sentido, ha sugerido la conformación de la siguiente secuencia fáctica: (i) en primer lugar, el inicio del proceso debe de ser la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena, tarea que debe de ser realizada por la entidad que está desarrollando la medida; (ii) en segundo lugar, se deben determinar todos los pueblos indígenas que pueden ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación; (iii) en tercer lugar, se debe de brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida a implementar, tras lo cual se pasará a la etapa de negociación propiamente dicha; (iv) en cuarto lugar, si el pueblo indígena involucrado se encuentra de acuerdo con la medida consultada, entonces concluye la etapa de negociación; (v) de lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta, precluye la primera etapa de negociación, con lo cual se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe desacuerdo. En este punto, la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, sólo entonces el Estado podrá implementar la medida,

atendiendo en lo posible a la peticiones del pueblo afectado”.

Creemos que con el marco legislativo promulgado hasta ahora, se da cumplimiento pleno a estas pautas. Para brindar a todos los actores las seguridades del caso, queda por parte del Ministerio de Cultura elaborar una base de datos de las poblaciones indígenas y sus territorios a efectos de otorgar la predictibilidad necesaria a entidades como PERUPETRO S.A. al momento en que se establezca la superficie de un lote o área que será objeto de un contrato de exploración/explotación de hidrocarburos. Esta tarea está encargada en el artículo 29 del Reglamento Base de Datos Oficial.

Una vez elaborada esta base de datos oficial por más que se consigne que la misma no es constitutiva de derechos, dará la oportunidad de identificar áreas del territorio nacional en las que no existen pueblos indígenas u originarios y en los que la población involucrada, tendrá acceso a los alcances de un proyecto y a expresar sus preocupaciones respecto de los mismos, a través de los mecanismos de participación ciudadana.

Creemos que la elaboración de esta base de datos oficial puede tomar tiempo inicialmente, pero en tanto más exhaustivo sea para su creación y mayor consenso sobre la misma, se contará con una base objetiva para todos los actores involucrados en el sector.

DESARROLLO SOCIAL

La Comisión de Desarrollo Social busca difundir la cultura jurídica a personas que viven en situación de pobreza, mediante la realización de talleres de derecho. En éstos, se busca capacitar a la comunidad en diversos aspectos legales.

Este ciclo en THEMIS, hemos logrado capacitar a más de 300 personas.



Talleres con Aprendo Contigo.
Mediante una alianza con la institución Aprendo Contigo hemos dictado talleres de derecho en el Hogar Clínica San Juan de Dios.

Talleres con la Municipalidad de Miraflores.
Buscando que los estudios de abogados mirafloresinos se comprometan con la comunidad en la que se encuentran, THEMIS y la Municipalidad de Miraflores han realizado un convenio con el fin de que diversos estudios dicten talleres de derecho.



Feria Vocacional.
Con el auspicio del Payet, Rey & Cauvi y el apoyo de la institución Logros Perú, THEMIS realizó la primera Feria Vocacional en Pamplona Alta, en el Colegio Fe y Alegría N°65.



Para más información de la Comisión de Desarrollo Social, pueden escribir a: desarrollosocial@themis.pe

SECTOR ELÉCTRICO – A LOS VEINTE AÑOS DE LA REFORMA

Rolando Salvatierra Combina*

Se han cumplido veinte años de la gran transformación que se dio en el Perú en el ámbito económico. A grandes rasgos, el gobierno, decidió adoptar un régimen económico liberal que permitiera el fácil ingreso de capitales privados y extranjeros, que modifique el rol del Estado respecto de la economía y que se privatizaran muchas empresas públicas encargadas de brindar servicios. El presente artículo no es un recuento de estos hechos, sino un análisis, desde una perspectiva jurídica, con mayor énfasis en el sector eléctrico, de este gran cambio que realizó el gobierno.

La reforma que se implementó hace veinte años ha tenido mucho éxito en el sector eléctrico. Así lo afirma el autor, pues considera que se ha avanzado bastante en este sector. Asimismo, la creación de diversos organismos reguladores y operadores ha contribuido a esta reforma. Sin embargo, aún quedan algunos puntos para mejorar y hacer más eficaz tanto la labor de estos organismos en cuanto a la labor de las empresas privadas del sector eléctrico.

I.

* Abogado. Socio del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman y Olaya. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, quiero agradecer a los miembros de la Asociación Civil THĒMIS, por la invitación para participar en esta edición especial de la Revista, en la cual se tratarán temas relacionados con la gran transformación económica del Perú de inicios de los años noventa, al cumplirse veinte años de la misma, donde los logros son fáciles de observar y donde el Derecho tuvo un rol protagónico en esta transformación. En este artículo, vamos a tratar algunas ideas de la gran transformación del sector eléctrico, desde una perspectiva jurídica.

La electricidad es una fuente secundaria de energía porque se obtiene de transformar una fuente primaria, entre las que tenemos el agua, el sol, el viento, las olas del mar, los combustibles fósiles, la fuerza de la tierra, entre otras. Es un servicio básico y elemental para la población, para los procesos productivos y para el desarrollo de un país, por lo que su regulación es primordial.

En el Perú, la regulación efectuada en el sector eléctrico se ha convertido, en los últimos 20 años, en una de las más avanzadas en la región, permitiendo que sea uno de los sectores productivos de mayor importancia para el país y que atrae mayor inversión; su desarrollo se puede observar en muchos hogares del país que carecían de este servicio vital y ahora lo tienen, o en otros casos este era brindado con un bajo nivel de calidad; si bien los cambios efectuados se pueden medir con ratios económicos o técnicos, la base de los mismos tiene su sustento en normas legales, que han hecho historia en el sector, específicamente en el Decreto Ley 25844 –Ley de Concesiones Eléctricas–, su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 009-93-EM, la Ley 28832 –Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica–, el Decreto Legislativo 1002 –Ley de Promoción a la Generación Eléctrica con Recursos Energéticos Renovables– y una serie de normas de menor jerarquía que completan esta regulación.

La reforma del sector eléctrico se inició en el año 1990, cuando el sector se encontraba en una crisis total, que se reflejaba en los siguientes indicadores:

- a) El servicio eléctrico sólo lo brindaban empresas públicas con monopolios legales y actividades integradas en una sola empresa.
- b) Estas empresas públicas estaban prácticamente quebradas, lo que se reflejaba en la poca inversión en nuevas centrales eléctricas y en redes de transmisión y distribución.
- c) La tarifa eléctrica se fijaba con criterios políticos lo que acentuó la crisis de las empresas públicas, porque los ingresos muchas veces no cubrían los costos.
- d) La demanda de energía superaba a la oferta lo que se reflejaba en constantes apagones y racionamiento de energía eléctrica.
- e) La cobertura del servicio sólo llegaba al 54% de la población, lo cual nos ponía a la saga de Sudamérica, a niveles de países africanos.
- f) El consumo de energía era uno de los más bajos de la región, llegando a 570 kW/h por año.
- g) No existían concesiones para promocionar inversión.
- h) No existían normas sobre protección al consumidor, calidad de la prestación del servicio y protección al medio ambiente, entre otros aspectos que demostraban que el sector eléctrico peruano requería de inmediato un cambio estructural.

II. REFORMA DEL SECTOR – ETAPAS

Durante estos últimos años el sector eléctrico ha atravesado un gran proceso de transformación, que le ha permitido obtener un importante desarrollo, que ha permitido consolidarlo como un sector en desarrollo y con un gran futuro para atraer inversiones y constituirse como el motor del crecimiento del país. Este proceso ha atravesado por algunas etapas, las cuales comentamos a continuación:

A. Primera Etapa: Formación –1990-1992– Concepción de la Reforma

El ingreso de Alberto Fujimori al gobierno en el año 1990, significó un albur para muchos sectores políticos y económicos del país; sin embargo, él inició la transformación económica, a través de la modificación estructural de los

sectores productivos que estaban en manos exclusivas de las empresas públicas que los habían llevado a la quiebra total.

En el caso del sector eléctrico, esto no fue la excepción, y era necesario un cambio estructural, por lo cual lo primero que hizo fue crear un equipo de técnicos nacionales de primer nivel para que diseñaran el modelo de reforma del sector eléctrico, para lo cual tomaron en cuenta algunos modelos extranjeros, principalmente el chileno, y le dieron la forma para se aplique al sector eléctrico nacional.

A diferencia del modelo chileno¹, en el Perú se tenía que implementar, paralelamente a la reforma, un proceso de privatización, que permitiera que ésta vaya de la mano con el ingreso de nuevos inversionistas interesados en las empresas públicas de generación y distribución que se privatizaron.

Es importante comentar que en esta reforma participaron solamente ingenieros, por lo que muchos aspectos legales no fueron muy bien trabajados, por ejemplo la no temporalidad de los contratos de concesión para la empresas privatizadas, que carece de sustento doctrinario y conceptual, a diferencia de otras realidades de la región, como por ejemplo en los contratos de concesión del caso Argentino. Está reflexión la hago sin el ánimo de desprestigiar el trabajo realizado, que a la luz de los resultados ha sido muy bueno.

Este trabajo concluyó con la emisión del Decreto Ley 25844 –Ley de Concesiones Eléctricas– y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 009-93-EM, que marcaron el inicio de la reforma.

B. Segunda Etapa: Ejecución de la Reforma – Promulgación de la Ley de Concesiones Eléctricas – 1993-2001

Esta etapa se caracteriza por la implementación de la reforma que se ejecutó con la promulgación del Decreto Ley 25844 –Ley de Concesiones Eléctricas– el 19 de noviembre de 1992, que fue reglamentado

por el Decreto Supremo 009-93-EM que se emitió en febrero de 1993. Las principales características de la reforma son:

- a) Cambio del rol del Estado y liberalización del sector que permite el ingreso de capitales privados.
- b) Desintegración de actividades. Se separan las actividades eléctricas en distintas empresas con la finalidad de fomentar la competencia en el sector.
- c) Se crean dos tipos de mercados: el de clientes libres, cuyos precios y condiciones del servicio se negocian libremente, y clientes regulados, cuyos precios y condiciones del servicio están regulados por un organismo independiente.
- d) Se implementa el principio de libre acceso a las redes (principio del *Open Access*).
- e) Promoción de la inversión privada mediante el otorgamiento de concesiones y autorizaciones.
- f) Regulación de tarifas con criterios técnicos y por actividades. Creación de la Comisión de Tarifas de Energía.
- g) Privatización de empresas públicas y de proyectos, como una forma de promover la inversión privada.
- h) Creación del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES - SINAC), como operadores independientes de los Sistemas Interconectados.
- i) A fines de esta etapa se crea el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), pero como un organismo netamente supervisor, no con las competencias que tiene actualmente.

C. Tercera Etapa: Consolidación de la Reforma – 2001-2006

Esta etapa se caracteriza por el fortalecimiento del organismo regulador

¹ En el modelo chileno nunca se estatizaron las empresas eléctricas a diferencia del Perú, en el que en 1992 se estatizaron todas y pasaron a formar parte de ELECTRO PERU S.A.

como entidad autónoma e independiente del Ministerio de Energía y Minas, mediante la promulgación de la Ley 27332 –Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos– y el Decreto Supremo 054-2001-PCM (Reglamento General de OSINERGMIN). Con esta norma se le otorgan a OSINERGMIN facultades que hasta la fecha no tenía, como la regulación de tarifas, la emisión de mandatos de conexión, la solución de controversias entre empresas del sector y entre estas y los clientes libres. Para lograr esto OSINERGMIN absorbió a la Comisión de Tarifas Eléctricas, que era el organismo público que hasta esa fecha fijaba las tarifas.

Otro elemento que marca esta etapa es el desarrollo del gas natural de Camisea, que modifica completamente el mercado de generación de electricidad, con la construcción de un gran número de centrales de generación de gas natural, que hasta esta época no se habían construido en el Perú. Estas centrales reemplazaron a las centrales térmicas a petróleo y tienen como característica principal que son muy eficientes y obtienen costos marginales bajos que les permite despachar en el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), en lugar preferencial después de las centrales hidráulicas, que tuvieron un gran retroceso para el ingreso de estas centrales².

En esta etapa también se inicia la crisis de falta de generación que se materializa en la falta de contratos para las distribuidoras para el servicio público a tarifa en barra, y en la falta de transmisión eléctrica que se materializa con la congestión de determinadas líneas que impide llevar energía eléctrica a algunos puntos del país. Esto motiva la reforma de segunda generación que se formaliza con la promulgación de la Ley 28832, y los reglamentos que esta prevé.

D. Cuarta Etapa: Reforzamiento de la Reforma – 2006-2012

Esta etapa se caracteriza por la promulgación de la Ley 28832 –Ley de Promoción a la Generación

Eficiente–, que refortalece la reforma buscando solucionar los principales problemas que aquejaban el sector, estos son la falta de generación y de transmisión eléctrica.

En el caso de la generación se crea un mecanismo de subastas para la contratación de suministros a largo plazo, que busca cubrir la demanda de las distribuidoras para el servicio público de electricidad bajo un esquema de licitaciones de suministro a cargo de una o más distribuidoras, por períodos máximos de veinte años. En este sistema el precio que pagarán las distribuidoras por la energía se conocen como renta fija, la cual se obtiene en el proceso de subasta y tiene por característica que se puede trasladar el usuario final.

En el caso de la transmisión se crean dos sistemas adicionales de transmisión, el Garantizado y el Complementario, que tienen por objeto fomentar la inversión en la transmisión.

En el caso del Sistema Garantizado de Transmisión, tiene como característica que las líneas que lo componen son determinadas por el Estado, al incluirlos en el Plan de Transmisión y luego licitadas por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN). Estos sistemas otorgan al que obtiene la buena pro una rentabilidad asegurada de 12% anual por treinta años, sobre la inversión que se realice en la construcción de la línea y en la operación y mantenimiento de ésta. Obtiene la buena pro el postor que ofrece una menor inversión para la construcción de la línea. Este sistema de Transmisión lo pagan todos los usuarios libres y regulados del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN).

En el caso del Sistema Complementario de Transmisión, este se caracteriza por que se construyen a iniciativa de los privados y no del Estado. Por ejemplo, un cliente libre o una central eléctrica que se quiere conectar al SEIN. El pago de estos sistemas lo asumen los que lo utilizan. El precio por el servicio de estos sistemas puede ser acordado por las partes, lo que implica que no será regulado por OSINERGMIN. En caso que las partes no se pongan de acuerdo será regulado por OSINERGMIN.

² Mediante la Ley 27239, de fines del año 1999, se prohibió el otorgamiento de nuevas concesiones hidroeléctricas, lo cual en la práctica ha significado un gran retroceso en la construcción de centrales hidroeléctricas, que lo estamos sintiendo estos momentos con algunos racionamiento de electricidad en algunos lugares del país.

Esta etapa también se caracteriza por una reestructuración del Comité de Operación Económico del Sistema Interconectado Nacional (COES), que implica la inclusión de los distribuidores y clientes libres como miembros de este organismo privado de interés público y la nueva forma de nombrar a sus directores, de tal manera de romper con la hegemonía que tenían los generadores en la dirección de este organismo; así como el otorgamiento de nuevas funciones.

Otro aspecto a resaltar en esta etapa es la promulgación del Decreto Legislativo 1002 –Ley de Promoción a la Generación Eléctrica con Energías Renovables–, que tiene por objeto promocionar la construcción de centrales eléctricas con fuentes no renovables, como la eólica, la biomasa, la solar y las hidroeléctricas menores a veinte MW. El sistema de promoción para construir estas centrales se da mediante un mecanismo de subastas de suministro eléctrico con energía renovable, en el cual a los ganadores el Estado les asegura la compra de su energía por el plazo de veinte años, al precio obtenido en la licitación. Los precios que se han manejado en los primeros dos procesos fueron por encima de los precios de mercado; sin embargo en el último proceso llevado a cabo el año 2011, los precios perdieron atractivo por la poca capacidad convocada por el Estado que hizo que los postores por ganar rebajasen sus precios al mínimo.

Otro aspecto a destacar en esta etapa es el impulso que el Estado le otorgó a la electrificación rural, con la promulgación de la Ley 28749 –Ley General de Electrificación Rural–, que tiene por objeto llegar a electrificar las zonas donde los privados no llegan, porque no son rentables. Esta ley crea un fondo que permite no sólo la construcción de las obras sino que permite subsidiar su operación y mantenimiento.

III. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LOS PUNTOS ESCENCIALES DE LA REFORMA

A. Cambio del rol del Estado y liberalización del sector

Este aspecto es importante en la reforma del Estado de inicios de los años noventa, no sólo en el sector eléctrico, sino en todos los

sectores productivos del país, esto permite que el Estado reestructure su rol y dé paso a la inversión privada para el desarrollo empresarial y la inversión en el sector. En ese sentido, el nuevo rol del Estado se centra en: (i) ejecutar la política del sector a través de la emisión de las normas legales que corresponda y de reglas claras para los inversionistas; (ii) regular el sector eléctrico mediante técnicas que corrijan o atenúen los efectos de las fallas existentes en el mercado eléctrico como son principalmente, los monopolios naturales, la asimetría de la información, las externalidades negativas y otros; (iii) supervise, fiscalice y sancione el cumplimiento de las normas legales, técnicas y los contratos de concesión; (iv) también, tenemos el rol de concedente por medio del cual el Estado otorga las concesiones y autorizaciones para desarrollar la actividad eléctrica y (v) la acción de fomento que tiene una doble acepción, el fomento de la inversión privada en el sector y el fomento de la competencia en las actividades competitivas, como es la generación eléctrica.

Este nuevo rol del Estado permite el ingreso de un nuevo agente al mercado, que es el inversionista privado ya sea nacional o extranjero, inexistente antes de la reforma. Este agente ingresa a través de dos modalidades: la primera fue la privatización de empresas, bajo distintas modalidades, y la segunda mediante una nueva inversión, principalmente, en generación, transmisión y en inversiones nuevas en distribución, esencialmente, en el área rural, como es el caso del Consorcio Eléctrico de Villacuri S.A.C (COELVISAC) que tiene concesiones en Villacuri en Ica, en Huacho y en Motupe.

La inversión privada en la actualidad, después de veinte años de reforma, es el eje central del desarrollo del país, la inversión privada supera los 25 000 millones de dólares norteamericanos en inversión constante en todas las actividades que conforman la energía eléctrica, además existe una inversión muy importante a futuro.

B. Desintegración vertical y separación de las actividades eléctricas

Uno de los presupuestos previos para conseguir la reconstrucción de la

competencia en el sector eléctrico es la desintegración vertical de las actividades competitivas y no competitivas en los sistemas interconectados³.

Como lo señala Gaspar Ariño⁴, para conseguir la transparencia y dualidad del régimen jurídico es imprescindible una desintegración vertical de las distintas fases o segmentos del negocio que se trate, en los que casi siempre es posible distinguir las infraestructuras (comunes) y los servicios (singularizados) presentados por distintos operadores en competencia. El concepto clave de la separación de actividades es la separación de regímenes jurídicos, ello permite pasar de un modelo cerrado e integrado a un modelo desintegrado, mixto combinado a la apertura a la competencia y regulación.

Es importante señalar que las actividades eléctricas son la generación, transmisión y distribución de energía, y tienen las siguientes características:

- a) Generación.- Es la actividad de producción de electricidad, la que se materializa al transformar una fuente primaria, que puede ser el agua o una fuente térmica como el gas natural, el petróleo, el carbón el diesel, entre otros. Existen otras fuentes de producción como el aire (eólica), la fuerza de los volcanes y de la tierra (geotérmica), solar, nuclear utilización de biomasa, etcétera. Sin embargo, no son fuentes comerciales. Según la legislación no es considerada un servicio público. No es un monopolio natural. El generador también es un comercializador de energía.
- b) Transmisión o Transporte⁵.- Es la actividad mediante la cual se traslada la energía desde los centros de producción hasta los centros de

consumo, utilizando redes de alta (30 000 y 60 000 voltios) y muy alta Tensión (138 000 y 220 000 voltios). Según la Ley de Concesiones Eléctricas existen dos tipos de transmisión; la primaria (la pagamos todos los usuarios del sistema) y la secundaria (la pagan sólo los que utilizan las redes que son de demanda, cuando la utilizan los usuarios y de oferta, y cuando la utilizan las generadoras). La Ley 28832, incluye dos tipos más de sistemas de transmisión: el sistema garantizado, será el que sea objeto de una licitación pública de acuerdo al plan de transmisión (la pagan todos los usuarios) y el sistema complementario (la pagan sólo los que la utilizan) será el que sea desarrollado por la iniciativa propia de uno o de varios agentes.

- c) Distribución.- Consiste en la transformación de la energía de muy alta o alta tensión a tensiones menores de 30 000 voltios, con la finalidad de distribuir la energía a los usuarios finales. De acuerdo a la legislación eléctrica peruana la distribución comprende dos actividades la operación de redes y la comercialización de energía a usuarios regulados y a clientes libres.

A diferencia de la Ley 23406 (Ley General de Electricidad), que establecía que estas tres actividades se desarrollarían de manera integrada y concentrada en una sola empresa estatal, lo que impedía la competencia por que el mercado simplemente no existía. La Ley de Concesiones establece la desintegración de las actividades de tal forma que se separaran los regímenes jurídicos de las actividades competitivas (generación) de las no competitivas (transmisión y distribución) ya que en ellas existe un monopolio natural.

³ En el Perú existen tres tipos de sistemas eléctricos. El Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), que agrupa a todas las empresas generadoras, transmisoras y distribuidoras del Perú y es donde funciona la desintegración de actividades reguladas en la Ley de Concesiones Eléctricas. El Sistema Aislado Mayor –Iquitos– donde no llegan el sistema de redes de transmisión y en el cual no funciona el régimen de desintegración de actividades porque una sola empresa desarrolla las tres actividades; y los Pequeños Sistemas Aislados, donde tampoco funciona el régimen de desintegración de actividades y una sola empresa desarrolla las tres actividades. Estos PSE existen por miles en el país y sólo existen en materia de electrificación rural.

⁴ GASPAS ARIÑO. "Principios sobre Derecho Público Económico". Lima : Ara Editores. p. 622.

⁵ En países como Argentina o España tienen ese nombre.

La desintegración de actividades, por sí misma ya crea competencia en el sector, ya que antes a esta distribución sólo podía comercializar la energía producida por su central de generación. Sin embargo, con la reforma un distribuidor puede adquirir la energía a cualquier otro generador del sistema, promoviéndose de esa forma la competencia y la eficiencia en la producción de electricidad.

Este nuevo esquema de desintegración de actividades se complementa con el hecho de que las actividades desintegradas deberían de ser realizadas por empresas con distintos titulares, ya que de lo contrario se distorsionaría la competencia que se pretende crear; en tal sentido el texto original del artículo 122 la Ley de Concesiones Eléctricas estableció que: “Las actividades de generación, de transmisión perteneciente al Sistema Principal y de distribución de energía eléctrica no podrán efectuarse simultáneamente por un mismo titular, salvo en los casos previstos en la presente Ley”. (Sistemas aislados menores –Chota o Cutervo– y mayores como ejemplo Iquitos).

Sin embargo, la Ley 26748–Ley Antimonopolio y Oligopolio del sector eléctrico– modificó el artículo 122, quedando redactado de la siguiente manera: “Las actividades de generación y/o de transmisión pertenecientes al Sistema Principal y/o de distribución de energía eléctrica, no podrán efectuarse por un mismo titular o por quien ejerza directa o indirectamente el control de éste, salvo lo dispuesto en la presente Ley. Quedan excluidos de dicha prohibición, los actos de concentración de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución, que no impliquen una disminución daño o restricción a la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados”.

Esta modificación en lugar de evitar las concentraciones horizontales y verticales en el mercado eléctrico y que tanto daño le han hecho por que ha limitado en muchos casos el desarrollo de la competencia; en el fondo lo que han logrado es legalizar este tipo de concentraciones.

El Instituto Nacional de Defensa del Consumidor y Protección de la Propiedad

Intelectual (INDECOPI), el organismo público competente para verificar que el mercado no se afecte con las concentraciones, en los dos casos que ha participado (GRUPO ENDESA y PSGE), se ha pronunciado de la siguiente manera:

1. Caso Grupo ENDESA (1999)

Este caso, el INDECOPI estableció que en la compra de la Empresa de Distribución Lima Norte (EDELNOR), Empresa de Generación Eléctrica de Lima (EDELGEL), Eléctrica de Piura y Empresa de Generación Termoeléctrica Ventanilla (ETEVENSA), por el grupo ENDESA, existía una concentración horizontal y vertical que superaba los porcentajes establecidos en la Ley 26748, lo que afectaba el mercado eléctrico. Sin embargo, no dispuso la desconcentración de ENDESA, imponiendo dos condiciones a su operación a parte de la multa correspondiente. Estas condiciones fueron:

- a) Para las empresas generadores del grupo, se les restringió la participación en las decisiones del COES. De las tres participaciones que tenían, sólo se quedaron con una.
- b) Para la empresa distribuidora, se le obligó a que todas las compras de energía sean por concurso público donde no podían participar estas empresas afines.

Teniendo en cuenta el momento en el que la Comisión de Defensa de la Competencia emitió la resolución y el contexto político de esa fecha, consideramos personalmente que fue buena la decisión contenida en la resolución de INDECOPI, sin embargo sus efectos y condiciones duraron escasos 6 meses, porque cuando se hizo el análisis económico del caso existían dos Sistemas Eléctricos, el centro norte y el Sur, los cuales se unieron en uno solo en el mes de agosto del año 2000, con lo que quedaron sin efecto las condiciones impuestas por INDECOPI.

2. Caso PSGE – ElectroAndes (2001)

En este caso lo que se discutió fue si la compra de la generadora ElectroAndes por la empresa PSGE de Estados Unidos de Norteamérica, que también era accionista de la distribuidora Luz del Sur, era legal o contravenía las

disposiciones de la Ley 26748. En este caso a pesar de la oposición firme de OSINERG, el INDECOPI concluyó y resolvió que si bien existía concentración vertical, en la compra esta no perjudicaba el mercado.

Estos casos tienen aspectos interesantes en materia jurídica y económica, que pueden llevar a una importante discusión, por lo que sugiero su revisión.

Además, existen otros casos interesantes como el de Red Eléctrica del Perú (REP) para el caso de la transmisión o el caso de la Central Eléctrica de Santa Teresa que ahora es de propiedad de Luz del Sur. Las resoluciones sobre los casos que han llegado a INDECOPI se pueden revisar fácilmente en su página web: www.indecopi.gob.pe.

C. Creación de dos mercados en el lado de la demanda, el de clientes libres y el de clientes regulados

Dentro de todo mercado, la existencia de la demanda es un factor importante, por tal motivo la reforma, también, hizo modificaciones en la estructura de la demanda de la energía eléctrica, reflejada por los consumidores de este servicio, para favorecer la competencia y distinguió dos tipos de consumidores:

- a) Clientes libres o de libre contratación (no sujetos a actividades monopólicas). Estos clientes pueden contratar su energía con el generador o con el distribuidor y la tarifa es libremente negociada.
- b) Usuarios regulados o del servicio público de electricidad ubicados dentro del área de concesión de una distribuidora (monopolio natural), sólo le puede comprar energía a los distribuidores del lugar donde su ubica el suministro.

1. Clientes libres o de libre contratación

La regulación de este tema la podemos encontrar en algunos artículos de la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento, específicamente el artículo 8 de la Ley de Concesiones Eléctricas, establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia y un sistema de precios

regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Inicialmente los clientes libres eran aquellos que tenían una potencia mayor a los 1 000 kW de potencia, sin embargo esto trajo mucho problemas porque los clientes libres ubicados entre 1 000 y 3 000 kW casi nunca podían acceder a los generadores, porque no eran atractivos para ellos, y al final terminaban suscribiendo sus contratos de suministro con los distribuidores a precios más altos que los regulados y sin la protección de OSINERGMIN, lo cual les causaba graves problemas operativos.

Por esta razón mediante Decreto Supremo 022-2009-EM, se reguló este tema y se modificaron los límites de potencia para ser clientes, de tal forma ahora que actualmente los límites son los siguientes:

- Clientes Regulados Obligatorios de 0 a 200 kW.
- Clientes libres voluntarios de 200 kW a 2 500 kW.
- Clientes Libres Obligatorios de más de 2 500 kW.

En estas nuevas condiciones los clientes libres voluntarios que deseen pasar a ser regulados, pueden optar por esta opción que en la mayoría de casos les conviene, con plazo de menor de un año, dándole un aviso previo a su proveedor de energía. La práctica me ha enseñado que estos usuarios obtienen precios más bajos y una mayor protección del Estado a través de OSINERGMIN.

En aplicación de la nueva regulación eléctrica en competencia, el cliente libre o de libre contratación, es aquel que puede adquirir su servicio eléctrico de un distribuidor y/o de un generador, los precios y las condiciones de calidad de estos suministros se establecen por libre contratación. La citada Ley de Concesiones Eléctricas los introduce como una forma de acceso a la competencia en mercados donde la misma no es posible por el lado de la demanda, debido a que la prestación del servicio se realiza en condiciones de monopolio natural, específicamente con referencia a la distribución.

Este mecanismo permite que ciertos usuarios, ubicados en zonas de concesión exclusiva de

las distribuidoras o fuera de ellas, puedan adquirir directamente la energía y potencia que consumen de los distribuidores o generadores, escapando así de un mercado cautivo y monopolístico, integrándose a otro donde pueden adquirir libremente la energía que consumen.

En materia jurídica tenemos que los clientes libres al obtener el suministro eléctrico, suscriben un contrato de suministro eléctrico con sus proveedores (generadores o distribuidores), el mismo que tiene naturaleza civil y no administrativa, ya que su formación se da sobre la base de la libre voluntad de las partes. Sin embargo, deben de seguir algunas normas de orden público, que están establecidas en el Decreto Supremo 022-2009-EM, esta norma constituye un novedad regulatoria para la época toda vez que cubre un vacío en la legislación que impedía el desarrollo de este mercado de clientes libres.

En efecto, a inicios de la reforma en el año 1992, se pensó que la mejor manera que se desarrolle el mercado de los clientes libres era desregulándolo y retirando la intervención administrativa del Estado, de la relación que tenía estos clientes con sus suministradores y una mínima intervención en su relación con los operadores de redes. Además, se pensó que esto fomentaría la competencia y bajarían los precios, lo que llevaría por comparación a que bajen también los precios regulados por lo que se incluyó en el artículo 53 de la Ley de Concesiones Eléctricas que estos no podían diferir en más menos 10%, esto trajo como consecuencia que las fallas de ese mercado salieran a flote e impidieran el desarrollo de los clientes libres.

Entonces, ¿de qué fallas hablamos?, principalmente de dos: pocos ofertantes para este mercado emergente y una asimetría de información importante que hicieron que el objetivo de la creación de estos clientes no diera sus frutos.

En cuanto a los ofertantes tenemos que en los primeros años de la reforma recién se iniciaba el proceso de privatización y la desintegración de actividades, la captación de nuevas inversiones y el ingreso de nuevos agentes al mercado de generación eléctrica, y, por otro lado, la asimetría de la información se debatía en dos frentes, el primero para los clientes, porque la gran mayoría de clientes que al iniciar la reforma que tenían

más de 1 000 kW de potencia no tenían un conocimiento adecuado para negociar sus tarifas y condiciones de suministro, por lo que muchos de ellos, negociaron contratos a plazos muy largos de diez a quince años y en condiciones de calidad y precio inferiores a las del mercado regulado, y el segundo para el regulador tarifario (Comisión de Tarifas Eléctricas), por cuanto las empresas que suministraban energía a clientes libres, aduciendo que era un mercado de libre contratación, no entregaban los contratos al regulador, para efectos de la comparación de precios citada anteriormente, lo cual impedía que se cumplan a cabalidad con los objetivos de esta ley que era fomentar la competencia y por consiguiente la reducción de tarifas.

A estas dificultades para el desarrollo del mercado libre se pueden agregar los problemas al acceso de las redes, sobre todo de los distribuidores cuando el suministrador es un generador, personalmente consideramos que el acceso a las redes de transmisión y distribución ha sido el principal problema al desarrollo de los clientes libres. Sin embargo, mediante medidas regulatorias que desarrollaremos con amplitud más adelante se ha venido solucionando este problema.

Luego de una serie de análisis sobre el particular, el 22 de diciembre de 1999, se publicó la Ley 27239, que modificó los artículos 8 y 62 de la Ley de Concesiones Eléctricas, con la finalidad de corregir algunas de las fallas del mercado ya citadas, sobre todo del mercado de clientes libres, para lo cual incluyó algunas pautas básicas para la libre contratación, como son la precisión de la existencia de los suministros en condiciones de libre contratación, la consideración de los contratos, a partir de esa fecha, como de dominio público y el mandato de considerar obligatoriamente la separación de los precios de generación acordados a nivel de barra de referencia de generación y las tarifas de transmisión y distribución, y la obligación de ser presentados a OSINERG y la CTE, en un plazo de quince días hábiles de suscritos, bajo apercibimiento de multa. Paralelamente, también, se dictaron normas expresas sobre las tarifas y la forma de resolver las discrepancias sobre el uso de las redes de transmisión y distribución.

La Ley 28832, introduce el concepto de grandes usuarios que son los clientes libres

con una potencia contratada igual o superior a 10MW o agrupaciones de clientes libres cuya potencia contratada total suma por lo menos 10MW. El detalle de este nuevo concepto todavía lo falta establecer el reglamento que está elaborándose.

2. Clientes regulados o de servicio público de electricidad

A partir del Decreto Supremo 022-2009-EM, existen clientes regulados obligatorios cuya demanda es hasta 200 kW de Potencia y clientes regulados facultativos de 200 hasta 2 500 kW de potencia. A diferencia de los clientes libres este tipo de cliente sólo puede contratar su suministro eléctrico con el distribuidor en cuya área de concesión se encuentra el suministro y las tarifas que pagan por el servicio están reguladas por OSINERGMIN. En el caso de este tipo de clientes la tutela administrativa se hace evidente toda vez que la Ley de Concesiones Eléctricas, lo considera el lado más débil de la relación y contempla una serie de derechos de protección.

Uno de los aspectos más importantes para los usuarios regulados es que tienen una serie de derechos, sin embargo estos no se encuentran establecidos de manera ordenada, ni estructurada, muy por el contrario se encuentran en forma dispersa, lo cual beneficia la asimetría de la información ya existente en la prestación de este servicio.

En primer lugar todo usuario tiene derecho a que se le cobren los conceptos legales que señalo a continuación que deben de aparecer en las facturas que los usuarios reciben mensualmente:

- a) Cargo fijo.- Contempla el costo por la lectura, emisión, reparto y cobro de las facturas. Este pago es regulado por OSINERGMIN, según la opción tarifaria elegida por cada usuario.
- b) Cargo por energía.- Es el consumo de energía propiamente dicho y se factura sobre la base de la lectura del equipo de medida que está instalado

en cada inmueble, multiplicado por el costo unitario del kW/h que aparece en el pliego tarifario publicado por las concesionarias en base de la estructura tarifaria aprobada por OSINERGMIN, cada cuatro años y vigente en el mes de la facturación.

- c) Cargo por alumbrado público.- Es el cargo que se paga por el alumbrado público, y se realiza en base al consumo que tenga en aplicación de determinadas alícuotas. Es importante precisar que este cargo se paga independientemente de tener alumbrado público al frente de su domicilio. Sólo están exonerados de este pago los suministros dedicados a los pozos agrícolas y a la acuicultura.
- d) Cargo por reposición y mantenimiento.- Es el cargo que se paga por la reposición y mantenimiento de la conexión y el equipo de medida en un plazo de treinta años. El contenido de este cargo se acaba de precisar vía la regulación tarifaria. Este cargo, por ejemplo, incluye, entre otras cosas, la reposición del medidor por robo una vez al año, y la contrastación⁶ del medidor una vez cada cinco años, considerando el correspondiente cambio en caso no se encuentre dentro del rango de precisión. Este cargo es regulado por OSINERGMIN.
- e) Cargo por electrificación rural.- De conformidad con el literal h) del artículo 7 de la Ley 2874 –Ley de Electrificación Rural–, los recursos de electrificación rural se obtienen entre otros del aporte de los usuarios de electricidad, de 2/1000 de 1 UIT por megavatio hora facturado, con excepción de aquellos que no son atendidos por el Sistema Interconectado Nacional. Este monto es incluido en cada factura.

Todo concepto adicional y distinto a los mencionados líneas arriba, no tienen ningún sustento legal, y pueden ser materia de un reclamo.

⁶ Verificación del estado del medidor a cargo de una empresa especializada autorizada por INDECOPI.

Otro derecho importante que tienen los usuarios es el de presentar reclamos en caso no reciba una buena calidad en la prestación del servicio, o en caso no se encuentre de acuerdo con la facturación que le realiza la empresa.

El procedimiento de reclamos está regulado en la Directiva 001-2007-OS/CD, el cual consta de dos instancias administrativas, la primera en la concesionaria y la segunda en OSINERGMIN. Esta directiva establece los siguientes derechos procesales en la tramitación de los reclamos:

- a) No se puede condicionar el reclamo al pago previo, derecho reconocido ya en el artículo 14 del Decreto Legislativo 716.
- b) Una vez presentado el reclamo, no se puede cortar el suministro eléctrico al usuario; acá debemos tener en cuenta que si el reclamo se presenta una vez cortado, no opera este derecho, ni da derecho a la reconexión.
- c) Derecho a que los montos materia de reclamo se disgreguen, de tal forma que en las facturas no se incluyan como exigibles dentro de la facturación mensual, sino que se encuentren en forma a parte como un "saldo en disputa". Esto permite que el usuario pague tan sólo lo que no es ametría de reclamo.

En suma los usuarios gozan de la tutela administrativa. Sin embargo, existen algunos problemas sobre aspectos de fondo de la regulación relacionados con el derecho sustantivo de los usuarios, que todavía causan cierto malestar en ellos como son las nuevas conexiones, sobre todo en aspectos relacionados con el punto de conexión y la fijación de las contribuciones reembolsables sobre estas obras, los recuperos de energía y el corte del suministro que conllevan los mismos, entre otros.

En cuanto a estos cortes del servicio el artículo 90 de la Ley de Concesiones Eléctricas establece que los mismos sólo pueden ser por tres motivos: falta de pago, uso indebido o vulneración de las condiciones del suministro y por inseguridad de las instalaciones internas.

D. Libre acceso a las redes

Con la desintegración vertical de las actividades eléctricas, y el régimen de libertad de precios para el suministro de energía eléctrica, se inició el funcionamiento del sector eléctrico en condiciones de mercado y/o condiciones de competencia, esto es, compradores buscando abastecer su demanda de energía y vendedores buscando colocar su oferta de energía, ambos actuando con información adecuada, sin barreras de acceso e intentando maximizar su utilidad.

A fin de asegurar esta libre elección por parte de los clientes libres, es necesario brindar las facilidades y condiciones para el uso de las redes correspondientes. En ese sentido, el marco legal vigente definió los conceptos de: (i) Libre Acceso a las Redes de Transmisión y Distribución y (ii) Regulación del Peaje y Compensaciones por el uso de dichas redes a cargo del OSINERGMIN. Con esto se buscaba que los actores involucrados (empresas o clientes libres), no tengan que construir de manera redundante sus propios tendidos de redes para lograr el acceso, evitando adicionalmente problemas de impacto ambiental, permitiendo de este modo, que cualquier empresa que tenga capacidad para ofrecer energía eléctrica en el mercado pueda atender a un determinado cliente libre, sin importar la propiedad de las redes de transmisión y/o distribución que llegan hasta el punto de suministro del cliente final.

Es en ese sentido, que el concepto de libre acceso a las redes, contenido en los artículos 33 y 34 inciso d) de la Ley de Concesiones Eléctricas, fue establecido como una obligación para las empresas de transmisión y de distribución, respectivamente; a fin de permitir el uso de sus instalaciones con las correspondientes compensaciones. Con esto, lo que se busca no es sólo fomentar la interconexión del sistema eléctrico nacional sino también el evitar los efectos perjudiciales que pudiera tener en el mercado eléctrico, el carácter monopólico bajo el cual se encuentran estas instalaciones. No cabe duda que estas normas reconocen que el libre acceso a las redes eléctricas está íntimamente ligado al concepto mismo de competencia, en un mercado como el del sector eléctrico.

En cuanto al texto de la Ley de Concesiones Eléctricas debemos señalar que el principio

de libre acceso a las redes del sistema eléctrico esta establecido como obligación de las empresas concesionarias de transmisión y de distribución, en los artículos 33⁷ y 34 inciso d)⁸ de la Ley de Concesiones Eléctricas; como se puede observar de la lectura de estos artículos el enfoque no es el mismo en ambos casos por una parte el artículo 33, hace referencia a terceros; por lo que se debe asumir que las concesionarias de transmisión eléctrica están obligadas a permitir el acceso a sus líneas de cualquier tercero que así lo requiera, no necesariamente un cliente libre, en este caso considero que podría ser una.

En cuanto al inciso d) del artículo 34, el texto inicial del mismo era muy restrictivo, ya que hace referencia a que los distribuidores están obligados a permitir la utilización de sus sistemas por parte de terceros, para suministrar energía a usuarios que no tengan el carácter de servicio público de electricidad (clientes libres), lo que restringe el acceso sólo a este tipo de clientes. Sin embargo, en el año 2008 mediante la Ley 29178, se modificó el contenido de este dispositivo legal y se permitió el acceso de todos los terceros salvo los que tengan características de servicio regulado, es decir pueden acceder generadores, transmisores y clientes libres, con lo cual se amplía la cobertura de este artículo.

Otros temas que tratan en esta parte son el pago por (i) el uso de las redes, (ii) la dirimencia de conflictos por el uso de las redes y (iii) las condiciones de uso que se brindan con su utilización, por ejemplo como se accede a las redes, como se solicitan nuevas conexiones, entre otros.

¿Recuerdan que mencioné que la regulación del sector ha ido evolucionando?, bueno esto también se aplica al tema del acceso libre a las redes o como también se le conoce el *Open Access*, donde ha habido modificaciones regulatorias en beneficio del

libre acceso a las redes y de la competencia, en especial sobre los tres mencionados los cuales desarrollaremos.

Al inicio de la reforma el pago por uso de las redes era convenido libremente por las partes, lo cual llevaba a algunas distribuidoras a abusar de su posición monopólica y cobrar precios que aumentaban mucho el costo de la energía suministrada en el mercado libre lo cual complicaba la existencia de competencia en ese mercado.

Es mediante la Ley 27239 que se modifica el artículo 62 de la Ley de Concesiones Eléctricas, disponiendo que el costo del uso de la redes sea regulado, primero por la Comisión de Tarifas y hoy por OSINERGMIN. La actual regulación de los peajes secundarios se sustenta en Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN.

En cuanto a la solución de controversias por el uso de redes, el artículo 62 de la Ley de Concesiones Eléctricas, vigente en esa oportunidad eliminaba completamente la tutela administrativa, ya que las mismas se ventilaban en la vía arbitral. Sin embargo, mediante la citada Ley 27239, se modificó el artículo 62 y se estableció que las discrepancias que dificulten o limiten el acceso del usuario a las redes tanto del sistema secundario de transmisión cuanto del sistema de distribución, serán resueltas por OSINERGMIN en el plazo máximo de treinta días. Este cambio fue sustancial por que creo la vía administrativa y el organismo competente para resolver estos conflictos, con lo cual la tutela administrativa se hizo presente mediante un mecanismo regulatorio.

Por último, es de resaltar que uno de los problemas para el completo desarrollo del mercado de clientes libres era el abuso de la posición de dominio que ejercen las distribuidoras por la utilización de sus redes, un caso típico es que los clientes

⁷ "Artículo 33.-

Los concesionarios de transmisión están obligados a permitir la utilización de sus sistemas por parte de terceros, quienes deberán asumir los costos de ampliación a realizarse en caso necesario, y las compensaciones por el uso, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley."

⁸ "Artículo 34.-

d) Permitir la utilización de todos sus sistemas y redes por parte de terceros para el transporte de electricidad, excepto cuando tenga por objeto el suministro de electricidad a Usuarios Regulados dentro o fuera de su zona de concesión, en las condiciones establecidas en la presente Ley y en el Reglamento."

libres quieren resolver el contrato con la distribuidora para pasarse a la generadora, pero las distribuidoras pueden condicionar su salida con la utilización de las redes, más aún si de por medio hay una nueva conexión, un movimiento del punto de alimentación o un aumento de la carga.

Es dentro de ese contexto que OSINERGMIN emitió la resolución de Consejo Directivo 091-2003-OS/CD, que estableció el procedimiento para fijar las condiciones de uso y acceso libre a los Sistemas de Transmisión y Distribución Eléctrica, que regula este tema. Además, de incluir entre otras cosas, la figura del Mandato de Conexión, ya regulada en el artículo 3 inciso c) de la Ley 27332 –Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicio Públicos– esta figura del mandato permite una vía expedita (instancia única) y rápida (Consejo Directivo de OSINERGMIN) se pueda ordenar la conexión a las redes de un distribuidor o transmisor.

E. Títulos habilitantes – Concesiones, autorizaciones y permisos

Una gran novedad introducida en la Ley de Concesiones Eléctricas es la figura de la concesión y de la autorización, principalmente la primera, ya que es un excelente mecanismo para atraer la inversión privada. Sin embargo, las concesiones en el sector eléctrico tienen su peculiaridad, que las hace un poco distintas a lo que tradicionalmente conocemos como concesión.

La concesión del sector eléctrico tiene características distintas a la concesión de telecomunicaciones, que es otra concesión para la explotación de servicios públicos. A continuación, algunas características de la concesión definitiva para generación, transmisión o distribución:

1. Opera el silencio administrativo positivo, en el Procedimiento Administrativo de otorgamiento de la concesión

En el procedimiento administrativo establecido en la Ley de Concesiones Eléctricas, para obtener la concesión, podemos observar que opera el silencio administrativo positivo (SAP), sino se otorga en el plazo indicado, situación curiosa para el otorgamiento de una concesión. El artículo 28 de la Ley de Concesiones Eléctricas dispone

que la solicitud de concesión que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 25 de la presente Ley, deba resolverse en un plazo máximo de noventa días calendario contados a partir de la fecha de su presentación. De no resolverse en este plazo se dará por aprobada. La redacción de este artículo supone la existencia de un silencio administrativo positivo transcurrido el plazo de noventa días, lo cual implicaría que si la solicitud de concesión no se aprobada en ese plazo, de daría por aceptada.

En los años que tiene de vigencia la Ley de Concesiones Eléctricas existen muchas solicitudes que no han sido aprobadas dentro de ese plazo, pero ninguna ha sido aprobada por silencio administrativo positivo, toda vez que en los hechos no se ha reconocido este derecho de los solicitantes por el Ministerio de Energía y Minas. Sin embargo, hace aproximadamente un año la empresa COELVISA, denunció a la Dirección General de Electricidad (DGE) ante la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI, obteniendo como resultado que esta comisión les da la razón y resuelva que la DGE tramite la concesión.

Es importante mencionar que este artículo de la Ley de Concesiones Eléctricas, entra en contradicción con el inciso 1 del artículo 33 de la Ley 27444, (modificado por la Ley de Silencio Administrativo –Ley 29060– que señala entre otras cosas, que “Los procedimientos de evaluación previa están sujetos a silencio positivo, cuando se trate de algunos de los siguientes supuestos: solicitudes cuya estimación habilite para el ejercicio de derechos preexistentes”; ya que mediante una concesión de servicios públicos no se reconocen derechos preexistentes, como puede ser el caso de la licencia, permiso o autorización, sino que a partir de ella se otorga el derechos de prestar el servicio público, razón por la cual éste derecho que es originariamente del Estado no pueden ser adquirido por silencio administrativo positivo.

Si bien hay una contradicción expresa con otra ley posterior, ambas son leyes por lo que tienen el mismo rango legal, primando la Ley de Concesiones Eléctricas por ser norma especial.

2. Temporalidad

Otro tema cuestionable es el hecho que la concesión eléctrica sea otorgada por

tiempo indefinido (artículo 21 de la Ley de Concesiones Eléctricas), lo cual atenta contra una de las características principales de las concesiones, que es la temporalidad.

En principio la característica principal de toda concesión es que sea temporal, ya que una concesión a perpetuidad atentaría con la razonable posibilidad de que con el avance del tiempo, con el cambio de costumbres, la tecnología surgiera la necesidad de introducir modificaciones, alteraciones o incluso prescindir de determinada forma de concesión. Además, al no haber plazo para que finalice el contrato, el Estado está impedido de buscar mayores y mejores alternativas para la satisfacción del servicio público. En la práctica el hecho de que sea indefinida evitará que se puedan revisar las obligaciones de la concesionaria y no permitirá una renegociación de las condiciones del contrato. Por ejemplo, en Argentina que se ha utilizado este mismo esquema, las concesiones de distribución eléctrica de Buenos Aires fueron por diez años, negociándose en condiciones favorables a los usuarios el año 2004, lo que inclusive produjo una sustancial rebaja de las tarifas.

En materia de transmisión eléctrica, existen en el Perú tres tipos de concesiones eléctricas, las concesiones tipo BOOT, la concesión de REP, tipo RAG y la Concesión de Sistemas Garantizados de Transmisión. Todas estas concesiones son temporales a treinta años, pero sólo son concebidas sobre proyectos elaborados y licitados por el Estado. Estos son regímenes especiales y distintos a las concesiones definitivas materia de comentario.

3. Contrato Administrativo o Civil

Una de las grandes preguntas pendientes de respuesta es: ¿este contrato de concesión tiene naturaleza civil o administrativa, o es un contrato ley como el de Telefónica? La respuesta pareciera muy fácil ya que de la lectura de estos contratos de concesión podemos observar en su cláusula 6.1, que textualmente señala que es un contrato administrativo. Realmente a mi me sorprende mucho encontrar en un contrato estas características.

El contrato administrativo es una de las figuras jurídicas más estudiadas y cuestionadas

dentro del Derecho Administrativo y desde mi posición es que muchas cosas que la teoría dice sobre tipo de contratos no se aplican en la práctica. Esta figura trae problemas desde el nombre que debe tener, algunos lo denominan contrato de la administración, acuerdo administrativo o contratos administrativos y desde mi punto de vista no es sólo cuestión de términos, sino a las consecuencias jurídicas que puede darse de nombrarlo de una y de otra manera. Por ejemplo, en el Perú ¿un contrato para la prestación de servicios a entidades públicas es administrativo o civil?, para mi es civil porque el propio contrato lo dice. Sin embargo, su formación y ejecución se rige por normas de orden público, entonces no es un contrato administrativo, pero si es un contrato de la administración. Considero también que contrato administrativo es un término más relacionado con las concesiones de prestación de servicios públicos y de infraestructura de servicios públicos.

No es objetivo de esta ponencia hacer una disertación compleja sobre lo que es el contrato administrativo, sin embargo si me gustaría preguntar ¿cuál es la diferencia práctica en que sea un contrato administrativo? ¿por qué pusieron expresamente que se trata de un contrato administrativo? la respuesta podría ser porque lo suscribe una entidad del Estado, porque a través de este contrato el estado esta cumpliendo un fin público que es permitir que un privado desarrolle la actividad eléctrica, porque contiene cláusulas exorbitantes a favor del Estado que le otorga prerrogativas especiales que le permiten aplicar su *ius Variandi* y, por último, es contrato administrativo por que sus efectos van más allá de las partes que lo suscriben.

Considero que esta pregunta es bastante compleja, si queremos ver sus efectos jurídicos en la práctica, no discusiones teóricas que muchas veces no sirven para nada. En nuestro marco legal, no existe norma que defina al contrato administrativo y señale sus características y consecuencias jurídicas y que lo puedan diferenciar del contrato civil, lo cual nos obliga a remitirnos a la doctrina donde existen posiciones antagónicas al respecto.

En la doctrina existen las teorías que señalé, pero hay una en especial que brilla con luz propia, y es la Teoría de las Cláusulas Exorbitantes, lo cual amerita un análisis al respecto. Primero, preguntarnos ¿qué son las

cláusulas exorbitantes? Para responder esta pregunta debemos remitirnos a la doctrina y buscando encontré un artículo muy bueno de mi amigo Alejandro Pérez Hualde, en el que hace un análisis extenso de estas prerrogativas de la Administración y que según Bercaitz son “Aquellas demostrativas del carácter del poder público con que interviene la Administración en los contratos administrativos, colocándose en una forma de superioridad jurídica o invistiendo a los contratantes frente a los terceros, de atribuciones propias del poder público”.

El mismo autor señala que son siete las prerrogativas de la Administración, se reserva en la suscripción de contratos administrativos, las cuales señalamos a continuación y vemos si se cumplen en la práctica: Continuidad, *Ius Variandi*, Dirección y Control, Sanción, Rescisión e interpretación del contrato.

En cuanto a la continuidad, es una prerrogativa que está más relacionada con las concesiones de servicios públicos, ya que apunta a que el Estado cuenta con la prerrogativa de exigir la prestación continua del servicio, sustentado en el bien público; en el caso del contrato de concesión que otorga el Ministerio de Energía y Minas, existe esta prerrogativa plasmada en la cláusula contrato de concesión.

En cuanto al *Ius Variandi*, es el Derecho o facultad de la Administración Pública de modificar unilateralmente las condiciones del contrato, con ciertos límites. Para poder ejercer esta facultad el Estado debe de estar expresamente facultado para ello, ya sea mediante una norma o de acuerdo al propio contrato. No comparto la posición de alguna parte de la doctrina en la existencia de cláusulas implícitas, en las que prácticamente se presume está facultad para poder modificar unilateralmente el contrato. En ese sentido de la revisión del contrato de concesión materia de análisis, vemos que no contiene ninguna cláusula de este tipo, por lo que el Ministerio de Energía y Minas, no podría modificar unilateralmente el contrato basándose en que es un contrato administrativo.

Sobre la dirección, control y sanción, esta es una prerrogativa que se reserva el Estado para sí, sobre todo en servicios públicos basándose en el principio de titularidad estatal de los servicios públicos. En nuestro ordenamiento esta prerrogativa la mantiene

el Estado, basándose más que en el contrato, en la Constitución y la ley. Sin embargo, en el contrato de concesión materia de revisión existe una referencia expresa en la cláusula 5.6, señalando que el encargado de la supervisión es OSINERGMIN.

Nos referimos ahora a la rescisión. Como bien señala Pérez Hualde una cosa es la sanción rescisoria y otra cosa es la facultad rescisoria, ambas extinguen la relación contractual, la primera se refiere a la pérdida de la concesión por haber incumplido las condiciones y obligaciones y no implica una indemnización, en cambio, la facultad de rescindir en forma anticipada consistiría en una prerrogativa que la Administración goza en virtud de las cláusulas exorbitantes y sí amerita una indemnización. Sobre este tema tenemos que el artículo 36 de la Ley de Concesiones Eléctricas y la cláusula décimo segunda del contrato de concesión establece causales de caducidad que están concebidas ante el incumplimiento de la normas, por lo que serían sanciones rescisorias. Por otro lado, no establece cláusulas exorbitantes que permitan resolver unilateralmente el contrato cambio de una indemnización. Realmente en nuestro medio los contratos de servicios públicos como este no incluyen cláusula que permitan la resolución unilateral del contrato.

4. Regulación de tarifas con criterios técnicos

Otro aspecto muy importante en el desarrollo del sector eléctrico es la fijación de tarifas basadas en aspectos técnicos, respetando el principio que las tarifas incluyan el costo más la ganancia de las empresas prestadoras, evitando que las tarifas se fijen por aspectos políticos que puedan perjudicar el mercado.

La Ley de Concesiones Eléctricas, fortalece el papel de la Comisión de Tarifas Eléctricas que en el año 2001 es absorbida por OSINERGMIN, asimismo establece que existen precios que son regulados en una tarifa para el servicio público de electricidad, los cuales se diferencian de los precios debidamente pactados por las partes, como en el mercado libre.

Contrariamente a lo que se puede pensar muchas de las actividades que compone el sector eléctrico no están sujetas a regulación de precios, por ejemplo, la comercialización

de energía a los clientes libres, que es ha precio completamente libre ha diferencia de la transmisión que es regulado.

A continuación señalamos cuales son los precios regulados:

- a) Los precios de los generadores a los distribuidores para el mercado regulados – tarifa en barra que se fijan cada año.
- b) Los precios de los distribuidores a los clientes del servicio público de electricidad, que se fijan cada cuatro años.
- c) Los precios de la transmisión principal (cada año), secundaria (cada cuatro años) y garantizada (por contrato).
- d) La transferencia de potencia y energía entre generadores, los que serán determinados por el COES. Cuando se produzcan en el mercado.

No son regulados, es decir son libremente pactados, dependiendo del poder de negociación de cada parte:

- a) Los precios de los generadores a los distribuidores para el mercado libre.
- b) Los precios de los generadores a los clientes libres.
- c) Los precios de los distribuidores para el mercado libre.
- d) Los precios de la transmisión complementaria.

Las tarifas fijadas por OSINERGMIN son actos administrativos y como tales pueden ser materia de recurso de reconsideración y, también, materia de un proceso contencioso administrativo.

Cada tarifa regulada tiene su propia estructura tarifaria, la cual está desarrollada principalmente en la Ley de Concesiones Eléctricas y en la Ley 28832. Sin embargo, existen otros casos especiales como la transmisión complementaria, garantizada o los suministros RER, cuyos precios y estructuras se encuentran en el respectivo contrato que les da origen.

5. Privatización de empresas públicas y de proyectos, como forma de promocionar el ingreso de la inversión privada

Uno de los aspectos más importantes de la reforma del sector es el de la privatización de empresas públicas y proyectos bajo

el mecanismo de concesiones a cargo de PROINVERSIÓN.

Existen dos etapas marcadas en este tipo de procesos, la primera que se inicia en 1994 relacionado con la privatización de empresas públicas y la segunda que se inicia en el 1998, relacionada con la privatización de proyectos para la construcción de infraestructura principalmente de transmisión.

En la primera etapa destacan la privatización de empresas de distribución eléctrica, como Luz del Sur, Edelnor y Electro Sur Medio (hoy Electro Dunas), mediante el mecanismo de compra venta de acciones. La privatización de empresas de generación eléctrica como Duke Energy, Edegel, Empresa Eléctrica de Cahua, bajo el mecanismo de compra venta de acciones y la privatización de empresas de transmisión eléctrica como Etecen y Etesur (ahora REP), bajo el mecanismo de concesión por treinta años. En este caso todavía existen empresas públicas que pueden ser privatizadas, sin embargo la señal política es que se queden como están.

En la segunda etapa, destacan las privatizaciones de proyectos para la construcción de líneas de transmisión bajo la modalidad de contrato BOOT (*Build, Operated, Own y Transfer*), como son los casos de la línea Mantaro – Socabaya del año 2000, que interconectó los sistemas centro-norte y sur, las líneas de reforzamiento del sur y la línea que va a Pucallpa. Otra modalidad utilizada a partir del año 2008 fue el de otorgamiento de la concesiones para los sistemas garantizados de transmisión que han sido un éxito y se han otorgado más de seis proyectos a la fecha, encontrándose tres líneas más en proceso de licitación.

Un tema que queda pendiente en el sector eléctrico, es el perfeccionamiento de las asociaciones públicas privadas que permitan que los proyectos que tienen las empresas públicas para construir centrales hidroeléctricas, sean ejecutados con capital privado, sin tener que pasar por procedimientos engorrosos y poco efectivos.

IV. CONCLUSIONES

1. El sector Eléctrico ha implementado una reforma estructural que ya tiene veinte años, obteniendo muy buenos resultados que permiten concluir

- que esta reforma es un éxito, aunque todavía falta perfeccionar algunos aspectos que permitan que se asegure la demanda eléctrica de los próximos años.
2. La reforma ha pasado por cuatro etapas:
 - a) La etapa de formación (1990 – 1992)
 - b) La etapa de ejecución (1992 – 2000)
 - c) La etapa de consolidación (2000 – 2006)
 - d) La etapa de reforzamiento (2006 – 2012)
 3. Las bases de la reforma son:
 - a) Nuevo rol del Estado y liberalización del sector.
 - b) Desintegración de actividades en los Sistemas Eléctricos Interconectados.
 - c) Existencia de dos mercados: mercado libre y regulado.
 - d) Libre acceso a las redes de transmisión y distribución.
 - e) Régimen de concesiones y autorizaciones que garanticen la inversión.
 - f) Tarifas reguladas técnicamente.
 - g) Creación del COES, como operador del mercado.
 - h) Privatización de empresas públicas y proyectos.
 - i) Creación del Sistema Garantizado de Transmisión como forma de fomentar la inversión en transmisión y evitar la congestión.
 4. La desintegración de actividades permite repotenciar la competencia, las actividades de generación para el mercado libre e incidir en la regulación para la generación del mercado regulado, la transmisión y la distribución. Esta competencia en generación le permite tener varios mercados donde vender la electricidad producida.
 5. Los clientes libres son un gran atractivo de este nuevo mercado, porque con ellos se puede suscribir contratos de suministro bajo un esquema de competencia, a diferencia de los clientes regulados que necesariamente tienen que pagar tarifas fijadas por OSINERGMIN.
 6. El principio del *Open Access* obliga a los transmisores y distribuidores a permitir el ingreso de los que lo requieran, esto permite la competencia en el sector. Cualquier discrepancia por precio o capacidad es resuelta por OSINERGMIN.
 7. Las concesiones definitivas para generación transmisión y distribución, tienen como características las siguientes:
 - a) Son indefinidas es decir no tienen un plazo de caducidad.
 - b) Van aparejadas de un contrato de concesión.
 - c) El contrato de concesión es, tal como lo establece el propio contrato, un contrato administrativo. Sin embargo, ni la ley ni en el propio contrato está establecido cuales son las consecuencias jurídicas de esta naturaleza jurídica.
 - d) Se otorga por Resolución Suprema en un plazo de noventa días y en caso que el Ministerio de Energía y Minas no se pronuncie en este plazo, se aprueba por silencio administrativo positivo.
 - e) Las concesiones son bienes inmuebles que se inscriben en Registros Públicos y por lo tanto por si mismo se convierte en un derecho real, independiente de los bienes muebles o inmuebles que la componen.
 - f) Los precios de la energía y potencia se fijan administrativamente, lo cual se conoce como tarifas (generación, distribución para el mercado de servicio Público y transmisión a excepción del sistema complementario) y otros precios que ya no se definen como tarifas, se establecen por libre negociación (generación y distribución para el mercado libre).
 - g) La existencia de un Organismo Regulador Independiente (OSINERGMIN) le otorga estabilidad y predictibilidad a la regulación y, por lo tanto, a la inversión en las distintas actividades eléctricas.
 - h) La existencia de un Operador del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), privado, con funciones públicas e independientes (COES) le otorga estabilidad y confiabilidad a la operación y despacho en el mercado eléctrico.

- i) Los indicadores que se manejan en el sector nos indican que la reforma fue positiva.
- A partir del año 1992, se rompió el monopolio legal de las empresas públicas y se liberalizó el mercado con lo que se permitió el ingreso de la inversión privada como eje del desarrollo.
 - Actualmente el Estado participa en el 29.8% de la generación, 10% de la transmisión y 45% de la distribución.
 - La cobertura del servicio actualmente es el 85% del territorio nacional.
 - La potencia instalada pasó de ser 3 156.40 MW en 1992 a 5 848 MW, es decir, casi duplicó su capacidad.

- El número de autorizaciones y concesiones era 0, al año 2010 eran de 47 en generación, 201 en transmisión y 73 en distribución, lo cual implica una importante participación privada en el sector.
- La estructura empresarial es actualmente completamente desintegrada.
- La tarifa para el servicio público es regulada y reconoce una tasa de actualización o rentabilidad del 12%, súper atractiva para el inversionista y muy competitiva a nivel mundial.
- A la fecha y desde hace mucho existen normas de calidad del servicio, de protección ambiental y de protección a los usuarios, las mismas que antes de la reforma no existían.

INVERSIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA PORTUARIA: PROSPERIDAD ECONÓMICA Y MEJORA EN LA CALIDAD DE VIDA DE TODOS

María Eugenia Yabar Guevara*

Cuando pensamos en inversión privada en infraestructura portuaria, nos imaginamos un puerto desarrollado, además de con bastante circulación. Es decir, nos imaginamos un país desarrollado. Pero, ¿acaso debe ser un país desarrollado para que haya inversión privada? ¿O es que debe haber inversión privada para que el país se vea desarrollado?

María Eugenia Yabar, desde su perspectiva como especialista en el derecho naviero, opina que es la inversión privada en los puertos la que genera el desarrollo del país. Además, menciona cuán viable y beneficiosa puede ser la inversión privada (para el empresario y para el Estado) en la infraestructura portuaria del Perú.

* Abogada. Socia del Estudio Olaechea Abogados.

I. ANTECEDENTES

El artículo 58 de nuestra Constitución Política establece lo siguiente: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e **infraestructura**”. [El énfasis es nuestro].

La Constitución permite un espectro ilimitado de posibilidades para el desarrollo de las actividades de los inversionistas privados, el Estado no ha reservado para sí actividad económica alguna. Sin embargo, si bien el artículo 58 de la Constitución señala que el Perú se rige bajo una economía social de mercado donde la iniciativa privada es libre y el Estado asume un rol regulador, la confianza que se requiere para atraer inversiones privadas dependerá de una política económica coherente y de dotar de seguridad jurídica a un capital que está apostando por nuestro país.

En este sentido los gobiernos deben tener presente que el Estado debe no sólo reconocer sino además garantizar y promover las actividades de los particulares en el marco de la política económica de un Estado de Derecho, donde el Estado tiene un rol de regulador, que no compite con los particulares en la actuación empresarial sino que colabora con ellos, pero que se encuentra atento a los excesos que podrían generarse en el mercado¹.

La relevancia que tiene la inversión privada para el desarrollo y crecimiento de un país es innegable. En este escenario, muchas veces los particulares son capaces de identificar diferentes nichos en los cuales están interesados en invertir, y dentro de éstos se ubica la infraestructura, indispensable para continuar con el desarrollo de nuestro país.

La falta de financiamiento para proyectos de infraestructura o de la capacidad técnica del Estado para llevarlos a cabo constituye

la principal traba para su desarrollo, la misma que tiene repercusiones en casi todos los sectores de la economía. Por ende, es preciso atraer recursos privados para lograr su modernización y optimización para convertirla en aliada y promotora del desarrollo económico de nuestro país. Por ello, es necesario que el Estado redefina inteligentemente las relaciones con el sector privado y mitigue los riesgos, mejorando las condiciones de seguridad en la inversión, especialmente en lo jurídico y en lo fiscal².

II. INVERSIONES PRIVADAS EN EL SECTOR PORTUARIO

El comercio exterior es el principal medio de generación de riqueza de un país. Es así que el objetivo primordial de las naciones a nivel mundial, hoy en día, es fortalecer y desarrollar los medios de transporte de bienes, tales como el marítimo, aéreo, terrestre así como sus servicios conexos indispensables para que la cadena logística no se interrumpa. Para lograrlo se busca promover la inversión en infraestructura terrestre, aeroportuaria y portuaria que permita alcanzar la prestación de servicios de alta calidad, eficiencia y competitividad.

En los últimos años, el comercio exterior en el Perú ha alcanzado un gran desarrollo, producto de la apertura comercial generada por la suscripción de diversos tratados de libre comercio internacionales y la mejora en los precios de las materias primas. La integración internacional ha otorgado una mayor relevancia a la inversión en la infraestructura portuaria y al desarrollo de nuevas tecnologías que se vuelven necesarias para atender la creciente demanda del tránsito de mercancías.

Bien sabido es ahora, que la inversión en infraestructura es fundamental y esto es especialmente relevante cuando se trata de puertos, pues el transporte acuático es sumamente importante ya que el 95%³ del negocio internacional se realiza a través de esta vía.

¹ Gutiérrez Camacho, Walter. “La Constitución Comentada. Artículo por artículo”. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. 2006. p. 788.

² Diario El Peruano. “Plan Nacional de Desarrollo Portuario”. En: Separata Especial. Sábado 19 de marzo de 2005. p. 3.

³ D’Alessio Ipinza, Fernando. “Planeamiento Estratégico de los Principales Puertos del Perú”. Lima: Centrum, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2012. p. 1.

Dentro del ámbito acuático, el transporte marítimo es el principal medio por el cual se trasladan mercancías a nivel mundial, los puertos nos conectan al mundo y constituyen factores dinámicos de transporte que constantemente se adaptan para satisfacer las demandas del comercio internacional⁴. Un país con grandes y modernas infraestructuras portuarias puede garantizar la mejora de la calidad de vida de sus habitantes, pues éstos son un gran nexo para las actividades de importación y exportación. Kurt J. Nagle (CEO y Presidente de la Asociación Americana de Autoridades Portuarias) afirma lo siguiente: “La actividad de los puertos contribuye a la prosperidad económica de los países y en el incremento de la calidad de vida de sus habitantes. Por lo tanto, si entre los objetivos prioritarios de cada país está el mejorar la calidad de vida de sus habitantes, y estos mismos países tienen ventajas competitivas en sus costas para contar con puertos competitivos, el desarrollo de sus puertos debe ser parte de su agenda de desarrollo económico”.

Los puertos en general requieren de grandes inversiones para su diseño, construcción, operación y mantenimiento. En el mundo las inversiones en los puertos provienen de dos fuentes, las privadas y las públicas. Muchos de los puertos antiguos y grandes como Rotterdam fueron construidos con fondos públicos y aún se mantienen bajo la administración del Estado. Ahora, los puertos modernos tienen una configuración variada, es decir, dependiendo de la capacidad del Estado éstos serán financiados con más o menos recursos públicos, es evidente que en aquellos países en los que el Estado no cuenta con los recursos suficientes, la inversión privada es la mejor alternativa.

Un factor a considerar al momento de determinar la construcción de un puerto es la distancia que existe con respecto a los otros y a los mercados a los que éstos pretenden llegar, pues muchas veces se considera más importante la distancia económica que la geográfica, pues en ella se incluyen todos los costos y gastos en los que los usuarios de los puertos van a incurrir para trasladar sus mercancías de un lugar a otro. Tener puertos competitivos y eficientes es una meta que muchos quisieran alcanzar,

y sin embargo no todos pueden hacerlo, pues además de los recursos económicos necesarios también son importantes factores como la ubicación y el tamaño.

III. LOS PUERTOS EN EL PERÚ

El Perú posee un extenso litoral en el Pacífico que alcanza los 3,079.50 Km. Actualmente cuenta con sesenta y cinco puertos, cuarenta y cinco de los cuales son marítimos, once fluviales y seis lacustres, siendo los más importantes Matarani, Paita y Callao.

La Empresa Nacional de Puertos S.A. (ENAPU) tuvo en principio la administración de los puertos a nivel nacional. Sin embargo, en los últimos años se han otorgado diversas concesiones para hacer partícipe a los capitales privados en la actividad portuaria con la finalidad de modernizar su infraestructura y aumentar nuestra competitividad. Se han presentado algunas iniciativas privadas habiéndose a la fecha suscrito como consecuencia de una de ellas el Contrato de Concesión para el Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao respondiendo a las necesidades que se originarán como consecuencia del inicio de las operaciones de diferentes yacimientos que requerirán de un puerto moderno y eficiente para la exportación de sus minerales.

Actualmente, además de los puertos privados de uso privado, el Estado realiza actividad portuaria, por medio de la operación de puertos administrados por él, a través de ENAPU y por puertos de titularidad pública administrados por empresas privadas, a través del otorgamiento de concesiones, tales como Matarani operado por Terminal Internacional del Sur S.A. - Tisur desde 1999; Paita operado por Terminales Portuarios Euroandinos desde 2009; Muelle Sur en el Terminal Portuario Callao operado por DP World desde 2010 y Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario Callao operado por APM Terminals Callao desde 2011⁵.

El Gobierno Peruano otorgó a DP World la concesión por treinta años de las operaciones

⁴ D'Alessio Ipinza, Fernando. Op. cit. p. 2.

⁵ Evaluación Financiera y Presupuestaria - III Trimestre 2011 - Corporación FONAFE.

de contenedores ubicados en la zona sur del Puerto del Callao. Con esto la capacidad de manejo de contenedores será de 750 mil contenedores por año, los que sumados a los 1.2 millones que mueve el Muelle Norte de ENAPU, dan un total de dos millones de contenedores anuales por el puerto del Callao⁶. Cabe señalar que DP World es uno de los tres operadores portuarios más importantes en el mundo.

Habiéndose adjudicado a APM Terminal la concesión del Muelle Norte también por un período de treinta años cuando este proyecto se concrete la capacidad del muelle será de 2.9 millones de TEU⁷.

El incremento de la participación de los particulares en la construcción y gestión de puertos ha traído consigo la modernización y mejora de los mismos lo que ha permitido por ejemplo mejorar la calificación respecto de la calidad de nuestros puertos, subiendo diez puestos en un período de tres o cuatro años⁸.

Como se puede apreciar, el compromiso de los particulares y del Estado es fundamental para lograr el desarrollo y llegar a niveles competitivos. Por un lado los privados cuentan con diversos recursos (como experiencia, recursos económicos, tecnología, entre otros) que pueden poner a disposición para desarrollar proyectos de gran envergadura y por otro lado, está la figura del Estado que debe garantizar reglas claras de juego para las inversiones, incluyendo la estabilidad y el respeto a los contratos suscritos.

Nos encontramos en un proceso de auge en la inversión en puertos, que nos obliga detenernos por un momento a analizar si nuestras modalidades de inversión permiten viabilizar los proyectos de infraestructura de forma eficiente y competitiva.

IV. MODALIDADES DE INVERSIÓN PRIVADA EN PUERTOS

El Estado reconoce la necesidad de la intervención privada para alcanzar sus objetivos y lineamientos de promover la competitividad internacional del sistema portuario nacional. De este modo, fomenta la participación del sector privado a través de la inversión en el desarrollo de la infraestructura y equipamiento portuario.

La Autoridad Portuaria Nacional es la institución encargada de liderar la reestructuración del sistema portuario y de adoptar las políticas necesarias para lograr la participación de los particulares en este proceso y que con ello se alcance el objetivo de dejar atrás las infraestructuras antiguas e inadecuadas y que se optimicen los espacios y servicios que se ofrecen en los puertos, haciendo que éstos sean más competitivos y eficientes.

Sin embargo, los proyectos privados deben guardar coherencia con la política portuaria nacional, por ello es necesario que los proyectos vayan acorde con el Plan Nacional de Desarrollo Portuario elaborado por la Autoridad Portuaria Nacional con el fin de permitir la competitividad y sostenibilidad del Sistema Portuario Nacional⁹.

A continuación nos referiremos brevemente a dos formas de participación privada en el ámbito de la actividad portuaria nacional de acuerdo a la legislación vigente sobre la materia: (i) Autorizaciones, Habilitación y Licencia Portuaria; e, (ii) Iniciativa Privada.

A. Autorizaciones, Habilitaciones y Licencias Portuarias

El inversionista privado (sea persona natural

⁶ LIRA SEGURA, Julio. "Ositran: Las tarifas del Muelle Sur serán 70% menores a las de Enapu". En: <http://gestion.pe/noticia/326434/ositran-tarifas-muelle-sur-seran-70-menores-enapu>.

⁷ TEU (por sus siglas en inglés Twenty-foot Equivalent Unit), estas siglas hacen referencia a los contenedores de 20 pies de largo x 8 pies de ancho x 8,5 pies de altura.

⁸ MIRÓ QUESADA, Francisco. En: Diario El Comercio. Negocios & Economía. Jueves 08 de marzo de 2012. p. B2.

⁹ Artículo 4.1. de la Ley del Sistema Portuario Nacional "El Plan Nacional de Desarrollo Portuario es el documento técnico normativo elaborado por la Autoridad Portuaria Nacional que tiene como objetivo orientar, impulsar, ordenar, planificar y coordinar el desarrollo, modernización, competitividad y sostenibilidad del Sistema Portuario Nacional. Este Plan es aprobado por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Transportes y Comunicaciones en el marco de la política del sector transportes y comunicaciones".

o jurídica) que busque desarrollar proyectos de infraestructura portuarias, dentro de una zona portuaria debe observar ciertos pasos previos antes de iniciar sus actividades.

Según lo establecido por la Ley 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 003-2004-MTC, la autoridad competente¹⁰ podrá otorgar autorizaciones de uso de área acuática y franja ribereña y la habilitación portuaria que le permitirán al inversionista tener mayor información para determinar las necesidades y la viabilidad del proyecto bajo evaluación.

A continuación una breve descripción de las distintas clases de autorizaciones, de la habilitación portuaria y de la licencia portuaria que dan mérito a la implementación de proyectos de infraestructura portuaria.

1. Autorización temporal de uso de área acuática y franja ribereña

Dependiendo de las características del proyecto, el inversionista deberá presentar su solicitud ante la Autoridad Portuaria Nacional o ante la Autoridad Portuaria Regional¹¹. A la solicitud se deberá adjuntar un Plan Maestro a ser elaborado de acuerdo a lo indicado en el Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional¹² y en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario. Si el Plan Maestro contradice el Plan Nacional de Desarrollo Portuario, no se enmarca dentro de los lineamientos de la Ley del Sistema Portuario Nacional o vulnera los derechos de terceros obtenidos con anterioridad, la solicitud será denegada.

Si los documentos están completos, la autoridad portuaria correspondiente dispondrá la publicación de la solicitud por una sola vez en el Diario Oficial El Peruano a fin de permitir que terceros legítimamente interesados se opongan. La publicación contiene las coordenadas y el plano del área solicitada.

A continuación un modelo de publicación:



PERU
Autoridad Portuaria Nacional

"Documento de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Acto de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL

1. DATOS DE LA SOLICITUD: Otorgamiento de Autorización Temporal de Uso de Área Acuática y Franja Ribereña para la realización de estudios, obras e instalaciones temporales necesarias para disponer de las facilidades para el embarque de productos líquidos.

2. UBICACIÓN DE LA SOLICITUD: Caleta de Cata Cata, provincia de Ilo, departamento de Moquegua, con las coordenadas DATUM WGS-84 siguientes:



AREA ACUATICA Y FRANJA RIBEREÑA SOLICITADA- DATUM WGS 84
(Zona 19)

AREA ACUATICA SOLICITADA 1

VERTICE	ANG. INTERNO	COORDENADAS UTM	COORDENADAS GEOGRAFICAS		
		EASTING	NORTHING	LONGITUD	LATITUD
V-1	37°45'52"	248.851.433	8.044.891.740	71°22'03.67W	17°40'17.07S
V-2	232°14'19"	248.857.382	8.044.844.589	71°22'02.29E	17°40'15.21S
V-3	202°19'25"	248.874.705	8.044.844.589	71°21'19.43E	17°40'15.46S
V-4	71°45'25"	248.184.367	8.044.807.875	71°21'32.38W	17°40'16.68S
V-5	173°35'58"	248.111.816	8.044.713.589	71°21'32.38W	17°40'13.25S
V-6	81°1'22"	248.184.680	8.044.866.875	71°21'32.38W	17°40'17.23S
V-7	120°14'48"	248.851.433	8.044.891.824	71°22'03.67W	17°40'06.58S

AREA = 75,818.03 m2

www.apn.gob.pe

Av. Santa Rosa 135

La Perla, Callao - Perú

(51) 452-6226

¹⁰ Un criterio se puede encontrar en el artículo 21 del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, el mismo que precisa que:
"Los puertos y terminales portuarios de titularidad pública, por su alcance y ámbito, se clasifican en:
a. Nacionales a aquellos puertos y terminales portuarios, que:
I. Estén orientados principalmente a facilitar el transporte internacional de carga, pasajeros o correo y/o cuyo movimiento comercial este orientado principalmente al turismo y comercio exterior;
II. En sus operaciones tengan influencia en el movimiento económico de más de una región; y
III. Que integren un sistema intermodal o multimodal de transporte vinculado a un proyecto bi-regional, multi-regional, macro-regional, binacional o continental.
b. Regionales, a aquellos puertos y terminales portuarios, que:
I. Estén orientados principalmente a facilitar el transporte de carga, pasajeros o correo a nivel nacional o en cabotaje, y tenga influencia básicamente en el movimiento económico de una Región;
II. No alcancen todos y cada uno de los requisitos para ser clasificados como nacionales.
El Plan Nacional de Desarrollo Portuario establecerá el ámbito y calificará, de acuerdo a los criterios anteriores, a los puertos y terminales portuarios del Sistema Portuario Nacional."
Se entiende principalmente por cabotaje al transporte entre puertos peruanos, similar al concepto de vuelos domésticos.

¹¹ Ver Nota 10.

¹² Ver Artículo 12 del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional.



PERÚ
Autoridad Portuaria
Nacional

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional frente a la Crisis Externa"

AREA ACUATICA SOLICITADA 2

VERTICE	COORDENADAS UTM		COORDENADAS GEOGRAFICAS	
	ESTE (E)	NORTE (N)	LONGITUD	LATITUD
F	248.993.439	8'044.844.599	71°21'38.130"	17°40'18.435"
G	249.029.678	8'044.844.599	71°21'57.747"	17°40'15.432"
E	249.088.936	8'044.260.263	71°21'55.087"	17°40'27.907"
H	249.095.246	8'044.255.899	71°21'54.875"	17°40'28.104"

AREA = 3,0116.32 m2

AREA DE FRANJA RIBEREÑA SOLICITADA

VERTICE	COORDENADAS UTM		COORDENADAS GEOGRAFICAS	
	ESTE (E)	NORTE (N)	LONGITUD	LATITUD
E	249.095.006	8'044.200.063	71°21'55.087"	17°40'27.907"
L	249.099.600	8'044.263.058	71°21'54.732"	17°40'28.199"
H	249.095.246	8'044.255.899	71°21'54.875"	17°40'28.104"
M	249.069.843	8'044.228.308	71°21'55.748"	17°40'28.991"
N	249.078.697	8'044.218.241	71°21'55.452"	17°40'29.322"

AREA = 498.38 m2

AREA	SUPERFICIE (m2)
Area acuatica 1 solicitada	73,818.08
Area acuatica 2 solicitada	3,011.32
Area de franja ribereña	498.38
AREA TOTAL	77,328.78 m2

3. FORMULACIÓN DE OBSERVACIONES: Los terceros legítimamente interesados, que se opongan al otorgamiento de la autorización temporal, siervense presentar por escrito ante la Autoridad Portuaria Nacional los documentos y pruebas que lo respalden, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la publicación de la solicitud, sito en la Av. Santa Rosa N° 135 - La Perla - Callao, Telefax: 4576226 Anexo 1603.

Callao, 08 de Abril de 2009

FRANK BOYLE ALVARADO
Presidente del Directorio
Autoridad Portuaria Nacional

www.apn.gob.pe

Av. Santa Rosa 135
La Perla, Callao - Perú
(51) 457-6226

Luego de consentida la resolución que resuelve la oposición o en caso de no haberse presentado oposición, la autorización temporal de uso de área acuática y franja ribereña será otorgada mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones previo informe técnico favorable aprobado por el Directorio de la autoridad portuaria competente y coordinación de esta última con la Dirección General de Capitanías y Guardacostas. Su plazo es de dos años, prorrogables por un año adicional.

Durante la vigencia de la autorización temporal, el inversionista privado tendrá el uso en exclusiva de la zona concedida pudiendo ejecutar obras e instalaciones de forma transitoria y pedir el otorgamiento de servidumbres temporales que requiera para realizar sus estudios, análisis, pruebas y/o trabajos necesarios para implementar y diseñar de forma precisa y real su proyecto de infraestructura portuaria. Como consecuencia de ello estará capacitado para elaborar el

informe de ingeniería básica que requiere para la obtención de la autorización definitiva.

La autorización temporal puede ser cedida, gravada o transferida por su titular siempre que se cuente con la aprobación previa del Ministerio de Transportes y Comunicaciones mediante una Resolución Ministerial, la misma que se emitirá luego del informe técnico aprobatorio de la autoridad portuaria competente. La cesión realizada sin contar con la aprobación mencionada tendrá como consecuencia la cancelación del derecho.

El inversionista deberá abonar anualmente un derecho de vigencia, cuyo monto variará de acuerdo a la Unidad Impositiva Tributaria vigente al 1 de enero del año al que corresponde el derecho a razón de 0.000138 UIT/m².

2. Autorización Definitiva de uso de área acuática y franja ribereña

En caso los estudios y análisis de las características de la zona realizados durante el período de vigencia de la autorización temporal estuvieran de acuerdo a sus requerimientos, el inversionista tiene la posibilidad de solicitar ante la Autoridad Portuaria Nacional o Autoridad Portuaria Regional, según fuera el caso, la autorización definitiva de uso de área acuática y franja ribereña dentro del plazo de vigencia de la autorización temporal.

Con el fin de obtener la autorización definitiva, el inversionista deberá acreditar la posesión del área terrestre adyacente a la franja ribereña solicitada necesaria para ejecutar el proyecto portuario y adjuntar un informe de ingeniería básica. Este informe de ingeniería básica debe sustentar técnicamente el plazo por el cual se solicita la autorización definitiva, incluir una descripción y planos preliminares de las obras a ejecutarse.

Se requiere la acreditación de la posesión como una forma de asegurar o garantizar el desarrollo integral del proyecto de infraestructura portuaria, cuya implementación no sólo afectará la zona autorizada sino también las áreas adyacentes¹³. Ahora bien, dicha posesión

¹³ Según el inciso 1.b. del artículo 32 del Reglamento, se entiende como espacio adyacente al ubicado de manera contigua a la franja ribereña solicitada, que resulta técnicamente necesario para la ejecución del proyecto portuario a ser desarrollado por el solicitante.

podrá ser acreditada mediante cualquiera de las formas permitidas por la legislación peruana (arrendamiento, superficie, usufructo, uso, entre otros). Sin embargo, el Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional indica que el derecho a la posesión debe ser acreditado mediante un documento emitido por el propietario del predio. Consideramos que si el documento de donde emana el derecho de aquel que otorga la posesión acredita que tiene capacidad jurídica para hacerlo, un nuevo pronunciamiento del propietario sería innecesario.

Al igual que en la temporal, la autorización definitiva también se confiere a través de una Resolución Suprema refrendada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones previo informe técnico favorable aprobado por el Directorio de la autoridad portuaria competente con la coordinación de esta última con la Dirección General de Capitanías y Guardacostas para verificar la posible existencia de derechos de terceros anteriores. Puede ser concedida hasta por un plazo de treinta años según lo solicite y sustente el inversionista. Nótese que el otorgamiento de la autorización temporal no garantiza el otorgamiento de la definitiva. El periodo por el cual se otorga la autorización definitiva determinará el plazo por el cual se otorgará la licencia portuaria.

La autorización definitiva concede a su titular el derecho de aprovechar económicamente y de forma exclusiva los bienes individualizados de la zona, el uso y goce del área acuática y franja ribereña, columna de agua, lecho y el subsuelo subyacentes a aquél. En dicha explotación no se incluye la explotación de los recursos naturales.

El titular de la autorización definitiva también estará obligado al pago de derecho de vigencia anual. A diferencia del derecho de vigencia de la autorización temporal, su cálculo será determinado en función del uso que le otorgue al área acuática y franja

ribereña concedida, es decir si es de uso efectivo (0.00138 de la UIT/m²), no efectivo (0.000692 de la UIT/m²), uso operativo o de seguridad (0.000138 de la UIT/m²). La falta de pago por dos años consecutivos acarrea la cancelación del derecho.

La facultad de ceder, gravar o transferir la autorización definitiva es de especial importancia para el inversionista pues le permitirá acceder con mayor facilidad a fuentes de financiamiento para su proyecto.

3. Habilitación Portuaria y Licencia Portuaria

Luego de concluidos los estudios realizados durante la vigencia de la autorización definitiva, el inversionista deberá obtener una habilitación portuaria para poder iniciar “la ejecución de obras de construcción, ampliación o modificación de la infraestructura del terminal portuario, dentro del área previamente autorizada”. Es decir que según el artículo 35.1 del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, la zona para la cual se solicita la habilitación debe coincidir con la zona materia de la autorización definitiva de uso de área acuática y franja ribereña.

Consideramos que debería haber un cierto grado de flexibilidad en relación con la exigencia que precisa que la habilitación debe concederse dentro de la zona. Se puede dar el caso que luego de los estudios se determine que un área adyacente sea más idónea. Por ello debería permitirse la posibilidad de una variación de un porcentaje razonable siempre que no hubiera derechos preexistentes. Según el artículo 36 del Reglamento, para obtener la habilitación portuaria, el inversionista deberá adjuntar a su solicitud cierta documentación que sólo podría ser elaborada con posterioridad a la dación de la autorización de uso de área acuática y franja ribereña tales como los indicados en los literales c), d), e), f), g), h), i), k), l), m), o) del mencionado artículo¹⁴.

¹⁴ “Artículo 36.- Solicitud para la habilitación portuaria

Para efectos del otorgamiento de la habilitación portuaria, el peticionario deberá presentar una solicitud en la que se señale la clasificación del puerto o terminal portuario de acuerdo al artículo 6 de la Ley, acompañada de la siguiente documentación:

(...)

c) Memoria descriptiva y características generales de la instalación del proyecto con la delimitación y extensión del recinto portuario que se pretende habilitar.

Siendo ello así, una flexibilidad razonable será bienvenida, más aún cuando la dación de la habilitación tiene un procedimiento que permite que los derechos de terceros estén debidamente protegidos. Esta flexibilidad debería luego reflejarse en la modificación de la autorización definitiva de uso de área acuática y franja ribereña.

Al igual que en el caso de las autorizaciones, para el otorgamiento de la habilitación portuaria, la autoridad portuaria competente verificará previamente la idoneidad técnica de los proyectos y su conformidad con los Lineamientos de Política Portuaria y Plan Nacional de Desarrollo Portuario, lo cual no debería ser una contingencia ya que ello se verificó al momento del otorgamiento de las autorizaciones temporales y definitivas antes descritas.

Una vez obtenida la habilitación portuaria mediante resolución de acuerdo de Directorio de la autoridad portuaria competente, su titular deberá dar inicio a las obras civiles de infraestructura en un plazo de dos años, prorrogables por el mismo período acreditando razones de caso fortuito o de fuerza mayor.

Para efectos de ejecutar la explotación de la infraestructura construida, el

inversionista, luego de finalizadas las obras, deberá solicitar la conformidad de la infraestructura del terminal portuario, adjuntando la documentación y normas técnica, arquitectónica, memoria descriptiva y todos los documentos técnicos necesarios para acreditar la correcta finalización de la obra, de conformidad con lo autorizado en la habilitación portuaria.

Una vez obtenida la aprobación correspondiente de las obras, la autoridad portuaria competente otorgará de oficio dentro de los tres días hábiles, la Licencia Portuaria que autorizará la operación de un puerto o terminal portuario hasta por el período de vigencia de la autorización definitiva de uso de área acuática y franja ribereña, es decir hasta un máximo de treinta años contados desde el otorgamiento de la autorización definitiva. Vencido los mencionados tres días operará el silencio administrativo positivo.

No debemos olvidar que si bien la Autoridad Portuaria competente evalúa y autoriza la construcción y operación de un puerto, el inversionista deberá obtener la Licencia de Construcción, así como la Licencia de Funcionamiento de la Municipalidad competente. A fin de evitar obstáculos en el

- d) Aprobación del Estudio de impacto ambiental por la autoridad competente del peticionario.
- e) Indicación del lugar físico en el que las autoridades competentes puedan realizar sus funciones, incluidas el control aduanero, de migraciones, de sanidad, y otros vinculados a las actividades portuarias.
- f) Planos de ubicación del proyecto en coordenadas geográficas a escalas entre 1/5,000 - 1/25,000 al Datum PSAD 56 y Datum WGS 84.
- g) Plano perimétrico de detalle a escala grande, con coordenadas UTM - Geográficas referidas al Datum PSAD 56 y Datum WGS 84 de sus vértices, área en metros cuadrados de ocupación acuática a partir de la línea de más alta marea y/o planos de distribución de tuberías submarinas, chatas, boyas, plataformas y otros similares, entre otros.
- h) Descripción morfológica ribereña con las líneas de Baja y más Alta Marea y su paralelo de 50 y 250 metros de dicha línea hacia tierra.
- i) Descripción de la gradiente submarina y/o perfil longitudinal del proyecto a fin de conocer sus características de diseño y/o sensibilidad o impacto a la estabilidad de la línea costera.
(...)
- k) Expediente Técnico de Obra firmado por un ingeniero colegiado.
- l) Estudio Hidro-Oceanográfico señalando las características del área (batimetría, fondo marino, meteorológicas corrientes, mareas, vientos, olas, y otras), aprobado por la Dirección de Hidrografía y navegación.
- m) Estudio de maniobras que contenga:
 - Descripción de las maniobras de ingreso y salida de la nave, bajo cualquier situación.
 - Análisis de la actuación de los factores dinámicos del medio y de las fuerzas que actúan en cada momento de la maniobra.
(...)
- o) Título de propiedad, o en su defecto, el título que acredite el otorgamiento a su favor de un derecho de superficie o de usufructo, inscrito en los Registros Públicos correspondientes, respecto del área terrestre que se pretende habilitar como puerto o terminal portuario. En caso que el título a ser presentado por el peticionario corresponda a un derecho de superficie o de usufructo, el derecho concedido en el mismo, deberá tener una vigencia no menor al plazo de la autorización definitiva de uso de área acuática y franja ribereña concedida a dicho peticionario."

inicio de las obras o de la etapa de explotación, el Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional ha indicado que las municipalidades competentes no podrían exigir documentos adicionales a los mencionados líneas arriba. Consideramos que la norma debió ser más “proactiva” e indicar que a fin de obtener la Licencia de Construcción o la Licencia Municipal de Funcionamiento, el inversionista sólo debía acompañar a su solicitud, copia de la habilitación o de la licencia portuaria, según corresponda. Para mayor eficiencia y exigibilidad lo anterior debería incluirse en la Ley del Sistema Portuario Nacional.

Como podemos notar, es el proceso de autorizaciones, habilitación portuaria y licencia portuaria, uno que involucra un espacio de tiempo prolongado que permite al inversionista desarrollar y evaluar su proyecto de inversión progresivamente. Éste es un mecanismo de inversión mediante el cual el propio inversionista determina los términos y condiciones de su inversión a partir de su experiencia real directa en la zona portuaria.

B. Iniciativas Privadas

En este caso, el inversionista privado que busca desarrollar un proyecto de infraestructura portuaria, no atendido por el Estado, por considerarlo especialmente necesario y, sobretodo, porque identifica en él una oportunidad de negocio.

Las asociaciones público-privadas son formas de asociación entre el Estado y las entidades privadas que se implementan con la finalidad de desarrollar infraestructura y servicios públicos y lograr su financiamiento. Estas comenzaron a utilizarse desde hace más de treinta años ante la falta de inversión por parte de los Estados, siendo pionero el Reino Unido.

Las asociaciones público-privadas constituyen hoy en día una herramienta para desarrollo de los Estados, mediante el aporte por parte de las entidades privadas de conocimientos, tecnología, experiencia, capital, entre otros, para el desarrollo de infraestructura e implementación de servicios públicos que de otra forma no hubiere obtenido los usuarios por falta de recursos fiscales, conocimientos o tecnología del Estado.

Podemos decir que el Estado de alguna forma se desprende de sus funciones, como

por ejemplo el construir una carretera, con la finalidad de que un particular la realice otorgándole a cambio el derecho a explotarla económicamente por un determinado número de años, al cabo del cual el particular deberá entregarla al Estado, ganando así el Estado infraestructura rápidamente y ganando el concesionario un beneficio lucrativo.

Ahora bien, la experiencia en otros países nos ha indicado que para que el esquema de asociaciones público-privadas sea exitoso es importante contar con una legislación adecuada y flexible que hagan del proceso un camino rápido, transparente, que garantice la alta calidad y tecnología de los servicios o infraestructura a desarrollar.

En el Perú la inversión en infraestructura y servicios públicos tuvo una gran decaída en la época del terrorismo generando una gran brecha en inversión por más de veinticinco años. En la década de los noventa la inversión privada se reinició como consecuencia de la apertura económica del Perú y su consecuente cambio en la legislación.

La falta de inversión del Estado también genera una disminución en la competitividad tanto a nivel nacional como a nivel internacional ya que al no contar por ejemplo con la infraestructura suficiente o adecuada muchos procesos se vuelven más lentos o costosos y por lo tanto menos rentables y menos competitivos.

En virtud de lo anterior consideramos que las asociaciones público-privadas constituyen una gran herramienta para el crecimiento y desarrollo sostenible del Perú.

1. Relación entre las asociaciones público-privadas e Iniciativas Privadas

Por lo tanto podemos decir que las iniciativas privadas son la facultad que tiene una entidad privada (asociaciones, consorcios, empresas, entre otros) para identificar las prioridades y necesidades en un Estado y dirigirse a una entidad pública (gobierno nacional, regional, municipal) con un proyecto de provisión de infraestructura o prestación de un determinado servicio público, con la finalidad de este último de recibir un beneficio monetario. El inversionista privado participa en las diferentes etapas de un proyecto (diseño, ejecución, explotación, financiación)

y el socio Estado se concentra esencialmente en verificar su coincidencia con el interés público, la calidad de lo propuesto, las tarifas y supervisa el cumplimiento de los compromisos contraídos.

La entidad privada como su nombre lo indica es la que tiene la iniciativa de plantear un nuevo proyecto al Estado para que este lo analice y determine si el mismo es rentable, sostenible y concordante con las políticas de Estado.

En los casos de iniciativas privadas no es el Estado el que determina las reglas a seguir o las especificaciones jurídicas, técnicas o económicas como sucede en un proyecto de licitación de una concesión, sino que es la entidad privada la que plantea como va a desarrollar el proyecto al Estado desde los puntos de vista técnico, económico, financiero, y jurídico, así como cuál debe ser el factor de competencia entre los posibles postores.

Es importante resaltar que las iniciativas privadas tienen carácter de petición de gracia, es decir que cuando una entidad privada presenta su iniciativa privada está ejerciendo su derecho de petición reconocido en la Constitución el cual debe ser debidamente contestado por la entidad pública correspondiente mas no necesariamente concedido. La decisión del ente estatal en esta etapa no concede el derecho de impugnación; sin embargo, si bien la declaratoria de interés de una iniciativa privada no es un derecho exigible por el administrado, su denegatoria debe estar fundamentada.

En virtud de lo anterior podemos concluir que las asociaciones público-privadas se producen cuando se concretan las iniciativas privadas, es decir cuando el Estado se desprende de sus competencias y se asocia con una entidad privada para que sea ésta quien desarrolle un proyecto de infraestructura o preste un servicio público.

2. Clasificación

Las asociaciones público-privadas se clasifican en dos grandes grupos:

a) Autosostenibles: Son aquellas en las cuales el Estado por las características del proyecto no utiliza recursos públicos. Éstas, como su nombre lo indica, son autosostenibles.

Demandan una mínima o nula garantía financiera y no financiera por parte del Estado, es decir que existen en estas asociaciones público-privadas probabilidades casi inexistentes de ejecutar las garantías prestadas por el Estado y por lo tanto es muy improbable que sea necesario usar recursos públicos.

b) Cofinanciadas: Son aquellas en las cuales el Estado necesariamente debe otorgar a la entidad privada algún tipo de garantía financiera o no financiera, las cuales tiene una alta probabilidad de ejecución y por lo tanto una alta probabilidad de demandar recursos públicos.

Es decir que para que este tipo de asociaciones público-privadas cofinanciadas sean rentables e interesantes a desarrollar por parte de una entidad privada el Estado necesariamente debe intervenir otorgando recursos públicos ya que de lo contrario no serían proyectos lucrativos para la entidad privada.

3. Órganos Competentes

Las iniciativas privadas vinculadas a la infraestructura portuaria deberán ser presentadas ante la Autoridad Portuaria Nacional o la Autoridad Portuaria Regional según el alcance del proyecto¹⁵. La autoridad portuaria será quien suscriba el contrato de concesión en representación del Estado y deberá supervisar el cumplimiento del mismo.

Adicionalmente, intervendrán el Ministerio de Economía y Finanzas, ProInversión en lo referido a la aprobación del contrato de concesión, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Servicio Público (OSITRAN) en lo referido a tarifas y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual

¹⁵ Vigésima Octava Disposición Transitoria y Final de la Ley del Sistema Portuario Nacional. Adicionalmente sugerimos ver Nota 10.

(INDECOPI) en lo relativo a la determinación de la situación de la competencia.

4. Procedimiento

El primer paso es que la entidad privada debe investigar y verificar cuáles son las necesidades del Estado, posteriormente debe realizar una investigación y desarrollo exhaustivo del proyecto de infraestructura o servicio público a desarrollar y plasmarlo en una iniciativa privada la cual deberá ser dirigida a la autoridad portuaria correspondiente.

Por su parte las iniciativas privadas sólo pueden ser presentadas por: (i) personas jurídicas nacionales o extranjeras; (ii) consorcios de personas jurídicas nacionales o extranjeras; o, (iii) consorcios de personas naturales con personas jurídicas nacionales o extranjeras. Usualmente, el consorcio se constituirá como persona jurídica siendo esta última aquella que suscriba el contrato de concesión.

Es importante destacar que una vez presentada la iniciativa privada el proponente no podrá realizar unilateralmente modificaciones o ampliaciones que resulten sustanciales.

Recibida la iniciativa privada se analizará si la misma está o no acorde a los intereses del Estado y de los ciudadanos, analizará la viabilidad económica, técnica y jurídica del proyecto en función a la información y estudios proporcionados en la iniciativa privada.

Si se determina que es viable, la iniciativa privada será declarada de interés, en cuyo caso el proponente deberá presentar una carta fianza con la finalidad de asegurar la suscripción de correspondiente contrato de asociaciones público-privadas si éste le fuera adjudicado.

La declaratoria de interés será publicada en el Diario Oficial "El Peruano", en un diario de circulación nacional y en la web de la autoridad portuaria correspondiente con la finalidad que terceros puedan presentar respectivas expresiones de interés respecto de la ejecución del mencionado proyecto o el planteamiento de uno alternativo. El plazo con el que cuentan los terceros interesados será de noventa días calendario contados desde la publicación de la declaratoria de interés. El tercero deberá expresar su interés mediante

una comunicación a la autoridad portuaria correspondiente, presentar la carta fianza además de los documentos que la Autoridad Portuaria Nacional o Autoridad Portuaria Regional hubiera exigido. Tanto el monto de la carta fianza como la documentación adicional son establecidos en la publicación de la declaratoria de interés.

La publicación es de suma importancia pues sus términos serán determinantes al momento de la negociación del contrato de concesión. Teniendo en consideración que los términos de la iniciativa privada son confidenciales, es sobre la base de la publicación que el tercero determinará si expresará o no su interés o propondrá un proyecto alternativo. Por ello, el contrato de concesión no podrá contradecir el texto de la publicación.

En caso de existir terceros interesados se procederá a la promoción de la inversión privada mediante la Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso.

El proponente tiene la opción de igualar la oferta que hubiera quedado en primer lugar siempre que hubiere participado en la Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso y entregado los documentos correspondientes. Igualadas las ofertas se procederá en un lapso de quince días calendario al desempate definitivo.

En caso el proponente no participe en el mencionado proceso de selección perderá su derecho al reembolso de los gastos en los que hubiere incurrido en la preparación de la propuesta.

Si no hubiera terceros interesados en la ejecución del proyecto objeto de la iniciativa privada o de uno alternativo se procederá a la adjudicación directa al proponente debiéndose negociar posteriormente los aspectos no esenciales del contrato y se procederá a suscribirlo lo cual dará origen a la asociaciones público-privadas.

La legislación establece que una vez presentada la iniciativa privada el proponente no podrá realizar unilateralmente modificaciones o ampliaciones que a criterio de la Autoridad Portuaria Nacional o de la Autoridad Portuaria Regional resulten sustanciales, lo que conlleva una carga muy grande para la entidad privada, la cual debe determinar exactamente las características del proyecto a desarrollar sin tener todas las facilidades que otorga

el proceso descrito anteriormente para la obtención de la licencia portuaria.

Por lo tanto son muchos los recursos que esta entidad privada debe invertir para analizar la viabilidad del proyecto sin saber si la entidad pública estará o no interesada en desarrollar el mismo lo que hace muchas veces que entidades privadas competentes no presenten sus iniciativas ante la incertidumbre de generar un gasto que no necesariamente tendrá reembolso.

De acuerdo a lo establecido en la legislación, sólo en los casos en los cuales la entidad pública declare de interés una determinada iniciativa, reembolsará los gastos al proponente. Caso contrario, la entidad pública simplemente desechará la iniciativa no reembolsando ningún tipo de gasto.

Adicionalmente, en el caso particular de los puertos debería existir mayor flexibilidad pues los estudios de ingeniería preliminar no necesariamente coincidirán en un 100% con la ingeniería definitiva.

5. Otras particularidades

a) Exclusividad: La Ley del Sistema Portuario Nacional establece que en el caso de nueva infraestructura portuaria¹⁶, el inversionista puede solicitar el uso exclusivo¹⁷ de la infraestructura. Lo anterior constituye una excepción a las normas que regulan el derecho a la libre competencia. Ello tiene justificación en la propia normativa sobre competencia así como en la necesidad que el privado pueda obtener el retorno esperado de su inversión.

b) Tarifas: En caso el concesionario utilice el beneficio de la exclusividad antes descrito, los servicios prestados en exclusiva estarán sujetos al pago de tarifas. El concesionario podrá proponer el régimen tarifario a la Autoridad Portuaria Nacional o Autoridad Portuaria Regional, siendo estas entidades las que a su vez lo propondrán ante el OSITRAN. Los servicios prestados bajo el régimen de libre competencia tendrán como contraprestación el pago de un precio. También se pagará un precio si no obstante la exclusividad, el usuario tiene una posición que le permite establecer condiciones especiales.

c) Propiedad: Según lo indicado por el artículo 11.2 de la Ley del Sistema Portuario Nacional, los bienes inmuebles que se incorporen al patrimonio público portuario como consecuencia de los contratos de concesión son de titularidad pública en todo momento, sin perjuicio de la concesión misma. Los bienes muebles estarán sujetos a lo que se indique en el contrato de concesión.

d) Convenios de Estabilidad Jurídica: Los concesionarios de obras de infraestructura portuaria pueden aplicar a la suscripción de Convenios de Estabilidad Jurídica con el Estado (en adelante, Convenios de Estabilidad Jurídica), en cuyo caso, el Estado les otorgará un plazo de vigencia igual al del contrato de concesión, aun cuando éste sea mayor al plazo máximo establecido por el régimen general aplicable a los Convenios de Estabilidad Jurídica¹⁸. Lo

¹⁶ El artículo 11.3 de la Ley del Sistema Portuario Nacional define como nueva infraestructura portuaria a “aquella cuyo desarrollo, construcción y equipamiento es de cuenta y riesgo del sector privado, comprende los siguientes supuestos:

- a. La construcción de infraestructura portuaria anteriormente existente.
- b. La implementación de mejoras en la infraestructura existente, que aumenten la capacidad operativa de un terminal en un porcentaje mayor al 50%, determinado según los indicadores que se establezcan en los compromisos contractuales.
- c. La inversión comprometida supere en 50% o más el último valor de mercado disponible, de la infraestructura e instalaciones a ser administradas.

¹⁷ El mismo artículo 11.3 precisa que se entiende como uso exclusivo “a la facultad establecida en los compromisos contractuales suscritos con el sector privado, para la ejecución y/o prestación exclusiva de los servicios esenciales dentro de dicha infraestructura, por una sola persona jurídica (...)”.

¹⁸ Las normas aplicables a los Convenios de Estabilidad Jurídica principalmente son: (i) Decreto Legislativo 662, (ii) Decreto Legislativo 757; y, (iii) Decreto Supremo 162-92-EF. Todos ellos han sido materia de diversas modificaciones.

mismo se aplicará para la aplicación de las garantías y beneficios¹⁹; es decir, estos se otorgarán de acuerdo a los requisitos y plazos del contrato de concesión²⁰.

- e) Impuesto General a las Ventas: Una diferencia adicional, en relación a los Convenios de Estabilidad Jurídica para los proyectos de inversión en infraestructura –lo apreciamos en el aspecto tributario–; la recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas (IGV), es un término que podrá ser incluido en el Convenio de Estabilidad Jurídica, de ser aplicable. Ello permitirá un financiamiento más adecuado de la inversión.
- f) Depreciación: Con respecto a la depreciación de los bienes del proyecto, éstos podrán ser depreciados anualmente de acuerdo a su vida útil, no pudiendo exceder la tasa anual del 20%. Alternativamente, la norma establece la posibilidad de depreciar íntegramente los bienes durante el período que reste para el vencimiento del plazo de la concesión, aplicando para ello el método lineal.
- g) Valor de Transferencia: Asimismo, el valor de transferencia de ciertos bienes vinculados al uso de la infraestructura a favor del Estado, será el valor contable de los bienes que no hayan sido totalmente depreciados. Sin embargo, la transferencia estará inafecta de todo tributo.

V. CONCLUSIONES

- El Perú cuenta con marcos legales vigentes que permiten y promueven

las inversiones privadas en infraestructura portuaria; éstos pueden ser flexibilizados para hacer la inversión más atractiva.

- La inversión y desarrollo de la infraestructura deben ser un punto prioritario en la agenda de nuestros gobernantes, pues sin infraestructura no hay crecimiento ni desarrollo sostenido.
- Los inversionistas privados con capacidad para invertir deben encontrar escenarios adecuados para hacerlo y el Estado debe ser un aliado y colaborador, garantizando la estabilidad de las inversiones y los compromisos tanto de parte del inversionista como del Estado mismo.
- En cuanto a la infraestructura portuaria en el Perú hay mucho que hacer todavía. Tenemos una ubicación estratégica en el continente que podría ser bien aprovechada y permitirnos posicionarnos en un mejor lugar a nivel de puertos en el mundo.
- La actividad portuaria es sinónimo de desarrollo. La misma es compatible con la actividad cotidiana, el medio ambiente, la actividad económica y turística. Como ejemplo tenemos los puertos de Estambul y Cartagena. Ambas ciudades tienen un gran desarrollo económico y turístico. Estambul recibe aproximadamente 9'000 000 de turistas al año y Cartagena más de 1'300 000, con el consiguiente ingreso por la actividad turística, sin dejar de lado los ingresos por las actividades portuarias y servicios afines.

¹⁹ Entre los que podríamos citar se encuentra la obligación de hacer inversiones por un monto no menor a US\$5'000,000.00 en un plazo no mayor a los 2 años contados desde la suscripción del Convenio de Estabilidad Jurídica; que en este supuesto no se aplicará ya que el Convenio de Estabilidad Jurídica se regirá por lo contemplado en el contrato de concesión.

²⁰ Beneficio otorgado a quienes desarrollen proyectos como consecuencia de la suscripción de un contrato de concesión, ya que el plazo máximo por las normas generales de los Convenios de Estabilidad Jurídica es de 10 años tanto para la empresa receptora cuanto para los inversionistas.



- * “Las fotos tomadas en el 2010 corresponden a los puertos de Estambul y de Cartagena. Ambas ciudades tienen un gran desarrollo económico y turístico, lo que prueba que la actividad portuaria puede convivir con la vida cotidiana, económica, el medio ambiente y la actividad turística (La ciudad de Estambul recibe aproximadamente 9'000,000 de turistas al año y la ciudad de Cartagena más de 1'300,000, con el consiguiente ingreso por dicha actividad. En el mismo año 2010 el Perú recibió 2'299,187 de turistas)”.

LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO Y LA BOLSA DE VALORES

Reynaldo Antonio Guarniz Izquierdo*

La actividad empresarial del Estado no puede ser medida en los mismos términos en los que se mide la actividad privada —mediante la rentabilidad. Si esto fuera así, la actividad empresarial del Estado no tendría sentido, debido a que éste gestiona la actividad de las empresas buscando beneficios para la sociedad.

El autor sostiene que el listado de las acciones de las empresas públicas en una bolsa de valores no es lo que sus impulsores parecen sugerir. Para que el mercado funcione, será imprescindible que un número suficiente de acciones se transen regularmente; además, la disciplina de mercado únicamente permitirá apreciar si la empresa es eficiente en su función de generación de utilidades, pero no permitirá medir si la empresa cumple de manera efectiva su función redistributiva —único objetivo, que según el autor, permite que el Estado desarrolle actividad empresarial.

* Abogado. Magíster en Derecho (LL.M) por la Universidad de Columbia. Socio del Estudio Ferrero Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

A fines del año 2007 el Congreso de la República aprobó la Ley 29157, mediante la cual otorgó facultades delegadas al Poder Ejecutivo para que facilite la implementación y apoye la competitividad económica ante la celebración del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América. En el marco de tales facultades delegadas, el Gobierno promulgó una serie de decretos legislativos en diversas materias —muchas de ellas tenían una relación bastante lejana, si acaso alguna, con el Tratado de Libre Comercio— entre las que se encuentra el Decreto Legislativo 1031, que regula la actividad empresarial del Estado.

En realidad, es un poco difícil encontrar que en esa norma haya realmente algún “cambio”, propiamente dicho, en lo que se refiere a la actividad empresarial del Estado. En gran medida, se trata de una gran declaración de principios y buenas intenciones que no generaron ninguna consecuencia concreta. No obstante, el artículo 12 de la norma estableció una disposición largamente propuesta por diversos sectores académicos y políticos —especialmente de derecha— en lo tocante a la eficiencia en la actividad estatal: la posibilidad de que las acciones representativas del capital social de las empresas del Estado se inscriban en el Registro Público del Mercado de Valores y, finalmente, en la Bolsa de Valores de Lima.

Aun cuando Electro Sur Este S.A.A. es una empresa del Estado que ya se encontraba inscrita en el Registro Público del Mercado de Valores desde diciembre de 2007, la inscripción de las acciones comunes de Petróleos del Perú S.A. (Petroperú) en abril de 2010 vino a ser la primera concreción verdadera de esta iniciativa.

En el presente artículo, me propongo analizar la actividad empresarial del Estado y la posible influencia que el listado en la bolsa de valores de las acciones comunes de las empresas estatales pueda tener en su desempeño.

II. ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO Y PRIVATIZACIÓN

La década del noventa fue un periodo clave en el Perú respecto de la actividad empresarial del Estado. Concluido el primer gobierno de Alan García, la crisis económica peruana había alcanzado niveles extremos. Sólo por tomar tres cifras macroeconómicas muy utilizadas, en el año 1990 la inflación llegó a 7,650%, las reservas internacionales del país cayeron a apenas 190 millones de dólares y el Producto Bruto Interno (PBI) —que había descendido sostenidamente durante casi toda la década— cayó en niveles dramáticos desde el año 1997. El descenso fue tal que hacia el año 1990, el país producía menos que una década antes¹.

Para darnos una idea de la monstruosidad de estas cifras, en los últimos diez años la peor inflación que ha experimentado el Perú fue de “apenas” 6,7% (es decir, 1,141 veces menos que en el año 1990). Asimismo, al año 2011 las reservas internacionales ascendieron a 48,816 millones de dólares (es decir, 257 veces más que en 1990) y el Producto Bruto Interno es 2,7 veces el que tenía el Perú en el año 1990, acumulando catorce años de crecimiento sostenido².

En el contexto de la crisis económica que agobiaba al Perú a fines de 1990, las empresas públicas jugaban un papel muy importante. Una de las principales razones por las cuales el gobierno peruano había podido implementar una política generalizada de control de precios durante la década de los ochenta era precisamente que una gran cantidad de actividades económicas eran desarrolladas por el propio Estado a través de las diversas empresas públicas que poseía y en muchos casos estas empresas se desarrollaban en situación de monopolio. Por lo tanto, controlar los precios se reducía a emitir un decreto o una directiva.

Al final de la década de los ochenta, estas empresas controlaban entre el 15% y 20% del PBI, el 28% de las exportaciones y el 26% de las importaciones. El Estado tenía el monopolio en servicios básicos como la electricidad,

¹ Banco Central de Reserva del Perú. En: www.bcrp.gob.pe

² Banco Central de Reserva del Perú. En: www.bcrp.gob.pe

hidrocarburos y las telecomunicaciones. Asimismo, tenía una participación de más de 60% en el sistema financiero –a través de la banca estatal de fomento y la banca asociada–, controlaba el 35% de la producción minera, y tenía una participación importante en la pesca, la comercialización de alimentos, entre otras actividades económicas³.

Además, el control de precios empujaba a las empresas públicas a una permanente situación de déficit que, a su vez, obligaba al Estado a realizar transferencias periódicas de recursos con el objeto de evitar la quiebra. En el año 1989, las empresas públicas peruanas produjeron pérdidas por más de mil millones de dólares. El año siguiente, las pérdidas superaron los tres mil millones de dólares⁴. Estas sumas, desde luego, reflejan lo que el Estado tendría que haber abonado sólo para evitar que estas empresas continuaran deteriorándose. No incluye las inversiones de capital que son periódicamente necesarias para modernizar y/o ampliar las operaciones de una empresa. Para tener una idea de este último importe, un estudio realizado en el año 2002⁵ concluyó que desde el año 1991 hasta esa fecha, en el marco del proceso de privatización se habían registrado compromisos de inversión por 11,428 millones de dólares. Tales compromisos de inversión son, desde luego, lo que el Estado hubiera tenido que desembolsar para poder alcanzar los niveles de modernización y de servicio que el propio Estado consideraba necesarios para las empresas privatizadas.

La política económica llevada a cabo por el gobierno aprista produjo tal recesión e hiperinflación que todas sus premisas se encontraban completamente desprestigiadas. Un claro ejemplo de ello es que aun cuando una de las principales promesas de Alberto Fujimori en su campaña electoral para las elecciones del año 1990 fue no implementar una reforma económica severa –denominada el “shock” económico– en la realidad implementó dicha reforma apenas unos días después de asumido el gobierno⁶. Semejante engaño electoral, no sólo no fue penalizado por la opinión pública sino que la popularidad presidencial se incrementó⁷. A partir de ese momento, el gobierno peruano implementó una serie de reformas económicas completamente en línea con el denominado “Consenso de Washington”⁸, entre las cuales la privatización era un pilar. Para ponerlo en palabras de Carlos Boloña, ministro de economía del primer periodo de gobierno de Alberto Fujimori, realizar reformas económicas en el Perú: “...realmente era muy sencillo: qué cosa hizo el gobierno militar y qué cosa hicieron Belúnde y García, hay que hacer lo contrario”⁹.

Si bien la privatización se discutió tímidamente en aquellos años, la opinión pública y el mundo político y académico parecían estar mayoritariamente de acuerdo con ella. Con los años, sin embargo, el recuerdo del trauma histórico respecto a la actividad empresarial del Estado parece desvanecerse. Con un Estado Peruano mucho más provisto de

³ FRANCO, B.; MUÑOZ I.; SÁNCHEZ, P. y Valencia ZAVALA. “Las privatizaciones y concesiones”. En: La Reforma Incompleta. Tomo I. Lima: Universidad del Pacífico e Instituto Peruano de Economía. 2000. p. 144.

⁴ PALIZA, R. “Impacto de las privatizaciones en el Perú”. En: Estudios Económicos. Banco Central de Reserva del Perú. 1999.

⁵ RUIZ CARO, Ariela. “El proceso de privatizaciones en el Perú durante el período 1991-2002”. Santiago de Chile: Serie Gestión Pública 22. 2002. p. 28.

⁶ El 08 de agosto de 1990, once días después de asumir el Gobierno, el premier del gobierno de Alberto Fujimori, Juan Carlos Hurtado Miller, anunció por televisión en cadena nacional el paquete de medidas económicas. Estas medidas económicas eran tan extremas, duplicando en algunos casos los precios de artículos de primera necesidad, que el mensaje culminó con la célebre frase “¡Que Dios nos ayude!”

⁷ Sobre este punto PÉREZ CRESPO, Carlos Eduardo. “Democracia autoritaria: Alberto Fujimori y la opinión pública. En: Revista Latinoamericana de Opinión Pública. Revisado en www.waporlatinoamerica.org/revista/n0/perez Crespo_democracia.pdf. p. 3.

⁸ El denominado “Consenso de Washington” es una formulación realizada originalmente por el economista estadounidense John Williamson. Hacia inicios de la década de los noventa, Williamson pensaba que todos los organismos multilaterales y economistas de instituciones basadas en Washington D.C. “estaban de acuerdo” en que los países latinoamericanos debían seguir estas políticas para poder superar su crisis económica. El equilibrio del presupuesto público, la reforma impositiva y la privatización son políticas incluidas en el “Consenso de Washington”.

⁹ ARRISUEÑO, Gabriel y María Inés VÁSQUEZ. Entrevista a Carlos Boloña Behr: Frankenstein sigue vivo. Consideraciones acerca del Indecopi y del gobierno del presidente Fujimori. En: *Ius et Veritas* 15. p. 162.

recursos económicos que aquel de las décadas setenta y ochenta, las tentaciones populistas se incrementan considerablemente.

Cada cierto tiempo, los proponentes de la actividad empresarial del Estado, lanzan los ejemplos de Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), Empresa Colombiana de Petróleos S.A. (Ecopetrol), o Corporación Nacional del Cobre de Chile S.A. (Codelco) como pruebas de que una empresa estatal puede llevar a cabo actividades rentables y ser manejada seriamente. También se argumenta que Estados Unidos, el país supuestamente abanderado del liberalismo económico, no sigue su propia prédica (paradójicamente el denominado “Consenso de Washington”) en cuanto actividad empresarial del Estado cuando –en el clímax de la crisis financiera internacional del año 2008– decidió el salvataje económico de empresas como General Motors y American International Group, Inc. de las cuales el Estado norteamericano es ahora accionista mayoritario.

III. ¿POR QUÉ EL ESTADO HABRÍA DE SER UN MAL EMPRESARIO?

A. Objetivos del Estado como empresario

Muchas veces se considera que el objetivo que legitima la actividad empresarial del Estado es la distribución de la riqueza¹⁰. En ese sentido, la participación del Estado tendría como objetivo el ofrecer a los ciudadanos productos, servicios de calidad y a bajo precio. Esta finalidad no sería consistente con la actividad privada que únicamente desea maximizar la utilidad. El Estado, consecuentemente, podría llevar a cabo una actividad empresarial a cambio de márgenes muy reducidos porque su finalidad no es lucrar sino proveer a la ciudadanía de los bienes o servicios correspondientes. A esta finalidad, podríamos denominarla, “finalidad redistributiva”.

Sin embargo, históricamente la “finalidad redistributiva” está lejos de ser la única.

En muchos casos, el Estado se dedicó a actividades empresariales –sea comerciales o industriales– con objetivos meramente recaudatorios. Es decir, la justificación de la actividad estatal no era ofrecer buenos servicios a los ciudadanos y menos aún hacerlo a precios bajos. Todo lo contrario, se trataba de extraer rentas a los ciudadanos, muchas veces apoyándose en posiciones inclusive monopólicas, con el objeto de proveer de mayores recursos al Estado. Entre los ejemplos de este tipo de monopolios empresariales, tenemos la producción de papel sellado¹¹ o el estanco de la sal¹². Se trata de una práctica antiquísima que se remonta a la economía colonial. Podemos llamar a esta finalidad, “finalidad recaudadora”.

Los ejemplos contemporáneos de esta práctica son precisamente aquellos que he citado más arriba como experiencias de empresas estatales rentables (Petrobras, Codelco, Ecopetrol, o la venezolana Petróleos de Venezuela S.A.). Es claro que los respectivos Estados no tienen la propiedad de estas empresas porque deseen asegurar que el pueblo reciba los respectivos bienes a precios bajos. Inclusive, en el caso de Petróleos de Venezuela S.A. esto es especialmente claro, puesto que dicho país es parte de un cártel –la Organización de Países Exportadores de Petróleo, OPEP o también conocida como OPEC, por sus siglas en inglés– cuyo objetivo es mantener alto el precio del petróleo, para aumentar los ingresos de los países productores.

Por lo tanto, cuando el Estado realiza actividad empresarial con “finalidad recaudadora”, se trata de una manera indirecta de imponer tributos, con la desventaja de que los principios tributarios que consideramos básicos no son necesariamente aplicables. Lo más notable, no es aplicable el principio de reserva de ley –pues el Estado no fija las tarifas para las empresas públicas a través de leyes emitidas por el Congreso– por lo que los ciudadanos tienen menos garantías respecto de esta forma de recaudación estatal.

¹⁰ Sobre este punto. RUIZ CARO, Ariela. Op. cit. Loc.cit.

¹¹ Hasta principios de la década de los ochenta, una formalidad para la presentación de cualquier documento ante la administración pública era que éste fuera presentado en papel sellado (papel “sello cuarto”, “sello quinto” o “sello sexto”) que el propio Estado vendía.

¹² Sobre este punto: KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. “La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993”. En: *Ius et Veritas* 22. p. 272.

No es sorprendente, asimismo, que la actividad empresarial del Estado que tiene “finalidad recaudadora” se base en monopolios (o reservas de actividad) o, al menos, en un tratamiento desigual que hace que la empresa estatal tenga ventajas frente a sus competidores privados. En efecto, si lo que el Estado desea es recaudar lo máximo posible, es muy razonable que quiera evitar el riesgo de que su actividad empresarial no sea exitosa en términos de rentabilidad. Por lo tanto, no le interesa la competencia.

En el marco de lo anterior, es interesante analizar lo que dice la Constitución Política del Perú. Nuestra Carta Magna refleja claramente el trauma que produjo la crisis económica de la década de los ochenta y la gestión estatal de empresas. Nuestra actual Constitución consagra una serie de limitaciones a la actividad empresarial del Estado. Las normas más relevantes en este sentido son los artículos 60 y 61 de la Constitución que establecen: (i) que la actividad empresarial del Estado es subsidiaria; (ii) que la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal; (iii) que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios; y, (iv) que el Estado combate toda práctica que limite la libre competencia o que constituya abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

Las tres últimas disposiciones citadas tienen una sola finalidad. La Constitución consagra la competencia como sistema económico y, por lo tanto, prohíbe los tratamientos discriminatorios aun a favor del propio Estado. El Estado no puede otorgarse a sí mismo un monopolio – pues ninguna ley puede crear uno– y, además, cuando realiza actividad empresarial debe tener el mismo tratamiento que tiene el privado. Es más, aun en aquellos casos en los que el Estado –o cualquier privado– se encuentre en una situación de monopolio¹³ o de dominio en el mercado, la Constitución prohíbe cualquier práctica abusiva. Consecuentemente, de acuerdo con la Constitución de 1993 parece imposible que el Estado pretenda desarrollar actividades empresariales con una “finalidad recaudadora”.

Más interesante –y complementaria con lo anterior– es la disposición constitucional que señala que la actividad empresarial del Estado sólo puede llevarse a cabo previa ley expresa, por razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional y subsidiariamente. Lo primero, implica que la actividad empresarial del Estado debe ser excepcional. Tan excepcional que sólo procede en dos supuestos –alto interés público o manifiesta conveniencia nacional– y ellos deben ser además declarados por ley expresa.

La subsidiariedad, por su lado, significa que el Estado debe desarrollar su actividad empresarial únicamente donde el privado no lo hace y nunca en competencia con éste. En otras palabras, la actividad del Estado es “subsidiaria” en la medida que debe ocurrir solamente en ausencia de actividad empresarial privada.

Conceptualmente, la subsidiariedad acarrea una consecuencia de la que no necesariamente son conscientes los actores políticos. En una economía abierta y competitiva, teóricamente los privados están buscando constantemente una demanda insatisfecha para ofrecer el bien o servicio requerido en ese mercado y obtener una utilidad. Teóricamente, entonces, la demanda sólo se encontrará insatisfecha cuando el potencial ofertante concluya que realizar la actividad no es rentable.

Por ejemplo, ¿por qué no hay un mercado desarrollado de vuelos entre Lima e Ica? La razón no es la distancia. Las ciudades de Nueva York y Boston se encuentran separadas por una distancia muy similar a la que hay entre Lima e Ica y, sin embargo, sí existen vuelos comerciales entre ellas. No hay un mercado desarrollado de vuelos entre Lima e Ica por una sencilla razón: ni en Lima ni en Ica existe la masa crítica de gente que esté dispuesta a pagar el costo del transporte aéreo como para justificar que la aerolínea ofrezca el servicio. En otras palabras, si la aerolínea ofreciera un servicio de vuelos entre Lima e Ica probablemente perdería dinero porque

¹³ Nótese que la Constitución no prohíbe los monopolios. Sólo prohíbe que éstos sean establecidos por leyes o concertaciones. Existen situaciones –siendo el caso más claro pero no el único, el de los monopolios naturales– en los que el monopolio se produce de hecho por las circunstancias propias del mercado y ello no es prohibido por la legislación peruana.

el número de pasajeros no alcanzaría para operar el servicio de manera rentable¹⁴.

Aplicando esa lógica, siempre en el plano teórico, se podría asumir que si existe un mercado que no es atendido por la actividad privada, la razón es que dicho mercado no es rentable. Es decir, no tiene sentido económico vender el bien o prestar el servicio. Por lo tanto, la conclusión que surge inevitablemente es: si el Estado sólo puede desarrollar actividad empresarial allí donde el privado ha considerado que no vale la pena hacerlo, ¿no quiere eso decir que nuestra Constitución condena al Estado a realizar actividades empresariales que no son rentables?

Desde luego, mi razonamiento es teórico y sólo se basa en un modelo. En la práctica, los mercados no son perfectos y, por lo tanto, es posible que alguna actividad económica efectivamente sea rentable pero que los particulares no la lleven a cabo sencillamente porque la información es imperfecta o porque su aversión al riesgo es muy grande. Sin embargo, esta lógica permite establecer una posible tendencia. Considerando que el privado realiza la actividad económica por el apetito de obtener las utilidades, usualmente será improbable que el Estado pueda identificar una oportunidad de negocio antes de que el privado lo haga. Es decir, “normalmente” la principal razón por la que la actividad empresarial privada no atiende un mercado, será que dicho mercado no es rentable. Por lo tanto, si el Estado sólo puede desarrollar actividades empresariales de manera subsidiaria a los privados, estas actividades “tenderán” a ser actividades no rentables.

Hay un tema más por considerar. He mencionado que “normalmente” una actividad no será desarrollada por inversionistas privados debido a que ella no es rentable. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que los privados miden la rentabilidad no necesariamente en función de pérdida o ganancia en términos aritméticos sino en función del concepto de costo de oportunidad

de capital. En otras palabras, es posible que una actividad económica produzca utilidades, pero que las utilidades no sean suficientes para remunerar adecuadamente el riesgo asumido por el empresario al desarrollarla. En estos casos, financieramente, el privado considerará que existe una “pérdida” (esto es, una pérdida en términos de costo de oportunidad de capital, puesto que hubiera podido obtener la misma rentabilidad sin asumir tanto riesgo) aun cuando los estados financieros de la empresa que desarrolla dicha actividad estén “en azul”.

Idealmente, entonces, de acuerdo con los preceptos de la Constitución, el Estado puede decidir que debe llevar a cabo una actividad empresarial cuando ésta no es atractiva para los privados –cuando media alto interés público o manifiesta conveniencia nacional– y debería hacerlo de modo que únicamente se concentre en cubrir sus costos. Inclusive, el Estado podría decidir que la actividad debe llevarse a cabo pese a que claramente genera pérdidas, no sólo en términos de costo de oportunidad de capital sino pérdidas reales reflejadas en los estados financieros de la empresa estatal.

En mi opinión, esto no significa que el Estado no deba desarrollar ningún tipo de actividad empresarial. Ciertamente existen situaciones en las que el Estado debe desarrollar actividades empresariales aun cuando no sean rentables. Aquí entra nuevamente en juego lo que se mencionaba al principio de este acápite. Una de las razones que legitiman la actividad empresarial del Estado es la distribución de la riqueza. En otras palabras, el Estado no necesariamente desarrolla actividad empresarial con el objeto de obtener dinero sino porque debido a consideraciones políticas (esto no es una mala palabra) concluye que es deseable para la sociedad que esta actividad se desarrolle. Así, por ejemplo, muy posiblemente no sea rentable prestar el servicio de correos hacia una provincia o poblado muy remoto del país. No obstante, el Estado considera que no puede permitir que esa provincia o poblado se encuentre incomunicado y, en

¹⁴ Nótese que el mercado es cambiante. Para seguir con el ejemplo, es posible que dentro de unos meses o años la masa crítica exista y efectivamente empiecen a existir aerolíneas comerciales que ofrezcan vuelos entre Lima e Ica.

consecuencia, ordena a su empresa estatal (Servicios Postales del Perú S.A. – Serpost) que preste el servicio, aunque éste no sea rentable. Ningún privado estaría dispuesto a prestar el servicio pero una política de Estado indica que debe hacerse.

Más bien, cabría plantear la cuestión al revés. Si el Estado, en su actividad empresarial, fuera a comportarse como cualquier empresario privado –es decir, buscando maximizar su utilidad pero sin otorgarse ventajas extraordinarias, podríamos llamar a esto “finalidad empresarial”–, ¿por qué querríamos que el Estado dedique recursos públicos a hacerlo? ¿Cuál es el beneficio agregado que le genera a la sociedad el hecho de que el Estado desarrolle esa actividad empresarial en particular? Es decir, en ese supuesto, si privatizamos la actividad, la sociedad tendrá exactamente el mismo nivel de beneficio que al hacerlo el Estado. Lo “valioso” de la intervención del Estado se encontrará precisamente en que no va a comportarse como lo haría el privado sino que se dedicará a cumplir las finalidades políticas que lo llevaron a decidir emprender esa actividad empresarial en concreto.

En esta línea de razonamiento, por lo tanto, el problema no radica en que la actividad empresarial del Estado sea rentable –normalmente no lo será– sino en que el objetivo político planteado sea deseable. Es decir, el problema no es que la decisión sea política; el problema es que la razón política sea deseable para la sociedad. Si, por ejemplo, el objetivo político es el deseo del gobernante de perpetuarse en el poder o de establecer un esquema clientelista, entonces se tratará de un objetivo no deseable. Por el contrario, si el objetivo político es interconectar al país o llevar servicios básicos a poblaciones apartadas, estaremos hablando de un objetivo deseable.

Como consecuencia de lo anterior, antes de preguntar si el Estado puede ser un buen empresario, debería establecerse qué significa ser un “buen” empresario cuando estamos hablando de una actividad llevada a cabo por el Estado. En mi opinión, si se ha de medir la actividad empresarial del Estado en los mismos términos en los que se mide la actividad privada –fundamentalmente rentabilidad– entonces la actividad empresarial del Estado no tiene sentido. Y no lo digo porque el Estado no pueda gestionar empresas de manera rentable cuando lo hace

con “finalidad empresarial”. Los ejemplos citados al inicio del artículo demuestran lo contrario. Aun cuando no sea la regla, es posible que el Estado desarrolle una actividad empresarial con altos niveles de eficiencia y rentabilidad. No obstante, cuando el Estado gestiona una empresa de esa manera, la sociedad no obtiene ninguna ventaja del hecho de que sea el Estado quien gestione y, por lo tanto, es indiferente que la empresa sea estatal o privada.

Sin embargo, en la práctica, ¿la actividad empresarial del Estado Peruano se concentra en actividades subsidiarias? La respuesta es no. La mayor parte de las empresas que actualmente conforman la actividad empresarial del Estado Peruano son rezagos de las políticas económicas anteriores a la Constitución de 1993. Son empresas que se desarrollan en mercados donde los privados sí estarían dispuestos a participar pero que sencillamente no han sido privatizadas por diversas razones.

B. Deficiencias atribuidas a la actividad empresarial del Estado

A continuación, analizaré algunas de las razones popularmente esgrimidas como causas por las que la actividad empresarial del Estado no es deseable. Aun cuando no haré citas específicas, varias de estas razones formaban parte del credo de la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI) durante las privatizaciones de la década de los noventa. Estos argumentos, asimismo, han sido significativamente desarrollados y debatidos entre aquellos que han propuesto y analizado el “Consenso de Washington”.

1. Burocracia

Se dice que el Estado tiende a ser un mal empresario debido a que su mecanismo de toma de decisiones es burocrático. En este caso, se usa la última acepción reconocida por la Real Academia Española para la palabra “burocracia”, que le atribuye el significado de “administración ineficiente a causa del papeleo, la rigidez y las formalidades superfluas”.

Sin embargo, el significado original del término “burocracia” es la forma de organización que se basa en la división del trabajo, la distribución de responsabilidades

y el establecimiento de jerarquías. El filósofo y sociólogo alemán Max Weber, de hecho, estudió la burocracia y se refirió a ella como una forma superior de organización¹⁵.

Ahora bien, más allá de que el término “burocracia” se utilice en la primera o en la última acepción reconocida por la Real Academia Española, es claro que los beneficios o perjuicios que presenta una organización burocrática pueden existir tanto en una entidad pública como privada. Esto lo reconocía el propio Weber¹⁶. Así como es posible que una organización estatal tome decisiones muy lentas como consecuencia de un gran número de procesos y aprobaciones por parte de todas las jerarquías institucionales, es probable que este mismo problema se presente en una organización privada. El problema no radica en la naturaleza pública o privada de la organización sino en cómo racionalmente haya sido diseñada.

En mi opinión, las organizaciones tienden a ser ineficientes cuando no tienen incentivos para lograr eficiencia. Esta situación se presenta casi siempre en el sector público debido a que la medida de eficiencia no necesariamente está correctamente establecida, si es que acaso existe. En el sector privado, en cambio, dado que la utilidad es generalmente considerada la medida suprema de eficiencia¹⁷, es más probable que la organización esté coherentemente diseñada para lograr dicha eficiencia. No obstante ello, esto no quiere decir que el sector privado esté libre del problema. La ineficiencia de la organización burocrática tenderá a verse más claramente –aun cuando se trate de una empresa privada– cuando la empresa se encuentre en una situación monopólica: dado que no tiene competidores, la empresa en situación de monopolio siempre puede recurrir al reajuste del precio como mecanismo para generación de utilidades y por lo tanto tendrá menos incentivos para reducir la ineficiencia de la organización.

En la práctica, mi apreciación personal es que muchas empresas privadas que prestan servicios en situación monopólica –como ocurre por ejemplo con los servicios públicos– tienen organizaciones burocráticas ineficientes que no presentan prácticamente ninguna diferencia con las de un ministerio o una empresa del Estado.

2. Falta de motivación para la eficiencia

Se dice que el Estado tiende a ser un mal empresario debido a que no existe suficiente motivación para lograr la eficiencia.

Por un lado, como he señalado más arriba, cuando el Estado desarrolla una actividad empresarial con “finalidad recaudadora”, lo hace en situación de ventaja frente a sus competidores o, inclusive, en situación de monopolio; y esta posición hace que su rentabilidad siempre pueda asegurarse con reajustes de precio, sin importar lo ineficiente que sea la organización. Por el otro lado, cuando el Estado desarrolla una actividad empresarial con “finalidad redistributiva”, el resultado económico en términos del Estado de Ganancias y Pérdidas no constituye una variable relevante y por lo tanto, esto tampoco motiva a la organización a ganar eficiencia.

Ahora bien, en realidad el problema de fondo es la representación. El problema es que –en una organización pública o privada– las personas encargadas de llevar a cabo las actividades de la organización no son necesariamente los directos interesados.

En una pequeña empresa privada, usualmente el accionista, el director y el gerente son la misma persona o son un grupo de personas que tienen una relación muy cercana, de confianza. Cuando se trata de una empresa privada muy grande y el accionariado está suficientemente difundido, el principal interesado directo –el accionista– usualmente no está a cargo de las decisiones. Cuando se trata de una empresa pública o de una

¹⁵ WEBER, Max. “Economy and Society”. Los Ángeles: University of California Press. 1978. pp. 956 y siguientes.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Esta aproximación a la medición de la eficiencia de una empresa privada no es necesariamente correcta. La búsqueda –de hecho “exitosa”– de utilidades de corto plazo a costa de la solvencia de largo plazo, fue una de las causas de la crisis financiera internacional del año 2008. Sobre este punto: STIGLITZ, Joseph. “Freefall: America, Free Markets, and the Sinking of the World Economy”. Nueva York: W. W. Norton & Company. 2010.

entidad estatal, el principal interesado directo –el ciudadano– tampoco lo está. El problema consiste en que la persona que está a cargo de tomar las decisiones efectivamente actúe protegiendo de la mejor forma posible los intereses de los interesados. En otras palabras, se trata del mal llamado “costo de agencia”¹⁸. Este problema ha sido estudiado tanto desde la perspectiva privada (con la denominada teoría de los “costos de agencia”)¹⁹, como desde la perspectiva pública (con la teoría de la elección pública)²⁰.

Al igual que en el caso de la burocracia, el problema de los “costos de representación” o de los “costos de agencia” no necesariamente es privativo de las organizaciones estatales pero en estas últimas dichos costos son bastante más comunes y bastante más difíciles de eliminar.

3. Politización de decisiones

En este caso el argumento consiste en que las empresas públicas, por estar sujetas a motivaciones políticas, tienen grandes incentivos para tomar decisiones antitécnicas.

Esto ciertamente es un problema muy frecuente. Una vez que se diseña una organización bajo la forma jurídica de una organización con fines de lucro, pero cuyo fin no es el lucro, la contradicción está establecida de manera fundamental.

La línea sobre la cual la actividad empresarial del Estado debe ser supuestamente llevada a cabo –según lo descrito más arriba– para ser deseable para la sociedad es tan delgada que es sumamente difícil de mantener. Existen muchos desincentivos. ¿Cómo se mide adecuadamente la eficiencia de una sociedad anónima si no es por las utilidades que produce? Y, por otro lado, si las utilidades

no importan, ¿cómo puede determinarse que una decisión es mala o buena?

Un claro ejemplo de esta situación es la política generalizada de subsidios y control de precios que llevó a cabo el primer gobierno de Alan García. Si Ecasa (la empresa estatal que comercializaba arroz a precios subsidiados) o Enci (la empresa estatal que comercializaba leche en polvo a precios subsidiados) no debían preocuparse por su rentabilidad sino por el objetivo político de ofrecer productos de primera necesidad a precios bajos, ¿cómo podían evaluar si era una buena o una mala idea mantener tan bajos los precios de sus productos? La respuesta es sencilla. El mecanismo era insostenible en el tiempo. Sin embargo, esto es un ejemplo extremo. En el caso de una actividad empresarial que no sea tan dramáticamente mal manejada, es verdaderamente difícil evaluar las decisiones empresariales en función de objetivos políticos.

4. Priorización de recursos

El Estado es también considerado un mal empresario debido a su actitud frente al problema de la escasez. Mientras que el inversionista privado sólo debe preocuparse de que la decisión sea rentable y de obtener el financiamiento correspondiente, el Estado siempre tiene otras prioridades de gasto. ¿Por qué habría el Estado de dedicar varios millones o miles de millones de dólares a modernizar una refinería estatal o a construir una central hidroeléctrica cuando, con ese mismo dinero, podría construir hospitales o escuelas?

Una vez más, la motivación de lucro introduce un problema que el Estado tiene y los privados no. Es posible asumir que los privados priorizarán la generación de riqueza y, por lo tanto, llevarán a cabo cualquier inversión que les genere rentabilidad. En el caso del Estado,

¹⁸ Traducir el *agency cost* a que se refiere la literatura norteamericana como “costo de agencia” es un anglicismo. En el Derecho norteamericano se denomina *agency agreement* al contrato que nosotros denominamos “contrato de mandato” o, en el Código de Comercio, “contrato de comisión mercantil”. Y en este contrato, el “agente” es a quien nosotros denominamos “mandatario” o “comisionista”. Por lo tanto, el mal denominado “costo de agencia” se refiere al costo de tener un mandatario o comisionista y que éste desempeñe fielmente sus funciones. La traducción correcta debería ser algo más similar a “costo de representación”, aunque desde luego este término tampoco es completamente preciso porque el mandato (o la comisión mercantil) no siempre existe representación propiamente dicha. Se supone que el comisionista (mandatario o “agente”) actúe por cuenta y en interés del comitente (mandante o “principal”) pero no necesariamente lo hace en su nombre.

¹⁹ Sobre este punto. ALLEN, William; KRAAKMAN, Reinier y Guhan SUBRAMANIAN. “Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations”. Tercera Edición. Nueva York: Aspen Publishers. pp. 10 y siguientes.

²⁰ BUCHANAN, James y Gordon TULLOCK. “The Calculus of Consent”. Ann Arbor Paperback. 1965.

es posible que una inversión rentable esté plenamente identificada y, sin embargo, no se lleve a cabo porque existen otras prioridades por atender.

5. Efectos en la actividad privada: Libre competencia

Finalmente, se dice que la actividad empresarial estatal, aun llevándose a cabo de manera relativamente exitosa, genera no deseados y negativos efectos en la actividad privada.

El primero, el Estado tiende a tratarse a sí mismo de una forma distinta y más beneficiosa que a los privados y un ejemplo reciente puede ilustrar este concepto. Mediante Resolución 0199-2010/SC2-Indecopi, esta entidad resolvió una denuncia interpuesta contra el Banco de Crédito del Perú por haber efectuado la compensación de una cantidad adeudada por la denunciante contra el saldo disponible en la cuenta de pago de haberes que dicha deudora mantenía en el indicado banco. En términos simples, el razonamiento del Indecopi fue que la compensación no puede hacerse respecto de cierta porción de la remuneración de una persona porque siendo dicha porción inembargable, se encuentra al mismo tiempo prohibida la correspondiente compensación. No obstante lo anterior, un año después, cuando el Banco de la Nación se encontró en una situación bastante similar, Indecopi cambió el criterio, tal como se puede apreciar en la Resolución 3449-2011/SC2-Indecopi.

Ahora bien, como política pública, yo estoy de acuerdo con la segunda resolución. Sin embargo, lo que llama la atención en este punto es la increíble falta de consistencia tratándose de resoluciones emitidas en un periodo tan corto. Es muy probable que los autores de estas resoluciones puedan encontrar razones para semejante cambio de opinión pero una forma de interpretarlas es que Indecopi no tuvo problemas en tomar una decisión populista –protegiendo al “pobre” deudor– cuando esto perjudicaba los intereses del Banco de Crédito, pero cuando descubrieron que esta decisión ponía en riesgo el sistema de cobranzas del Banco de la Nación, alguien en el Gobierno decidió que el precedente no podía mantenerse.

Incluso cabría preguntarse, ¿por qué el Banco de la Nación otorga préstamos a funcionarios públicos –son precisamente éstos los préstamos que dicho banco cobra contra las cuentas de pago de haberes– si se supone que la actividad empresarial del Estado es subsidiaria? ¿Acaso los bancos privados tienen algún tipo de restricción que prohíbe prestar a los funcionarios públicos? La respuesta es no. Éste es un claro ejemplo en el que la actividad empresarial del Estado infringe el artículo 60 de la Constitución. Aquí la actividad empresarial del Estado no es subsidiaria sino que claramente compite contra la actividad empresarial privada.

El segundo efecto no deseado consiste en el desincentivo de la actividad privada. En general, si el Estado se dedica a desarrollar una actividad económica y lo hace prácticamente al costo o inclusive a pérdida –pues se trata de la “finalidad redistributiva”– aun suponiendo que dicha actividad empresarial es perfectamente llevada, ella constituye un desincentivo para que los privados inviertan y desarrollen esa actividad.

Si, por ejemplo, producir un pan cuesta un sol y el Estado se dedica a venderlo exactamente al costo, es decir, un sol, tendremos una actividad empresarial del Estado que sin duda no genera pérdidas –salvo por la pérdida financiera del costo de oportunidad de capital– pero ningún privado estará interesado jamás en llevar a cabo esa actividad empresarial puesto que el privado necesita obtener una utilidad. Por lo tanto, si producir un pan cuesta un sol, el inversionista privado necesita venderlo a más de un sol y a ese precio nadie lo comprará porque el Estado lo vende más barato.

Los problemas generados por la excesiva intervención estatal en la economía que genera una inevitable retracción de la actividad privada, han sido estudiados en el caso de Suecia y la crisis económica que ese país vivió en la década de los ochenta²¹. Los efectos fueron pérdidas de competitividad en la industria, baja productividad, alta carga tributaria, etc.

En ese sentido, la pregunta no es si es que acaso el Estado puede llevar a cabo actividades empresariales de manera

eficiente. La pregunta es, si es que acaso esto no genera un efecto negativo a la economía como un todo.

C. ¿Ineficiencia intrínseca?

En mi opinión, no existe un defecto que intrínsecamente impida que la empresa estatal sea rentable y eficiente en términos económicos. Sin embargo, es claro que el Estado enfrenta retos mucho más grandes que los privados cuando se trata de desarrollar actividades empresariales.

En adición a ello, considerando los peligros que acarrea el hecho de que el objetivo político planteado por el Estado al desarrollar determinada actividad empresarial sea socialmente indeseable, cabe preguntarse si en efecto deberíamos considerar que la actividad empresarial del Estado debe ser una regla o debe ser muy excepcional. La respuesta a esta pregunta tiene una gran carga ideológica. ¿Cuál es el demonio más grande: el Estado, manejado por políticos o el mercado manejado por el poder económico? O quizás deberíamos preguntarnos, ¿no será que el Estado también está manejado por el poder económico?

IV. LISTADO EN BOLSA DE EMPRESAS ESTATALES: ¿CUÁL ES EL CONCEPTO?

A. La negociación de acciones y el gobierno corporativo

Mencioné al inicio de este artículo que una buena cantidad de intelectuales, periodistas y políticos han aplaudido la disposición que prevé el listado en bolsa de las acciones de empresas estatales. Me temo, sin embargo, que estas voces entusiastas tienen una idea de los beneficios que puede o se supone que debe generar una bolsa de valores pero no entienden muy bien cómo funciona una.

La rueda de bolsa —el principal mecanismo centralizado de negociación que administra una bolsa de valores— es un mecanismo de negociación, un mercado organizado. Este mecanismo de negociación permite la interacción entre ofertantes y demandantes de un mismo bien: por ejemplo, las acciones representativas del capital social de una

determinada empresa. Es un sistema con reglas preestablecidas que intenta emular de la mejor forma posible un modelo económico de competencia perfecta, de manera que las variaciones en el precio del bien materia de negociación respondan únicamente a la ley de la oferta y la demanda. Esto significa que el precio de las acciones varía en función del apetito que tengan los participantes del mercado por comprar o vender tales acciones.

A su vez, los deseos que un inversionista tenga de comprar o vender una acción dependen de su predicción respecto de cuál será el desempeño de la empresa en el futuro²². Esta predicción se basa en la información que el inversionista conoce. Dado que potencialmente todos los días se conoce nueva información, la decisión de cada inversionista puede cambiar cada día en función de la nueva información que conoce.

Así, por ejemplo, imaginemos que el día de ayer las acciones de una empresa valían dos soles. Si el día de mañana, esta empresa celebra un contrato que asegura que en el futuro venda sus productos en condiciones muy ventajosas, las perspectivas de la empresa de producir utilidades en el futuro son mejores respecto de ayer. Por lo tanto, asumiendo que todas las demás condiciones son iguales (*ceteris paribus*) a dos soles las acciones están relativamente baratas y, consecuentemente, los inversionistas querrán comprarlas. A mayor demanda, el precio sube. Si la noticia fuera negativa y no positiva, el mecanismo sería idéntico pero el resultado sería el contrario: el precio de las acciones resultaría muy caro y el inversionista que poseyera dicha acción querría venderla. A mayor oferta, el precio baja.

El hecho de que en un mercado que funciona de manera similar a un modelo de competencia perfecta, donde toda la información disponible se traslade al precio es una ventaja. El desempeño de una empresa puede apreciarse todos los días en función de la evolución de los precios de sus acciones. Este seguimiento continuo del desempeño de las empresas es lo que la doctrina denomina “disciplina de mercado”. Una empresa cuyas acciones se negocian en un mecanismo

²² Esto es lo que algunos, con alguna connotación peyorativa, denominan “especulación”.

centralizado de negociación está sometida a una suerte de tribunal público que juzga su desempeño todos los días. La disminución del precio de las acciones es una llamada de atención a los administradores de la empresa.

Por el contrario, cuando una empresa no tiene acciones que se negocien en un mercado público, no está sujeta al mismo nivel de control.

La disciplina de mercado es uno de los principales propulsores del buen gobierno corporativo, incluso en un mercado como el de los Estados Unidos, lleno de inversionistas pasivos. Esto se debe a la denominada Regla de Wall Street²³ (*Wall Street rule*), que propugna que cuando una empresa no tiene el desempeño que el inversionista espera, es preferible vender las acciones que intentar cambiar la forma en que se maneja la empresa²⁴. El deseo colectivo de los inversionistas de deshacerse de las acciones emitidas por la empresa genera un exceso de oferta que acarrea la disminución del precio. Si los administradores de la empresa continúan gestionándola de manera deficiente, el precio continuará bajando hasta que el precio llegue a un punto en el que algún inversionista vea posibilidades de obtener ganancias extraordinarias por la vía de acumular la suficiente cantidad de acciones como para remover a los actuales administradores.

Si tomamos la versión más fuerte de la teoría de los mercados eficientes²⁵, una empresa ni siquiera necesita ser transparente para que la negociación de sus acciones la sujete a la disciplina de mercado²⁶. Esto se debe a que aun cuando la información no se divulgue para el conocimiento general, “alguien” conoce la información y la única forma en que esa persona puede aprovecharse de la información que conoce es comprando o

vendiendo las acciones. Por lo tanto, aun cuando la información no se conozca, el sólo aumento de la oferta o de la demanda de las acciones, llevará a la existencia de noticias positivas o negativas respecto de la empresa.

Considerando lo descrito respecto de la disciplina de mercado y la motivación que ésta genera para que las empresas tengan un buen gobierno corporativo, parecería deseable que las empresas del Estado listen sus acciones en bolsa. De este modo, motivaríamos a sus administradores a que busquen la eficiencia en la administración de la empresa. Este razonamiento, sin embargo, omite un elemento fundamental: para que la disciplina de mercado tenga lugar, es necesario que las acciones “se negocien”. No basta con que se listen, puesto que lo que lleva la información al precio son las operaciones de compraventa que se llevan a cabo.

Lo que ha hecho el Estado hasta la fecha es listar las acciones representativas del capital social de Petroperú. Es decir, inscribir las acciones en el Registro Público del Mercado de Valores de la Superintendencia del Mercado de Valores y en el Registro de Valores de la Bolsa de Valores de Lima.

Ahora bien, podría decirse que esta inscripción sujeta automáticamente a la empresa a un régimen de transparencia expresado en las múltiples obligaciones de información que tiene: información financiera trimestral no auditada, información financiera anual auditada y hechos de importancia. No obstante, esta sola finalidad no justifica el listado. Es decir, si lo que el Estado quería es que sus empresas divulguen información, lo único que necesitaba hacer era emitir una directiva disponiendo que Petroperú publique la información en su página web. La rueda de bolsa es un mecanismo de negociación y tiene

²³ Wall Street es el nombre de la calle de la ciudad de Nueva York en la que se encuentra ubicada la Bolsa de Valores de Nueva York. Por extensión, se usa “Wall Street” como una referencia a “mercados financieros”.

²⁴ O’KELLY, Charles y Robert THOMPSON. “Corporations and other business associations. Cases and materials”. Quinta Edición. Nueva York: Aspen Publishers. pp. 205 y siguientes.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Con esto no quiero decir que el nivel de transparencia de una empresa sea indiferente. Sin duda, cuanto más transparente sea una empresa, será mejor. De hecho, cuanto más transparente sea una empresa, los inversionistas podrán tomar mejores decisiones. Lo que estoy tratando de decir es que —teóricamente— aun en el caso de una empresa poco transparente, si existe negociación de las acciones, el desempeño de la empresa se verá reflejado en el precio. La diferencia será que la información tomará más tiempo en incorporarse al precio. Esto quiere decir que algunos inversionistas transarán con una ventaja injusta frente a otros pero, al final, la información igualmente llegará al precio.

sentido cuando efectivamente se negocia. La razón es que si la información divulgada no se refleja en el precio –pues no hay precio, debido a que no hay transacciones– no producirá la disciplina de mercado que describí anteriormente.

B. Negociación de acciones de empresas estatales

Si la efectiva negociación de las acciones es necesaria para que ocurra la disciplina de mercado, esto requiere que el Estado sea capaz de convencer a los inversionistas de que arriesguen su dinero en una empresa que es administrada precisamente por el Estado.

Esto no es una tarea sencilla, si tenemos en cuenta todas las razones por las que, como he explicado más adelante, el Estado tiene la reputación de ser un mal empresario.

Por otro lado, la disciplina de mercado únicamente será útil para medir si la empresa es bien manejada en función de su habilidad para producir utilidades, pero de ninguna manera permitirá medir si ella está cumpliendo o no los otros objetivos (los objetivos políticos) que el Estado puede haberse trazado al decidir llevar a cabo dicha actividad empresarial. En otras palabras, la disciplina de mercado será inútil para medir si la empresa cumple adecuadamente una “función redistributiva” o una “función recaudadora”.

Teniendo en cuenta lo anterior, desde mi punto de vista, existen básicamente tres posibilidades.

La primera, si el Estado realiza sus actividades en una empresa en particular con una “finalidad redistributiva”, la empresa no será atractiva para los inversionistas. Esto no quiere decir que los inversionistas no estarán interesados en comprar las acciones. Sólo quiere decir que únicamente estarán dispuestos a hacerlo a cambio de un precio muy bajo.

La segunda posibilidad, si se trata de una empresa en la que el Estado realiza sus actividades con una “finalidad recaudadora”, desde luego que los inversionistas estarán dispuestos a invertir en una empresa en la que el Estado pone la maximización de la utilidad como objetivo principal. Especialmente, si

esta empresa tiene ventajas competitivas o monopolios que garanticen su rentabilidad. Desde luego, en este caso, si lo que el Estado prioriza es recaudar, no tendría sentido que permita que algún privado participe de su beneficio. ¿Se imaginan al gobierno venezolano –tal como es en la actualidad– otorgando a los privados una participación accionaria en Petróleos de Venezuela S.A.?

Aun así, existe la posibilidad –y eventualmente podría ser esto lo que ocurra en el Perú– de que el Estado fije como objetivo político precisamente que la ciudadanía tenga una percepción favorable respecto de la actividad empresarial del Estado. En este caso, el Estado podría otorgar a los privados una participación en una empresa que tenga “finalidad recaudadora”. Los inversionistas estarán felices con sus ganancias extraordinarias y el Estado conseguirá el objetivo deseado de obtener publicidad favorable respecto de su capacidad de realizar actividad empresarial.

La tercera posibilidad es cuando el Estado decide llevar a cabo sus actividades empresariales precisamente con “finalidad empresarial”. En este caso, como dije más arriba, el Estado se porta respecto de la empresa exactamente de la misma forma en que lo haría cualquier privado. Este es el caso de empresas como Petrobras o Ecopetrol. En mi opinión, en el Perú aún no tenemos ninguna empresa que esté en esa situación. Sin embargo, como lo mencioné más arriba considero que en estos casos no genera ningún beneficio adicional a la sociedad que el Estado sea titular de la empresa. Consecuentemente, la tendencia será a que la participación del Estado en la propiedad de la empresa se reduzca progresivamente, a través de una suerte de privatización progresiva. Se diría que esto es precisamente lo que viene pasando con Petrobras, que el año pasado realizó la mayor oferta pública de acciones de la historia y cuyo capital se halla en manos privadas en más del 40%.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La actividad empresarial del Estado es una discusión permanente, porque se trata de una cuestión ideológica y de posición, en la que si bien en algunos casos la respuesta va claramente en un sentido o en el otro, existe una cantidad de situaciones –prácticamente infinita– en la que no existe una respuesta correcta.

Personalmente, soy un convencido de los beneficios de la iniciativa privada y creo que la actividad empresarial del Estado debería ser excepcional. Sin embargo, no creo que exista un dogma respecto de que la actividad empresarial del Estado siempre sea ineficiente ni que sólo por el hecho de que no sea rentable, no se encuentre justificada. De hecho, pienso que el Estado nunca debería llevar a cabo actividad empresarial con una “función recaudadora” –pues es una forma indebida de imponer tributos– y que tampoco genera ningún bienestar a la sociedad el que el Estado realice actividades empresariales con una “función empresarial”, puesto que el privado actuaría exactamente igual y el Estado debería concentrarse en intervenir de una forma distinta a como el mercado lo haría. Por lo tanto, en la medida en que la “función redistributiva” sea justificada con un objetivo político válido, es la única que me parece justificada y valiosa por parte del Estado, siempre que esto no lo lleve a descuidar el equilibrio fiscal.

Por consiguiente, en mi opinión, aun cuando éste es el camino más peligroso, analizar cada caso concreto es la aproximación adecuada y, en esa medida, las disposiciones que tiene nuestra Constitución respecto de la actividad empresarial del Estado parecen adecuadas.

En este mismo sentido, mi opinión es que el listado de las acciones de las empresas públicas en una bolsa de valores no es ni por asomo la panacea que todos sus impulsores parecen sugerir. En primer lugar, para que la disciplina de mercado funcione, será imprescindible que un número suficiente de acciones se transen en el mercado regularmente y, en segundo lugar, la disciplina de mercado únicamente permitirá apreciar si la empresa es eficiente en su función de generación de utilidades pero no permitirá medir si la empresa cumple de manera efectiva los otros objetivos que justifican que el Estado desarrolle actividad empresarial.

THEMIS | Seminarios



Visítanos en:

themis.pe



The background of the graphic is a light gray field. On the left side, there are several overlapping, semi-transparent geometric shapes in shades of gray, including triangles and polygons, creating a modern, architectural feel. On the right side, there is a large, faint, stylized silhouette of a tree with many branches and leaves, rendered in a darker gray. The text is centered over these elements.

Liga
THEMIS
contra el estrés

EL DECRETO LEGISLATIVO 757 Y SU RELACIÓN CON LA APERTURA DEL COMERCIO EXTERIOR DE MERCANCÍAS

César Alfonso Alva Falcón* **

¿Se puede afirmar que los Decretos Legislativos 757 y 668 cumplen con su objetivo de fomentar la libre iniciativa, y en especial de crear una política que fomente el comercio exterior de mercancías? ¿Se podría asegurar que el Decreto Legislativo 668 trajo consigo un cambio trascendental en nuestra política comercial internacional, al reconocer la libertad de comercio exterior como una condición fundamental para lograr el desarrollo del país?

El autor responde afirmativamente a ambas preguntas, señalando además que la evolución en las exportaciones e importaciones peruanas ha sido ascendente y constante durante los últimos veinte años. Sin embargo sostiene, sin quitar mérito a los Decretos Legislativos emitidos, que dicha evolución en el comercio exterior no es sólo producto de los mismos, sino que se trata de un conjunto de hechos y situaciones que se entrelazan entre sí pero que entre ellos, sin duda, se encuentran los alcances y las bases dispuestos por dichas normas.

* Abogado. Magíster en Comercio Internacional por la Universidad de Alicante – España. Estudios en Legislación Federal y Estatal de los Estados Unidos en la City University of New York – CUNY. Profesor de pre y posgrado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), San Ignacio de Loyola (USIL) y San Martín de Porres (UPSMP). Profesor de la Escuela de Empresarios de la Asociación de Exportadores (ADEX). Expositor y ponente por gremios empresariales. Actualmente se desempeña como asociado senior del área de comercio exterior y aduanas del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

** Para María Luisa, Paola Sofía y Nicolás Alfonso.

I. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido veinte años desde que se publicó el Decreto Legislativo 757 (13 de noviembre de 1991), el cual sentó las bases para garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas en todos los sectores de la actividad económica. Sin duda sus resultados generales son, a nuestro modesto parecer, positivos. Ahora bien, contemporáneo a él, otra norma de igual jerarquía fijó un cambio trascendental en nuestra política comercial internacional al reconocer la libertad de comercio exterior como una condición fundamental para lograr el desarrollo del país. Esta norma fue el Decreto Legislativo 668 (14 de setiembre de 1991).

El presente trabajo tiene como objetivo exponer los principales alcances del Decreto Legislativo 757 específicamente en lo que a la política de comercio exterior peruana de mercancías respecta y relacionarlos con la reforma establecida en dicha materia a través del Decreto Legislativo 668.

II. PRINCIPALES ALCANCES DEL DECRETO LEGISLATIVO 757 Y DEL DECRETO LEGISLATIVO 668

Pasaremos a elaborar un pequeño resumen de ambas normas con el objeto de, luego, poder relacionarlas.

A. Decreto Legislativo 757

Como ya lo hemos mencionado, el Decreto Legislativo 757 buscó garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas en todos los sectores de la actividad económica. En este punto específico llamaremos la atención con letras cursivas lo que, a nuestro modo de ver, consideramos son los principales alcances relacionados con el comercio exterior y los que explicaremos más adelante.

Los principales alcances de esta norma fueron:

- Se estableció que el Estado garantizaría la libre iniciativa privada y que la Economía Social de Mercado se desarrollaría sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica.
- Se señaló que en libre competencia los precios resultarían de la oferta y la

demanda y que los únicos precios que podían fijarse administrativamente serían las tarifas de los servicios públicos.

- Se enfatizó que el Estado garantizaría el pluralismo económico.
- *Se derogó toda reserva en favor del Estado para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales con excepción a las referidas a las áreas naturales protegidas.*
- *Se señaló que cuando una misma actividad económica sea realizada por el Estado y por empresas privadas, iguales condiciones serían aplicables a ambos.*
- Se dispuso que el Estado no expropiaría empresas ni acciones o participaciones en ellas, salvo los casos de interés nacional.
- Se señaló que el Estado garantizaría el derecho a las empresas a acordar libremente la distribución de dividendos que generen.
- *Se estableció que el Estado no establecería tratamientos discriminatorios ni diferenciados en materia cambiaria, precios, tarifas o derechos no arancelarios, entre los inversionistas basándose en sectores o tipo de actividad económica o ubicación de las empresas. Tampoco podría establecerlos entre las personas naturales nacionales o extranjeras.*
- Se declaró de necesidad nacional la inversión privada, nacional y extranjera, en actividades productivas realizadas o por realizarse en las zonas de frontera del país. En consecuencia, las personas naturales y jurídicas extranjeras podrían adquirir concesiones y derechos para el desarrollo de sus actividades productivas dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras del país, previa autorización.
- *Se señaló el alcance de los principios de legalidad, publicidad como garantes de la seguridad jurídica tributaria.*

- *Se estableció que las empresas tendrían derecho acceder en vía de impugnación al Tribunal Fiscal o el Tribunal de Aduanas, el cual constituiría la última instancia administrativa.*
- Se dispusieron medidas para otorgar seguridad jurídica a las inversiones en materia administrativa, como la eliminación de las restricciones administrativas para la inversión.
- *Se dictaron medidas para la transparencia en la tramitación de procedimientos administrativos.*
- Se señaló que, respecto a la estabilidad jurídica de las inversiones, que los convenios de estabilidad jurídica tienen la calidad de contratos y fuerza de Ley. Asimismo se dispuso que sólo podrían modificarse por acuerdo entre las partes y que podrían contener disposiciones de carácter tributario.
- Se dispuso que en sus relaciones con los particulares, el Estado y las entidades estatales podrían someter a arbitraje nacional o internacional toda controversia.
- Se señaló que el Estado estimularía el equilibrio racional entre el desarrollo socio-económico, la conservación del ambiente y el uso sostenido de los recursos naturales.

B. Decreto Legislativo 668

Por su parte, el Decreto Legislativo 668, norma que resulta siendo fundamental para el comercio exterior peruano en general, marca sin duda el punto de quiebre de lo que fue la política comercial internacional peruana hasta fines de los años noventa, la cual se caracterizó, por decir lo menos, por ser autárquica, cerrada, retrasada y totalmente controlada. Esta norma zanjó un nuevo viraje del comercio exterior peruano y, sin lugar a equivocarnos, creemos que resultó siendo, en términos generales, positiva en casi todos sus alcances¹.

Entre las disposiciones más importantes de esta norma tenemos:

- Se dispuso que el Estado garantizaría la libertad de comercio y el libre acceso a la adquisición, transformación y comercialización de bienes a los agentes económicos.
- Con el fin de colaborar con el desarrollo del comercio exterior, se dispuso que el Estado promovería las actividades necesarias para ello, como es la infraestructura.
- Se eliminó la existencia de prácticas monopólicas, incluyendo las de las actividades realizadas por entes estatales.
- Se garantizó la libre tenencia, uso, disposición de moneda extranjera de los residentes en el país y la convertibilidad de la moneda nacional a un tipo de cambio.
- Se señaló que el principio de presunción de veracidad sería la base de todo trámite administrativo en el comercio exterior e interior.
- Se estableció que el Estado recibiría apoyo del sector privado en las negociaciones comerciales internacionales.
- Se prohibió la aplicación de gravámenes a las importaciones ajenos a los derechos arancelarios e impuestos que gravan la venta interna de bienes.
- Se dispuso que el nivel de protección arancelario no podía ser elevado o distorsionado mediante la utilización de prácticas aduaneras de valoración, precios referenciales o niveles mínimos de aforo.
- Se eliminaron las exoneraciones, inafectaciones, suspensiones de pago y rebaja de los derechos arancelarios a las importaciones, salvo excepciones.

¹ Fernando Cosío, al referirse a esta norma señala que “En el caso peruano a partir del año 1991 se pasó de una política controlista a una liberal en materia de comercio exterior (...)”.
COSÍO, Fernando. “Manual de Derecho Aduanero”. Lima: Rodhas. 2002. p.18.

- Se dejaron sin efecto los condicionamientos previos que afectaban la importación y exportación de bienes (tales como licencias, dictámenes, visaciones previas y consulares, registros de importación, entre otros) con el fin de garantizar la realización de operaciones de comercio exterior sin prohibiciones ni restricciones. Sin perjuicio de ello, se señalaron excepciones como las establecidas en convenios internacionales.
- Se dispuso el tratamiento equitativo a los productos similares, ya sean nacionales o extranjeros.
- Se estableció la adopción de medidas para evitar y corregir las distorsiones creadas por las prácticas de competencia desleal en el comercio internacional, como el dumping y subsidios.

III. PRINCIPALES ALCANCES EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR DEL DECRETO LEGISLATIVO 757

Como hemos podido advertir al reseñar los principales alcances de esta norma, los puntos que consideramos se relacionan con el comercio exterior peruano son los siguientes:

A. Se derogó toda reserva en favor del Estado para la realización de actividades económicas

Hasta antes de la reforma del comercio exterior en el año 1991, el Estado era quien acaparaba casi todos los servicios. No eran la excepción los servicios aduaneros (entendiéndose como tal a la prestación para facilitar el ingreso o salida de mercancías del territorio nacional) los cuales eran de exclusiva prestación por parte del Estado. En ese sentido, el Estado era quien transportaba los bienes que venían del exterior (en sus medios de transporte²), recibía exclusivamente la carga (en sus almacenes), valoraba la mercancía (con su personal), cobraba los tributos respectivos (en su banco) y luego de revisar la totalidad de los bienes daba la orden de retiro de los

misimos. Este proceso podía durar fácilmente más allá de un mes, lo que a nuestros días, ese plazo simplemente es un escándalo. Entonces tenemos que el servicio aduanero brindado por el Estado en esos años era lento, burocrático e improductivo. La verdad es que utilizar más adjetivos sería simplemente reiterar lo que en resumidas cuentas era una ineficiencia total.

Felizmente la situación descrita ha cambiado al día de hoy pues dicho servicio aduanero ahora es brindado no sólo por el Estado a través de la Administración Aduanera que en la actualidad también hace las funciones de ente recaudador de tributos internos sino que el actual Reglamento de la Ley General de Aduanas, Decreto Supremo 010-2009-EF, señala en su artículo 6 que es brindado también por los operadores de comercio exterior, entendiéndose como tales a los almacenes, transportistas, despachadores de aduana, etc.

Por otro lado, como consecuencia de derogar toda reserva del Estado para la realización de actividades económicas, de la mano se plasmó el principio de “Participación de agentes económicos”. Este principio está desarrollado en el artículo 6 de la actual Ley General de Aduanas –Decreto Legislativo 1053–, en donde se señala que “El Estado promueve la participación de los agentes económicos en la prestación de los servicios aduaneros, mediante la delegación de funciones al sector privado. Por Decreto Supremo refrendado por el Titular de Economía y Finanzas, previa coordinación con la Administración Aduanera, se dictarán las normas necesarias para que, progresivamente, se permita a través de delegación de funciones, la participación del sector privado en la prestación de los diversos servicios aduaneros en toda la República, bajo la permanente supervisión de la Administración Aduanera”.

Como se advierte, lo que se busca con este principio no es otra cosa que permitir que empresas del sector privado intervengan también, mediante delegación de funciones, en la prestación de servicios aduaneros. Además, se busca que la Administración

² Existía en ese entonces la llamada Compañía Peruana de Vapores con quien se obligaba a contratar para ingresar o retirar carga al o desde el país.

Aduanera se centre principalmente en ejercer con eficiencia y eficacia su principal función, esto es: controlar el ingreso, permanencia, traslado y salida de mercancías, medios de transporte y de personas, apoyándose en empresas que le faciliten dicha tarea.

Tenemos entonces que gracias a este alcance normativo previsto en el Decreto Legislativo 757, es posible que la prestación de los servicios aduaneros se brinden ya no solamente por el Estado sino también por operadores de comercio exterior que son empresas, casi todas entidades privadas, que hasta el día de hoy cumplen un papel fundamental en la facilitación del ingreso y salida de bienes hacia y desde nuestro país.

B. Cuando una misma actividad económica sea realizada por el Estado y por empresas privadas, iguales condiciones serán aplicables a ambos

Este punto, que va de la mano con el anterior, es fundamental porque en materia de comercio exterior se puso el piso plano para todas las empresas que intervinieran en este rubro dejando de lado beneficios injustificados para el Estado simplemente por ser tal.

En términos prácticos significó que las empresas pudieran efectuar inversiones sin el temor a que el día de mañana la actividad a la cual se dedicarían se viera afectada por el simple hecho que el Estado interviniera y fijara ventajas que lo favorecieran. Ha existido mucha inversión, por ejemplo, en el rubro de almacenaje de mercancías en donde el Estado a través de su entidad, Empresa Nacional Puertos, ha tenido que competir en igualdad de condiciones con las demás empresas privadas. Esto, por cierto, ha servido para demostrar que el Estado, por lo menos en este campo específico del servicio de almacenaje, no ha estado ni preparado, ni apto para afrontar cambios con la rapidez y con la envergadura en cifras que el mercado ha requerido y sigue requiriendo.

C. El Estado no establecerá tratamientos discriminatorios ni diferenciados en materia cambiaria

Cualquier inversionista que importe o exporte mercancías, sea nacional o extranjero, tiene tratamiento igualitario en materia cambiaria.

Es decir, el tipo de cambio que obtenga, sea para pagar al exterior, sea para efectuar el pago de tributos de importación, o simplemente para cualquier finalidad que se desee, es idéntico entre los inversionistas y se basa en el tipo de cambio que fije libremente el mercado. Menos aún hay discriminación en esta materia basándose en sectores o tipo de actividad económica o ubicación de las empresas. Ni tampoco lo hay entre las personas naturales nacionales o extranjeras.

D. Los principios de legalidad, publicidad como garantes de la seguridad jurídica tributaria

Con respecto al comercio exterior de mercancías, estos principios están totalmente regularizados en nuestra legislación de la materia. Así tenemos que la Ley General de Aduanas establece el principio de legalidad en el artículo 188 señalando que “Para que un hecho sea calificado como infracción aduanera, debe estar previsto en la forma que establecen las leyes, previamente a su realización. No procede aplicar sanciones por interpretación extensiva de la norma”. Queda claro que, en buena cuenta, lo que el Estado pretende es que a quien se le imponga una sanción por alguna infracción, sepa de antemano (no en el mismo momento, no después) que un determinado hecho estuvo calificado como tal antes de su comisión. También pretende que no se apliquen, vía interpretación, sanciones pues evidentemente lo que puede traer consigo ello es un total abuso de quien esté en sus manos sancionar. Entonces, la norma que prevé infracciones debe ser tan clara que no admita ni un ápice de duda en su descripción, de cara a que simplemente con verificar los hechos ocurridos se pueda demostrar que el comportamiento imputado como infracción “calce” dentro de la referida descripción.

Ahora bien, a pesar de ser este principio muy claro en su alcance, muchos han sido los casos en los que se ha tenido que recurrir a la vía administrativa e inclusive judicial y constitucional, para hacer valer el respeto del mismo. La Administración Aduanera, que es una de las entidades que prestan el servicio aduanero, no ha sido la excepción en la discusión de estos casos en los que de por medio se discute el principio de legalidad por lo tanto, estimamos, que este punto debe ser reforzado mucho más en su aplicación.

Por su parte, el principio de publicidad aplicado al comercio exterior de bienes está regulado en el artículo 9 de la Ley General de Aduanas y consiste en que el Estado y la Administración Aduanera, en lo relacionado a su competencia, se obligan a publicar toda la información legal referida a cada régimen aduanero general o especial. También se dispone que, en la medida de lo posible, el Estado a través de la Administración Aduanera debe promover la publicación de los proyectos de normas modificatorias de la Ley General de Aduanas, su reglamento y la tabla de sanciones antes de su aprobación a fin de poder brindar a los operadores de comercio exterior la oportunidad de hacer comentarios para su evaluación y análisis respectivo. Esta obligación, se señala, también se extiende a la Administración Aduanera en los casos en que ésta apruebe los procedimientos operativos.

Al respecto, cabe mencionar que este principio no sólo se deriva de lo establecido en el Decreto Legislativo 757, sino que el Perú, como Estado, lo ha incluido en una serie de acuerdos comerciales internacionales como el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Así, dicho compromiso ha sido desarrollado formalmente por nuestro país a través del Decreto Supremo 001-2009-JUS. En esta norma se señala expresamente que la publicación oficial de las normas legales de carácter general es esencial para su entrada en vigencia, precisando que aquellas normas legales que no sean publicadas oficialmente, no tienen eficacia ni validez. Dicha publicación debe hacerse en el Diario Oficial El Peruano, con las excepciones previstas en la ley. Un punto que llama la atención es el referido a aquellos casos en los cuales las normas legales que se vayan a publicar tengan anexos, situación en la cual, se ha indicado que sólo se publicará en el Diario Oficial la norma aprobatoria, disponiéndose que el Anexo se publique mediante el Portal Electrónico de la entidad emisora en la misma fecha de la publicación oficial.

Asimismo, este Decreto Supremo establece que se deben publicar obligatoriamente, otras disposiciones legales, tales como resoluciones administrativas o similares de interés general y de observancia obligatoria cuando su contenido proporcione información relevante y sea de interés para los usuarios de los servicios que presta la Administración Pública; cuando su difusión permita establecer mecanismos de

transparencia en la gestión pública, así como control y participación ciudadana; cuando su contenido se relacione con la aprobación de documentos de gestión; cuando su contenido se relacione con información oficial procesada por las entidades rectoras de determinada función administrativa; cuando se trate de nombramiento o designación de funcionarios públicos; cuando se trate de otorgamiento de autorizaciones o permisos especiales a funcionarios públicos; y, finalmente, cuando su naturaleza jurídica determine su conocimiento y difusión general.

Sin duda que el principio arriba expuesto es muy positivo porque ha permitido que instituciones como la Administración Aduanera pongan a disposición de los operadores de comercio exterior, a través de su página Web, las diversas opiniones que los órganos técnicos que, en el caso específico de dicha institución, suelen emitir sobre alguna materia, caso o consulta en particular, lo que configura un criterio y directriz a ser aplicado por las distintas aduanas operativas de nuestro país. Dichos órganos, por ejemplo, son la Gerencia Jurídico Aduanero o la Intendencia de Técnica Aduanera. Esto es una gran ayuda para los operadores y permite predecir el comportamiento de esta institución para determinados casos específicos.

Finalmente, en cuanto a los alcances del Decreto Supremo 001-2009-JUS y el desarrollo del principio de publicidad, es importante resaltar que esta norma establece la obligación de las entidades públicas de difundir las normas legales de carácter general que sean de su competencia a través de sus respectivos Portales Electrónicos, revistas institucionales y en general todos aquellos medios que hagan posible la difusión colectiva. Asimismo, otro punto muy importante aun es lo relacionado con la difusión de los proyectos de normas legales de carácter general. Al respecto, se señala que las entidades del Estado deben publicar estos proyectos en el Diario Oficial El Peruano, en sus Portales Electrónicos o mediante cualquier otro medio, en un plazo no menor a treinta días antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales, permitiendo que las personas interesadas formulen comentarios sobre las medidas propuestas indicando el plazo que se tiene para la recepción de dichos comentarios así como la persona dentro de la entidad pública encargada de recibirlos.

Tenemos entonces que este alcance relacionado con la publicación de normas y sus proyectos, en nuestra opinión, resulta siendo muy positivo puesto que permite a los operadores de comercio exterior, por una parte tener a la mano, sea a través del Diario Oficial El Peruano o a través de las páginas oficiales de Internet, las disposiciones que regulan la materia aduanera como son las leyes, reglamentos, procedimientos, opiniones institucionales y proyectos normativos. Asimismo, permite poder gozar de las facilidades que la Administración Aduanera ponga a disposición de los operadores para efectos de que formulen las consultas que estimen pertinentes.

E. Establecimiento que las empresas tendrán derecho acceder en vía de impugnación al Tribunal Fiscal o el Tribunal de Aduanas, el cual constituiría la última instancia administrativa

En materia de comercio exterior de mercancías, existe al día de hoy un procedimiento claro de impugnación que está previsto en el Texto Único Ordenado del Código Tributario actual, norma aprobada por el Decreto Supremo 135-99-EF. Así, se prevé que en materia contenciosa, cuando la Administración Aduanera imponga, por ejemplo, una sanción de multa, el administrado podrá en una primera instancia interponer el respectivo recurso de reclamación, el cual será resuelto por la propia Administración Aduanera. De declararse improcedente dicho reclamo, el administrado tendrá el derecho de recurrir a una segunda instancia en vía de apelación para que sea la Sala de Aduanas del Tribunal Fiscal quien lo resuelva.

Como se podrá apreciar, nuestro marco normativo tiene previsto el cumplimiento de este alcance del Decreto Legislativo 757, por tanto no nos queda que confirmar, en efecto, su aplicación.

F. Medidas para la transparencia en la tramitación de procedimientos administrativos

En materia de comercio exterior de bienes, el cumplimiento de esta disposición tiene varias

aristas que van desde la posibilidad de hacer el seguimiento respectivo al expediente en trámite en línea a través de la página Web de la Administración Aduanera (conociendo en qué área se encuentra y cuáles son las calificaciones que ha tenido), pedir copias de los actuados, hasta tener el derecho de entrevistarse con el funcionario que está analizando el trámite y exponerle directamente los alcances del pedido contencioso o no.

IV. ALGUNOS PRECEDENTES CONSTITUCIONALES RELACIONADOS CON EL DECRETO LEGISLATIVO 668

Tenemos entonces, hasta lo desarrollado en este punto, que el Decreto Legislativo 757 estableció medidas generales que estaban relacionadas (y lo siguen estando hasta hoy –abril 2012) de aplicación en materia de comercio exterior. Sin embargo, no cabe duda que los alcances de dicha norma fueron restringidos en comparación del Decreto Legislativo 668 que, como ya lo indicamos, en nuestra opinión, cambió drásticamente la dirección que hasta el momento de su dación (1991) se venía aplicando en materia de política de comercio exterior.

Ahora bien, dicha norma, ha sido materia de precedentes por parte del máximo órgano encargado de aplicar e interpretar nuestra constitución, es decir, el Tribunal Constitucional. Creemos que vale la pena reseñar algunos de ellos.

A. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente 08078-2006-PA/Tribunal Constitucional, emitida el 18.04.2007³

Este caso se trató de una Demanda de Amparo interpuesta el 06 de enero de 2003. La parte demandante fue Comercial Angloamericana S.A.C., y los demandados fueron el Ministerio de Economía y Finanzas y Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT).

La pretensión de la empresa demandante fue que se declaren inaplicables para el caso concreto, los Decretos Supremos 035-07-EF y 119-2002-EF, que establecieron una sobretasa adicional arancelaria del 5% por la importación de tabaco negro y rubio.

³ En: <http://www.TribunalConstitucional.gob.pe/jurisprudencia/2007/08078-2006-AA.html>.

Los principales argumentos de la demandada fueron principalmente que el Poder Ejecutivo no estaba facultado a emitir sobretasas sobre lo previsto en el artículo 9 del Decreto Legislativo 668 que prohíbe expresamente la aplicación de sobretasas en la importación.

Ahora bien, dentro de los principales argumentos de las entidades demandadas fueron que los Decretos Supremos que estableció la sobre tasa fueron expedidos considerando la protección del interés público sobre el privado. Pero lo que más llama la atención fue que se alegó que el Decreto Legislativo 668 había sido derogado por los acuerdos suscritos por el Perú con la Organización Mundial del Comercio, aprobados por Resolución Legislativa 26407 del 18 de diciembre de 1994. Asimismo, se argumentó como defensa que la Constitución permite al Poder Ejecutivo regular tarifas arancelarias entre las que se encuentran las cargas a la importación de bienes.

La sentencia de primera instancia declaró infundada la demanda pues consideró que el Poder Ejecutivo podía regular tarifas arancelarias, de acuerdo a la Constitución y que esta debía preferirse sobre lo previsto por el Decreto Legislativo 668. La sentencia de segunda instancia confirmó la sentencia anterior y señaló que el Poder Ejecutivo está facultado para regular tarifas arancelarias. En ese sentido, los Decretos Supremos cuestionados no contravienen Decreto Legislativo 668, por criterio de especialidad.

Finalmente, el fallo del Tribunal Constitucional confirmó las anteriores sentencias y estableció que los Decretos Supremos cuestionados fueron emitidos de conformidad con la Constitución, pues, a su criterio, el Poder Ejecutivo está facultado para regular tarifas arancelarias. Asimismo, lo resaltante acá es que señaló que el Decreto Legislativo 668 es una norma preconstitucional y debe ser interpretada de conformidad con la Constitución de 1993, en concordancia con los compromisos internacionales asumidos por el Perú.

B. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente 9667-2006-PA/Tribunal Constitucional, emitida el 17.08.2007⁴

Se trató de una Demanda de Amparo interpuesta el 25 de mayo de 2004. Las partes fueron, como demandante, la Asociación Peruana de Agentes Afiliados a IATA (APAAI) y como demandados la línea aérea Continental Airlines.

La pretensión de la demandante fue que se deje sin efecto la decisión de la demandada de reducir el pago de la comisión por concepto de venta de pasajes individuales al 1% y se reponga y se cumpla dicho pago del 10% a favor de las Agencias de Viaje y Turismo, establecido por la Resolución Directoral 021-80-Tribunal Constitucional/AE, del 18 de abril de 1980.

Los principales argumentos de la demandada fueron que la Resolución Directoral 021-80-TC/AE estableció que las líneas de servicio de transporte aéreo internacional que operan en el Perú, abonarían a las agencias de viaje y turismo una comisión del 10% por concepto de venta de pasajes individuales. Asimismo, que la demandada infringió la Resolución referida al reducir unilateralmente la comisión a 1%. Finalmente, señaló que el transporte aéreo tiene el carácter de servicio público.

Por su parte, el principal argumento de los demandados fue que la comisión fue reducida de acuerdo a facultades contractuales que se tenía con los agentes. Asimismo, la norma citada por la demandante data del año 1980 y fue derogada por normas de liberación económica. Así el Decreto Legislativo 757 estableció que sólo las tarifas de los servicios públicos podían ser fijadas administrativamente. Asimismo, que la Ley de Aeronáutica Civil 27261 consagra la libertad tarifaria y la de contratación. También que desde el 1991 las aerolíneas y las agencias negociaron de manera privada el monto de las comisiones. Finalmente señaló que la demandante ya había presentado una denuncia ante el INDECOPI con el mismo tenor, la cual fue desestimada.

⁴ En: <http://www.TribunalConstitucional.gob.pe/jurisprudencia/2007/09667-2006-AA.html>.

La sentencia de primera instancia fue expedida por el Vigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima que la declaró infundada, pues al promulgarse los Decretos Legislativos 668 y 757, la venta de pasajes aéreos dejó de ser un mercado regulado para convertirse en uno de libre competencia, por lo que las agencias de viaje se encontraban en plena libertad para cobrar las comisiones que desearan. Así, la norma invocada por los demandantes perdió eficacia. La sentencia de segunda instancia también declaró improcedente la demanda pero argumentando que se había excedido el plazo para interponer la demanda de amparo.

Finalmente, el Tribunal Constitucional fijó su posición en el mismo sentido que las instancias previas y entre las posiciones diversas de los magistrados se señaló que se había excedido el plazo para interponer la demanda de amparo; que el amparo no era la vía adecuada para examinar la pretensión del demandante; que la Resolución Directoral 21-80-TC/AE fue derogada por el Decreto Legislativo 757.

C. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente 326-98-AA/Tribunal Constitucional, emitida el 26.08.1998⁵

El presente caso es una Demanda de Amparo cuyas partes fueron como demandante el Frente Único de Comerciantes de Menor Cuantía de Tacna, la Asociación de Comerciantes de Menor Cuantía Andrés Avelino Cáceres y la Asociación de Comerciantes de la Feria Internacional Héroes del Pacífico. Como demandada estuvo la Intendencia Nacional de Técnica Aduanera de la Superintendencia Nacional de Aduanas.

La pretensión de los demandantes fue que se declare inaplicable y sin efecto la Resolución-Informe 383-97-ADUANA-INTA/DROA, del 12 de junio de 1997, que ratificó la vigencia del Decreto Supremo 003-97-SA, que suspende temporalmente la importación de llantas usadas.

Los principales argumentos de la demandada fueron que la autoridad aduanera incurre en un exceso de poder al no respetar el artículo 12 del Decreto Legislativo 668, que establece el derecho de toda persona natural a realizar operaciones de comercio exterior sin prohibiciones ni restricciones, salvo los derechos y obligaciones emanados de convenios internacionales

Por su parte los principales argumentos de los demandados fueron que el Decreto Supremo 003-97-SA suspendió temporalmente la importación de neumáticos usados por razones de orden sanitario. Asimismo, la Intendencia Nacional de Técnica Aduanera ratificó la vigencia general e irrestricta del referido Decreto Supremo. Finalmente señaló que la Constitución permitía al Poder Ejecutivo regular tarifas arancelarias, entre las que se encuentran las cargas a la importación de bienes.

La sentencia de primera instancia declaró improcedente la demanda, pues los demandantes no estaban facultados para importar al país neumáticos usados si se había suspendido su importación. La sentencia de segunda instancia confirmó la sentencia inicial.

Finalmente el fallo del Tribunal Constitucional fue meramente formal al declarar improcedente la demanda pues demandantes carecían de legitimidad para obrar.

V. MISIÓN DE LA ADUANA EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR

En el año 1995, en esta misma revista, el Doctor César Guzmán-Barrón S. publicó el artículo titulado "La Misión de la Aduana en el régimen de apertura del comercio exterior"⁶ en donde ya podía advertir los principales cambios producidos en materia de comercio exterior. Así el Dr. Guzmán Barrón calificaba al Decreto Legislativo 668 como la norma a través de la cual dábamos (como país) un giro de "casi 180 grados con el régimen existente en ese momento". En ese sentido, concluyó con certeza que los operadores de

⁵ En: <http://www.TribunalConstitucional.gob.pe/jurisprudencia/1998/00326-1998-AA.html>.

⁶ GUZMÁN BARRÓN, César. "La Misión de la Aduana en el régimen de apertura del comercio exterior". En: THEMIS-Revista de Derecho 35. 1998. pp. 23-27.

comercio exterior debieron adaptarse a las nuevas reglas o simplemente retirarse del mercado. En ese punto señaló que la aduana “se vio obligada a reestructurarse con el fin de cumplir adecuadamente su misión”. En este aspecto concluyó que la tarea más importante de la aduana en materia de importaciones sería: (i) la determinación de cuál es la partida arancelaria correspondiente; (ii) cuál es el valor de la mercadería importada; y, finalmente, (iii) cómo aplicar los derechos arancelarios que correspondan. Creemos importante entonces seguir ese lineamiento mencionados para poder ver cómo es que la Aduana viene cumpliendo, luego de veinte años de la reforma, estos aspectos.

A. Clasificación Arancelaria

En lo que respecta a la determinación de la clasificación arancelaria, es importante previamente precisar que se trata de un procedimiento con el fin de determinar el código arancelario de un bien (también denominado “partida arancelaria” de las mercancías) con el fin que la administración aduanera (entre otras cosas) aplique a dicho bien los aranceles vigentes. En ese sentido, ningún producto que ingrese o salga legalmente de nuestro país puede dejar de ser sometido a una clasificación arancelaria, menos aún si es posible que carezca de una partida arancelaria.

Ahora bien, en la actualidad tenemos un nuevo arancel vigente desde el 01 de enero de 2012 aprobado mediante Decreto Supremo 238-2011-EF. En él, según señala el tenor de la propia norma citada, se ha incorporado los alcances de la Decisión 766 del 25 de noviembre de 2011 mediante la cual la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones aprobó la nueva Nomenclatura Común de los Países Miembros de la Comunidad Andina (NANDINA), que incorpora la Quinta Recomendación de Enmienda al Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías.

En ese sentido, es importante mencionar que la Comunidad Andina de Naciones, que como hemos indicado está basada en la Nomenclatura del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (en inglés *HS Harmonized System*), es un modelo para la nomenclatura de productos desarrollado por la Organización Mundial de

Aduanas. Su finalidad es la creación de un estándar multi-propósito para la clasificación de los bienes que se comercian a nivel mundial.

La Nomenclatura del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías tiene entre sus objetivos, la uniformidad de criterios, de manera que, se instaure la predictibilidad en los operadores de comercio exterior en relación a la clasificación arancelaria que le corresponde a los productos a ser sometidos a un régimen aduanero.

En tal sentido, la clasificación arancelaria constituye una técnica que involucra un conjunto de procedimientos (combinación de recursos y pericia) contando para tal efecto con dos elementos fundamentales: conocimiento de la mercancía y aplicación de las Reglas Generales para la Interpretación de la Nomenclatura. Así, ningún producto se podrá identificar en el Arancel de Aduanas nacional sin que sean mencionadas las diez cifras, denominándose Sub Partida Nacional. En aquellos casos en que no ha sido necesario desdoblar la Subpartida Subregional – Comunidad Andina de Naciones– se han agregado ceros para completar e identificar la Subpartida Nacional. En tal sentido dicha Subpartida, presenta la siguiente estructura:

DÍGITOS					DENOMINACIÓN
1° 2°	3° 4°	5° 6°	7° 8°	9° 10°	
1° 2°					Capítulo
1° 2°	3° 4°				Partida del Sistema Armonizado
1° 2°	3° 4°	5° 6°			Subpartida del Sistema Armonizado
1° 2°	3° 4°	5° 6°	7° 8°		Subpartida de la Comunidad Andina
1° 2°	3° 4°	5° 6°	7° 8°	9° 10°	Subpartida nacional

B. Valoración Aduanera

Según lo señala Fernando Cosio, la valoración aduanera es “la técnica aduanera que permite determinar cuál es el valor de la mercancía para efectos del cálculo de los impuestos aduaneros y que en el lenguaje tributario

puede denominarse como “base imponible” o base de cálculo del tributo. Dicha técnica debe efectuarse en cumplimiento de una serie de principios y normas contenidos en las Definiciones de Valor contenidas en los acuerdos supranacionales y en las legislaciones nacionales”⁷.

Es importante destacar que este autor encuentra como sinónimos el concepto de valor en aduana con el de “base imponible”. En este mismo sentido tenemos que Rafael Herrera Ydañez y Javier Goizueta la definen como “La base imponible para la liquidación de los derechos arancelarios en la importación de mercancías [...] que también constituye la fracción más considerable de la base del Impuesto de Compensación de Gravámenes Interiores (valor en aduanas más derechos arancelarios) y el Impuesto sobre el Lujo, cuando éste se liquida al importarse las mercancías. La enumeración de los tributos a los que afecta el valor en aduana sirve para apreciar su enorme importancia”⁸.

Por su parte, Juan López Villa señala que “Posiblemente el término “valor en aduana de las mercancías” no suene muy común para quienes no se han vinculado dentro del área aduanera; así para efectos prácticos podemos decir que dicho término equivale a la base gravable de los impuestos (ya sea general de importación o exportación) sobre las mercancías que sean materia de comercio exterior”⁹.

De acuerdo a lo anterior tenemos entonces que valor en aduana es, como lo señalan los citados autores, un procedimiento por el cual se determina el valor que tendrán las mercancías que se están importando y que sirve como base sobre el cual se pagarán los respectivos derechos arancelarios y demás tributos. Ahora bien, como claramente lo señala Fernando Cosío, dicho procedimiento de valoración no está

sujeto al libre albedrío ni al buen saber y entender de las administraciones aduaneras ni tampoco de los importadores, sino que se trata de un procedimiento regulado de manera supranacional tanto en el ámbito internacional, regional como nacional.

En efecto, la valoración aduanera está actualmente regulada por normas que datan incluso desde antes de la creación de la Organización Mundial del Comercio, pero que ésta las ha hecho suya desde el inicio de su funcionamiento como ente internacional en el año 1995. Así tenemos que el Acuerdo específico sobre valoración aduanera fue aprobado en la Ronda de Tokio, una de las rondas organizadas por el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)¹⁰, llevada a cabo durante los años 1973 a 1979, y en donde se aprobó lo que se conoce actualmente como el Acuerdo para la Aplicación del artículo VII del GATT o más conocido como “Acuerdo de Valor del GATT” o “Acuerdo del Valor de la Organización Mundial del Comercio”.

Al respecto Máximo Carvajal¹¹ señala que “En el año 1973 dentro del GATT se desarrolló lo que se conoce como la Ronda de Tokio. Dentro de esta Ronda se decidió examinar el Sistema de Valor para efectos aduaneros ya que la noción positiva como la noción teórica adolecía de ciertos inconvenientes y restricciones. Siendo además necesario este sistema dentro de un amplio aspecto motivado por las Negociaciones Comerciales Multilaterales, signo característico que predominó en toda la Ronda de Tokio. De los resultados de las negociaciones se llegó a la redacción de uno de los Códigos de Conducta denominado “Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio”.

Las reglas de valoración en materia aduanera de la Organización Mundial del Comercio

⁷ GUZMÁN BARRÓN, César. Op. cit. p. 170.

⁸ HERRERA YDAÑEZ, Rafael y JAVIER GOIZUETA SÁNCHEZ. “Valor en Aduana de las Mercancías según el Código del GATT”. Madrid: Ediciones ESIC. 1985.

⁹ LÓPEZ VILLA, Juan Raúl. “Fundamentos y práctica del comercio exterior y derecho aduanero”. México D.F.: Sistemas de información contable y administrativa computarizados S.A. 1997. p.163.

¹⁰ Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio. sus siglas en inglés: General Agreement on Tariff and Trade. Este organismo es el antecedente de la Organización Mundial del Comercio, que data desde 1947 y tuvo vigencia hasta 1994.

¹¹ CARVAJAL CONTRERAS, Máximo. “Derecho Aduanero”. Sexta edición. México: Editorial Porrúa. 1997. p. 302.

están compuesta por seis métodos; es decir, este Acuerdo ha establecido que la única forma para poder determinar el valor de un bien que se está importando en un país es a través de ellos, los cuales deben ser aplicados por las administraciones aduaneras de manera sucesiva y excluyente (a excepción de los métodos cuarto y quinto que su orden puede ser invertido). Cabe resaltar que el primer método de valoración conocido como el “Valor de Transacción” resulta siendo el más importante dada su aplicación práctica a nivel internacional. Así tenemos que Daniel Zolezzi señala que: “La experiencia recogida por los países que aplican el Acuerdo, revela que la práctica aduanera se ha conformado con ese orden de prioridad: la inmensa mayoría de las importaciones se valoran por su valor de transacción. Los demás métodos se emplean escasamente, de lo que resulta que su importancia no es tanta como la que sugiere la extensa redacción de los artículos que los reglan”¹².

El primer método de valoración, o “valor de transacción”, lo podemos definir, de manera muy breve y directa, como el pago que hace o hará el importador a favor de su proveedor por las mercancías que está adquiriendo y que serán materia de importación. A este precio se le deberá agregar, según lo señala el Acuerdo, una serie de conceptos, si lo hubiera, que están detallados en su artículo 8¹³. Del mismo modo, señala una serie de condiciones que deben darse para que este primer método sea aplicable, supuestos entre los que resalta el hecho que debe existir un precio que debe de pagarse por la mercancía que se esté importando, lo que implica que debe haber existido una compra venta entre el proveedor y comprador.

Debemos señalar que, en el caso del Perú, el 2 de marzo de 1994, se aceptó la incorporación en nuestro ordenamiento legal del Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, el mismo que, como lo hemos referido, es el Acuerdo de Valoración que se aprobó en la Ronda de Tokio. Sin embargo, su

plena aplicación, si bien inicialmente estaba prevista que se efectuara en el año 1999, recién se hizo desde abril del año 2000.

Cabe mencionar que concretamente la norma nacional que incorporó el Acuerdo del Valor de la Organización Mundial del Comercio en nuestro país fue la Resolución Legislativa 26407 la misma que es literalmente una copia de dicho Acuerdo. Ahora bien esta norma fue regulada por el Decreto Supremo 186-99-EF que se constituye, como ella misma lo indica, como el Reglamento para la valoración de mercancías según el Acuerdo sobre Valoración Aduanera en Aduana de la Organización. Esta norma está vigente y es de aplicación para todas las importaciones de mercancías efectuadas desde el 1 de abril del 2000.

Por su parte, a nivel de la Comunidad Andina de Naciones las normas que regulan la valoración aduanera son la Decisión 571, vigente desde el 12 de diciembre de 2003, norma que por cierto se constituye en el instrumento marco que actualmente regula la valoración aduanera para los países miembros de la Comunidad; y la Resolución 846, vigente desde el 06 de agosto de 2004.

C. Sobre la aplicación de los Derechos Arancelarios

Finalmente, en el caso del Perú, se ha determinado que los derechos arancelarios aplicables a las mercancías que están obligadas a cancelar dichos tributos se harán sobre el valor del Código de Identificación Fiscal que tengan las mercancías (al valor *free on board* (FOB) determinado de acuerdo a las Reglas de Valoración de la Organización Mundial del Comercio, se le debe sumar el costo del flete y del seguro). Ahora bien, cabe resaltar que, en la actualidad, en lo que respecta a la aplicación de los aranceles, podemos identificar sólo tres posibles tasas que pueden gravar una mercancía: 0% (más del 50% del universo arancelario); 6% (más del 40% restante) y 11% (para el resto de bienes que es poco menos del 10% del universo arancelario). Como se advierte tenemos

¹² ZOLEZZI, Daniel. “Valor en Aduana. Código Universal de la OMC”. Buenos Aires: La Ley. 2003. p. 31.

¹³ Llamamos la atención del lector porque justamente en este artículo 8 del Acuerdo se hace referencia, como un concepto que debe ser agregado al valor de transacción, el referido a las comisiones. Este punto lo explicaremos más adelante.

una clara tendencia a la baja en materia de aplicación de aranceles.

VI. BREVE REFERENCIA A LOS ACUERDOS COMERCIALES SUSCRITOS POR EL PERÚ

Un punto importante que también podemos advertir se deriva de la reforma del comercio exterior de mercancías que viene desde el año 1991, en la cual el Perú tiene suscrito una serie de acuerdos comerciales que son de carácter multilateral o bilateral y, en algunos casos, estos datan desde hace ya algunos años atrás. Por ejemplo, tenemos la hoy denominada Comunidad Andina de Naciones (CAN), grupo cuyos orígenes datan desde el 26 de mayo de 1969 y que inicialmente la conformaron Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Luego se incorporó Venezuela (13 de febrero de 1973) pero en el camino se retiraron Chile (1976) y luego Venezuela (2006), quedando conformada en la actualidad (Abril 2012) sólo por Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia. Lo relevante de este acuerdo es que se ha podido conformar una Zona de Libre Comercio entre los países miembros de este bloque, que en buena cuenta es el acuerdo de este grupo para eliminar totalmente aranceles para las mercancías importadas que sean originarias de esos países.

También podemos mencionar a la Asociación Latinoamericana de Integración que es otro acuerdo multilateral del cual Perú es parte desde 1980 pero que, en honor a la verdad, su proceso de integración ha sido muy lento. En efecto, tanto es así, que no existe hasta la fecha, a pesar de haber pasado ya más de treinta años desde su creación, una Zona de Libre Comercio entre todos sus miembros. Lo que hay son sólo acuerdos de alcance parcial o limitado que sólo abarca y son de aplicación para algunos países entre sí.

Ahora bien, sin temor a equivocarnos, es a raíz del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos donde se inicia el cambio en el tratamiento de los acuerdos comerciales internacionales suscritos por el Perú incluyendo aspectos que van más allá de la materia estrictamente arancelaria. Así recordemos que desde febrero del año 2009 este tratado entró en vigencia bajo la denominación de "Acuerdo de Promoción Comercial" abriendo las puertas de manera beneficiosa a nuestros principales productos

de exportación como son los minerales, textiles, productos pesqueros, café, cacao, artesanías, espárragos, páprika, uva, mango, etc.

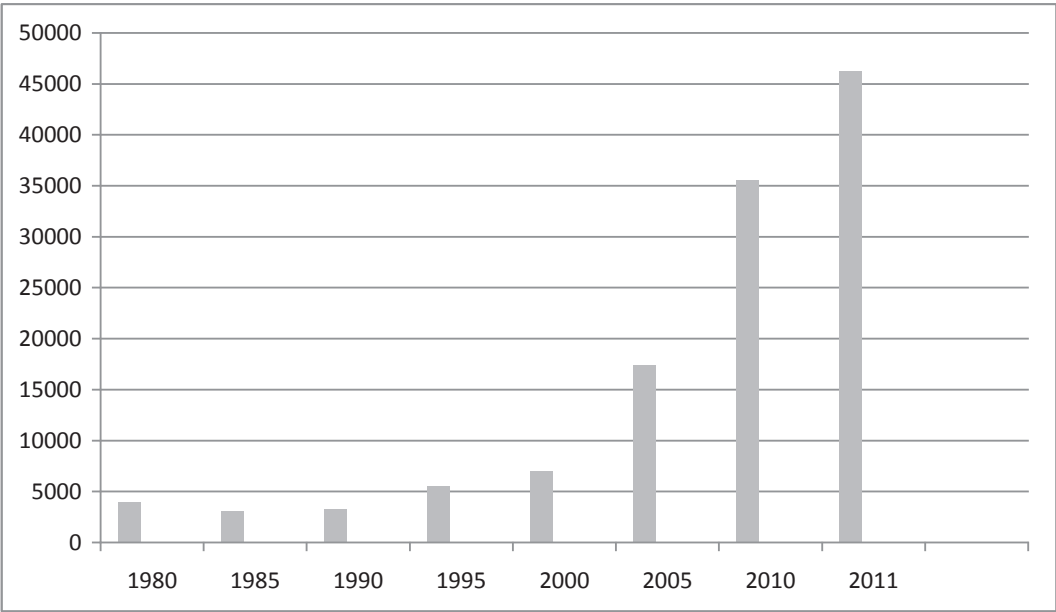
Después de este tratado han seguido otros que tienen un tratamiento y técnica similar; es decir, no sólo abarcan temas arancelarios sino diversas materias. Podemos mencionar el Acuerdo con Chile (vigente desde el 01 de marzo de 2009); Canadá (vigente desde el 01 de agosto de 2009); con Singapur (también vigente desde el 01 de agosto de 2009); con China (vigente desde el 01 de marzo de 2010); con la Asociación Europea de libre comercio –el bloque EFTA– (desde el 01 de julio de 2011); con Corea del Sur (vigente desde 01 de agosto de 2011), con Tailandia (desde el 31 de diciembre de 2011), con México (desde 01 de febrero de 2012) y otros próximos a entrar en vigencia como son con Japón, la Unión Europea, Costa Rica, Panamá, Guatemala, El Salvador, Honduras.

VII. LAS EXPORTACIONES Y LAS IMPORTACIONES AL 2011: UN RESULTADO POSITIVO SIN DISCUSIÓN

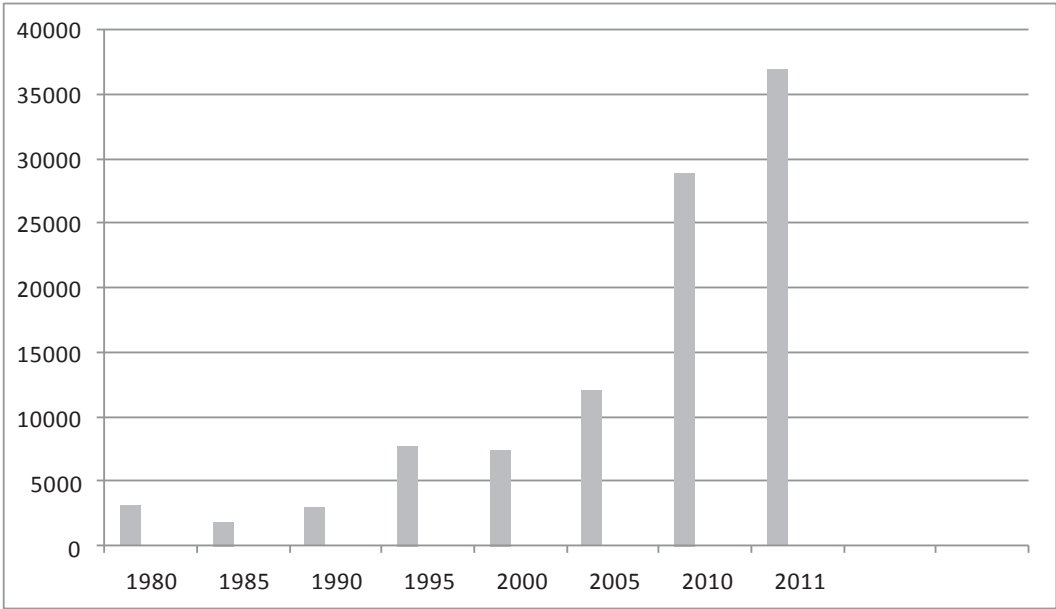
Finalmente, para concluir, queremos exponer en este trabajo unos gráficos que muestran la evolución de las exportaciones y de las importaciones peruanas desde la reforma. Se puede advertir cómo es que la curva de crecimiento tiene dos características: ha sido ascendente y de manera constante a lo largo de los últimos veinte años. Vale la pena resaltar un hecho tan sencillo como que en el año 1990 nuestro país exportaba US\$ 3,280 millones de dólares y, hoy, luego de haber implementado la reforma en materia de comercio exterior de bienes, hemos cerrado el año 2011 con la cifra record de US\$ 46 280 millones de dólares y con proyecciones de crecimiento bastante optimistas. Por su parte, en lo que a las cifras de importaciones respecta, tenemos que en el año 1990 teníamos US\$ 2 922 millones de dólares, mientras que en el año 2011 se cerraron con una cifra ascendente a US\$ 36 967 millones de dólares.

Somos conscientes de que las cifras expuestas no son el resultado de simplemente haber emitido los Decretos Legislativo 757 y 668 sino que se trata de un conjunto de hechos y situaciones que se entrelazan entre sí pero que entre ellos, sin duda, se encuentran los alcances y las bases dispuestos por dichas normas.

A. Evolución de exportaciones *free on board* en millones de dólares



B. Evolución de importaciones *free on board* en millones de dólares



C. Exportaciones *free on board* por grupo de productos

(Valores FOB en millones de US\$)	1980	1985	1990	1995	2000	2005	2010	2011
1. Productos tradicionales	3 051	2 259	2 259	3 984	4 804	12 950	27 669	35 837
Pesqueros	195	126	345	787	955	1 303	1 884	2 099
Agrícolas	228	230	174	346	249	331	975	1 672
Mineros	1 854	1 266	1 481	2 616	3 220	9 790	21 723	27 361
Petróleo y derivados	774	636	258	236	381	1 526	3 088	4 704
2. Productos no tradicionales	845	728	989	1 445	2 044	4 277	7 641	10 130
Agropecuarios	72	94	119	275	394	1 008	2 190	2 830
Pesqueros	117	123	107	224	177	323	642	1 047
Textiles	224	244	364	441	701	1 275	1 558	1 986
Maderas y papeles, y manufacturas	n.d.	14	13	31	123	261	355	398
Químicos	90	57	90	133	212	538	1 223	1 645
Minerales no metálicos	58	14	16	30	47	118	251	487
Sidero-metalúrgicos y joyería	82	127	220	257	265	493	918	1 128
Metal-mecánicos	58	44	43	40	97	191	394	464
Otros	144	11	18	14	29	70	110	145
3. Otros	55	34	33	62	107	141	254	301
4. TOTAL EXPORTACIONES	3 951	3 021	3 280	5 491	6 955	17 368	35 565	46 268
Fuente: BCRP, SUNAT y empresas.								
Elaboración: Gerencia Central de Estudios Económicos								

D. Importaciones *free on board* según uso o destino económico

(Valores FOB en millones de US\$)	1980	1985	1990	1995	2000	2005	2010	2011
1. BIENES DE CONSUMO	387	130	338	1 785	1 494	2 308	5 489	6 692
No duraderos	294	79	300	924	888	1 338	2 809	3 465
Duraderos	93	51	38	861	606	970	2 680	3 226
2. INSUMOS	1 172	826	1 333	3 221	3 611	6 600	14 023	18 255
Combustibles, lubricantes y conexos	25	38	305	589	1 083	2 325	4 063	5 737
Materias primas para la agricultura	117	32	84	162	212	384	868	1 091
Materias primas para la industria	1 030	755	945	2 470	2 315	3 890	9 093	11 428
3. BIENES DE CAPITAL	1 087	557	886	2 385	2 114	3 064	9 074	11 665
Materiales de construcción	71	32	36	206	213	305	1 087	1 447
Para la agricultura	54	15	40	36	30	37	80	110
Para la industria	647	376	568	1 485	1 430	2 114	5 539	7 296
Equipos de transporte	316	134	242	659	441	607	2 369	2 813
4. OTROS BIENES	444	310	364	342	139	110	229	355
5. TOTAL IMPORTACIONES	3 090	1 823	2 922	7 733	7 358	12 082	28 815	36 967

Fuente: BCRP, SUNAT, Zofratacna y Banco de la Nación.
Elaboración: Gerencia Central de Estudios Económicos

MISCELÁNEAS

**EL PLAZO DE CADUCIDAD ANTE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO EN LA LEY
DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: EL CASO DE LOS PROCEDIMIENTOS
TRILATERALES**

Gerardo Soto Carrillo*

La normativa actual, establece la inexistencia de un plazo para interponer la demanda contencioso-administrativa ante una situación de silencio administrativo negativo, ¿Ello implica una situación de indefensión del administrado contrincante en un procedimiento trilateral? ¿Qué se entiende por la técnica del acto administrativo presunto?

El autor señala que la normativa vigente, permite situaciones de indefensión de los administrados participantes en un procedimiento trilateral, los cuales no tienen la titularidad para ejercer el silencio administrativo negativo. Sostiene, en el presente artículo, que dicha situación puede corregirse utilizando la técnica del acto administrativo presunto o estableciendo un plazo de caducidad ante el silencio administrativo en procedimientos trilaterales.

* Abogado. Asociado del Estudio Payet, Rey, Cauvi Abogados.

El objetivo del presente trabajo es describir una problemática que ha sido pocas veces tratada por la doctrina, que ha analizado las características del silencio administrativo negativo, particularmente en relación con los plazos para iniciar el proceso contencioso-administrativo.

Se trata de la protección que el plazo de caducidad para presentar la demanda otorga a uno de los administrados que intervino en un procedimiento administrativo trilateral; particularmente aquel que, ante el silencio de la Administración Pública, no tiene la facultad de usar el silencio administrativo negativo.

No es objeto de este artículo analizar las ventajas o desventajas de contar en la legislación con mecanismos de silencio administrativo. Otros estudios han manifestado perspectivas favorables y desfavorables, algunas de las últimas con incidencia en la permanencia de este mecanismo como la búsqueda a fuerza de un acto susceptible de impugnar, propio del contencioso-administrativo de revisión y no del contencioso-administrativo de plena jurisdicción. Nuestro análisis y descripción toma como presupuesto que nos encontramos ante una legislación que ha optado por establecer la técnica del silencio administrativo negativo para permitir que el administrado pueda acceder a la instancia administrativa superior o al proceso contencioso-administrativo.

A lo largo del texto, se usan los términos “proceso contencioso-administrativo” y “proceso administrativo” como sinónimos.

I. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

Cómo cuestionar ante los órganos jurisdiccionales la inactividad de la

Administración ha constituido un problema desde la concepción de la posible revisión de las actuaciones administrativas ante las cortes.

Los distintos trabajos sobre dicho tema reconocen el artículo de Nieto¹ como el inicio de la discusión doctrinaria sobre la relación entre la inactividad de la Administración y el proceso contencioso-administrativo. En dicho artículo se realiza una distinción entre inactividad formal e inactividad material. La primera se produce cuando la Administración no cumple con su deber de resolver una previa petición de un administrado, creándose una relación jurídica entre ellos. La segunda, la inactividad material, es “una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias”².

Hutchinson recoge esta clasificación y la afirmación respecto a que el silencio administrativo es un mecanismo para aliviar la inactividad formal de la Administración³. El silencio administrativo negativo no sustituye la decisión administrativa, solamente intentará “aliviar” el problema permitiendo la impugnación, o más propiamente, el acceso a la jurisdicción. De acuerdo al mencionado autor, el silencio administrativo como mecanismo para evitar que la omisión de resolver de la Administración impida su revisión jurisdiccional, fue instaurado en Francia, en el decreto del 28 de noviembre de 1864 y la Ley del 07 de julio de 1900⁴.

Los autores que han tratado el tema se refieren de forma unánime a la creación del silencio administrativo negativo como una garantía a favor del administrado⁵. Normalmente es entendido como una ficción legal que le permite acceder a la instancia administrativa superior (o a la misma si procede un recurso impropio administrativo) o a un proceso jurisdiccional, a nuestros efectos, al proceso contencioso-administrativo; aunque también

¹ NIETO, Alejandro. “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo”. En: Revista de Administración Pública 37. 1962. pp. 75-126.

² NIETO, Alejandro. Op. cit. p. 80.

³ HUTCHINSON, Tomás. “La inactividad de la administración y su control”. En: “Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial. Jornadas organizadas por la Universidad Austral”. Buenos Aires: Ediciones RAP. 2002. p. 164.

⁴ NIETO, Alejandro. Op. cit. Loc. cit.

⁵ REAL FERRER, Gabriel. “La inactividad de la administración en la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998”. En: “El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. Ramón Martín Mateo”. 2000. REJTMAN FARAH, Mario. “Impugnación judicial de la actividad administrativa”. Buenos Aires: La Ley. 2000. pp. 81 y siguientes. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás FERNÁNDEZ.

es aplicable para otro tipo de procesos, particularmente en el Perú al proceso de amparo.

García de Enterría y Fernández plantean la perspectiva tradicional del silencio administrativo negativo como una “mera ficción legal de efectos exclusivamente procesales dirigida a facilitar el acceso de los interesados a la vía jurisdiccional”⁶, no se trata de una forma de conclusión del procedimiento administrativo, y por tanto la Administración mantiene la obligación de resolver de forma expresa.

Ésta ha sido la concepción que ha acogido en el Perú la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁷. El artículo 188 de dicha Ley señala, respecto al silencio administrativo negativo:

“Artículo 188.- Efectos del silencio administrativo
(...)”

3. El silencio administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes.
4. Aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos.
5. El silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación.

(...)”

Sobre el régimen particular de la Ley de Procedimiento Administrativo se ha mencionado:

“Probablemente la mayor novedad de la Ley, en lo relativo a la terminación del procedimiento

administrativo, reside en el artículo 188 que virtualmente regula el régimen del silencio administrativo, sin perjuicio de otras normas dispersas en la misma Ley que establecen el tipo de silencio aplicable en casos concretos. El citado precepto parte de una concepción del silencio administrativo en función de la modalidad positiva o negativa como haya sido establecido por la norma pertinente. Para la Ley el silencio administrativo negativo es una simple ficción legal de efectos meramente procesales establecidos en beneficio del particular para permitirle el acceso de la impugnación judicial de las decisiones administrativas. El silencio administrativo negativo combate la omisión, el retardo o la demora de la Administración en cumplir su deber de resolver. No es equiparable a un acto administrativo presunto, porque en verdad no se trata de un acto administrativo en sentido desestimatorio, es más bien un hecho al cual la ley le asigna efectos jurídicos que no expresa voluntad alguna de la Administración, carece de sentido en sí mismo si no es para ser impugnado por decisión del administrado”⁸.

No cabe duda entonces que la perspectiva que ha adoptado la Ley de Procedimiento Administrativo General es concordante con aquellos desarrollos teóricos antes descritos, desde los cuales se ha entendido como corolario que la aplicación del silencio administrativo negativo *nunca* puede causar perjuicio al administrado [El énfasis es nuestro.]

Es este corolario (y sus consecuencias) el principal objeto de análisis en el presente trabajo, especialmente en su relación con los plazos de caducidad para el acceso al proceso administrativo tratándose de procedimientos bilaterales.

II. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PERUANO Y LOS PLAZOS DE CADUCIDAD

El Código Procesal Civil de 1993 reguló el proceso contencioso-administrativo, bajo la

“Curso de Derecho Administrativo”. Tomo II. Madrid: Civitas. 2001. pp. 591 y siguientes. JUAN LIMA, Fernando E. “El silencio administrativo: problemas actuales”. En: CASSAGNE, Juan Carlos. “Procedimiento y proceso administrativo”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2005.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás FERNÁNDEZ. Op. cit. pp. 596–597.

⁷ Publicada el 11 de abril de 2001, con vigencia desde el 11 de octubre del mismo año.

⁸ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge “Comentarios a la nueva ley del procedimiento administrativo general”. En: AAVV “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General- Ley 27444”. Lima: ARA. 2001. p. 72.

denominación de “Impugnación de acto o resolución administrativa”. Independientemente de los errores técnicos de dicha regulación, interesa describir los requisitos del acceso en casos de silencio administrativo:

“Artículo 541.- Admisibilidad.- Son requisitos para su admisibilidad que:

(...)

3. Se interponga dentro de los tres meses de notificada o publicada la resolución impugnada, lo que ocurra primero, o de producida resolución ficta por silencio administrativo. (...)”

Como se puede apreciar, el Código asumía que el silencio administrativo producía una resolución ficta, señalando además un plazo de caducidad de tres meses⁹. Se trataba de una perspectiva técnicamente errónea del silencio administrativo negativo, ya que – como se ha descrito – éste no produce un acto presunto, sólo es una ficción que permite al administrado impugnar y acceder a la jurisdicción¹⁰.

Este régimen fue modificado mediante la Ley 26810, publicada el 18 de junio de 1997, con el texto siguiente:

“(…) 3. Se interponga dentro de los tres meses de notificada o publicada la resolución impugnada, lo que ocurra primero. En los casos que se produzca silencio administrativo de conformidad con las normas pertinentes, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier momento.”

La modificación fue alabada, adoptando los criterios expuestos por la doctrina que ya hemos descrito y concluyendo que:

“La producción del silencio administrativo jamás puede determinar el inicio del cómputo de los plazos para interponer la correspondiente demanda ante el Poder Judicial. La virtual inexistencia de plazos para que el particular interponga demanda contra la Administración ante el Poder Judicial en caso de producirse silencio administrativo negativo no atenta en modo alguno contra el principio de seguridad jurídica, el que más bien es violentado cuando es la propia Administración Pública la llamada a garantizarlo, la que no cumple con el deber de resolver los procedimientos administrativos llevados a su conocimiento dentro de los plazos establecidos por la ley”¹¹.

Posteriormente dicha apreciación será cuestionada, en su aplicación al caso específico de los procedimientos trilaterales.

En el año 2000, el Código Procesal Civil volvió a modificarse en este extremo. La Ley 27352, publicada el 09 de octubre de 2000, regresó a la idea original del Código pero con una reducción sustancial del plazo para acceder al proceso contencioso-administrativo, con el texto siguiente:

“(…) 3. Se interponga dentro de los treinta (30) días de notificada la resolución impugnada de acuerdo a Ley, o en el mismo plazo, producido el silencio administrativo de conformidad con los dispositivos vigentes.”

Si bien el nuevo texto no reproduce la referencia a “resolución ficta” incluida en el texto original del Código Procesal Civil, en la práctica el efecto era idéntico, pues se expresaba la existencia de un plazo (de caducidad) ante la producción del silencio administrativo.

⁹ Aunque el Código Procesal Civil no calificó expresamente el plazo como uno de caducidad, así lo entendió la jurisprudencia de la Corte Suprema peruana. Por ejemplo, la Sentencia de Casación 229-95-CALLAO (publicada el 14 de mayo de 1998) en la cual se señaló: “Segundo.- Que el plazo contemplado en el inciso 3 del artículo 541 del Código Procesal Civil para la impugnación de una resolución administrativa es uno de caducidad.” A su vez, la Sentencia de Casación 2082-98-HUaura (publicada el 16 de marzo de 1999) manifestó: “Segundo.- Que, el plazo de caducidad de la acción contenciosa administrativa es de tres meses de notificada o publicada la resolución impugnada, lo que ocurra primero, o de producido el silencio administrativo de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 541 del Código Procesal Civil.”

¹⁰ Danós da cuenta de una ejecutoria de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República de 1995, la cual consideró que dado que la normativa sobre procedimientos administrativos establecía al silencio negativo como una facultad del administrado, éste podía interponer en cualquier momento la demanda contencioso-administrativa. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración”. En: *Ius et Veritas*. 1996. p. 229.

¹¹ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Las llamadas resoluciones que ‘causan estado’”. En: *Revista de la Academia de la Magistratura*. 1998. p. 219.

En octubre de 2001, otra vez, el régimen cambia, no ya con una modificación del Código, sino con la entrada en vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Como ya hemos señalado, el numeral 5 de su artículo 188 dispone que “El silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación”.

En julio de 2001 se publicó el “Proyecto de ley que regula el proceso contencioso administrativo”, elaborado por una comisión de expertos nombrada por el Ministerio de Justicia. En dicho proyecto se estableció de manera expresa, en concordancia con el régimen de la Ley de Procedimientos Administrativos que ante el silencio administrativo (no se distingue entre negativo o positivo) no se computa plazo para interponer la demanda contencioso-administrativa¹².

Sin embargo, el texto de la Ley 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo (Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo)¹³, señaló un plazo para interponer la correspondiente demanda ante supuestos de silencio administrativo. De esta manera, su artículo 17 señaló:

“Artículo 17.- Plazos.

La demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos:

(...)

3. Cuando se produzca silencio administrativo, inercia y cualquier otra

omisión, el plazo para interponer la demanda será de seis meses computados desde la fecha que venció el plazo legal para expedir la resolución o producir el acto administrativo solicitado.

(...)

Cuando la pretensión sea planteada por un tercero al procedimiento administrativo que haya sido afectado con la actuación administrativa impugnada, los plazos previstos en el presente artículo serán computados desde que el tercero haya tomado conocimiento de la actuación impugnada.

Los plazos a los que se refiere el presente artículo son de caducidad.”

El texto original de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo estableció entonces un plazo de caducidad en casos de silencio administrativo, al igual que lo hizo la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España en 1998¹⁴, y su antecesora de 1956.

Los efectos del vencimiento del plazo de caducidad son de una intensidad mayúscula¹⁵, al impedir que se inicie cualquier otro proceso judicial (no se restringe a otro proceso contencioso-administrativo) sobre la actuación impugnada respecto de la cual venció el plazo¹⁶. Ello incluye, desde una perspectiva estructural de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, a un eventual proceso contra la Administración, solicitando indemnización por daños y

¹² El Proyecto fue publicado como separata especial del diario oficial “El Peruano” el 05 de julio de 2001. Su Exposición de Motivos hizo expresa referencia al régimen de la Ley de Procedimientos Administrativos Generales en este rubro: “El numeral 3) señala expresamente que en los casos de inercia o silencio no se computa el plazo para interponer la demanda conforme a la naturaleza del silencio administrativo negativo, que como se sabe constituye una técnica de garantía para el particular frente a la inactividad formal de la administración que opera siempre en beneficio del particular y jamás a favor de la administración. Por tanto, al constituir el silencio administrativo negativo una figura de ejercicio opcional para el particular quien puede optar por formular la demanda judicial, o en su defecto, esperar por tiempo indeterminado el pronunciamiento expreso de la administración pública pertinente, no cabe el cómputo de plazos para acudir al contencioso-administrativo porque se le estaría otorgando a la administración pública una posición más ventajosa con relación a los particulares que si hubiere cumplido con su deber legal de resolver. Esta regla es también concordante con lo establecido en el Artículo 188.5 de la nueva Ley 2744[4] de Procedimiento Administrativo General conforme al cual “el silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación”.

¹³ Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 07 de diciembre de 2001, con vigencia desde el 17 de abril de 2002.

¹⁴ Ley 29/1998 del 13 de julio de 1998.

¹⁵ “El principio jurídico que se relaciona con la caducidad del recurso contencioso es la perentoriedad pero con esta diferencia: la caducidad hace perder un derecho de fondo mientras que la perentoriedad afecta a una secuela procesal.” FIORINI, Bartolomé A. “Qué es el contencioso”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1997. p. 264.

¹⁶ Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo:

perjuicios derivados de la incorrección de la actuación impugnante.

Por último, el Decreto Legislativo 1067¹⁷ modificó diversos artículos de dicha Ley, incluyendo el numeral 3 del artículo 17, de acuerdo al siguiente texto:

“Artículo 17.- Plazos.

La demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos:

(...)

3. Cuando se trate de silencio administrativo negativo, se observará lo establecido en el numeral 5 del artículo 188 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Carece de eficacia el pronunciamiento hecho por la administración una vez que fue notificada con la demanda. Si el acto expreso se produce antes de dicha notificación, el órgano jurisdiccional podrá, a solicitud del actor, incorporar como pretensión la impugnación de dicho acto expreso o concluir el proceso. Cuando se trate de inercia o cualquier otra omisión de las entidades distinta del silencio administrativo negativo, no se computará plazo para interponer la demanda”¹⁸.

Por ello, en la actualidad la regulación vigente, al hacer remisión al artículo 188.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, ha eliminado el plazo de caducidad para interponer la demanda contencioso-administrativa, en los casos en que ha operado el silencio administrativo negativo.

A modo de resumen, presentamos en el siguiente cuadro la evolución del tratamiento legislativo de los plazos de caducidad

para plantear la demanda contencioso-administrativa ante supuestos de silencio administrativo negativo, en comparación con los plazos de caducidad para impugnar actos expresos, desde la vigencia del Código Procesal Civil de 1993:

Tabla 1: Plazos de caducidad en el proceso contencioso-administrativo desde 1993

Norma	Acto expreso	Silencio administrativo	Vigencia
Código Procesal Civil (C.P.C.)	Tres meses	Tres meses de producido el silencio	28 de julio de 1993
C.P.C. modificado por Ley 26810	Tres meses	No se computa plazo	19 de junio de 1997
C.P.C. modificado por Ley 27352	30 días hábiles de notificado	30 días hábiles de producido el silencio	10 de octubre de 2000
LPAG ¹⁹	-----	No se computa plazo	11 de octubre de 2001
LPCA ²⁰	Tres meses	Seis meses de producido el silencio	17 de abril de 2002
LPCA modificada por D.Leg. 1067	Tres meses	No se computa plazo	29 de junio de 2008

En sede nacional no se ha cuestionado la constitucionalidad de los plazos de caducidad generales establecidos para el proceso contencioso-administrativo. García Pullés²¹ da cuenta de la discusión doctrinaria en Argentina, finalmente terminada por una sentencia de la Corte Suprema de dicho país en 1995. En palabras de dicho autor: “Allí se sostuvo que esos plazos constituyen una prerrogativa procesal propia de la Administración Pública, que es consecuencia del régimen exorbitante del Derecho privado que impera en la relación *ius* administrativa y que la limitación que importan no es susceptible de impugnación constitucional.”²².

En verdad, de acuerdo a la legislación peruana, sería extremadamente particular considerar

“Artículo 21.- Improcedencia de la demanda. La demanda será declarada improcedente en los siguientes supuestos:

(...) 2. Cuando se interponga fuera de los plazos exigidos en la presente Ley. El vencimiento del plazo para plantear la pretensión por parte del administrado, impide el inicio de cualquier otro proceso judicial con respecto a la misma actuación impugnante. (...)”.

¹⁷ Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 28 de junio de 2008.

¹⁸ A la fecha, la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo y sus modificaciones han sido incluidas en un texto único ordenado aprobado por el Decreto Supremo 13-2008-JUS, que ha variado la numeración original de sus artículos.

¹⁹ Ley del Procedimiento Administrativo General.

²⁰ Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo.

²¹ GARCÍA PULLÉS, Fernando. “Tratado de lo contencioso administrativo”. Tomo I. Buenos Aires: Hammurabi. 2004. p. 501 y siguientes.

²² GARCÍA PULLÉS, Fernando. Op. cit. p. 522.

inconstitucional, los plazos de caducidad para el acceso al proceso administrativo, debido a que nuestra legislación de procedimiento administrativo establece plazos de caducidad aún menores para interponer el recurso de apelación o revisión. Según la Ley de Procedimiento Administrativo General, de no impugnarse un acto administrativo dentro del plazo, el mismo adquiere la calidad de firme, no siendo susceptible de posterior impugnación administrativa ni judicial²³.

El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido este régimen, incluso respecto de la legislación de procedimientos administrativos previa a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Así, en su sentencia del 05 de noviembre de 1998, dentro de un proceso de amparo presentado por un usuario del servicio telefónico contra la empresa concesionaria y el regulador del sector, el Tribunal señaló que, debido a que se habían vencido los plazos para impugnar en la vía administrativa, se consintió la decisión inicial. Dichos plazos eran de quince días, tanto para interponer recurso de reconsideración, como recurso de apelación²⁴.

Con mayor énfasis se pronuncia en la sentencia del 24 de marzo de 2004, ya con la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo General, señalando "(...) este

Tribunal debe recordar que la no impugnación administrativa dentro del plazo señalado por la ley tiene el efecto de generar la cualidad de cosa decidida, tornando inimpugnable la decisión, ya sea en la misma vía administrativa, si ese fuera el caso, ya sea en sede judicial"²⁵.

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que el Tribunal Constitucional no considera inapropiado –ni muchos menos inconstitucional– la existencia o duración del plazo de caducidad para impugnar dentro de la vía administrativa, plazo que en la actualidad es de quince días hábiles según la Ley de Procedimiento Administrativo General^{26 27}.

Parece muy poco probable, entonces, un cuestionamiento de inconstitucionalidad del plazo de tres meses para interponer la demanda contencioso-administrativa, señalado en la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

En el año 2006 el Ministerio de Justicia, por Resolución Ministerial 026-2006-JUS²⁸, constituyó una comisión de expertos con la finalidad de proponer modificaciones a la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo. El 29 de julio de 2006 se publicó en el diario oficial la Resolución Ministerial 336-2006-JUS ordenando que el proyecto elaborado por la Comisión y

²³ Ley del Procedimiento Administrativo General
"Artículo 212.- Acto firme.

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto."

²⁴ Expediente 726-96-AA/TC. Señala en su fundamento jurídico segundo: "2. Que, por consiguiente, y a efectos de acreditar las condiciones de procedibilidad de la presente acción o, en su caso, la legitimidad o no del petitorio formulado, debe empezar por señalarse que para el presente caso resulta de aplicación el artículo 27 de la Ley 23506, toda vez que, si conforme al artículo 7 de la Resolución 007-94-OSIPTEL el demandante tenía quince días hábiles para interponer su Recurso de Reconsideración o, en su defecto, el de apelación, no ha debido presentar su medio impugnatorio con fecha dieciocho de julio de mil novecientos noventa y cinco (fojas cinco) si desde el doce de junio de mil novecientos noventa y cinco la demandada, esto es, Telefónica del Perú, le había informado mediante carta respecto de la desestimación de su reclamo. El haber recurrido fuera de término supone, por consiguiente, haber dado por consentido lo resuelto previamente por la emplazada y, al mismo tiempo, dejar de lado la antes citada regla de las vías previas como requisito de acceso al proceso constitucional."

²⁵ Expediente 0858-2003-AA/TC. Puede verse también la sentencia del 1 de diciembre de 2012 emitida en el expediente 4936-2009-PA/TC.

²⁶ Ley de Procedimientos Administrativos Generales
"Artículo 207.- Recursos administrativos.

207.1 Los recursos administrativos son: a) Recurso de reconsideración. b) Recurso de apelación. c) Recurso de revisión. 207.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días."

²⁷ El plazo es el mismo que el establecido en la legislación previa a la Ley de Procedimientos Administrativos Generales, recogida en el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimiento Administrativo, aprobado por Decreto Supremo 02-94-JUS.

²⁸ Publicada el 27 de enero de 2006.

su Exposición de Motivos fuera publicado en la página web institucional para que la ciudadanía pudiera efectuar comentarios y sugerencias.

La propuesta de la Comisión, en lo relacionado con el tema de este trabajo, fue la siguiente:

“Artículo 17.- Plazos.

La demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos:

3. Cuando se trate de silencio administrativo negativo, inercia o cualquier otra omisión de las entidades, podrá incoarse en cualquier momento, hasta que se produzca el acto expreso de la entidad. Carece de eficacia el pronunciamiento hecho por la administración una vez que fue notificada con la demanda. Si el acto expreso se produce antes de dicha notificación, el órgano jurisdiccional podrá, a solicitud del actor, incorporar como pretensión la impugnación de dicho acto expreso. (...)”

La Exposición de Motivos del proyecto sustentó la propuesta señalando:

“Respecto a los plazos para interponer la demanda, la Comisión consideró necesario incorporar las siguientes modificaciones (artículo 9)

- En los incisos tercero y cuarto se hace la distinción del plazo según se trate del silencio administrativo negativo o del positivo. Cuando se impugna el silencio negativo, de la mano con la posición constitucional establecida por el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias, el afectado podrá incoar el proceso en cualquier momento, hasta que se produzca el acto expreso de la entidad. En caso la entidad notifique la decisión extemporáneamente, carece

de eficacia para el administrado, pero si el acto expreso fuera producido antes de la notificación con la demanda, el órgano jurisdiccional procederá conforme a la ampliación de la demanda prevista en el artículo 16, incorporando el acto expreso en el proceso.

- Cuando un tercero afectado por el silencio positivo obtenido por otra administrados, puede presentar la demanda en el plazo regular sólo que el plazo se contará a partir del momento en que los legitimados tuvieron conocimiento de la estimación presunta”.

Como se puede apreciar, la propuesta de la Comisión fue acogida por el Decreto Legislativo 1067 que modificó la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, en el sentido de establecer que, para casos de silencio administrativo negativo, el administrado legitimado para impugnar ante dicho silencio no tiene plazo de caducidad alguno.

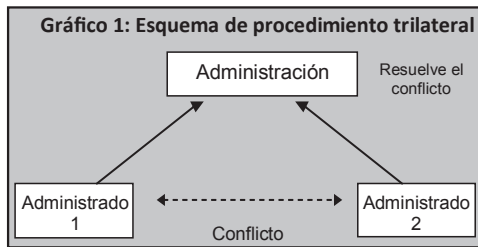
Ante dicho escenario normativo y doctrinario, que no considera excepciones para casos de procedimientos administrativos trilaterales, resulta importante analizar las consecuencias particulares de la inexistencia de un plazo de caducidad en relación con este último tipo de procedimiento.

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRILATERAL

Un procedimiento administrativo trilateral o triangular es aquel en el cual la Administración debe decidir sobre un conflicto entre dos administrados. Las materias, normalmente, estarán relacionadas con un interés público que el Estado ha reconocido²⁹, interés público que legitima su intervención administrativa en el conflicto. La decisión que emitirá la Administración favorecerá el interés de uno de los administrados a la vez que perjudicará

²⁹ De otra manera, el conflicto sería resuelto por el Poder Judicial de manera originaria. En el Perú, Martín y Morón han señalado, por separado, la relación de la materia en conflicto con el interés público. MARTÍN TIRADO, Richard. “El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva ley del procedimiento administrativo general”. En: AAVV “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley 27444. Segunda Parte”. Lima: ARA. 2003. pp. 461-495; MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Los procedimientos trilaterales”. En: AAVV “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley 27444”. Lima: ARA. 2001. pp. 327-339.

el interés del otro³⁰. Este esquema se plantea en el Gráfico 1:



No considero un procedimiento administrativo trilateral a aquel que en alguna de sus etapas tiene como una de las “partes” a una Administración que ha actuado en el procedimiento (normalmente como primera instancia) bajo sus potestades de Derecho Público. No es pertinente a efectos de este trabajo profundizar en este punto específico.

La Ley de Procedimiento Administrativo General ha establecido reglas generales para el procedimiento administrativo trilateral, y lo ha definido en su artículo 219:

“Artículo 219.- Procedimiento trilateral

1. El procedimiento trilateral es el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de

la administración y para los descritos en el inciso 8) del artículo I del Título Preliminar de la presente Ley. (...)”

La última remisión de la norma se refiere a los casos en los cuales personas jurídicas de derecho privado prestan servicios públicos o ejercen funciones administrativas, las cuales son consideradas, a efectos de la Ley de Procedimientos Administrativo General, como “entidades” de la Administración Pública³¹. Como una de las características importantes se encuentra la reducción de la intensidad de la actividad probatoria a la que la Administración se encuentra obligada, a fin de no sustituir la carga de la prueba que le corresponde a las partes. La Ley de Procedimientos Administrativo General lo establece como una atenuación del denominado principio de “verdad material”³².

Cabe también señalar que la Ley 29060 –Ley del Silencio Administrativo– establece como uno de los supuestos de aplicación del silencio administrativo negativo el caso de los procedimientos administrativos bilaterales³³. Ello incluye a todas las etapas de dicho procedimiento, incluyendo la etapa de impugnación en vía administrativa.

Estos planteamientos básicos son suficientes a nuestros efectos, debiendo enfatizar el hecho

³⁰ Sobre este tipo de procedimiento se ha señalado: “Ocurre, en efecto, que en ocasiones el procedimiento administrativo, que normalmente presenta una fisonomía lineal –la Administración es al mismo tiempo juez y parte–, adopta un aspecto triangular –la Administración aparece decidiendo en un conflicto entre particulares, de manera que carece en absoluto de la condición de parte, pues es totalmente ajena a la relación jurídica discutida.” GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. “Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos”. En: Revista de estudios de la vida local. 1981. p. 432.

³¹ Lo cual no las “transforma” en Administración Pública, sólo implica la aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos Generales a sus procedimientos.

³² Ley de Procedimientos Administrativos Generales: “Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

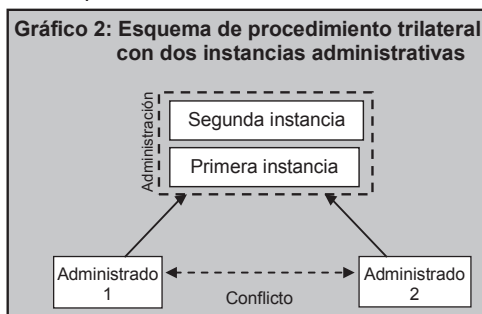
1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley; aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. En el caso de procedimientos bilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.”

³³ Ley 29060: Primera Disposición Transitoria: “Silencio administrativo negativo.- Excepcionalmente, el silencio administrativo negativo será aplicable en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial; la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación, en aquellos procedimientos bilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado; y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas. (...)”.

que en un procedimiento administrativo trilateral lo que se decida por la Administración a favor del interés de un administrado será a la vez un perjuicio o afectación al interés del administrado contrincante.

IV. EL CASO PARTICULAR: EL ADMINISTRADO A CUYO FAVOR SE DICTÓ UNA DECISIÓN ADMINISTRATIVA IMPUGNADA DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRILATERAL

Con los breves datos proporcionados en las secciones anteriores, es momento de describir el caso particular, pero en modo alguno infrecuente, de un procedimiento administrativo trilateral en el cual la Administración tiene dos instancias. Se accede a la segunda instancia a través de un recurso de apelación en la vía administrativa. Este esquema se muestra en el Gráfico 2:



Examinemos este escenario: el Administrado 1 inicia un procedimiento trilateral ante la Administración, en el cual solicita se declare que el Administrado 2 le debe cierta cantidad de dinero. Aunque parezca algo extraño, este supuesto es bastante frecuente en controversias iniciadas por empresas de servicios públicos demandando a otras por el pago de cargos de acceso u otro tipo de retribuciones por uso de su red o infraestructura, o por el suministro de determinado servicio. El tema es más claro en pagos por concepto de cargos de interconexión en el sector de telecomunicaciones.

El ejemplo monetario ha sido elegido debido a que presenta de una forma explícita el problema que se generará, aunque el análisis es aplicable a otro tipo de pedidos, por ejemplo, la solicitud de uno de los administrados a la Administración a fin de ordenar a otro administrado que cese una actividad que perjudica al primero.

Regresando al ejemplo, el Administrado 1 inició el procedimiento administrativo trilateral, en el cual se ofrecieron y actuaron los medios probatorios pertinentes, y posteriormente se emitió decisión de primera instancia administrativa totalmente a favor del Administrado 2. Ante dicha circunstancia, el Administrado 1 apela dentro del plazo, a fin que la segunda (y última) instancia administrativa revoque la decisión de primera instancia.

Se produce aquí el problema: el órgano de segunda instancia administrativa no resuelve. Como se ha descrito, los procedimientos trilaterales, aun en su etapa recursiva, se sujetan al régimen del silencio administrativo negativo.

El Administrado 1 se verá, considerando la mejor doctrina sobre el silencio administrativo y el régimen hoy vigente —que ya hemos descrito—, ante dos alternativas: (i) esperar el pronunciamiento de la segunda instancia administrativa o (ii) proceder a iniciar judicialmente el proceso administrativo en cualquier momento, sin restricción de plazo. Puede, a su libre albedrío, esperar el pronunciamiento de la segunda instancia administrativa o interponer la demanda contencioso-administrativa en cualquier momento.

No obstante este régimen genera una importante afectación al Administrado 2, que obtuvo una decisión favorable en la primera instancia administrativa.

Imaginemos que el Administrado 1 ha optado por esperar el pronunciamiento de la segunda instancia administrativa, ya que su poder financiero hace que lo que espera cobrar del Administrado 2 le sea poco apreciable, y la espera no lo daña financieramente.

A su vez, el Administrado 2 —a cuyo favor se pronunció la primera instancia administrativa— tiene una contingencia importante, dado que para él, lo que el Administrado 1 le pretende cobrar sí constituye un monto porcentualmente sustancial de su capital. Esta contingencia le hace difícil conseguir créditos y establecer garantías frente a terceros. Ante ello, con la convicción que le asiste el derecho de fondo, el Administrado 2 busca un mecanismo para que la incertidumbre acabe definitivamente.

Aún más, asumamos que estos administrados compiten en el mercado. El Administrado 1 conoce del problema de su contraparte y por tanto, le beneficia la incertidumbre, pues posiblemente la última saldrá del mercado. Compara una eventual pérdida financiera de no cobrar (sólo en el supuesto que crea que tiene razón sobre el fondo del conflicto) con las ganancias que recibirá por la salida del mercado de su competidor³⁴.

¿Qué mecanismo puede utilizar el administrado respecto del cual ya la Administración –en primera instancia– ha resuelto a su favor?

El abogado del Administrado 2 se encuentra ante una paradoja. La Administración se ha pronunciado a favor de su cliente, pero dicha decisión fue apelada por el Administrado 1. Como el Administrado 2 no apeló (no podía, ya que al ser la decisión a su favor, carecía del agravio que legitimara su impugnación), no tiene la opción de esperar el pronunciamiento de la Administración (que no solicitó) y por tanto tampoco puede acceder al proceso administrativo.

Cuando converse con sus abogados conocidos, especialistas en derecho administrativo, éstos le explicarán que el sistema es perfectamente concordante con la doctrina más avanzada y unánime sobre la aplicación del silencio administrativo negativo.

Ha quedado así planteado el problema central, posteriormente se describirá alguna extensión de este ejemplo, con prácticamente los mismos resultados.

V. PRONUNCIAMIENTOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL PLAZO DE ACCESO AL PROCESO ADMINISTRATIVO EN CASOS DE SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

En uno de los primeros rubros describimos muy brevemente la doctrina imperante

sobre la aplicación del silencio administrativo negativo, de la cual se deriva el impedimento del cómputo de plazos para el acceso al proceso administrativo, respecto de aquel administrado que impugnó en vía administrativa.

El análisis del tema ha sido desarrollado por diversos especialistas en España, país en el cual la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1956 y la vigente Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998, contienen plazo para acceder al proceso administrativo en caso de silencio administrativo negativo³⁵.

La Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1956 estableció dos reglas: (i) una general, con plazo de un año desde que se configuraba la denegación presunta, aplicable a todas las peticiones y recursos, salvo el de reposición y (ii) una especial, aplicable al recurso de reposición, con plazo de un año desde la interposición de dicho recurso³⁶. Para la aplicación de la regla general era necesario que hubieran transcurrido tres meses de la interposición del pedido o recurso, que el interesado denuncie la mora y además esperar otros tres meses. González Pérez, en un artículo de 1965, señala que con la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 se eliminaron estos trámites para el recurso de apelación, pero que ello no varió el plazo de acceso al contencioso-administrativo, siendo aplicable la regla general antes descrita³⁷. En dicho trabajo no se critica la existencia de plazos de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa ante supuestos de silencio administrativo negativo, se limita a afirmar la aplicación de la regla general descrita a los casos de recursos de apelación respecto de los cuales se configura el silencio.

García de Enterría sí se refiere al asunto en un artículo del mismo año³⁸, aunque

³⁴ Asumimos que el Administrado 1 actúa de buena fe, bajo la convicción de que, ante una revisión imparcial, se resolverá el conflicto a su favor. Sin embargo, la situación será más interesante si el Administrado 1 tiene la creencia contraria, y actúa estratégicamente utilizando el mecanismo del silencio administrativo negativo para impedir el acceso a la jurisdicción de su contrincante.

³⁵ Régimen materialmente dejado sin efecto por diversas sentencias del Tribunal Constitucional de España, como posteriormente se describirá.

³⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. "El plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta de recurso de alzada". En: Revista de Administración Pública. 1965. p. 242.

³⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. cit. p. 246.

enfocándolo desde la perspectiva de la “resolución expresa tardía”, aquella que es emitida por la Administración luego de vencido el plazo que tenía el administrado para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa ante el silencio. Su conclusión es que dicha decisión expresa es válida y reabre un nuevo plazo de acceso al proceso, aquel aplicable a las decisiones expresas. El autor critica una tendencia jurisprudencial del Tribunal Supremo español que consideraba inadmisibles las demandas contencioso-administrativas contra denegaciones expresas emitidas por la Administración luego de vencido el plazo que tenía el administrado para impugnar judicialmente ante el silencio.

Los principales argumentos del Tribunal Supremo eran los siguientes: (i) carácter improrrogable de los plazos, (ii) al no haber impugnado el particular la denegación por silencio, se consintió la denegatoria ficta o tácita y (iii) el transcurso del plazo que originó el silencio produjo una resolución administrativa tácita, que impide a la Administración resolver posteriormente sobre el asunto.

La crítica del autor es certera y contundente. El silencio negativo no produce un acto tácito o ficto susceptible de ser consentido, por tanto no puede devenir en firme ni definitivo. Se trata sólo de una ficción legal que permite al administrado, si así lo desea, usarlo en su favor para obtener posteriormente una decisión administrativa o revisar la que se hubiera emitido en primera instancia³⁹.

Desde una perspectiva parecida, Fernández⁴⁰ propone una solución a la antinomia existente entre las características del silencio administrativo y la existencia de los plazos

en la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1956, particularmente referida al caso de un acto administrativo emitido (acto inicial) y cuya impugnación en vía administrativa no fue resuelta y generó el silencio negativo. Nótese que se trata del caso de nuestro ejemplo, pero bajo un procedimiento lineal o bilateral, no trilateral. El análisis –indudablemente correcto– señala que dicho acto inicial no queda firme ni consentido en momento alguno, dado que el silencio negativo respecto de su impugnación en vía administrativa no genera acto presunto. La solución implica reconocer que, dado el plazo señalado en la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1956, transcurrido éste no podía iniciarse el proceso contencioso-administrativo directamente; sin embargo, como el acto inicial no es firme todavía, el administrado puede iniciar en vía de petición un nuevo procedimiento, y acceder a través de él a la vía judicial. La visión del autor se centra en señalar que es justamente esa carencia de firmeza del acto inicial la sanción institucional al incumplimiento de la Administración de pronunciarse de forma expresa: “El obstáculo de la limitación de los plazos procesales queda así superado sin que resulte contradictorio el precepto legal que lo establece”⁴¹.

Linde Paniagua, en 1977, da cuenta de la todavía zigzagueante jurisprudencia sobre el tema⁴². El caso planteado por el autor se refiere a la posibilidad que, una vez transcurrido el plazo de un año señalado en la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1956 para acudir al contencioso-administrativo en caso de silencio, el administrado pueda iniciar nuevamente el procedimiento administrativo. El autor se pronuncia de forma favorable. Si

³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Sobre silencio administrativo y recurso contencioso”. En: Revista de Administración Pública. 1965. pp. 207-227.

³⁹ García de Enterría también da cuenta de una tendencia en ese momento originándose, adoptando la buena doctrina y además cita y alaba una sentencia de 1933 que constituía una excepción a la tendencia jurisprudencial criticada. Dicha sentencia señaló “Hay que tomar como base la naturaleza que el silencio administrativo tiene de ser una presunción establecida precisamente a favor de los derechos e intereses de los administrados y no un medio de eludir obligaciones y compromisos de los organismos administrativos, lo que impide darle una interpretación que perjudique a los mismos a quienes quiso favorecer (...)”; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit. p. 209.

⁴⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás. “Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios”. En: Revista de Administración Pública. 1967. pp. 277-302.

⁴¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Op. cit. p. 299.

⁴² LINDE PANIAGUA, Enrique. “Silencio negativo y posibilidad de recurrir con arreglo al artículo 58 de la LJCA”. En: Revista de Administración Pública. 1977. pp. 283-286.

bien reconoce que el administrado ya no puede acudir al proceso administrativo, sí podrá formular otra vez la petición ante la Administración, con la posibilidad de generar una decisión expresa o un nuevo silencio que le permita acceder a la jurisdicción. Concluye señalando que debería suprimirse el plazo de acceso a la jurisdicción en casos de silencio administrativo negativo, permitiéndose a los administrados presentar la demanda contencioso-administrativa sin límite de tiempo^{43 44}.

García-Trevijano Garnica señala en 1986⁴⁵ que los plazos previstos en la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1956 respecto del silencio administrativo “carecen de toda justificación objetiva, y, en aras del mantenimiento de una supuesta seguridad jurídica, distorsionan la esencia misma del silencio, al limitar la posibilidad de impugnar las denegaciones presuntas, sometiéndolas a un plazo que, aunque sea de un año, carece de toda justificación”⁴⁶. Este autor señala que, transcurrido el plazo de un año, el administrado ya no podrá acceder directamente al proceso administrativo, pero sí podrá reabrir un plazo instando la actuación de la Administración, formulando una nueva petición, interponiendo recurso de reposición, si procede el de apelación, o puede incluso esperar el pronunciamiento expreso.

Una sentencia del Tribunal Supremo de 1988, comentada por González Salinas⁴⁷,

ya adopta la posición de considerar que ante denegatorias presuntas no existe plazo para interponer la demanda contencioso-administrativa.

Posteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se estabilizó, señalando que, con la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, posterior a la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1956, no se podía derivar la existencia de un plazo para la vía judicial cuando era la Administración la obligada a resolver de forma expresa^{48 49}.

La Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 señala en su artículo 46:

“Artículo 46.1.-

El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. *Si no lo fuera, el plazo será de seis meses* y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, *a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.* (...)” [El énfasis es nuestro].

La evolución legislativa de las normas sobre procedimiento administrativo en España,

⁴³ LINDE PANIAGUA, Enrique. Op. cit. p. 286.

⁴⁴ Una perspectiva análoga es expuesta en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás FERNÁNDEZ. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. Madrid: Civitas. 1986. pp. 550-554.

⁴⁵ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. “Recursos contra denegaciones presuntas por silencio administrativo”. En: Revista de Administración Pública. 1986. pp. 31-53.

⁴⁶ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. Op. cit. p. 48.

⁴⁷ GONZÁLEZ SALINAS, Pedro “Los plazos para impugnar las denegaciones presuntas (Sentencia de la sala cuarta del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1988)”. En: Revista Española de Derecho Administrativo. 1988. pp. 267-278.

⁴⁸ Según Pérez, las sentencias de 24 de febrero de 1988, 31 de enero de 1989, 04 de mayo de 1990, 24 de mayo de 1990, 22 de marzo de 1997, 19 de julio de 1997, 26 de julio de 1997, 28 de noviembre de 1998, entre otras. PÉREZ ANDRÉS, Eloísa María. “Una sentencia trascendental sobre la inexistencia de plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo frente al silencio administrativo negativo”. En: Revista de Administración Pública 164. 2004. p. 203.

⁴⁹ Sin embargo, en un trabajo realizado en 1992, Sainz de Robles señala respecto de los plazos establecidos en la LJCA56 para la impugnación de actos expresos y actos presuntos: “Ateniéndonos a dichos plazos, sería inadmisibile todo recurso interpuesto fuera de ellos. Ciertamente, la letra de la Ley no da lugar a otra solución y a ella se ha atendido la jurisprudencia” SAINZ DE ROBLES, Federico Carlos. “El llamado ‘silencio administrativo’: un escándalo en el Estado de Derecho”. En: “La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez”. Tomo I. Madrid: Civitas. 1993 p. 627. El autor es muy crítico de esta situación y, en general, de la técnica del silencio administrativo.

han permitido a sus doctrinarios y tribunales ensayar y aplicar una interpretación particular de la norma transcrita.

Mediante la Ley 30/1992 se aprobó la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El texto original de esta ley calificó al silencio administrativo negativo como un acto presunto, respecto del cual el administrado podía obtener una certificación por parte de la Administración^{50 51}. Emitida la certificación, la Administración se encontraba impedida de resolver.

Posteriormente, siguiendo las críticas que se habían realizado a este planteamiento, se modificó la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, mediante la Ley 4/1999 de 13 de enero⁵². Esta modificación devuelve al mecanismo del silencio administrativo negativo su carácter de ficción legal que posibilita el acceso a la impugnación y a la vía judicial. No se trata ya de un acto administrativo presunto.

Esta serie de eventos legislativos ha llevado a interpretar que la regulación de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 fue establecida en función del texto original de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, entendiendo al silencio administrativo negativo como productor de un verdadero acto ficto o presunto, y bajo dicha visión era coherente fijar plazos para el acceso del proceso administrativo. Una vez modificada la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, se debía interpretar la existencia del plazo de manera acorde con la evolución legislativa.

Soriano⁵³ transcribe buena parte de un auto emitido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, del 25 de noviembre de 1999, el cual sigue el esquema lógico descrito. En el considerando segundo de dicho auto se expresa:

“Sin embargo, debe notarse que el citado artículo 46 de la Ley 29/1998 fue redactado teniendo a la vista el régimen de actos presuntos establecido en la redacción originaria, entonces vigente, de los artículos 43 y 44 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, donde (...) se articulaba un procedimiento para la solicitud y emisión de certificación de actos presuntos, en el cual una vez emitida dicha certificación, la Administración debía ya abstenerse de resolver (...) En esa regulación originaria de la Ley 30/1992 el silencio negativo no era ya una mera ficción habilitada por el legislador para dejar expedita la vía de impugnación jurisdiccional, sino un acto de contenido determinado (denegatorio en caso de silencio administrativo negativo) que la Administración no podría luego modificar mediante resolución expresa de signo diferente. (...) Pues bien, con la reforma de la Ley 30/1992 operada por Ley 4/1999, de 13 de enero, ha recobrado pleno vigor aquella ordenación en la que el silencio negativo es una ficción legal que abre la posibilidad de impugnación pero que deja subsistente la obligación de la Administración de resolver (...) en esta nueva ordenación (...) tiene perfecto encaje aquella doctrina jurisprudencial que

⁵⁰ PARADA, Ramón. “Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre)”. Madrid: Marcial Pons. 1993. pp. 175 y siguientes. También PAREJO ALFONSO, Luciano. “El silencio administrativo en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común”. En: “La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez”. Madrid: Marcial Pons. 1993. pp. 559-586.

⁵¹ Acerca de las tesis sobre la denegación presunta (como acto administrativo particular o como acto administrativo ficticio) -BOQUERA OLIVER, José Ma. “La naturaleza de la denegación y del otorgamiento presunto”. En: “La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez”. Madrid: Civitas. 1993. pp. 600 y siguientes.

⁵² Sobre el particular: VELASCO CABALLERO, Francisco y José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. “La inactividad de la administración en las reformas de la legislación administrativa de 1998 y 1999. Especial referencia al silencio administrativo”. En: Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid 2. 2000. pp. 337-370.

⁵³ SORIANO, José Eugenio. “Silencio administrativo e impugnación jurisdiccional: la resurrección de un Lázaro administrativo”. En: Revista de Administración Pública 151. 2000. pp. 281-286.

citábamos al comienzo de este apartado en virtud de la cual no cabe apreciar extemporaneidad en la vía jurisdiccional cuando la Administración incumple su deber de resolver”⁵⁴.

Idéntica perspectiva es adoptada por García de Enterría y Fernández, para quienes el numeral 1 del artículo 46 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 debe interpretarse en el siguiente sentido: (i) no existe plazo en caso de silencio administrativo negativo, ya que éste ha vuelto a ser configurado por la modificación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común como una ficción legal y no como un acto presunto y (ii) el plazo sí es aplicable, pero sólo para el caso de silencio administrativo positivo, mecanismo que efectivamente crea un acto presunto⁵⁵.

Una posición equivalente, en tanto señala que el artículo 46.1 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 mantiene su aplicación, pero sólo al acto presunto derivado del silencio administrativo positivo es manifestada por Aguado Cudola, exponiendo además que deberían existir ciertos límites a la facultad de aquel que puede utilizar el mecanismo del silencio administrativo negativo, a fin de armonizar la situación con el principio de seguridad jurídica⁵⁶.

Cano describe una jurisprudencia vacilante⁵⁷, haciendo referencia a la ya citada sentencia del 25 de noviembre de 1999, y también a la sentencia del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha del 10 de febrero de 2003, según la cual el plazo de seis meses del artículo 46.1 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 se encuentra vigente y es aplicable al silencio administrativo negativo

si la Administración informó al particular que debía impugnar en el mencionado plazo. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo español del 14 de octubre de 2003 manifestó que si bien el silencio negativo era una ficción legal en beneficio del particular, dicha ficción no podía permanecer indefinidamente, ya que ello violaría el principio de seguridad jurídica⁵⁸.

En octubre de 2003 el Tribunal Constitucional de España emitió la sentencia 188/2003 en un proceso de amparo en el cual se impugnaba la decisión de un Tribunal judicial que había considerado como consentidas decisiones administrativas al no haberse impugnado el acto presunto derivado del silencio administrativo. Un punto debe quedar claro: en esta sentencia no se analiza el plazo de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 para acceder a la jurisdicción en casos de silencio administrativo negativo. En el caso particular, el órgano administrativo de mayor jerarquía había declarado consentidas diversas liquidaciones tributarias al no haberse impugnado ante el silencio administrativo negativo, en más de cinco años, las decisiones administrativas y su recurso de reposición. Contra la decisión expresa de dicho órgano jerárquico, la empresa inicia proceso administrativo, dentro del plazo fijado en la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 para impugnar decisiones expresas. El Tribunal judicial acogió la interpretación realizada administrativamente, considerando consentidos los actos presuntos derivados del silencio administrativo negativo.

El Tribunal Constitucional consideró que:

- El contenido propio de la pretensión sustantiva del demandante no obtuvo una decisión judicial como

⁵⁴ SORIANO, José Eugenio. Op. cit. 284 -285.

⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. Op. Cit. pp. 595- 599. Estos autores también dan cuenta de la sentencia citada del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, señalando que a partir de ella los Tribunales contencioso-administrativos han entendido que no existe plazo para acceder al proceso administrativo en casos de silencio administrativo negativo. p. 603.

⁵⁶ AGUADO I CUDOLA, Vicenc. “Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas”. Madrid: Marcial Pons. 2001. pp. 129-133.

⁵⁷ CANO CAMPOS, Tomás. “Silencio administrativo negativo y plazos para recurrir (Un estudio de la normativa vigente a la luz de la reciente Jurisprudencia Constitucional)”. En: Revista Española de Derecho Administrativo 122. 2004. p. 264.

⁵⁸ El trabajo de Cano analiza las posiciones doctrinarias respecto de la aplicación del artículo 46.1 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 y dos sentencias del Tribunal Constitucional en casos análogos, una de las cuales se expone a continuación.

consecuencia de considerar que el silencio administrativo generaba actos presuntos consentidos. Se trató de “una resolución judicial impeditiva del acceso a la jurisdicción, pues la confirmación judicial de la caducidad de la acción para recurrir las liquidaciones giradas se ha convertido en un obstáculo insalvable para el recurrente en orden a la consecución de una primera resolución judicial sobre el fondo de sus pretensiones”.

- Respecto del derecho de acceso a la jurisdicción “el principio *pro actione* despliega su máxima eficacia, exigiendo que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad”.
- La caducidad de las acciones constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria, pero “nada impide que adquiera una dimensión constitucional cuando la decisión judicial suponga la inadmisión de un proceso como consecuencia de un cómputo en el que sea apreciable un error patente, una fundamentación insuficiente, irrazonable o arbitraria, o se haya utilizado un criterio interpretativo que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón se revele desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva”.
- La doctrina constitucional sobre el silencio administrativo negativo se elabora a fin de garantizar el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, no pudiendo la Administración beneficiarse de su propio incumplimiento de su obligación de resolver. “Si el silencio negativo es una institución creada para evitar los

efectos paralizantes de la inactividad administrativa, es evidente que ante una resolución presunta de esta naturaleza el ciudadano no puede estar obligado a recurrir, siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento con el acto presunto, exigiéndosele un deber de diligencia que no le es exigido a la Administración”. Una posición contraria supondría “una interpretación absolutamente irrazonable desde el punto de vista del derecho de acceso a la jurisdicción, como contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva”.

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional de España simplemente aplica la doctrina relevante para la configuración del silencio administrativo negativo, en la medida que a través de dicho mecanismo no se genera un acto presunto susceptible de ser consentido. La sentencia judicial impugnada en amparo había interpretado la ley de procedimiento administrativo de ese país asumiendo la existencia de un acto presunto, por lo cual, en el proceso contencioso-administrativo no entró al asunto de fondo señalado por el demandante, sólo declaró consentidas las decisiones administrativas. Es a ello a lo que se refiere el Tribunal Constitucional, calificando dicha actuación como una violación al derecho de tutela jurisdiccional efectiva, al no poder el demandante acceder a un pronunciamiento judicial sobre el fondo del tema. Por supuesto, el Tribunal reconoce las exigencias legales de requisitos de procedibilidad, sin embargo en el caso que analizó consideró que no era proporcional la interpretación realizada en la impugnada frente al principio *pro actione*. Fue, entonces, un análisis desde el punto de vista constitucional sobre la configuración del derecho de tutela jurisdiccional efectiva.

Adicionalmente es pertinente señalar que el procedimiento administrativo tributario del caso no era uno de carácter trilateral.

Esta sentencia ha sido comentada por García-Trevijano Garnica⁵⁹, quien la valora

⁵⁹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. “¿Existe plazo para recurrir contra desestimaciones por silencio administrativo negativo? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2003, de 27 de octubre, dictada en el recurso de amparo 1497/2000)”. En: Revista de Administración Pública 163.2004. pp. 157-168.

favorablemente⁶⁰, señalando que recoge la configuración correcta del silencio administrativo negativo. Además, el autor analiza las implicancias de dicha sentencia en el artículo 46.1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 que fija el plazo para acceder al proceso administrativo en casos de silencio⁶¹. Plantea dos alternativas (i) considerar inaplicables las normas que someten a plazo la impugnación de los efectos del silencio administrativo negativo o (ii) entender que permanecen en vigencia y aplicables, sin embargo interpretadas en el sentido de que sólo se trata de opciones al administrado, no pudiéndosele impedir “la utilización de otros instrumentos o argumentos para reabrir plazos”⁶². El autor se inclina por la primera alternativa, concluyendo que la existencia de plazo para acceder al contencioso-administrativo, considerando la existencia de un “acto presunto” fruto del silencio negativo, constituye una violación constitucional al derecho a la tutela judicial efectiva⁶³. Dichas normas serían inválidas al ser posteriores a la Constitución Española de 1978.

Un tema importante tratado por García-Trevijano, aunque brevemente, es la situación jurídica de los problemas que se presentan en los procedimientos triangulares. Sus apreciaciones se describirán más adelante.

El 23 de enero de 2004 el Tribunal Supremo español resolvió un recurso de casación en interés de la ley presentado por una entidad administrativa. En su sentencia señala que, con la modificación efectuada por la Ley 4/1999 a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, “ya no cabe hablar de actos presuntos desestimatorios sino sólo —nuevamente— de una ficción legal que abre la posibilidad de impugnación, en beneficio del

interesado.” La sentencia explica la diferencia con el silencio administrativo positivo y concluye que “el supuesto de desestimaciones por silencio negativo ya no puede entenderse comprendido en la previsión del artículo 46.1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativo, promulgada en momento en que la Ley 30/1992 sí parecía considerar tales desestimaciones como verdaderos actos y no simplemente como una ficción legal”⁶⁴.

Pérez plantea, comentando esta sentencia, diversos argumentos que derivarían en la derogación del artículo 46.1⁶⁵, si bien reconoce que la sentencia no declara derogado dicho artículo. Parece ésta última una conclusión adecuada, ya que el plazo permanece vigente y aplicable a casos de silencio administrativo positivo, del cual sí se derivan actos presuntos⁶⁶.

En el 2006 el Tribunal Constitucional español emitió una serie de sentencias que, en la práctica, parecen convertir en inaplicable el plazo de caducidad ante el silencio administrativo negativo.

La primera de ellas es la Sentencia 14/2006, del 16 de enero de 2006, mediante la cual la Sala Segunda del Tribunal otorgó amparo constitucional, por cuatro votos contra dos, a comunidades de propietarios de dos edificios que habían solicitado al Municipio de su localidad declarar la nulidad de la licencia de construcción otorgada a una empresa constructora. El Municipio no emitió decisión y luego de más de nueve meses, los propietarios presentan demanda contencioso-administrativa. El Juzgado Contencioso Administrativo emitió sentencia declarando la inadmisibilidad por presentación extemporánea, la cual fue confirmada íntegramente por la Sala de lo Contencioso Administrativo de Valencia. Los

⁶⁰ Al igual que lo hace CANO. Op. cit. pp. 264 y siguientes.

⁶¹ Señala que sus apreciaciones también son aplicables a otras leyes que establecen plazos para recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁶² GARCÍA-TREVIJANO. Op. cit. p. 166.

⁶³ Asume la tesis de la invalidez de dichas normas. Por ello, se entiende, no comparte la posición que propone considerar a dichas disposiciones como derogadas.

⁶⁴ Extractos incluidos en el artículo de PÉREZ. Op. cit. pp. 207-208.

⁶⁵ PÉREZ. Op. cit. pp. 203-207.

⁶⁶ Aunque CANO ha planteado algunas dificultades a esta posición, éstas son sólo determinadas por el texto de algunos artículos de la Ley de España. Op. cit. pp. 274 y 275.

propietarios iniciaron un proceso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

La decisión de la mayoría se sustenta en las características doctrinarias del silencio administrativo, en que no se había informado las consecuencias jurídicas del silencio y —otra vez centrando su atención sólo en la posición de la Administración— en el beneficio que obtiene la Administración fruto de su propia irregularidad. Es curioso que en esta sentencia se reconozca que las decisiones judiciales impugnadas implicaban una “interpretación razonada de la normativa aplicable que no puede calificarse de arbitraria”. Aunque seguidamente señale:

“(…) ello no significa que dicha interpretación no suponga una vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 de la Constitución Española, habida cuenta que, si “el canon de constitucionalidad aplicable al presente caso no es el de la arbitrariedad, propio del control de las resoluciones judiciales obstativas del acceso al recurso, sino el de la proporcionalidad, que margina aquellas interpretaciones que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción se conviertan en un obstáculo injustificado del derecho a que un órgano judicial resuelva sobre el fondo de la cuestión a él sometida”, “debemos concluir que la exégesis que aquella incorpora a su fundamentación ha desconocido la obligada observancia del principio *pro actione* en el acceso a la jurisdicción, (...)”.

El voto en minoría de dos magistrados, en el sentido de desestimar la demanda, señaló que la interpretación del artículo 46 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 incluida en decisión de los órganos judiciales no sólo no era arbitraria sino que dicha interpretación “era la única racional y razonablemente posible. (...) De rechazar esa interpretación, el precepto se hace sencillamente inaplicable”.

La empresa constructora fue parte en el proceso de amparo, en el cual señaló la existencia de valores constitucionales como la seguridad jurídica de quien obtiene un acto administrativo favorable “que no puede estar eternamente pendiente de la impugnación de un tercero”.

Sin embargo, ni la posición en mayoría ni la posición en minoría se pronuncian respecto de lo alegado por la constructora. El voto en minoría no se sustenta en la protección de ese otro administrado, reducido en el proceso de amparo a una especie de simple tercero involucrado, cuando era precisamente el análisis de la situación jurídica de éste, lo que configuraba un fundamento distinto y —desde mi perspectiva— concluyente sobre la solución del caso.

Con posterioridad a la sentencia que comentamos se han emitido otras en sentido análogo⁶⁷.

En Argentina, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos⁶⁸, modificada por Leyes 21686 y 25344⁶⁹, también ha establecido plazo para acceder al proceso administrativo:

“Artículo 25.-

La acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa (90) días hábiles judiciales, computados de la siguiente manera:

- a. Si se tratare de actos de alcance particular, desde su notificación al interesado; (...) d) Si se tratare de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado.

Cuando en virtud de norma expresa la impugnación del acto administrativo deba hacerse por vía de recurso, el plazo para deducirlo será de treinta (30) días desde la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas.

(...)

⁶⁷ Por ejemplo, la Sentencia 243/2006 del 24 de julio de 2006 y la Sentencia 186/2006 del 19 de junio de 2006.

⁶⁸ Ley 19549, de abril de 1972.

⁶⁹ Ley de Emergencia Económica, del año 2000.

Artículo 30.-

El Estado nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica (...). El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por las autoridades citadas.

Artículo 31.- El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa días de formulado. *Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. (...)* [El énfasis es nuestro].

Como se puede apreciar, la redacción es bastante equívoca, lo que ha dado lugar a que se generen diversas interpretaciones sobre la aplicación del plazo de caducidad a los supuestos de silencio administrativo negativo⁷⁰.

La redacción parece indicar que el plazo de caducidad ante el silencio aparece cuando corresponda promover la reclamación administrativa señalada en el artículo 31, no en casos distintos⁷¹.

Juan Lima⁷² describe las posiciones que al efecto se plantearon en dicho país. Refiere que Gusmán, Cassagne, Perrino, Pozo Gowland y Diez promueven una interpretación –con esfuerzo– según la cual el plazo de caducidad prevista en el artículo 25 de la ley sólo debe

aplicarse ante el rechazo por acto expreso y no cuando se trate de silencio. Por otro lado Bianchi, Monti, Mairal, Mata, Siseles, Vicente y Hutchinson señalan que, aunque sujeto a críticas, el plazo de caducidad es aplicable a supuestos de silencio. Juan Lima señala que, en su opinión, el plazo existe y es de aplicación a casos de silencio administrativo, adicionalmente opina que dicho plazo no es inconstitucional. El legislador optó, ciertamente de forma contraria a la doctrina, pero claramente por el establecimiento del plazo, no encontrándose el administrado en indefensión⁷³, ya que conoce las consecuencias (duras pero aplicables) ante su falta de impugnación en caso de silencio administrativo negativo⁷⁴.

En sentido análogo, transcribimos la posición de Monti descrita por Juan Lima:

“(...) sostiene que no es fácil encontrar argumentos que sustenten con firmeza la inconstitucionalidad de la reforma del art. 31, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, pues esta norma, dada su naturaleza y su carácter eminentemente público, así como podría establecer términos de prescripción específicos, al margen de los previstos en otros ordenamientos legales, puede también instituirlos indirectamente estableciendo plazos de caducidad para interponer acciones o recursos cuando estén en juego derechos subjetivos o intereses legítimos de naturaleza administrativa (...) no se advierte que estos argumentos puedan alcanzar para desconocer al legislador la posibilidad de establecer un efecto para el silencio como el que se ha instituido en el artículo 31, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, obligando al particular a acudir a sede judicial en el perentorio plazo

⁷⁰ Sobre la caducidad en el texto anterior a la modificación realizada por la Ley 25344: CAPUTI, María Claudia y Estela SACRISTÁN. “La caducidad del artículo 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica”. En: Revista Jurídica Argentina. 1997. pp. 70-80.

⁷¹ “Para el cómputo de los plazos (...) Si se trata del silencio de la Administración, en el caso de normas especiales, la que éstas prevean; si no, tiene sesenta días para expedirse. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho; si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución se considerará que hay silencio de la Administración; a partir de este momento la demanda puede interponerse en cualquier momento (artículo 26 en concordancia con el artículo 23 y el 10, luego de la reforma introducida por la Ley 25344). En el caso del silencio frente al reclamo administrativo previsto en el artículo 31 se aplican los plazos del artículo 25 (...)”.

SOTELO DE ANDREAU, Mirta. “El plazo para la interposición de la demanda en el proceso contencioso-administrativo”. En: Documentación Administrativa 269 y 270. 2004. p. 53.

⁷² LIMA, Juan. “El silencio administrativo”. pp. 432-434.

⁷³ En contra: MATA, Ismael “Los plazos en el procedimiento administrativo”. En: CASSAGNE, Juan Carlos. “Procedimiento y proceso administrativo”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2005. p. 156.

⁷⁴ LIMA, Juan. Op. cit. pp. 437-439.

establecido en el artículo 25, ley 19.549. Podrá discutirse sobre la justicia de esta disposición, pero al entrar al terreno de su posible inconstitucionalidad, cuya declaración, por lo demás, es considerada *ultima ratio* del orden jurídico, no aparecen argumentos suficientemente sólidos⁷⁵.

En un trabajo de 2001, Siseles y Vincenti⁷⁶ consideran que la modificación efectuada a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos por la Ley 25344 implica que el administrado, luego de transcurrido el plazo en que la Administración debió responderle, puede decidir cuándo plantear la solicitud de “pronto despacho”; sin embargo, una vez que plantea dicha solicitud debe atenerse al plazo de caducidad previsto ante el silencio de la Administración.

Perrino⁷⁷ acepta que la intención del legislador fue clara, estableciendo plazos de caducidad ante el silencio administrativo. No obstante propone una solución interpretativa en la que el plazo sólo se aplique al supuesto de rechazo expreso por parte de la Administración, sustentándose, entre otros argumentos, en la configuración técnica del silencio administrativo negativo.

Una perspectiva similar es adoptada por Diez⁷⁸, plantea que debe interpretarse el artículo 31 confrontándolo con lo señalado en el artículo 26 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos⁷⁹, que

señala que ante el silencio administrativo negativo la demanda puede presentarse en cualquier momento. En tal sentido, el plazo de caducidad “sólo correría cuando la Administración desestime en forma expresa el respectivo reclamo” y no sería aplicable cuando se produzca silencio administrativo⁸⁰. Sin embargo, no parece que la redacción del artículo 31 permita considerarlo aplicable a supuestos de denegatoria expresa por parte de la Administración; por lo cual es discutible que su aplicación se limite justo a tal supuesto.

De manera previa a la modificación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos efectuada por la Ley 25344, no existía plazo para iniciar el proceso administrativo en caso de silencio negativo, ya sea que éste se hubiera generado en vía de petición como en vía de recurso⁸¹. Las razones son análogas a las señaladas por la doctrina española.

En Perú, ya hemos comentado las variaciones legislativas desde el Código Procesal Civil de 1993. Una vez que se aprobó la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, en su versión original se criticó el establecimiento de un plazo de caducidad ante el silencio administrativo negativo. Danós señaló –correctamente, siguiendo a la doctrina sobre el tema– que el silencio negativo es un mecanismo de garantía del administrado y no una carga para él. Debe ser una facultad para el particular usarlo o no⁸².

⁷⁵ LIMA, Juan. Op. cit. p. 436.

⁷⁶ SISELES, Osvaldo E. y ROGELIO VINCENTI. “La Ley de Emergencia 25.344 y el proceso contencioso administrativo”. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. 2001. pp. 1191 y 1192. Si bien los autores no plantean una posición determinada sobre su constitucionalidad, señalan que las reglas de la ley deben ser examinadas a fin de determinar su compatibilidad con la Constitución de su país y los tratados internacionales suscritos.

⁷⁷ PERRINO, Pablo E. “El derecho a la tutela judicial efectiva y el plazo para demandar”. En: CASSAGNE, Juan Carlos. “Procedimiento y proceso administrativo”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2005. pp. 409 y siguientes.

⁷⁸ DIEZ, Horacio Pedro “El plazo de caducidad para demandar al Estado (El Artículo 25 de la Ley N° 19.549)”. En: “Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y judicial. Jornadas organizadas por la Universidad Austral”. Buenos Aires: Ediciones RAP. 2002. pp. 246-248.

⁷⁹ Artículo 26.- La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el artículo 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción.”

A su vez el artículo 10 señala: “El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración.”

⁸⁰ DIEZ, Horacio Pedro. Op. cit. p. 247.

⁸¹ REJTMAN. Op. cit. p. 86.

⁸² DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El proceso contencioso-administrativo en el Perú” En: “Derecho Procesal. II Congreso Internacional”. Lima: Universidad de Lima. 2002. p. 380.

Respecto de la aplicación del silencio administrativo negativo, el Tribunal Constitucional del Perú, variando su anterior jurisprudencia, en su sentencia del 06 de agosto de 2002 resolvió a favor del demandante en un proceso de amparo⁸³. El proceso fue iniciado por un vocal de corte superior a fin de que se declare inaplicable una resolución administrativa de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia que le impuso la medida disciplinaria de destitución. Respecto de la resolución administrativa, el demandante había presentado el recurso potestativo de reconsideración, el cual no fue resuelto. Haciendo uso del silencio administrativo negativo, consideró denegado su primer recurso y presentó recurso de apelación, el cual tampoco fue resuelto⁸⁴. La primera instancia judicial en el proceso de amparo declaró fundada la demanda por considerar que al no habersele permitido informar verbalmente en el procedimiento administrativo, ni acceder a una copia de un informe, se afectó su derecho de defensa, debido proceso y tutela jurisdiccional. La segunda instancia revocó, señalando que se había producido caducidad, debido a que la apelación administrativa fue interpuesta seis años después de haber presentado el recurso de reconsideración y no dentro de los treinta días establecidos por ley. En esta situación el caso llega al Tribunal Constitucional.

El Tribunal señala de forma expresa que se aparta de su anterior criterio, según el cual, a efectos del proceso de amparo, si en la vía administrativa se había interpuesto reconsideración o apelación, siempre se configuraba el silencio administrativo negativo, es decir, el administrado no tenía la opción de esperar el pronunciamiento de la Administración. Una vez producido dicho silencio –según el anterior criterio– comenzaba el cómputo del plazo para acudir al proceso de amparo.

Los fundamentos por los cuales el Tribunal Constitucional cambió su posición considerando que el silencio administrativo negativo es un mecanismo optativo para el administrado fueron los siguientes:

- a) El texto de las normas de procedimiento administrativo señalaban que el administrado “podrá” considerar denegado su pedido o recurso. No señalaba una obligación⁸⁵.
- b) La “naturaleza” del silencio administrativo negativo, que se presenta en dos aspectos (i) es un privilegio del administrado y (ii) es una ficción cuyo efecto es permitir la revisión administrativa o jurisdiccional, de forma indefinida, en tanto la Administración no resuelva. El anterior criterio era incorrecto en la perspectiva de estos dos aspectos ya que (i) beneficiaba a la Administración, que había incumplido y (ii) le impone un plazo al particular, plazo que “ninguna norma del cuerpo normativo establece”⁸⁶.
- c) El anterior criterio limitaba irrazonablemente el derecho a la tutela jurisdiccional. “Este derecho fundamental puede verse lesionado si, para acceder a la tutela jurisdiccional, la ley impone exigencias excesivas o irrazonablemente formalistas o, como en el presente caso, se interpreta las existentes u otras relacionadas, en un sentido de apreciación desvariado o desmesuradamente formal, ocasionándose en cualquiera de tales supuestos la imposibilidad del ejercicio de ese derecho fundamental. Considerando que el agotamiento de la vía previa constituye un presupuesto procesal de cuya satisfacción depende el acceso a la tutela jurisdiccional, las normas que la regulan y, en particular, como concierne al caso, las que regulan el sistema recursivo, deben interpretarse de conformidad con el principio *pro actione*”.

⁸³ Expediente 1003-98-AA/TC. La sentencia fue publicada en el diario oficial “El Peruano” en su edición del 22 de setiembre de 2002.

⁸⁴ El procedimiento administrativo se produjo antes de la vigencia de la Ley de Procedimientos Administrativos Generales.

⁸⁵ Artículo 99 del Texto Único de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, vigente antes de la Ley de Procedimientos Administrativos Generales.

⁸⁶ Tercer fundamento jurídico, numeral 3 literal b), in fine.

- d) Ante diversas interpretaciones debe optarse por aquella de la cual se derive una mejor protección de un derecho fundamental (principio *pro homine*).

El criterio adoptado por la sentencia descrita es correcto, la legislación vigente a dicha fecha no establecía un plazo –y no lo establece hoy– para recurrir al proceso de amparo en casos de silencio administrativo. Sin embargo bastaba con el fundamento expresado en el literal a). El fundamento descrito en el literal b) simplemente describe adecuadamente las características del silencio administrativo negativo, pero el sustento de los literales c) y d) era absolutamente innecesario, pues sólo parece pertinente en presencia de una norma que establezca plazos de caducidad ante silencio. Ese no era el caso del proceso de amparo. No existía, por tanto, norma objeto de interpretación respecto de esta materia específica.

La descripción de la sentencia es pertinente debido a que Maraví⁸⁷ señala que, de acuerdo a aquélla, los jueces deberían, en uso del “control difuso de constitucionalidad”, declarar inaplicable el numeral 3 del artículo 17 de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, en su versión original que establecía un plazo de caducidad de tres meses. La autora señala que las razones serían las siguientes:

- “Al desnaturalizar el silencio Administrativo negativo se impone una limitación irrazonable al derecho a la tutela jurisdiccional que, obviamente, puede estar limitada por otros plazos de caducidad de las normas procesales. La inconstitucionalidad proviene de la “irrazonabilidad” de la limitación legal.
- No sería razonable darle un tratamiento diferente con respecto al acceso a las acciones de garantía, a la acción contencioso administrativa. En ese sentido, optar por la vigencia del inciso 3 del artículo 17 en lo que se

refiere al silencio, vulneraría también el principio de igualdad”⁸⁸.

Sobre el mismo texto original de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, Huapaya⁸⁹, luego de criticar el mecanismo del silencio como garantía, considera la tesis que ante el silencio administrativo negativo no existía plazo de caducidad, entendiéndose (usa el término “propiciándose”) que el numeral 3 del artículo 17 de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo había sido derogado tácitamente, aunque no señala cuál sería la norma derogatoria. Manifiesta que no comparte la posición de entender derogado el artículo 188.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo General por el numeral 3 del artículo 17 de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, debido a que no se reconocería la “configuración dogmática” del silencio administrativo negativo. Expresa que se trata de una interpretación *pro actione*, siguiendo la sentencia del Tribunal Constitucional peruano antes descrita y en función del principio de tutela judicial efectiva. Establecer un plazo –señala– “comporta producir indefensión en los particulares, quienes deberán atribuir un sentido denegatorio expreso al silencio negativo inmediatamente vencido el plazo para resolver”.

Como vemos, estos planteamientos derivaron en la modificación de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo por el Decreto Legislativo 1067 y que en su versión hoy vigente dispone que ante el silencio administrativo negativo no se computa plazo de caducidad para presentar la demanda contencioso-administrativa.

VI. APLICACIÓN DE LOS PLANTEAMIENTOS DOCTRINARIOS –Y LA LEGISLACIÓN VIGENTE– A NUESTROS PROBLEMAS

Los planteamientos descritos y la normativa vigente, que establece la inexistencia de un plazo para interponer la demanda contencioso-administrativa ante una situación de silencio administrativo negativo, contrariamente a sus fundamentos, dejan en indefensión

⁸⁷ MARAVÍ SUMAR, Milagros. “Silencio administrativo: el silencio de los culpables”. En: AAVV “Derecho Administrativo”. Lima: Juristas Editores. 2004. pp. 118 y 119.

⁸⁸ MARAVÍ SUMAR, Milagros. Op. cit. p. 119.

⁸⁹ HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Tratado del Proceso Contencioso-Administrativo”. Lima: Jurista Editores. 2006. pp. 644- 645 y 879-880.

al administrado contrincante en un procedimiento trilateral. En nuestro ejemplo, se trataba del Administrado 2, respecto del cual incluso se había emitido una decisión administrativa favorable en primera instancia.

Recordemos la situación planteada en el ejemplo:

Tabla 2: Situaciones jurídicas en el ejemplo original

	Situación respecto de la primera instancia administrativa	Situación en la etapa impugnatoria administrativa	Efectos respecto del silencio negativo
Administrado 1	La decisión le fue totalmente desfavorable	Presentó apelación, que no es resuelta por la segunda instancia administrativa	Siguiendo la doctrina tradicional y la normativa vigente: es titular del derecho a elegir: (i) considerar denegada su apelación o (ii) esperar a la Administración
Administrado 2	La decisión le fue totalmente favorable	(Obviamente) no apela	No tiene opción respecto del silencio, dado que no apeló

Sin duda, el Administrado 2 requerirá al órgano de segunda instancia administrativa a fin que éste cumpla con su obligación de resolver de manera expresa, sin embargo dicho órgano no lo hace. A su vez, ante la insistencia del Administrado 2, el Administrado 1 señalará que es él –y sólo él– el titular de la elección respecto de considerar denegada su apelación, a fin de llevar el caso a la vía judicial. Si le conviene, como hemos expuesto, esperará el pronunciamiento de la Administración –que no llegará por ineficiencia o corrupción– con el objetivo que el Administrado 2 –su competidor– no pueda soportar financieramente la contingencia y salga del mercado.

¿Por qué es posible que la doctrina del silencio administrativo negativo pueda derivar en tales consecuencias? Lo que ocurre, desde mi perspectiva, es que dicho mecanismo tiene sus limitaciones. Funciona correctamente, como hemos descrito, en procedimientos en los cuales un particular se encuentra directamente ante la Administración, sin otro particular con posición contraria. Ante este supuesto –mayoritario– el mecanismo tiene gran y reconocida utilidad.

Para Sainz de Robles, este “tercero” que participa en el procedimiento (en nuestro ejemplo el Administrado 2) no se ve perjudicado de manera alguna. Señala que si el legitimado para considerar denegado su pedido o recurso no inicia el proceso, el “tercero” permanece en la situación anterior a la petición (o recurso). Cuando la Administración hubiera emitido acto expreso de primera instancia, el “tercero” gozará de la situación que dicho acto le otorgue, aun con la provisionalidad que se genera, “su defensa radica en la posibilidad de intervenir en el proceso que suscite este último (el administrado titular del silencio negativo). Es suficiente para garantizar su derecho a la tutela judicial plena y eficaz”⁹⁰.

Discrepo de tal afirmación. Nuestro ejemplo original presenta una situación en la cual lo señalado por el autor no se produce; el “tercero” es el perjudicado directamente por la espera, a la vez que quien inició el procedimiento se ve beneficiado con ella, y es sólo éste quien tiene a su disposición el mecanismo que permite acceder al proceso judicial (el silencio administrativo negativo).

Recordemos que un punto que los análisis doctrinarios y jurisprudenciales mantienen en común, es el argumento que el silencio administrativo negativo no puede favorecer a la Administración que incumplió con el plazo⁹¹, impidiendo –utilizando dicho mecanismo– la revisión jurisdiccional de las actuaciones administrativas.

Sin embargo, este argumento es de dudosa aplicación en casos de procedimientos trilaterales. Si seguimos tal afirmación, con la finalidad de ver que la Administración “no se beneficie”, privamos a uno de los administrados del derecho a llevar el caso a la vía judicial, o incluso de su derecho a que se resuelva el caso en la última instancia administrativa.

Ciertos autores han apreciado la problemática que se expone, aunque no necesariamente desde la perspectiva del procedimiento trilateral.

⁹⁰ SAINZ DE ROBLES. Op. cit. p. 628.
⁹¹ Todos –o casi todos– los autores y jurisprudencia citados han señalado que era inadecuado favorecer a la Administración por su propio incumplimiento del deber de resolver.

Ya en 1972 González Pérez destacaba la situación de aquellos interesados que no iniciaron el procedimiento administrativo⁹². Divide su análisis respecto de los procedimientos iniciados de oficio en comparación con los iniciados a solicitud de parte. En estos últimos la situación de los terceros interesados –que sí participan en el procedimiento⁹³– es desfavorable en el sentido que “Así como el que inició el procedimiento puede, si lo desea, considerar desestimada su petición, en los plazos y con los requisitos que la Ley prevé para que se produzca el silencio administrativo, los demás interesados no tienen otra opción que esperar pacientemente a que se dicte la resolución expresa”⁹⁴.

Esto nos da la oportunidad de presentar el segundo ejemplo, que tendrá una problemática equivalente que la del ejemplo original. Imaginemos el mismo conflicto de fondo, el Administrado 1 inicia el procedimiento trilateral a fin que se reconozca que el Administrado 2 le debe una suma dineraria y se ordene el pago. Las variaciones: (i) las reglas especiales del procedimiento administrativo que se trata, señalan que la apelación de la decisión de fondo de primera instancia tiene efecto suspensivo y (ii) la decisión de primera instancia fue totalmente favorable al Administrado 1. Como es de esperarse, el Administrado 2 apela, logrando

con ello suspender la ejecución del acto recurrido, que le es desfavorable.

Esta última situación también es posible, aun cuando no exista la regla de efecto suspensivo del recurso, si la legislación permite, como lo hace la Ley de Procedimiento Administrativo General, que un órgano administrativo decida suspender la ejecución del acto⁹⁵.

Resumimos entonces las situaciones generadas en este segundo ejemplo:

Tabla 3: Situaciones jurídicas en el ejemplo 2

	Situación respecto de la primera instancia administrativa	Situación en la etapa impugnatoria administrativa	Efectos respecto del silencio negativo
Administrado 1	La decisión le fue totalmente favorable	(Obviamente) no apela	No tiene opción respecto del silencio, dado que no apeló
Administrado 2	La decisión le fue totalmente desfavorable	Presentó apelación, que tiene efecto suspensivo y que no es resuelta por la segunda instancia administrativa	Siguiendo la doctrina tradicional y la normativa vigente: es titular del derecho a elegir: (i) considerar denegada su apelación, o (ii) esperar a la Administración
		El órgano administrativo decide suspender la ejecución del acto impugnado.	

En esta nueva situación, es el Administrado 1, quien inició el procedimiento, el que se ve perjudicado con el incumplimiento de la segunda instancia al no resolver, pues no se puede ejecutar la decisión del órgano inferior

⁹² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “El silencio administrativo y los interesados que no incoaron el procedimiento administrativo”. En: Revista de Administración Pública 68. 1972. pp. 235-246.

⁹³ Esta distinción es pertinente a nuestros efectos, debido a que la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo sí contiene una forma específica de cómputo del plazo de caducidad para terceros que no participaron en el procedimiento. Ello se deduce del texto del penúltimo párrafo del artículo 17 original de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo (artículo 19 del Texto Único Ordenado), al establecer que dicho plazo corre desde que el tercero tomó conocimiento de la actuación impugnada, párrafo innecesario si se tratara de un “tercero” que sí participó en el procedimiento, al cual le sería aplicable el cómputo del plazo desde la notificación o conocimiento a que se refiere el numeral 1 del artículo mencionado.

⁹⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. cit. p. 239.

⁹⁵ Ley de Procedimientos Administrativos Generales: “Artículo 216.- Suspensión de la ejecución

1. La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.
2. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien compete resolver el recurso podrá suspender de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.
3. La decisión de la suspensión se adoptará previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido.
4. Al disponerse la suspensión podrán adoptarse las medidas que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o los derechos de terceros y la eficacia de la resolución impugnada.
5. La suspensión se mantendrá durante el trámite del recurso administrativo o el correspondiente proceso contencioso-administrativo, salvo que la autoridad administrativa o judicial disponga lo contrario si se modifican las condiciones bajo las cuales se decidió.”

que le fue favorable⁹⁶. Como dicho particular no apeló, no tiene la facultad de usar la técnica del silencio administrativo negativo a su favor.

El Administrado 2 se encuentra, seguramente, conforme con esta incertidumbre. Si además considera que no tiene razón en el tema de fondo, el escenario se le presenta inmejorable. Su contrincante no puede ejecutar la decisión de primera instancia y sólo el propio Administrado 2 tiene la posibilidad de considerar denegada su apelación a efectos de iniciar el proceso administrativo en el cual se decida finalmente el asunto.

¿Qué puede hacer el Administrado 1? La técnica del silencio administrativo no le provee mecanismo alguno.

Para Cano, la situación en la cual el órgano administrativo ordena la suspensión no genera indefensión en el administrado al cual le perjudica la misma, debido a que éste puede cuestionar dicha suspensión ante la propia Administración o ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁹⁷. Considero que dicha perspectiva es errada. La suspensión pudo haber sido dictada cumpliendo con todos los requisitos que la legislación señala. Es decir, la orden de suspensión puede ser jurídicamente correcta, ante lo cual el perjudicado sabe que poco ganará impugnándola en la vía jurisdiccional. Sin embargo, el tema de fondo no ha sido decidido, la incertidumbre perdura, causándole perjuicios. El verdadero perjudicado permanece en indefensión.

Otro de los argumentos permanentemente señalados por la doctrina y la jurisprudencia citadas es que la seguridad jurídica no se ve afectada debido a que la Administración puede en cualquier momento terminar con la incertidumbre emitiendo el acto expreso. Este argumento es expuesto de forma clara en la sentencia del Tribunal Supremo español del 23 de enero de 2004⁹⁸:

“Hemos dicho de modo reiterado, que nadie puede obtener beneficios de sus propios errores, omisiones e infracciones. Y esto, y no otra cosa, es lo que la Administración pretende cuando opone la inseguridad jurídica que se deriva de un estado de cosas que tiene su origen en su propio incumplimiento al no resolver los procedimientos pendientes, pues el modo lógico, natural y legal y que demanda la naturaleza de las cosas, para hacer cesar el estado de inseguridad que se denuncia es el decidir las cuestiones planteadas. Por eso, la Administración, mediante el cumplimiento de la ley, puede hacer cesar, de raíz, el estado de inseguridad jurídica, de cuya existencia aquí se lamenta”.

Este argumento tampoco puede ser opuesto al administrado contrincante en el procedimiento trilateral. Éste no puede acabar con la incertidumbre, como sí lo puede hacer la Administración. El argumento —otra vez— parece apropiado para procedimientos en los cuales un administrado se encuentra frente a la Administración en una situación bilateral. En tal escenario es razonable señalar que razones de seguridad jurídica no pueden ser alegadas por la Administración, ya que está en su esfera de dominio poner fin al estado de incertidumbre.

Ello no puede señalarse en un escenario de procedimiento trilateral, en el cual uno de los administrados sí requiere de seguridad jurídica, ya que la espera e incertidumbre le pueden generar —o le generan— perjuicios. Tiene ante sí dos agentes que pueden terminar, usando vías distintas, con la incertidumbre: (i) la Administración, resolviendo de forma expresa y (ii) el otro administrado, cuando ejerza la facultad de tener por denegada su apelación e inicie el proceso judicial. Pero el administrado que no tiene esa facultad, nada puede hacer.

Alguna doctrina ha señalado ciertos mecanismos de solución para este tipo de casos. García-Trevijano sí reconoce el

⁹⁶ “(...) cuando esté suspendida la ejecución del acto como consecuencia del recurso ¡qué duda cabe que el verdaderamente interesado en que se resuelva cuanto antes el procedimiento de recurso es aquel a cuyo favor reconoció derechos el acto impugnado! Es más, este mecanismo de la suspensión de la ejecución hábilmente manejado puede constituir un instrumento precioso para privar indefinidamente de un derecho subjetivo a un administrado (...).” Op. cit. pp. 240 y 241.

⁹⁷ CANO. Op. cit. pp. 283 y 284.

⁹⁸ PÉREZ. Op. cit. pp. 208 y 209.

problema que la aplicación de la doctrina tradicional del silencio negativo acarrea en relaciones triangulares, con administrados que mantienen posiciones contrarias entre sí. Su propuesta de solución es aplicar la doctrina tradicional, otorgando sólo a uno de los administrados la facultad de usar el silencio y pudiendo el otro demandar a la Administración para recuperar los daños y perjuicios generados. Señala expresamente:

“(…) ante este conflicto de intereses particulares a mi juicio la balanza debe inclinarse, en principio, a favor del peticionario o recurrente más directamente perjudicado por la inactividad de la Administración (el recurrente que no ha obtenido contestación a su recurso), sin perjuicio de las vías de reacción que el otro perjudicado (en este caso el opositor aprobado) pueda utilizar frente a la Administración, tanto desde la perspectiva de “incentivarle” para que conteste al recurso interpuesto por el opositor suspendido como para reclamar, en su caso, por los daños y perjuicios que eventualmente hubiera podido sufrir”⁹⁹.

Discrepo de tal planteamiento por dos razones: (i) asume incorrectamente que el administrado directamente perjudicado es aquel a quien la Administración no contesta su pedido o recurso, cuando puede ocurrir –y en efecto ocurre– que a este administrado le puede favorecer la situación de incertidumbre y (ii) es inapropiado que a un administrado –sea cual fuere– no se le proteja con la tutela específica que requiere frente a la Administración. Una indemnización será siempre problemática y puede no resultar satisfactoria de acuerdo a las circunstancias del caso. Recordemos que en nuestro ejemplo original señalamos que los administrados podían ser competidores en el mercado. El cálculo del monto indemnizatorio será extremadamente difícil, además que el interés público puede perjudicarse, ya que eventualmente este problema podría generar una situación monopólica o de poder de mercado artificial¹⁰⁰.

Sobre este punto, comparto lo señalado por Fernández cuando manifiesta “(…) un sustitutivo patrimonial no es nunca, salvo en problemas de contenido esencial y estrictamente económico, una reparación satisfactoria, ni desde el punto de vista del particular interesado, ni desde el ángulo propio de la técnica jurídica”¹⁰¹. Recordemos que si nos encontramos en un procedimiento administrativo trilateral es porque el ordenamiento considera que en la solución del conflicto se encuentra un asunto de interés público, y no sólo de interés de los particulares que intervienen.

El administrado que no puede utilizar el silencio administrativo negativo debe poder encontrarse protegido por el ordenamiento ante la incertidumbre que no le es imputable y que le genera perjuicios.

González Pérez, ya en 1972 propuso una extensión prudente a favor de los “terceros interesados” de los efectos de la denegación presunta¹⁰². Dicho mecanismo sólo operaría cuando se hubiera ordenado la suspensión de efectos de un acto ya dictado, ante lo cual, luego del plazo para que se genere el silencio administrativo negativo a favor del otro administrado, el “tercero” podría solicitar el levantamiento de la suspensión. Como puede apreciarse, este esquema solamente protege al “tercero” respecto de la suspensión de efectos, pero la incertidumbre de fondo puede continuar en su perjuicio.

En 1998 el autor señala, comentando el plazo de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 para impugnar actos presuntos por silencio, que para evitar problemas en procedimientos triangulares –es decir con administrados con intereses contrapuestos– debe “arbitrarse un procedimiento para que pueda con su intervención [la del administrado enfrentado al titular del silencio] poner fin a la indeterminación del plazo, con las debidas garantías para la otra parte”¹⁰³. Sin embargo, no da detalles sobre el procedimiento a utilizarse.

⁹⁹ GARCÍA-TREVIJANO. Op. cit. p. 168.

¹⁰⁰ Artificial debido a que la salida de mercado no se produjo por razones de las fuerzas de mercado, sino por fallos en el esquema jurídico.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ. Op. cit. p. 294.

¹⁰² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. cit. p. 242.

¹⁰³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Ley 29/1998, de 13 de julio”. Tercera edición. Tomo II. Madrid: Civitas. 1998. pp. 960 y 961.

Posteriormente, González Pérez señala haberse replanteado el tema y rectificado su opinión previa favorable a la inexistencia de plazo ante el silencio administrativo negativo¹⁰⁴. Sobre el particular señala:

“Pero está la seguridad jurídica. ¿Es que tiene sentido que permanezca indefinidamente la incertidumbre sobre la resolución que pueda recaer en un procedimiento administrativo? Pensad, por un momento, que se trata de un procedimiento sobre concesión de dominio público, que es un caso típico de silencio negativo de la propia Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. ¿El hecho que no se haya resuelto una petición, obstaculizará cualquier otra petición ulterior sobre el mismo objeto? (...) Y si le interesa mantener la situación de incertidumbre, ¿qué garantía tiene un tercero interesado para que se respete la seguridad jurídica?”¹⁰⁵.

De mayor interés para el presente trabajo es que, para los casos en que exista otro administrado con intereses contrapuestos al solicitante (como ocurre en los procedimientos trilaterales), el autor señala que el administrado oponente debe poder finalizar la situación e incertidumbre. Ante ello propone (entendiendo que en un escenario en el cual existe plazo de caducidad ante el silencio) la siguiente regla: tratándose de actos presuntos (en este esquema derivado del silencio negativo) el particular puede interponer recursos administrativos y demanda judicial en cualquier momento. La excepción a dicha regla se produciría cuando concurren los siguientes hechos: (i) los interesados con posición contraria en el procedimiento denuncian la mora y (ii) luego de vencido el plazo para que la Administración resuelva, se notifique al titular del silencio negativo a fin que proceda judicialmente contra la desestimación presunta¹⁰⁶. Producida esta excepción se aplicaría el plazo de caducidad. Nótese que bajo esta propuesta el silencio administrativo negativo sí tiene carácter de acto presunto y

como tal, susceptible de ser consentido por el transcurso del plazo de caducidad.

Sin duda el planteamiento es interesante, la protección al administrado que no inició el procedimiento es clara. Su incertidumbre se desvanece al aplicarse el plazo de caducidad al acto presunto configurado por silencio administrativo negativo. No obstante, la propuesta es incompleta dado que centra su atención en aquel administrado que no inició el procedimiento, cuando puede producirse indefensión en el propio administrado que inició el procedimiento, como se ha descrito en el ejemplo 2, caso en el cual el administrado que no inició el procedimiento es el titular de la facultad de usar el silencio administrativo negativo a su favor, y le favorece mantener la incertidumbre¹⁰⁷.

Recapitemos lo señalado en este rubro, de aplicación al procedimiento administrativo trilateral: (i) la incertidumbre sobre el fondo del asunto puede perjudicar al administrado que no tiene la facultad de usar el silencio negativo, (ii) el argumento referido a que la Administración no puede beneficiarse de su incumplimiento de resolver no es adecuado en procedimientos trilaterales, en los cuales la perspectiva debe centrarse en proteger a ambos administrados (aunque tengan posiciones contrarias) respecto de la Administración, independientemente de los beneficios que ésta pueda obtener, y (iii) el argumento respecto de que no existiría inseguridad jurídica en caso de silencio negativo porque la Administración puede eliminarla cumpliendo con resolver, tampoco puede oponerse al otro administrado del procedimiento, quien no tiene —obviamente— la posibilidad de resolver el asunto.

Paradójicamente, un esquema que protege al administrado que no puede usar el silencio negativo en procedimientos trilaterales es aquel ya establecido en la versión original de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, al señalar un plazo de

¹⁰⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “El silencio administrativo y los plazos de impugnación”. En: SOSA WAGNER, Francisco. “El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al profesor Dr. Ramón Martín Mateo. 2000. p. 592.

¹⁰⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. cit. pp. 592 y 593.

¹⁰⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. cit. p.93.

¹⁰⁷ Salvo, por supuesto, que entendamos que por la vía del recurso se inicie un nuevo procedimiento, una especie de “procedimiento recursivo”.

caducidad en caso de silencio y considerar a éste como un acto presunto para efectos de la impugnación judicial.

Los problemas de indefensión presentados tanto en el ejemplo 1 como en el ejemplo 2 son superados por la existencia del plazo de caducidad, como carga del administrado titular del silencio negativo.

En el ejemplo 1, si el Administrado 1 no impugna en el plazo la denegatoria presunta del recurso desfavorable para él, dicha denegatoria se convierte en firme. Para estos casos, lo ideal sería que quede firme no la denegatoria presunta, sino el acto administrativo de primera instancia, que contiene los fundamentos sobre el fondo del asunto. Ambos administrados se ven protegidos ante el silencio de la Administración. El Administrado 1 porque puede iniciar el proceso judicial dentro del plazo de caducidad y el Administrado 2 tiene incertidumbre sólo durante dicho plazo de caducidad. Pasado éste, conoce que la decisión administrativa favorable a él deviene en firme. Si el Administrado 1 decide iniciar el proceso judicial, no hay indefensión para las partes, ya que ambas harán valer sus posiciones en dicho proceso.

Tabla 4: Mecanismos de protección para el ejemplo 1

	Situación respecto de la primera instancia administrativa	Situación en la etapa impugnatoria administrativa	Mecanismo de protección
Administrado 1	La decisión le fue totalmente desfavorable	Presentó apelación, que no es resuelta por la segunda instancia administrativa	Presentar su demanda contencioso-administrativa dentro del plazo de caducidad, asumiendo acto denegatorio presunto.
Administrado 2	La decisión le fue totalmente favorable	(Obviamente) no apela	(i) Vencido el plazo de caducidad para que el Administrado 1 presente su demanda, la decisión favorable quedará firme. (ii) Si la demanda se presenta, se defenderá en el proceso, en el cual se terminará la incertidumbre

En el ejemplo 2, si el Administrado 2 no impugna ante el silencio en el plazo de caducidad, la denegatoria presunta deviene en firme y el Administrado 1 ve que el

acto administrativo de primera instancia queda confirmado, con lo cual se levanta la suspensión de su ejecución. Puede ya ejecutar el acto favorable. Al igual que en el caso anterior, no se genera indefensión a administrado alguno. El Administrado 2 tiene la carga de iniciar el proceso judicial ante el silencio dentro del plazo. Es su elección. El Administrado 1 conoce que si su contrincante no inicia el proceso en el plazo, se levantará la suspensión que le perjudica y podrá ejecutar la decisión a él favorable. Si el Administrado 2 inicia el proceso, ambos pueden defenderse en él.

Tabla 5: Mecanismos de protección para el ejemplo 2

	Situación respecto de la primera instancia administrativa	Situación en la etapa impugnatoria administrativa	Mecanismo de protección
Administrado 1	La decisión le fue totalmente favorable, pero no puede ejecutarla.	(Obviamente) no apela.	(i) Vencido el plazo de caducidad para que el Administrado 2 presente su demanda, la decisión favorable quedará firme y la podrá ejecutar. (ii) Si la demanda se presenta se defenderá en el proceso, en el cual se terminará la incertidumbre.
Administrado 2	La decisión le fue totalmente desfavorable.	Presentó apelación, que tiene efecto suspensivo y que no es resuelta por la segunda instancia administrativa. El órgano administrativo decide suspender la ejecución del acto impugnado.	Presentar su demanda contencioso-administrativa dentro del plazo de caducidad, asumiendo acto denegatorio presunto.

Esta perspectiva ¿es contraria a la doctrina del silencio administrativo negativo?

Definitivamente. No sólo porque asume que este tipo de silencio genera un acto presunto, sino también porque, pasado el plazo de caducidad, la Administración no tiene obligación de resolver¹⁰⁸.

No obstante, esta pérdida de coherencia respecto de la doctrina está justificada en casos de procedimientos trilaterales, por la protección del administrado que no es titular del uso del silencio negativo. Se genera una carga intensa del administrado titular del silencio administrativo negativo, pero sustentada en la

¹⁰⁸ Se ha comentado ya que en el régimen de la Ley de Procedimientos Administrativo Generales, esta obligación de la Administración cesa cuando es notificada del inicio del proceso judicial (artículo 188.4).

protección del interés del otro administrado, y no en favorecer la posición de la Administración que incumplió su deber de resolver.

De la afirmación anterior se deriva que no considero al plazo de caducidad ante el silencio negativo como inconstitucional por violación al derecho a tutela jurisdiccional efectiva. El esquema establecido, es razonable y proporcional para procedimientos bilaterales, considerando las situaciones descritas. Es importante destacar que la solución no se encuentra dirigida a favorecer a la Administración. El punto de vista para estos casos no debe centrarse en si el mecanismo favorece o no los intereses de la Administración que incumple con su deber; sino en la protección de los administrados que participan en el procedimiento bilateral. Pero la protección de todos ellos, no sólo de uno.

La tendencia a la simple eliminación del plazo de caducidad ante silencio negativo no considera los escenarios para la protección de los interesados que no son los titulares de la facultad que otorga el silencio negativo. La eliminación del plazo genera su indefensión, aunque de esa manera se respete la dogmática propia de la institución del silencio administrativo negativo.

Nos encontramos entonces ante una disyuntiva importante: respetamos la doctrina y dejamos en indefensión a ciertos administrados, o no la respetamos y eliminamos la posibilidad –o probabilidad– de indefensión. Particularmente, me inclino por la última opción.

Por supuesto, es claro que ante procedimientos administrativos bilaterales, el establecer un plazo de caducidad ante el silencio negativo es erróneo, la carga al particular no es justificada ante una Administración que incumple con su deber. Los autores citados a lo largo de este trabajo coinciden en ello. Sin embargo, aun en este último caso no considero que el plazo sea inconstitucional.

Se ha descrito la posición de Maraví, la cual sustentándose en una sentencia del Tribunal Constitucional peruano, plantea que los jueces debían aplicar el control difuso de

constitucionalidad ante el plazo de caducidad por silencio negativo, en la redacción original de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo. Dicha autora no realiza distinción respecto de procedimientos bilaterales o bilaterales. Respecto de este último he detallado mi posición. Respecto de los procedimientos bilaterales considero que el legislador tiene la posibilidad de establecer el mecanismo de silencio administrativo, pero también pudo optar por no establecer dicho mecanismo, siempre que señale otras formas de acceso a la vía judicial. Los ciudadanos no tenemos un derecho constitucional al mecanismo del silencio administrativo.

Pues bien, si asumimos que el legislador pudo no haber establecido el mecanismo del silencio, se puede perfectamente concluir que, si decide establecerlo, lo puede hacer con todas las características que la doctrina jurídica ha señalado, o prescindiendo de alguna o la mayoría de ellas. No existe violación constitucional alguna cuando el legislador decide que el sistema debe privilegiar la estabilidad de los actos administrativos imponiendo cargas más gravosas para los administrados.

Es más, estas cargas ya existen. Se ha planteado ya el régimen general en el cual un administrado en Perú con una decisión administrativa desfavorable de primera instancia, debe interponer apelación en quince días. De otra manera pierde todo derecho no reconocido por el acto emitido. No sólo desde una perspectiva procesal, sino sustantiva. Por ejemplo, si un administrado solicita el reconocimiento de determinado beneficio que en efecto le corresponde y su solicitud es denegada, el administrado que no impugna dicha decisión en quince días pierde el derecho a dicho beneficio. Se ha hecho referencia, en un rubro anterior, a distintas sentencias del Tribunal Constitucional peruano aceptando este régimen.

La sentencia del Tribunal señalada como sustento de la supuesta inconstitucionalidad del plazo de caducidad ante el silencio administrativo negativo, asume de forma expresa que no existe legislativamente plazo de caducidad para el acceso al amparo ante dicho tipo de silencio¹⁰⁹. Desde esa perspectiva

¹⁰⁹ “(...) (respecto del silencio administrativo negativo) su efecto es abrir la vía jurisdiccional, indefinidamente, en tanto la Administración no haya resuelto expresamente el recurso. La interpretación aún vigente [*anterior a la*”

su análisis es correcto. En dicha circunstancia era adecuado—aunque no necesario, como se ha comentado— considerar las características del silencio administrativo reconocidas por la doctrina y la legislación de procedimiento administrativo.

Una evaluación análoga no sería aplicable al caso del artículo 17.3 de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo en su versión original. En esta situación el legislador manifestó su voluntad de manera expresa, rechazando la propuesta de la Comisión que elaboró el proyecto de Ley antecedente de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo. Debido a ello, no se pueden asumir las interpretaciones esbozadas en España, país en el cual, luego de emitida la norma que estableció el plazo de caducidad ante el silencio, hubo una modificación de la legislación del procedimiento administrativo sobre las características del silencio.

Sobre una eventual discriminación inconstitucional en tanto, ante el silencio negativo, se permitiría el acceso al amparo sin plazo y al contencioso-administrativo con plazo; considero que los objetivos del primero, como medio de defensa de derechos fundamentales de rango constitucional, manifiesta un criterio de distinción claro. Los procesos no tienen iguales objetos. Es más, con el actual carácter residual del proceso de amparo, cualquier intento de hacer equivalentes los dos procesos se encuentra con las dificultades de las disposiciones legislativas y las características propias de cada uno de los procesos señalados. Existe, por tanto, un criterio objetivo de distinción que podría justificar la distinta opción del legislador respecto del acceso a los procesos.

Tampoco compartimos el criterio de Huapaya en el sentido de considerar derogado el artículo 17.3 de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo en su versión original. Dos son las razones: (i) la primera de carácter técnico-legal: no existía norma

posterior susceptible de haber producido la derogación que se plantea, no nos encontramos ante una situación análoga a la española y (ii) el plazo de caducidad para el silencio positivo, como acto presunto, sí debe existir¹¹⁰. De considerar derogada la norma (nos referimos a su versión original), esta última función no se produciría.

VII. PROCEDIMIENTO TRILATERAL CON INSTANCIA ÚNICA

Independientemente de lo señalado, los dos ejemplos expuestos hasta el momento describen situaciones en las cuales se ha emitido una decisión administrativa de primera instancia y es la segunda instancia administrativa la que incumple su obligación de resolver. Sin embargo también es posible la existencia de procedimientos trilaterales en los cuales existe sólo una instancia. Los eventuales perjuicios de la incertidumbre aparecen también en este supuesto, en correspondencia con la situación de hecho al momento de iniciar el procedimiento o si, dentro del procedimiento, se ha otorgado una medida cautelar al solicitante. Esta situación puede producir perjuicios al administrado contrincante sujeto de la medida cautelar. Describimos, bajo estos supuestos, el ejemplo 3.

El Administrado 1, que inició el procedimiento, ha obtenido en el mismo una medida cautelar en su favor, que constituye al mismo tiempo un gravamen en la esfera jurídica del Administrado 2. Se asume que la medida cautelar ha sido correctamente otorgada, es decir, cumple con los requisitos establecidos por la legislación vigente, incluyendo la verosimilitud—y no la certeza o convicción—de los fundamentos del Administrado 1. Como es de suponerse para nuestros ejemplos, el órgano administrativo (instancia única) no cumple con su deber de resolver el fondo de la materia planteada en el procedimiento por el Administrado 1.

En la siguiente tabla se muestran las situaciones jurídicas planteadas en el ejemplo:

sentencia] del Tribunal Constitucional no concuerda con estos dos aspectos. (...) En el segundo caso, porque en lugar de abrir indefinidamente la vía judicial en tanto la Administración no resuelva expresamente, *le impone un plazo, el que, además, ninguna norma del citado cuerpo normativo establece.*" [El énfasis es nuestro].

¹¹⁰ GONZÁLEZ PÉREZ. Op. cit. pp. 593-594.

Tabla 6: Situaciones jurídicas en el ejemplo 3

	Situación en el procedimiento	Efectos respecto del silencio negativo
Administrado 1	Inicia el procedimiento, en el cual obtiene una medida cautelar a su favor.	Siguiendo la doctrina tradicional y la normativa vigente es titular del derecho a elegir: (i) considerar denegada su solicitud, o (ii) esperar a la Administración.
Administrado 2	Es afectado por la medida cautelar administrativa	No tiene opción respecto del silencio, dado que no inició el procedimiento.

Como se puede apreciar, la problemática es similar a la planteada en los ejemplos anteriores. Si la Administración no resuelve, el administrado que inició el procedimiento puede usar –si así lo quiere– el silencio administrativo negativo. Dicho mecanismo no puede ser utilizado por el administrado sujeto de la medida cautelar. Éste queda en indefensión si al otro administrado le conviene la situación de incertidumbre. Esta conveniencia elimina el incentivo que podría tener el Administrado 1 para iniciar el proceso judicial. Este contexto es particularmente interesante cuando el Administrado 1 duda de la fundabilidad de su solicitud de fondo.

El plazo de caducidad establecido en la versión original de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo operaba en este caso protegiendo al Administrado 2 de la situación de incertidumbre perpetua. Si se considera al silencio como acto presunto –y no como simple ficción que permita impugnar–, se habrá generado por el transcurso del plazo y el incumplimiento de la Administración, una decisión tácita denegatoria de la solicitud del Administrado 1, que inició el procedimiento.

En este escenario, ninguno de los administrados del procedimiento queda indefenso. El Administrado 1 puede iniciar el proceso contencioso-administrativo dentro del plazo de caducidad.

El Administrado 2 conoce que vencido el plazo, la denegatoria presunta quedará firme y la incertidumbre desaparece. Si el Administrado 1 inicia el proceso judicial, el Administrado 2 intervendrá en el proceso planteando sus argumentos.

Tabla 7: Mecanismos de protección para el ejemplo 3

	Situación en el procedimiento	Mecanismo de protección ante silencio de la Administración
Administrado 1	Inicia el procedimiento, en el cual obtiene una medida cautelar a su favor.	Presentar su demanda contencioso-administrativa dentro del plazo de caducidad, asumiendo acto denegatorio presunto.
Administrado 2	Es afectado por la medida cautelar administrativa.	(i) Vencido el plazo de caducidad para que el Administrado 1 presente su demanda, la denegatoria presunta quedará firme. (ii) Si la demanda se presenta se defenderá en el proceso, en el cual se terminará la incertidumbre.

Un tema adicional es determinar el momento en que la medida cautelar otorgada en vía administrativa queda sin efecto. Esto puede producirse en dos puntos: (i) con la denegatoria presunta, es decir al vencimiento del plazo que tenía la Administración para resolver o (ii) al vencimiento del plazo de caducidad de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo para cuestionar la denegatoria presunta.

No obstante, el mecanismo de protección generado por el plazo de caducidad ante el silencio administrativo negativo ya no existe por la modificación de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo efectuada por el Decreto Legislativo 1067.

IX. LA ALTERNATIVA DEL ACTO ADMINISTRATIVO PRESUNTO

Un régimen alternativo es asignar al silencio administrativo negativo, sólo a efectos de procedimientos trilaterales, el efecto de generación de un acto presunto, tal como ocurre en el régimen del silencio administrativo positivo.

Una vez transcurrido el plazo, aquel administrado cuya solicitud o recurso no fue resuelto debe considerarlo denegado. Ya no es titular de la opción de esperar el pronunciamiento de la Administración. Por tanto, si no desea consentir la denegatoria (presunta) debe presentar su demanda contencioso-administrativa dentro del plazo establecido por la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo.

Este esquema ha sido establecido desde hace varios años en la normativa de contrataciones del Estado. En los procedimientos administrativos concurrenciales en los cuales distintos postores compiten por la buena pro para suscribir un contrato con una entidad estatal, se aplica el artículo 55 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado¹¹¹, el cual dispone que:

“Artículo 55.- En el caso que la Entidad o cuando el Tribunal de Contrataciones del Estado según corresponda, no resuelvan y notifiquen sus resoluciones dentro del plazo que fija el Reglamento, los interesados considerarán denegados sus recursos de apelación, pudiendo interponer la acción contencioso-administrativa contra la denegatoria ficta dentro del plazo legal correspondiente. (...)”.

El propósito de la norma es, precisamente, asegurar una decisión (ficta) en vía administrativa, que permita a la entidad estatal considerar conformada la buena pro originalmente otorgada y proceder a la suscripción y posterior ejecución del contrato con el particular.

Si el postor que impugnó la buena pro tuviera la opción de esperar el pronunciamiento de la administración, ello implicaría que la vía administrativa no se ha agotado y que la buena pro que le fue desfavorable al impugnante no ha sido consentida.

La opción del impugnante es sustraída de su ámbito de dominio para asegurar la ejecución del contrato a suscribirse por la Administración, sin perjuicio de la posibilidad del inicio posterior del proceso administrativo.

Como se aprecia, este esquema se adopta en beneficio de la Administración, aunque indirectamente se produce un beneficio al postor al que se le adjudicó la buena pro impugnada: su situación favorable, una vez transcurrido el plazo de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo para interponer la demanda contencioso administrativa, se convertirá en inatacable. Si la demanda es interpuesta la impugnación se decidirá en el proceso. La definición de su situación jurídica no se encuentra ante la posibilidad de una incertidumbre permanente.

El régimen original de Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, cuando establecía un plazo de caducidad ante silencio administrativo negativo, conseguía efectos análogos. No obstante, la versión actual de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo ha eliminado dicha posibilidad.

X. CONCLUSIONES

La doctrina tradicional, imperante y actual del silencio administrativo negativo, concibe a este mecanismo como una ficción legal y no como un acto presunto, respecto del cual el administrado que presentó la solicitud o el recurso en la vía administrativa tiene la facultad, y no la carga ni obligación, de entender denegada su petición, a fin de poder impugnar en vía administrativa o iniciar el proceso contencioso-administrativo. Por ello, es contradictorio con dicha doctrina que la legislación procesal establezca un plazo para que el administrado pueda iniciar el proceso en estos casos.

En los procedimientos bilaterales pueden ocurrir situaciones en las cuales el administrado que no tiene la facultad de usar el silencio negativo, se vea perjudicado por la incertidumbre, y puede quedar en indefensión al no contar, desde la perspectiva doctrinaria del silencio administrativo, con mecanismos que le permitan eliminar dicha incertidumbre.

El plazo de caducidad ante silencio administrativo negativo en procedimientos bilaterales es inadecuado, debido a que se establece una carga al particular, cuando es la Administración la que incumple con su deber de resolver de forma expresa. Sin embargo, el plazo de caducidad se configura como un mecanismo de protección del administrado que, dentro de un procedimiento bilateral, no es titular de la facultad otorgada por el silencio negativo. De acuerdo a la normativa hoy vigente pueden existir situaciones de indefensión de administrados participantes de un procedimiento bilateral que no tienen la titularidad para ejercer el silencio administrativo negativo. Dicha situación puede corregirse utilizando la técnica del acto administrativo presunto o estableciendo un plazo de caducidad ante silencio administrativo en procedimientos bilaterales.

¹¹¹ Decreto Legislativo 1017. La anterior ley contenía una disposición análoga.

ENTROPÍA EN LA PROPIEDAD*

Francesco Parisi**

La entropía está definida por la Real Academia Española como la medida de desorden en un sistema. Partiendo de este punto, es sabido que el Derecho de Propiedad, con el tiempo, ha sido objeto de un sinnúmero de modificaciones, alteraciones y reconocimiento de otros derechos que lo integran. Uno de ellos, es el derecho a la fragmentación de la propiedad, el cual implica que uno pueda partir una propiedad horizontalmente, creando lo que hoy se conoce como multipropiedad o propiedad horizontal.

El autor considera que esta entropía debe ser combatida, por generar, en efecto, un desorden en el sistema legal; y, difunde la idea de que el arma para combatirla es la de la normativa jurídica vigente; en particular, los remedios del Derecho.

* El presente artículo tiene como título original "Entropy in Property". Publicado en el American Journal of Comparative Law 50. Tomo 3. 2002. pp. 595-632. Agradecemos al autor por permitirnos su reproducción. La traducción fue realizada por Carlos Fernando de Trazegnies Valdez, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS.

** Abogado. Profesor y Co-Director del J.M. Buchanan Center for Political Economy, Program in Economics and the Law, George Mason University.

El título de este artículo sugiere que la propiedad está sujeta a una ley fundamental de entropía, siendo afectada por un sesgo que nos guía hacia la fragmentación en aumento. La aplicación de las leyes de entropía a la propiedad luego nos muestra que uno puede evitar esa predisposición sólo en el puro y abstracto mundo de transacciones costo cero. Basándonos en esta consideración, considero la elección de remedios en el Derecho de Propiedad, enfocándose en normas legales que están diseñadas para promover una unidad (i) funcional, (ii) legal y (iii) física de la propiedad. Veremos ejemplos tanto del *Common Law*, cuanto del Derecho Civil Continental, sustentando la hipótesis de que las normas legales son instrumentales en cuanto a combatir la entropía en la propiedad.

Historiadores de Derecho, ocasionalmente, han pasado por alto la existencia de las fuerzas económicas que propician la evolución histórica del Derecho. Al tener un record congruentemente desarrollado de transformaciones históricas y variaciones comparativas en el derecho de propiedad, solemos darle la mínima consideración a la importante dinámica que permitió esas transformaciones y diferencias. En este ensayo, busco facilitar una teoría económica que explique algunas de las aparentes anomalías en la evolución del derecho a la propiedad.

Tomando en cuenta la literatura reciente sobre fragmentación de propiedad (Heller, 1998; Buchanan-Yoon, 2000; Parisi-Schulz-Depoorter, 2000), este artículo sugiere que la propiedad está sujeta a una ley fundamental de entropía¹. En el contexto de la propiedad, la entropía insinúa un sesgo unidireccional que nos guía hacia la progresiva fragmentación de la propiedad. Más adelante, las leyes de la entropía indican que sólo en el caso puramente

abstracto y limitado de transformaciones reversibles (interna y externamente), se podrá apreciar un cambio neto de la entropía, equivalente a cero. Aplicado esto a nuestro contexto de la propiedad, nos muestra que sólo en un mundo de transacciones costo cero podría evitarse esa tendencia hacia la fragmentación.

Las fuerzas económicas que inducen a la entropía en la propiedad son bastante directas². La división en la propiedad crea una inercia en una sola dirección: Contraria a la transmisión de derechos de un individuo a otro, reunificar el derecho a la propiedad fragmentado, normalmente involucra costos estratégicos y de transacción mayores a aquellos en los que se incurre en el contrato original³.

El análisis comparativo e histórico del derecho de remedios nos ofrece un suelo fértil para examinar el rol de las normas legales en la minimización de las pérdidas potenciales de bienestar, producto de los impedimentos que originan que algunas transacciones sean unidireccionales. Este ensayo abarca las implicancias del teorema normativo de Coase (por ejemplo, Calabresi-Melamed, 1972; Ayres-Talley, 1995; Kaplow-Shavell, 1996) y toma en cuenta la selección de normas y remedios idóneos para combatir la entropía en la propiedad. Promulgo una hipótesis de eficiencia, sugiriendo que los sistemas legales abordan problemas que surgen en un ambiente de costos de transacción positivo desarrollando normas que se acercan bastante a los resultados que los partidos hubieran logrado en un mundo de transacciones costo cero. Comparo la elección ideal de remedios con la realidad en el derecho de propiedad. La entropía crea impedimentos de transacción unidireccionales que explican

¹ Uso este término para referirme a la segunda ley de termodinámica, la cual indica que cada proceso que puede ocurrir espontáneamente ira en una sola dirección y resultara en la liberación de una energía que no podrá ser capturada, y así la cantidad de entropía en el universo continuara aumentando.

² Heller (1999) cita el cuento de Humpty Dumpty para ilustrar su punto. Cuando Humpty Dumpty queda hecho añicos, ni todos los hombres y caballos del Rey pueden reconstruirlo, y esto contrasta con la facilidad con la que se rompió en pedazos al caer en primer lugar.

³ Tal como en el mundo físico, donde se necesita energía adicional para empujar una piedra de vuelta hacia la cima de una cuesta, después de que esta haya rodado hacia abajo por su cuenta, también se requiere un esfuerzo tanto financiero como legal para re-unir los derechos de propiedad que han sido separados. Parisi-Schulz-Depoorter (2000) observa que hasta revirtiendo una simple transacción de propiedad puede resultar en precios monopólicos por parte del comprador convertido en vendedor; reunificando la propiedad que ha sido separada entre distintas partes ocasiona el aumento de costos debido a la dificultad de coordinación que continua incrementando entre ambas partes.

potenciales anomalías en el derecho de remedios. Este ensayo formula una hipótesis de eficiencia perteneciente a la propiedad: Dada la gran dificultad de reinsertar el concepto de propiedad luego de que se permita la fragmentación de la misma, los ordenamientos jurídicos adoptan mecanismos legales para combatir la entropía. Más aún, proveen protección “de propiedad” menos extensiva (en el sentido que Calabresi profesa) a arreglos atípicos sobre la propiedad.

Tanto el *Common Law* cuanto el Derecho Civil Continental nos proveen de ejemplos que corroboran esta hipótesis, demostrando su validez en diversos ambientes legales.

I. VARIACIONES ESTRUCTURALES EN LA PROPIEDAD Y EL DILEMA DE LA PROPIEDAD UNIFICADA

A pesar de la renuencia de los científicos sociales modernos para formular teorías generales de la evolución, la mayoría de antropólogos e historiadores del Derecho coincidirían en los patrones generales que caracterizan la evolución de la Propiedad en la Sociedad de la Época Antigua a los Tiempos Modernos. Todas las sociedades reconocen la propiedad privada hasta cierto punto. El contenido de la Propiedad y su ámbito de protección, sin embargo, han sido objeto de cambios sustanciales a través del tiempo. Esta evolución legal del concepto de Propiedad revela una relación muy cercana entre los cambios en un sistema económico y varía en la estructura y contenido de los derechos de propiedad. Específicamente, la propiedad ha sido abarcada en las leyes económicas de entropía, dando como resultado diferentes formas de fragmentación de la propiedad a través de la Historia, desde formas funcionales, y hasta físicas y legales de fragmentación. No obstante, las distintas sociedades han logrado concebir varios remedios para mejorar los irreversibles efectos de la entropía en la propiedad.

A. Desde concepciones funcionales a espaciales de la Propiedad

En sociedades pastorales, reglas relativamente simples regulaban el “dominio” de la tierra.

El carácter del derecho de propiedad estaba relacionado al uso funcional de esta tierra. Por ejemplo, aquellos que usaban la tierra para cazar, podían adquirir el derecho de caza, mientras que aquellos que criaban ganado, podían obtener el derecho a hacerlo en la misma área geográfica. Tales concepciones funcionales de la propiedad fueron la consecuencia natural de la derivación de la propiedad debido al uso y posesión de la tierra (Rose, 1985). En suma, el cómo fue usada la tierra determinó los posibles tipos de posesión.

Ningún acto de posesión puede abarcar todas las formas potenciales del uso de la tierra, siendo que el sistema de derivar el dominio desde la posesión genera derechos de propiedad limitados (o “funcionales”). Este sistema solía resultar en una coexistencia de potenciales propietarios, clamando su derecho sobre la misma tierra. Luego, normas ordinarias regularon la posesión, el uso, y la transferencia de esos derechos funcionales. Tales divisiones funcionales a menudo tuvieron mucho sentido, ya que diferentes poseedores podían emprender actividades especializadas sobre el mismo territorio con cierta usurpación entre ellos.

Dada la baja densidad poblacional y la limitada explotación de los recursos naturales, las particiones funcionales de la propiedad fueron, en efecto, bastante eficientes. Proveyeron una oportunidad de asignar la misma tierra hacia derechos privados múltiples de uso, permitiendo un nivel óptimo de explotación, a medida que todas las partes de la propiedad podían ser usadas⁴. Pagos detallados(as), basados en un uso pasado y derechos históricos, determinaron lo que fue considerada una conducta aceptable con respecto a la interacción (externalidades naturales) entre las diversas actividades.

Así, las primeras sociedades adoptaron una concepción “funcional” de la propiedad, en la cual los derechos de propiedad estaban ligados a los usos específicos de la tierra, más allá de una concepción espacial de la propiedad, en la cual los confines de la propiedad fueron determinados por fronteras físicas. La propiedad no fue dividida por líneas espaciales, como en el mundo moderno, sino

⁴ Para la aplicación de este marco teórico a lo moderno, ver Smith (2000).

por medio de particiones funcionales de manera horizontal, en las cuales diferentes individuos o familias podrían ostentar derechos específicos sobre la tierra, en relación a sus usos específicos (sea la ganadería, la pesca, la caza, entre otros).

Al transcurrir el tiempo, sin embargo, las sociedades agrícolas desarrollaron una concepción más compleja de la sociedad, en la cual las particiones funcionales de los derechos sobrevivieron como excepciones a un régimen de dominio unificado⁵. Este paradigmático cambio es entendible, dado que en una economía agrícola, la coexistencia de múltiples derechos sobre la misma tierra creaba conflictos e incrementaba las oportunidades de derrochar externalidades. Más aún, si bien la partición funcional de la tierra era eficiente en una economía estable, devenía en insostenible en condiciones de cambios económicos bruscos. Cambiar de economías pastorales a agrícolas, hacía que las sociedades cambiaran sus sistemas de propiedad, abandonando la propiedad funcional a favor de la propiedad espacial—es decir, acercando sus sistemas de propiedad a aquellos que estamos acostumbrados a observar en el occidente moderno.

Esta transición tiene una explicación económica plausible. Con una economía rápidamente cambiante, los usos óptimos de la tierra son también objeto de un apresurado flujo. Un régimen de propiedad funcional impidió la transformación de la tierra a su uso óptimo, dada la amplia gama de derechos que tenían que ser acomodados o supercedidos.

En regímenes de propiedad espacial, un solo propietario generalmente ostenta todos los derechos concernientes a una parcela de

tierra. Tal dominio unificado podría mejor servir a las necesidades de una economía cambiante. La división de la propiedad a lo largo de líneas funcionales, mientras se permitía la optimización de la propiedad con respecto a todos sus usos potenciales, no proveyó suficiente flexibilidad para acomodar transformaciones estructurales a través del tiempo.

Así, el concepto de propiedad en el Derecho Romano está basado en el descubrimiento de que el uso óptimo de la tierra es una figura cambiante a lo largo del tiempo, y que los derechos absolutos de dominio proveen una mayor flexibilidad, dada la concentración de derechos de decisión en manos de un individuo⁶.

B. Unidad física y desunión legal con respecto a la tierra en el Derecho medieval

La evolución histórica de la propiedad permitió la aparición (y dominio) de las concepciones especiales de la Propiedad, con regímenes de propiedad absoluta como la regla legal preestablecida en las sociedades agrícolas. Durante la era feudal, un nuevo conjunto de limitaciones legales y funcionales al derecho de uso y disposición de la tierra contaminó la concepción romana sobre la propiedad absoluta. Por más que los cimientos del derecho medieval de propiedad eran incuestionablemente romanos, el sistema feudal transformó gradualmente la concepción social aceptada de la propiedad.

En el mundo feudal, los derechos y deberes estaban basados en la tenencia de tierra y relaciones interpersonales, y esta concepción de la propiedad era instrumental

⁵ Los derechos de propiedad absoluta pueden ser observados solo como una categoría excepcional en la mayoría de sociedad que no pertenecen al Oeste mientras que representen un régimen de propiedad predeterminado en los sistemas legales de occidente. En general, la concepción de los habitantes del Oeste con respecto a la propiedad no es universal, por lo menos no históricamente.

⁶ Claramente, si un único dueño puede reclamar un pedazo de tierra, un problema de fragmentación distinto podría ocurrir: excesivo espacio de fragmentación, que causa ineficiencias de escala. Las sociedades agricultoras del Oeste tratan este problema de distintas maneras. En el Derecho romano, el jefe de la familia (*paterfamilias*) había concentrado autoridad sobre la propiedad. Un sistema elaborado (*peculium*) mitigó la concentración de la capacidad legal con el resto de miembros del grupo familiar, como esclavos e hijos, autorizados a llevar a cabo transacciones legales vinculantes relacionadas a la propiedad. En tiempos pasados, cuando la capacidad legal era extendida a cada individuo dentro del grupo que sea mayor de edad, la fragmentación de la propiedad era prevenida mediante otras reglas y costumbres sociales, como las reglas de sucesión (por ejemplo, las reglas de la primogenitura), y arreglos institucionales (como las jerarquías feudales) que resultan en la concentración de tierra en manos de un par de individuos.

en mantener la estructura económica de la sociedad feudal. Los primeros tipos de licencia sobre tierras eran similares a las subvenciones del dominio pleno, mas posteriormente los reyes y *lords* mantuvieron el dominio de la tierra para ellos mismos y concedieron tan solo derechos limitados de uso y disfrute⁷. La tierra era *held in fief* por vasallos como resultado de un permiso otorgado por sus *lords* a cambio de variados servicios y votos de lealtad personal⁸. Estas concesiones de dominio fragmentado luego devino en explotaciones hereditarias⁹. Normas ordinarias previnieron la abrogación de estas concesiones, excepto cuando estas concesiones eran resultado de decomiso y confiscación¹⁰. Esto generó una fragmentación de la propiedad potencialmente irreversible y de muchas capas y etapas.

En este sistema feudal de tenencia de tierras, cada individuo era definido por su estatus jerárquico y su relación con la tierra. Con la sola excepción del rey, todo individuo estaba subordinado a otro. De acuerdo a la ya conocida pirámide feudal, solo los menos pudientes (o tenientes) tenían uso posesorio de la tierra, y todos los otros servían de intermediarios en

la colecta de impuestos y prestando servicios y protección. El rey permanecía como el demandante residual máximo. A través de este proceso, la propiedad feudal logró diferenciarse del paradigma romano de la propiedad, mientras las concesiones feudales fueron siempre limitadas por la licencia y el título, los intereses posesorios nunca residieron en las mismas manos. El dominio de la Propiedad no era ilimitado ni absoluto; los intereses no eran aplicables *erga omnes*, por el contrario, consistieron en un conjunto de derechos y deberes, parcialmente determinados por la específica relación contractual entre el concedente y el concedido. Un complejo sistema de control político y social reforzó esta transición del sistema romano al sistema feudal de dominio disperso (y fragmentación de la propiedad).

El feudalismo estaba indistintamente ligado a la vida agrícola¹¹. En una economía agrícola, las especies funcionales de fragmentación no suelen ser problemáticas, siempre y cuando la unidad física del terreno no se vea afectada. Al respecto, los ordenamientos jurídicos feudales fueron diseñados para reducir el riesgo de fragmentación excesiva¹². Las reglas de la *primogeniture*¹³ y la prohibición del

⁷ Otros privilegios del Lord incluían los conocidos incidentes feudales, los cuales, entre otras cosas, le daban al Lord el derecho de poseer la tierra.

⁸ Conforme el tiempo pasaba, los servicios, que estaban relacionados al apoyo y defensa del *lord* en tiempos de guerra mediante el servicio militar, se convirtieron gradualmente en obligaciones pecuniarias. Es imposible entender los desarrollos de la sociedad medieval sin notar que la corona y el nobiliado (y en cada feudo, el *lord* y sus vasallos) eran centros de poder potencialmente en conflicto. La famosa pirámide feudal (rey, nobles, *lords*, vasallos) nos muestra una sociedad dinámica que estaba a menudo al borde de la desintegración. En el nivel personal, el acuerdo de lealtad entre un *lord* y su vasallo siempre tendía a enmascarar el mismo tipo de relación inestable y, de la misma forma, los lazos de propiedad intentaban crear un mecanismo de unión que promueva estabilidad.

⁹ Si un teniente muriera sin herederos, la tierra retornaba al *lord*: una forma de aclamación residual del soberano sobreviviente, bajo un nombre distinto, en el Derecho moderno de sucesiones.

¹⁰ El embargo y confiscación eran remedios que permitían al *lord* recuperar la posesión de la tierra si un teniente rompía su promesa de lealtad o fallaba en desarrollar los servicios feudales. Remedios similares fueron aplicados en el caso de alta traición en favor del rey. Para mayor referencia, ver el capítulo 3 de Dukeminier and Krier (1998).

¹¹ La economía feudal estaba basada principalmente en la agricultura. La estructura feudal aseguraba la producción de la comida necesitada para mantener a una población constantemente al borde de la guerra.

¹² Incluso el Derecho feudal de propiedad –a menudo presentado como el paradigma de la propiedad entrópica– concibió remedios para combatir fragmentaciones excesivas de propiedad. En efecto, mientras algunas formas funcionales de fragmentación de propiedad eran vitales para la estabilidad de la sociedad feudal, otras podían ser fácilmente prevenidas.

¹³ En la tradición legal occidental, las leyes que prohibían la partición de la tierra y establecían la sucesión de la tierra en favor de los hijos mayores o menores, han sido a menudo utilizadas para preservar la unidad de la tierra. Estas reglas solían tener sus orígenes comunes y gozaban de un gran nivel de aceptación y cumplimiento, dado el interés de la mayoría de propietarios de tierras en proteger el poder y prestigio de su familia, los cuales estaban ligados tradicionalmente al tamaño de sus tierras. En este contexto, la prioridad en la sucesión era normalmente otorgada al hijo mayor (primogenitura) o al hijo menor (ultimogenitura). El efecto principal de estas reglas ha sido la manutención de la unidad en su estado normal, es decir, cuando el propietario hereditario la poseía.

*subinfeuds*¹⁴ son ejemplos de los intentos del Derecho feudal de limitar la entropía en la Propiedad.

La peculiar coexistencia de la unidad física y la desunión legal en la propiedad feudal pudo haber funcionado en una economía agrícola, pero demostró ser problemática en otros contextos económicos. En efecto, los acuerdos feudales, que solían brotar de una economía feudal cerrada, no tuvieron acogida en los ambientes urbanos¹⁵. Las ciudades del Imperio Romano, a medida que sobrevivieron, no tuvieron una estructura feudal paralela¹⁶, con la excepción de algunas áreas urbanas en Italia y el sur de Francia¹⁷.

C. El surgimiento de las concepciones absolutas de la Propiedad

Con la llegada de la Era Moderna, vino otro cambio paradigmático en la concepción de la Propiedad.

Tal y como la transición de la economía pastoral a la agrícola juzgó a las conocidas concepciones funcionales de la propiedad como ineficaces, el crecimiento gradual de la economía hizo de la dispersión del control feudal sobre la propiedad algo altamente problemático.

Como lo ha reconocido la literatura, la abolición del feudalismo era una precondition necesaria para el cambio a un mercado de tierras moderno, en el cual los individuos pueden transferir la Propiedad y derechos de desarrollo a terceros a través de contratos o disposiciones testamentarias. La transición de vuelta de la base contractual y relativista de la Propiedad a la concepción absoluta de la Propiedad, no fue gradual y suave, sin embargo¹⁸. Los eventos históricos que rodean el fin de la era feudal demuestran el poder de la dinámica irreversible de la entropía en la Propiedad, tema central de este ensayo.

¹⁴ Las reglas emergían para prevenir la futura fragmentación de intereses posesorios incluso en tiempos feudales. Los tenientes en *demeine* no podían subcontratar sus derechos y obligaciones a través de la creación de un rango menor de agentes feudales. La práctica de la subinfeudación ha provisto mucha de la justificación intelectual para restricciones modernas en la fragmentación funcional de la propiedad. Rudden (1987) se refiere a esta idea como *pyramiding rationale*: si cada dueño heredero de una propiedad tuviera el poder para entrelazar la tierra con el desarrollo de un capricho, esa tierra sería plagada por una pirámide de obligaciones no diferentes a esas asociadas a la práctica del *subinfeudation* (concepto similar al subarrendamiento, en el que los tenientes de tierras del *lord* o del rey, permitían otros usos, alienaban partes, etcétera. Rudden reconoce la validez de este argumento, pero formula tres objeciones. Primero, él considera que la objeción histórica al *subinfeudation* no concernía en principio las capas de la obligación. Segundo, piensa que un mecanismo legal podría revisar los excesos de un sistema de intereses de propiedad más amplio. Tercero, los mecanismos mercantiles podrían resolver mejor tales problemas "piramidales", en lugar de mecanismos legales.

¹⁵ De acuerdo a Monateri (1996), no es coincidencia que el renacimiento de los estudios legales romanos comenzaran en un tiempo de resurgimiento de la vida urbana en el norte de Italia. El sur de Francia era el centro de un sistema legal codificado, mientras que el Derecho romano permanecía con fuerza. En contraste, un sistema feudal más completo en el norte de Francia propició el desarrollo del derecho común bajo el régimen de los francos carolingios. Las ciudades no eran el centro del poder feudal, sino más bien del eclesiástico, de manera que el Derecho Canónico sentó un precedente, si bien el Derecho Mercantil era un importante componente del *ius commune*, al menos en localidades con mercados comerciales activos. Parisi y O'Hara (1998) y Parisi (1998) observaron que si bien tenían cabida los conflictos jurisdiccionales, el Derecho Feudal había coexistido armónicamente con el Derecho Mercantil, dada la distante perspectiva entre ambos, en cuanto a la Propiedad y a los temas contractuales (sea, que el Derecho Feudal cubría, por lo general, temas de propiedad y de estado, mientras que el Derecho Mercantil era usado para temas comerciales y contractuales).

¹⁶ El sistema feudal no formó la base de la jurisdicción en las ciudades, donde el Derecho Romano y el Derecho Canónico tomaron precedencia. El Derecho Feudal no congeniaba con las necesidades dinámicas de la emergente clase mercantil. Como resultado de la revolución comercial por parte de la clase mercantil medieval, las grandes ciudades del antiguo Imperio Romano se volvieron atractivas para el desarrollo de mercados comerciales activos, así que muchos comerciantes de segunda generación reubicaron el centro de su actividad en éstas. En este punto, el Derecho Mercantil se convirtió en un componente cada vez más importante del *ius commune*. Para mayor análisis, ver el interesante libro sobre el Derecho Mercantil de Galgano (1976).

¹⁷ El feudalismo se expandió de Francia hacia el norte de Italia, Alemania y España, para luego inmiscuirse en algunos territorios latinos en Europa. Muchas de las otras grandes civilizaciones del mundo han pasado por periodos en los que han imitado los arreglos feudales, por más de que las características específicas son, de alguna manera, diferentes al paradigma típico de Europa medieval.

¹⁸ Los arreglos feudales en temas de Propiedad, caracterizaron mucho del Derecho común de la Propiedad, sin embargo, los juristas y académicos medievales continuaron utilizando las categorías romanas de la Propiedad en sus escritos. Esto facilitó el retorno a las categorías romanas, que fueron eventualmente reinstauradas como parte de la oposición al feudalismo que los conducía a la Revolución Francesa.

Tanto una revolución política cuanto una ideológica fueron requisito para darle forma y contenido a la concepción dominante de la Propiedad. La Revolución Francesa marcó un punto de quiebre. En un fallido intento por evitar los serios desórdenes políticos y sociales, los nobles franceses y los miembros del Clero renunciaron a algunos de sus privilegios feudales en la primera sesión del *États Généraux* después de 200 años, el 4 de agosto de 1789. El significado teórico de esta acción era sobresaliente conforme liberó la tierra de una multitud de servidumbres personales (por ejemplo, derecho de caza y servicios domésticos). Otra carga feudal (por ejemplo, tasas señoriales) podían extinguirse pagando una cantidad “global” a los *Lords* (lo que correspondía de veinte a veinticinco veces el valor anual). En la práctica, la plebe era incapaz de pagar las grandes cantidades requeridas para liberarse de la subordinación feudal. La Revolución Francesa trajo consigo el colapso del régimen feudal y con ello la abolición definitiva de todas las cargas y tasas señoriales sin compensación.

Durante el siglo dieciocho, se volvió popular culpar a la traidicon feudal como el desencadenante de la fragmentación ineficiente de la Propiedad y rebelarse en contra del legado feudal, proclamando un nuevo paradigma de Propiedad unificada y absoluta. Historicamente, los sistemas de tierra feudales impusieron obligaciones positivas a los terratenientes. Estas obligaciones no eran parte del puñado romanista de derechos y deberes de los que ostentaban la Propiedad, mezclando derechos absolutos y relativos en una relación híbrida de Propiedad. La versión filosófica hegeleana (1942 [1821]) de esta historia ha influenciado las concepciones legales de la Propiedad alrededor del mundo. Hegel considera que la estandarización de los intereses de Propiedad es un movimiento relacionado a la difícil lucha por liberar a la

Propiedad de los inconvenientes feudales que persistían, sugiriendo que la libertad individual depende bastante de la libertad de Propiedad¹⁹.

Siendo así, la visión romana se convirtió en el modelo para la Propiedad de la burguesía, concebida como un derecho privado y absoluto que permitía el uso y disfrute de su tierra. Este renovado concepto está en el origen de muchos trabajos de investigación y teóricos en la teoría legal y en filosofía. Podemos considerar la premisa de John Austin (1885 [1832]), que sugiere que el derecho de propiedad consiste en dos elementos principales: el derecho a usar la propiedad y el de poder excluir a otros.²⁰ Más importante para nuestro análisis, es que teóricos del siglo dieciocho y diecinueve especificaron los atributos estructurales del derecho de Propiedad. Entre otros, podemos apreciar que las normas universales de la noción kantiana deben ser negativas en su contenido, esto es, deben indicarnos qué no hacer. En ese sentido, el correlativo de un derecho real no puede requerir de acción²¹.

Esta concepción de propiedad absoluta discrepó dramáticamente con el concepto feudal de la propiedad como un puñado de derechos y deberes que mezclaban relaciones absolutas y relativas tanto en la esfera privada cuanto en la pública. Si bien una concepción unificada de la propiedad estaba ya presente en la era prefeudal, la reacción intelectual en contra del antiguo régimen conllevó una articulación más matizada de este ideal²². Esta evolución teórica culminó en los eventos revolucionarios de la década de 1790, los cuales marcaron el comienzo de una nueva era en los regímenes de propiedad en Francia y el resto de Europa. Esta nueva perspectiva legal, de manera que combine satisfactoriamente los conceptos de unidad funcional con la concepción absoluta de la

¹⁹ Rudden (1987: p. 250) sagazmente nota que la palabra *servidumbre* cubre tanto esclavitud cuanto la servidumbre como la conocemos (legal).

²⁰ AUSTIN, John. 1885 [1832]. p. 808.

²¹ Rudden (1987: p. 249) considera que esta premisa está lógicamente relacionada a la de Austin, quien cita a Immanuel Kant (1887 [1797]: p. 14) en sustento de sus proposiciones.

²² Mattei (2000: p. 14) observa que la teoría unitaria moderna de los derechos de propiedad es, en efecto, el producto intelectual de la Revolución Francesa. En la misma línea, el extenso trabajo de Rodota (1990) demuestra los límites de las analogías entre las nociones romanas de la propiedad absoluta y la aplicación moderna de tal noción contenida en el artículo 544 del Código Francés de 1804. Para mayor análisis histórico, ver Monateri (1996).

propiedad, debía tener reglas sustanciales para fomentar la unidad funcional, física y legal en la Propiedad. Estos principios de Propiedad unitaria están encarnadas en muchas normas importantes que caracterizan el derecho moderno de Propiedad, el cual consideraremos a continuación.

II. EL NACIMIENTO Y AUGE DE LOS IDEALES MODERNOS EN LA PROPIEDAD UNIFICADA

Como reacción a la tradición feudal, la jurisprudencia racionalista del Siglo dieciocho y las codificaciones modernas del Siglo diecinueve revivieron aquellas reglas romanas de propiedad que resultaban importantes, promocionándolas como principios generales de Derecho Civil. Los principios de unidad en la Propiedad son susceptibles de ser catalogados como (i) funcionales, (ii) físicos y (iii) legales. Estos principios, relacionados entre sí, contribuyeron de diferentes formas a controlar los problemas de la entropía en la Propiedad.

A. Principios de la unidad funcional en la Propiedad

Bajo el Derecho Romano clásico, el *proprietarius* no podía transferir menos del total de derechos, privilegios y poderes que la propiedad reunía. Transferir la propiedad de manera parcial era sólo permitido en casos excepcionales y limitados²³. Así, por ejemplo, la creación de restricciones legalmente vinculantes a la Propiedad estuvo limitada a situaciones en las que el estado dominante

podía demostrar una necesidad perpetua por el acuerdo. En el Digesto romano podemos apreciar que las servidumbres necesitaban una *causa perpetua*²⁴. En otros pasajes, las fuentes romanas indicaban que las servidumbres creadas para el beneficio transitorio del propietario de un lote vecino (en desmedro del beneficio perpetuo de la tierra misma) no eran válidas²⁵.

Como ya hemos discutido, esta noción de Propiedad absoluta sufrió un cambio sustancial en el Derecho feudal, mas recuperó eventualmente la popularidad al tiempo de las codificaciones europeas modernas. Los códigos modernos limitan el permisivo nivel de la fragmentación funcional de la Propiedad para luego proveer protección a los derechos de Propiedad²⁶. Este favorecimiento de ciertos arreglos sobre Propiedad es conocido como el principio *numerus clausus* y es una expresión significativa del principio fundamental de unidad que propicia el derecho moderno de Propiedad. El propósito de este principio es evitar que los individuos creen derechos de propiedad que difieran de aquellos que están expresamente reconocidos por el ordenamiento jurídico²⁷.

Las formulaciones tempranas de los *numerus clausus* carecieron de un *rationale* bien articulado, especialmente llamativo porque ello contrasta agudamente con la doctrina de la libertad de contratar, la cual promulga el que dos partes en un contrato privado puedan coincidir en cualquier acuerdo sin limitaciones impuestas por el gobierno²⁸. La dicotomía entre

²³ Consecuentemente, por ejemplo, los derechos de uso y de explotación se divorciaron del usufructo, el cual solo se podía dar a una persona por toda su vida; la creación de restricciones legalmente obligatorias (servidumbres) estaba agudamente limitada.

²⁴ Paulus Book 25 *ad Sabinum* en D. 8.2.28: "*omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*" (todas las servidumbres deben tener causa perpetua).

²⁵ Paulus Book 15 *ad Plautium* en D. 8.1.8: "*ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest*." (las servidumbres no pueden ser creadas para atribuir derechos para cosechar fruta o tener meriendas o para simplemente irrumpir en la propiedad ajena). Tales arreglos atípicos —entendidos como un corolario implícito— podían, sin embargo, ser creados como objeto de obligaciones personales.

²⁶ Los académicos europeos también se referían a este principio invocando el concepto de los derechos de propiedad nominados. Merrill y Smith (2000: p. 69) han reconocido que, si bien el principio de *numerus clausus* es producto de la doctrina romanista y es seguida y aplicada en muchos países del Derecho Civil, el principio también existe como parte de la tradición inarticulada del *Common Law*. Los autores ilustran las muchas formas en las que los jueces del *Common Law* se acostumbran a pensar en términos comparables a la doctrina civilista.

²⁷ Para un desafío moderno al principio de *numerus clausus*, ver Rudden (1987), quien analiza críticamente las justificaciones legales, filosóficas y económicas para limitar los tipos de interés de propiedad legalmente conocidos a un puñado de formas estandarizadas.

²⁸ Merrill y Smith (2000: pp. 68-69) notan la peculiar dicotomía entre la Propiedad y los contratos, observando que mientras los derechos contractuales son libremente pactables, los derechos de propiedad son restringidos a una lista cerrada de formas estandarizadas.

estos paradigmas de propiedad y de contratos deviene en una tensión general entre el principio de la libertad de contratar y la necesidad social de estandarizar el derecho a la Propiedad. Las codificaciones europeas modernas son reflejo de esta tensión. Éstas promueven la libertad de contratar reconociendo y aplicando tanto formas nominativas cuanto innominativas de contratos. Mas al mismo tiempo limitan la autonomía privada en transacciones de Propiedad y solo aplican transacciones correspondientes a formas estandarizadas (o nominativas) de la Propiedad²⁹.

Más allá del residuo intelectual de la Revolución Francesa, la influencia del principio de *numerus clausus* ha perdurado a través de los códigos post-revolucionarios, y puede ser hallada en la mayoría de los códigos europeos modernos. El Código Napoleónico de 1804³⁰, el Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán) de 1900³¹, y muchas otras codificaciones³² contienen provisiones que restringen la creación –o al menos retiene la aplicación– de derechos de Propiedad atípicos. Como bien mencionó Rudden (1987, p. 243), “en términos muy generales, todos los sistemas limitan, o al menos restringen fuertemente, la creación de derechos reales:

los *fancies* son para contratos, no Propiedad.”

Estos límites en la creación de derechos de Propiedad atípicos a menudo emergieron como un principio general del derecho de Propiedad moderno. Incluso ordenamientos que no han codificado la doctrina formalmente, se adhieren sus restricciones.

El requerimiento de que la transferencia de la Propiedad inmueble sea inscrita en un registro público refuerza el principio de *numerus clausus*, ya que sólo los derechos de Propiedad nominados podrán ser registrables, asegurando así la comprensibilidad de los registros públicos para efectos de publicidad y notoriedad³³. A esto le sigue que cualquier contrato que constituya o modifique una situación de Propiedad haciendo caso omiso de la taxonomía de los derechos reales reconocidos por el sistema legal es tan solo una fuente de obligaciones contractuales³⁴.

Sin embargo Gambaro (1995, p. 67) esclarece la paradoja de las partes aceptando las obligaciones contractuales, mas privándolas de los beneficios de esos acuerdos. Si el sistema registral no permite inscribir los derechos de Propiedad atípicos, la libertad de contratar

²⁹ Esto implica que los derechos de propiedad son reforzados solo con remedios reales si es que conforman una de las *nominadas* categorías estandarizadas. Por otro lado, la premisa es lo opuesto en el campo de los contratos: el sistema legal refuerza todo tipo de contratos, a menos que éstos violen una norma dispositiva en cuanto a su objeto y alcance.

³⁰ Muchos artículos del Código Civil Francés consideran el concepto de *tipicidad* de los derechos reales y principios articulados de propiedad absoluta y unitaria. Ver, como ejemplo, el artículo 516 sobre diferenciación de la propiedad; artículo 526, el cual enumera las formas reconocidas de los derechos reales limitados (usufructo, servidumbre y embargos); artículos 544 al 546 sobre la definición y el contenido necesario del dominio absoluto, entre otros.

³¹ El Código Civil Alemán, en su parágrafo 90, establece que “solo los objetos corpóreos son cosas en el sentido legal”, lo cual puede ser visto como un despegue sustancial de la concepción feudal de la propiedad, donde la mayoría de derechos atípicos tenían una naturaleza abstracta.

³² Prácticamente todas las codificaciones modernas importantes –de las cuales no todas fueron influencia directa de los modelos francés y alemán– reconocen un principio similar de unidad en la propiedad. Rudden (1987) provee un estudio comparativo del principio de *numerus clausus* en los sistemas legales del mundo moderno, reportando que varios sistemas legales asiáticos han adoptado una regla básica de acuerdo a la cual ningún derecho real puede crearse, si es que no está provisto por el Código o legislación de cada lugar. Por ejemplo, el Código Coreano, artículo 185; el Código Tailandés, artículo 1298; y, el Código Japonés, artículo 175. Provisiones similares existen en otros sistemas derivados directamente de modelos europeos, tales como el Código de Louisiana, artículo 476, inciso 8; el Código Argentino, artículo 2536; el Código Etiopí, artículo 1204, inciso 2; y la Israeli Land Law 1969, secciones 2 a 5.

³³ El razonamiento legal de la “ausencia de notificación” aparenta que sería difícil para un comprador conocer sobre posibles transacciones, o intereses de propiedad no-*numerus clausus*. Rudden (1987) hace una objeción a este razonamiento. Piensa que un sistema registral funcional podría revelar éstas transacciones al comprador. Más aún, la notificación no es necesaria ni suficiente, para crear intereses válidos de propiedad. Para mayor análisis en este punto, ver Mattei (2000: pp. 91-92), quien observa que la misma restricción en la admisibilidad de los instrumentos registrables no existe en las jurisdicciones del *Common Law*, donde las partes pueden crear derechos de propiedad con un grado mucho mayor de autonomía.

³⁴ Rudden (1987: p. 243) nota que Argentina es el único país que articuló este importante corolario lógico en la forma de una provisión del código (Código Civil Argentino, artículo 2536).

está menoscabada, ya que el sistema retiene el mecanismo –inscripción registral– que podría transformar un acuerdo de propiedad atípica entre las partes de una obligación en un derecho real oponible a terceros compradores.

B. Principios de la unidad física en la Propiedad

Otros principios básicos del derecho de Propiedad moderno demuestran la tendencia general de los sistemas legales de combatir la entropía y promover la unidad en la Propiedad. En el trato con la partición física de la Propiedad, las reglas de los sistemas legales del Derecho Civil representan el ideal de la integridad física de la Propiedad. Por ejemplo, un gran número de jurisprudencias y legislaciones reconocen el derecho del propietario a resguardar su propiedad como una prerrogativa simbólica de su soberanía³⁵. Más aún, los sistemas del Derecho Civil enfrentan el problema de la unidad física con reglas que restringen particiones horizontales en la construcción de la propiedad sobre la herencia del sistema legal romano que se limitaba al reconocimiento de derechos reales del subsuelo, como sugería la máxima latina *cuius est solum eius est usque ad coelum et usque ad inferos* (aquel que tiene la tierra, tiene la propiedad hasta el cielo y hasta el centro de la tierra)³⁶.

La teoría y la práctica del derecho de propiedad en cuanto a la unidad física ha sufrido muchos cambios a través de los siglos.

Cuando era reconocida por el sistema, la regla *ad coelum* pregonaba que aquel que compraba una propiedad, sin estar al tanto de cualquier obstáculo que pueda limitar su uso (comprador *bona fide*) adquiría prioridad sobre otros, aunque estos otros tengan derecho a uso del subsuelo o superficie.

A pesar del alejamiento medieval de las concepciones unitarias de propiedad, la mayoría de códigos civiles modernos del siglo diecinueve restablecieron la concepción Romanística de la Propiedad al no permitir formas horizontales de fragmentación de Propiedad. Tanto en el Código Francés de 1804 como en el Código Italiano de 1865, la tierra no podía ser dividida en distintas superficies o subsuelos dentro de un bien inmueble, y el título legal para los varios estratos de la propiedad debían corresponder a un solo dueño. El *Common Law* temprano erigió obstáculos similares a la fragmentación horizontal de la propiedad³⁷ y, gracias al trabajo de Lord Coke a principios del siglo diecisiete³⁸, la abreviación *ad coelum* se convirtió un término de arte en el Derecho Inglés.

Estas limitaciones a la libertad de las partes eran un importante corolario del principio de unidad física en la propiedad, que llevó a reacción intelectual del siglo dieciocho, en contra de la fragmentación en propiedad feudal, pero no pudieron retratar el último acercamiento a la propiedad que emergió en Europa Continental. A pesar del principio de *numerus clausus* y las otras formulaciones del

³⁵ Parágrafo 903 del Código Alemán, otorgando el poder de disposición absoluta, similarmente reconocido por otros códigos y cortes civiles. Ver, asimismo, Mattei (2000: p. 123).

³⁶ La regla *ad coelum* tuvo sus orígenes en las Instituciones de Gayo, para luego reproducirse en las Instituciones del Justiniano. El concepto básico es que la propiedad real se extiende verticalmente hasta el infierno (*inferos*) y el cielo (*coelum*). Ya una vez en la era republicana del Derecho Romano, sin embargo, los conocidos permisos *ad aedificandum* (los que fueron luego protegidos totalmente por remedios, a través del *actio de superficie*) permitieron la creación de derechos de superficie horizontal que pudiesen ser ostentados por sujetos diferentes al dueño o propietario del estrato del subsuelo.

³⁷ Wenzel (1993) señala que la fragmentación horizontal de la propiedad no estaba permitida en el *Common Law* temprano. Atribuye esto a dos principales razones: (i) la popularidad de la regla *ad coelum* en el pensamiento medieval inglés y el dominio de teorías absolutistas de propiedad; y (ii) las prácticas de transferencia de tierras que, por medio del ritual de *seisin* (recordando la *traditio simbolica* del Derecho Romano), requirieron una muestra simbólica de la posesión, a través de la entrega personal de una piedra o una mazorca del suelo de esa misma tierra. El ritual de la *traditio simbolica*, según Wenzel, no era idóneo para simbolizar la transferencia del título para derechos del subsuelo o de minerales no descubiertos.

³⁸ La doctrina *ad coelum* aún se usa en el Derecho moderno en dos grandes campos, uno siendo el Derecho de Propiedad, para cuestiones como por ejemplo la accesión en el dominio (por ejemplo, casos en los que las construcciones cuelgan sobre la propiedad del vecino, entre otros); y en Derecho Internacional, para llegar a temas de soberanía territorial sobre espacio aéreo. Recientemente, la doctrina ha sido reanimada en el Derecho Internacional Público, a través de los reclamos de Estados ecuatoriales por sus derechos sobre la órbita geoestacionaria (para satélites). Obviamente, los Estados no-ecuatoriales se oponen a la aplicabilidad de la regla *ad coelum* e invocan la aplicación de una regla de posesión original.

ideal de propiedad unitaria, las prohibiciones expresas de los códigos modernos probaron ser inefectivos³⁹. Los dueños de la propiedad continuaron partiendo su tierra en múltiples estratos en el subsuelo y en la superficie. Originalmente, aquellos acuerdos no pueden transmitir títulos reales con los varios estratos, pero las partes pueden ocasionalmente intentar evitar este impedimento acordando no invocar reglas de accesión contra el dueño titular del derecho de superficie, debiendo el dueño informal de la superficie decidir construir un edificio en el terreno⁴⁰. Las cortes eran inicialmente renuentes a hacer cumplir los acuerdos de las partes, las que encuentran en abierta contravención a la regla de la unidad. A través del tiempo, sin embargo, las cortes civiles desarrollaron una actitud más complaciente y permitieron formas atípicas de fragmentación de propiedad para sobrevivir en la sombra de la Ley.

Los códigos del siglo veinte eventualmente abandonaron la norma que prohibía la fragmentación horizontal de la propiedad. Empezando por el Código Civil alemán de 1900⁴¹ y el italiano de 1942⁴², el Derecho Civil, lejos de aplicar los principios de unidad física, regresó a los estándares previos a las codificaciones modernas.

Cualquiera o más de tres razones prácticas discutidas más adelante invirtió (o invirtieron) la tendencia. Primero, la fragmentación horizontal solía ser tan comúnmente tolerada,

que dejaba de ser algo excepcional, y la unidad devino en una ficción legal simbólica. Aplicando una regla de unidad bajo aquellas circunstancias se corría el riesgo de alterar un pacífico *status quo* de forma que pueda confrontarse el dilema inevitable de decidir cuál de las dos partes de buena fe debían adquirir el título de la propiedad⁴³. Segundo, los riesgos de las formas horizontales de la fragmentación de la propiedad son limitadas: pocas partes se enganchan en aquellas particiones, y en la práctica una superficie y subsuelo de no más de dos estratos son comunes. Esta forma limitada de fragmentación no trajo consigo serios problemas estratégicos, dado el monopolio bilateral de dos propietarios fragmentados bajo las circunstancias. Tercero, la necesidad práctica de regular los derechos mineros y derechos en la explotación de recursos subterráneos propició el abandono gradual del antiguo dogma.

Académicos del Derecho Civil de mediados del Siglo veinte criticaron el abandono de la regla de unidad física, pues hacer esto violaba el ideal moderno de Propiedad unitaria. La fragmentación de Propiedad horizontal se mostró antitética a las nociones tradicionales del dominio de la Propiedad que crearon en un propietario de tierra, derechos absolutos e indivisibles a un espacio vertical extendiéndose *usque ad coelum*, *usque ad inferos*, y creando límites mutuos tanto en el dominio de superficie cuanto en el subterráneo⁴⁴.

³⁹ Así como a los límites verticales de la propiedad, incluso en tiempos tempranos, la atracción hacia la regla *ad coelum* era mayormente simbólica y sujeta a varias excepciones. El valor de tal simbolismo, sin embargo, no debería ser subestimado, dada la fuerza interpretativa que es a menudo asociada con los principios generales en sistemas del Derecho Civil.

⁴⁰ De acuerdo a la regla de la accesión, *superficies solo cedit*, ausente tal acuerdo, el dueño del título podía proclamar propiedad en cualquier construcción erigida por terceros en su tierra.

⁴¹ Código Alemán, parágrafos 1012-1017, los que fueron más adelante reemplazados por una ley especial del 15 de enero de 1919, la cual proveyó una regulación más explícita en la materia.

⁴² El artículo 952 del Código Italiano de 1942 reconoce los derechos de superficie como un derecho real y tutelable.

⁴³ Los reclamos conflictivos sobre construcciones y propietarios podrían haber sido resueltos de acuerdo a las reglas civiles de la accesión, de acuerdo a las cuales el propietario de la tierra adquiriría el título de la edificación erigido por terceros (esto es, *superficies solo cedit*) con el deber de compensar el menor monto entre el valor incremental de la propiedad y el costo de la construcción. La solución por defecto en el Código Civil puede haber sido ocasionalmente probada injusta, dado el mayor valor subjetivo de una edificación para aquellos que lo diseñaron y construyeron, en comparación al valor promedio o la valoración subjetiva del dueño de la tierra, que no tiene interés de propiedad en relación a la edificación.

⁴⁴ La partición horizontal puede prevenir mejoras valorizables, tales como nivelar el terreno para fines agrícolas o de construcción, excavaciones para un desagüe propio, o simplemente crear una poza o una cava de vinos, entre otros. Para apreciar una investigación histórica de la evolución de las concepciones de la unidad física de la propiedad, ver también Bianca (1999).

C. Principios de la unidad legal en la Propiedad

Un tercer principio del Derecho occidental, garantizando el poder absoluto del propietario para disponer de su propiedad, está también agudamente relacionado al concepto de la unidad en la Propiedad, aunque con algunas implicancias distintas. Los principales códigos europeos promulgaban este principio. Por ejemplo, el artículo 544 del Código Civil francés establece que el “Dominio es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas en su sentido más absoluto”, podemos encontrar casi *verbatim* en el Código Civil italiano de 1865. Por su lado, el párrafo 903 del Código Civil alemán asevera que el propietario de un objeto “puede lidiar con la cosa como desee y excluir a otros de cualquier interferencia.”

Mientras éstos enunciados se muestran incontrovertibles, se vuelven difíciles de implementar con dominio conjunto. El principio de disposición absoluta, en efecto, se convierte en una incongruencia en cuanto dos o más individuos gozan de derechos de decisión en conjunto. Para abordar este problema, los sistemas legales han adaptado históricamente reglas que (i) facilitan la reunificación del uso y (ii) colocan los derechos de exclusión en manos de un solo individuo. El *common law* alcanzó estos dos objetivos dificultando la creación de los derechos de tenencia conjunta (una ficción legal en la que dos o más personas son consideradas un solo propietario) y facilitando la destrucción del acuerdo. Para crear una tenencia conjunta, los propietarios tenían que poder demostrar las cuatro “unidades”, que son: (i) tiempo (haber adquirido la propiedad al mismo tiempo); (ii) título (haber firmado el mismo instrumento); (iii) interés (gozar de los mismos derechos); y (iv) posesión. A falta de cualquiera de estos elementos, la tenencia conjunta no podía configurarse.

En líneas similares, cualquiera que se hallara teniendo algo conjuntamente con otros podía

causar que la propiedad común se dividiera, de acuerdo a la máxima latina *nemo invitus ad communionem compellitur* (nadie puede ser forzado a la propiedad común con otro). Esto podía hacerse unilateralmente. Todo lo que un teniente conjunto tenía que hacer era transferir su interés a una tercera parte, y la tenencia conjunta se dividía, revirtiéndose a una tenencia en común, la cual permitía a los propietarios transferir o arrendar sus intereses a terceros. Algunos casos tempranos descubrieron que meramente expresando el intento de separar la tenencia conjunta ya era suficiente para lograrlo. Si los tenientes no concordaban en el manejo de la propiedad, una segunda opción era pedir la partición, en cuyo caso la corte dividiría la propiedad u ordenaría su venta y ulterior división de lo percibido entre los propietarios. Reglas muy similares están presentes en jurisdicciones del Derecho Civil para minimizar el *hold-up power* de los propietarios conjuntos en el uso de la propiedad conjunta. En aplicación del principio de la unidad legal en la Propiedad, estos sistemas introdujeron mecanismos que fueron fácilmente provocado para permitir a los propietarios mayor autonomía en la disposición de su propiedad, incluso cuando otros tenían derechos sobre la misma tierra.

D. Hacia el reconocimiento de las nuevas formas de la Propiedad

Como discutimos líneas arriba, en la era moderna los sistemas legales alrededor del mundo han manifestado de diversas formas una reluctancia general para reconocer acuerdos atípicos de Propiedad como derechos reales aplicables⁴⁵. En las últimas décadas, sin embargo, las cortes y legislaciones, tanto en jurisdicciones del Derecho Civil cuanto en las del *Common Law*, acostumbradas a las necesidades modernas de los que labraban la tierra y los propietarios de las tierras, han reconocido nuevos acuerdos de Propiedad⁴⁶. El ejemplo más claro de esta expansión gradual de acuerdos estándar de propiedad en jurisdicciones del Derecho Civil,

⁴⁵ Recientemente, las cortes del *Common Law* han sido relativamente creativas en idear las formas para utilizar contratos que creen convenios diseñados para proteger las amenidades en áreas residenciales. Más aún, los sistemas legales ocasionalmente inventarán una nueva forma de propiedad. A pesar de estas innovaciones periódicas, esta área del Derecho permanece arcaica. Rose (1999: pp. 213-214) observa que los sistemas de bienes raíces del *Common Law* en la tierra ahora parecen anticuados. Como el autor irónicamente expresa, las referencias a la propiedad objeto de herencia, indivisible e inalienable, casi nunca fallan en traer una sonrisa.

⁴⁶ Yiannopoulos (1983) nota lo inadecuado que es regular la construcción y zonificación, para satisfacer las

puede ser encontrado en el área de convenios que se dan con la tierra y que ocasionalmente crean derechos reales nuevos y *sui generis*. Un convenio real es una promesa de hacer o no hacer, algo que está conectado a la tierra en una forma legalmente trascendente⁴⁷. Bajo el *Common Law* tradicional, los derechos y deberes asociados a los contratos no fueron asignables (Corbin, 1926) porque las partes del acuerdo original no tenían el derecho de obligar a una tercera parte a adherirse a su acuerdo. Al respecto, los beneficios y cargas de los convenios originales no se transferían con el interés en la tierra. En muchas situaciones, esta intención frustrada de crear un convenio real en primer lugar.

Dado lo percibido en beneficios netos teniendo los derechos y deberes de un convenio real adjunto al título de la propiedad, las cortes crearon gradualmente un nuevo cuerpo legal que sobrevenga los obstáculos impuestos por la Propiedad tradicional y las teorías de contratos⁴⁸. Casi sin excepción, sin embargo, los sistemas legales que implementan estas innovaciones han creado regímenes atípicos para protección remedial del Estado y regular estos nuevos derechos, reglas que divergen sustancialmente de los principios tradicionales que rigen la Propiedad o los Contratos. Algunos entendidos generalmente atribuyen estas divergencias a accidentes meramente históricos (Dwyer and Menell, 1998, p. 760; Yiannopoulos, 1983). Contraria

a la sabiduría común en literatura, yo sugiero que estas anomalías no son improvisadas.

Para poder proteger estos derechos reales recientemente reconocidos, las cortes han desarrollado un conjunto elaborado de requerimientos para minimizar los efectos a largo plazo de la fragmentación disconforme de la Propiedad, adoptando un grupo de reglas que difieren de la propiedad tradicional o el derecho contractual. En cambio, los sistemas legales ponderan la necesidad de mitigar la entropía en la propiedad creando restricciones perpetuas en el uso e inalienabilidad de la propiedad con las demandas de los propietarios de las tierras y los que la labran, planeando ejercitar su libertad contractual para disponer de su propiedad mientras lo consideren apropiado. Varias tradiciones legales han empleado diferentes instrumentos para lograr esta meta. Por ejemplo, bajo el Derecho moderno francés, las cortes no reconocen convenios atípicos de propiedad como fuente de derechos reales, mientras permiten a las partes aproximar un derecho real en la noción de las obligaciones transferibles. Entonces, los casos franceses han construido contratos entre propietarios como fuente de obligaciones que son efectivas frente a terceros⁴⁹. En Alemania y Grecia, los convenios atípicos de propiedad tampoco están aplicados como derechos reales pero como Yiannopoulos (1983) menciona, permitir los

necesidades de los propietarios locales (por ejemplo, para la preservación del estilo de subdivisión). También menciona que los que labran la tierra han, desde el giro del siglo, impuesto restricciones contractuales, limitando el uso de la propiedad para darle prioridad a los valores de propiedad (como restringir el uso para ciertos propósitos, prohibir la construcción de ciertos tipos de edificaciones, o especificar el material o los colores que deben ser usados en la construcción). Rudden (1987) observa, en una línea similar, que si bien los intereses posesorios estándar involucran la posesión exclusiva y continua, los individuos pueden buscar adquirir intereses alternativos como el tiempo compartido, lo cual significa posesión exclusiva por cortos, pero repetidos, intervalos de tiempo.

⁴⁷ Los convenios reales y la servidumbre difieren uno del otro en varios aspectos. Un convenio real afirmativo es una promesa de hacer un acto afirmativo (como un acuerdo entre el propietario del terreno y el propietario de lo construido en la superficie de pagar una tarifa anual por concepto de uso). Una servidumbre afirmativa, por el contrario, es un derecho ostentado por el propietario de la tierra beneficiada, llamada propiedad dominante, para usar la tierra de otro, llamada propiedad servidora. No hay una obligación afirmativa para el propietario de la propiedad servidora. Como es generalmente explicado, el propietario de la propiedad servidora solo tiene el "deber negativo" de no interferir con los derechos del propietario de la propiedad dominante.

⁴⁸ Bajo la doctrina moderna de contratos, un asignado es confiado para obligaciones solo si él expresamente asume tales obligaciones. El problema de la ley de convenios reales es, por tanto, principalmente debido a las situaciones donde el asignado no ha aceptado expresamente asumir los convenios del propietario anterior. Imponer estos convenios reales como meros contratos frustraría los fines perseguidos por las partes, dado el objetivo frecuente de permitir a las cargas y beneficios de los convenios reales pasar a los propietarios sucesivos en la propiedad subyacente.

⁴⁹ Yiannopoulos (1983) observa que la Corte Suprema francesa reconoce los efectos contra terceros en un convenio de propiedad, aliviando al operador de una mina de la responsabilidad por daños a la superficie. Ver, asimismo, Bergel (1973).

remedios contractuales extenderse más allá de las partes originales del convenio, produce efectos similares.

E. Libertad de contratar y el valor potencial de las nuevas formas de Propiedad

Si bien gran parte de la discusión en este trabajo considera las respuestas legales a los problemas de la entropía, es importante notar que los sistemas legales crean o promueven formas disconformes de Propiedad solo en situaciones limitadas.

Interesantemente, los sistemas legales a menudo promueven el libre acceso a la propiedad común (pistas, navegación comunicaciones)⁵⁰, y en otros casos el sistema legal crea y facilita la fragmentación. En ese sentido, el planeador social usa la entropía para su beneficio usando las servidumbres de conservación y la fragmentación (multiplicación) de agencias administrativas supervisando el desarrollo de la tierra para retrasar el paso del desarrollo suburbano⁵¹. Mas en otras instancias, los propietarios estructuran los acuerdos de Propiedad disconforme⁵².

Si bien es problemática como regla, la partición disconforme de los derechos de propiedad puede ser de alguna forma sensible en lograr a especificar metas u otros objetivos que los propietarios deseen. Estos acuerdos idiosincráticos son ambos una reflexión del derecho individual a la libertad de contratación y un instrumento político legítimo para el *urban planner*. En suma, respetar la autonomía individual mientras se minimizan las pérdidas indeseables de peso muerto que podrían resultar de estos acuerdos, es el objetivo crítico.

III. ENTROPÍA Y LOS REMEDIOS LEGALES PARA LA PROPIEDAD UNITARIA

La entropía se da cuando un recurso escaso es dividido en fragmentos disconformes, consecuentemente complementariedades precedentes⁵³. Inicialmente, podía parecer razonable dividir la Propiedad. Luego, sin embargo, una oportunidad podía presentarse para explotar esas complementariedades que existían entre diferentes partes de la propiedad fragmentada. La opción más atractiva resulta ser subóptima al final, debido a los altos costos de reunificación⁵⁴. Yo sugiero que los

⁵⁰ Ver "Comedy of the Commons" de Rose (1986), donde describe los orígenes de, y justificaciones para, doctrinas de Common Law y estrategias que viste los derechos colectivos de propiedad en el público "desorganizado" como una forma de gestión óptima de los recursos. Más recientemente, Smith (2000) introdujo la noción de semi-comunes. Estos son pactos de propiedad que consisten en una mezcla de derechos tanto privados cuanto comunes, con interacciones significativas entre ambos, observando que esta estructura de propiedad permite la optimización de la escala de diferentes usos de la propiedad.

⁵¹ La idea de los "anticomunes" en la regulación ambiental es explorada con más profundidad en Mahoney (2001).

⁵² Más recientemente, Dagan y Heller (2001) presentan el caso de los comunes liberales como un compendio ilustrado de comunes eficientes. Menos obvio es que nos imaginamos casos de anticomunes elegidos a propósito. Ejemplos de fragmentación disfuncional con un propósito pueden encontrarse en situaciones donde los dueños de la propiedad unificada quieren generar problemas de anticomunes como una forma de controlar el uso de su propiedad más allá del tiempo de su dominio. Un ejemplo interesante de la vida real se ofrece por el caso de asociaciones de naturaleza y clubes de bicicleta de montaña, que utilizan fragmentación del tipo "anticomunes" como una forma de asegurar la conservación a largo plazo o perpetua de la tierra en su actual estado de indesarrollo.

⁵³ En términos generales, la fragmentación disfuncional ocurre cuando atributos complementarios de la propiedad son desmembrados. Los derechos de uso y exclusión son un ejemplo paradigmático de los complementos estrictos en el paquete de la propiedad. No obstante, aparte de este caso paradigmático, podemos fácilmente pensar en otros atributos esenciales de un derecho de propiedad que están destinados a estar bajo el control de un individuo particular. Los problemas de anticomunes pueden emerger cuando tal separación disfuncional ocurre.

⁵⁴ Como se discutió en la sección 1, no hay una noción estática de fragmentación óptima. La Historia ha demostrado que lo que parecía ser un marco de trabajo de propiedad eficiente, bajo ciertas circunstancias sociales y económicas, puede convertirse en subóptimo bajo diferentes condiciones y viceversa. Imagine la fragmentación de una propiedad grande, tal como una antigua granja, en lotes construibles, cuando el área que rodea consiste en propiedad residencial de pequeña superficie valorable. En tal caso, hay pocas sinergias no percibidas entre los fragmentos, y aquellas pérdidas son superadas por la reducción del tamaño del lote a un escala óptima para el nuevo propósito residencial. Los que hacen las políticas no pueden controlar perfectamente la volatilidad del desarrollo de la tierra y los cambios resultantes en el uso óptimo de la Propiedad. Sin embargo, pueden intentar asegurar que la propiedad mantiene suficiente flexibilidad para adaptarse a las necesidades del momento.

sistemas legales consideren estas fricciones asimétricas. Luego intentan identificar la opción óptima de reglas y estructura de remedios que minimizarán el total de pérdidas “peso muerto” de la entropía en la Propiedad. Es más, la gran variedad de normas y doctrina en el campo de la Propiedad real puede ser evaluada a la luz de esta hipótesis.

Los Sistemas Legales modernos se abastecieron de diferentes teorías dogmáticas, pero son tres las principales aproximaciones empleadas para balancear los efectos de estos acuerdos de Propiedad disconforme: (i) la creación de reglas que promuevan mecanismos de reunificación para derechos de propiedad descartados y obsoletos; (ii) permitir protección remedial selectiva a derechos de propiedad atípicos; y (iii) creación jurisprudencial del principio general de *favor libertatis*, siendo éste una fuerte presunción a favor del dominio unificado e irrestricto. Estos instrumentos legales serán discutidos más adelante.

A. Mecanismos de reunificación para la Propiedad fragmentada

En los últimos años, la proliferación de acuerdos atípicos de Propiedad (como las comunidades privadas y las subdivisiones residenciales) ha necesitado mecanismos de reunificación para lidiar con problemas anti-comunes. El derecho de Propiedad moderno incluye una suerte de fuerza gravitacional, la que junta los fragmentos de la propiedad y termina con reclamos de propiedad oscuros, abandonados, o fuera del plazo. Como señaló Rose (1999), los sistemas legales persiguen este objetivo de muchas maneras,

disponiendo de molestos reclamos en contra de la Propiedad y limitando el derecho a oponerse a las transacciones de Propiedad para las partes originales y para las terceras que tuvieran conocimiento suficiente del acuerdo. Los sistemas registrales son un factor clave: reclamos no-registrados o no-inscritos, por ejemplo, son ineficaces ante terceros compradores de buena fe. Otras limitaciones contractuales en el uso de la propiedad que no son visibles o propiamente inscritas tampoco pueden ser oponibles a compradores subsecuentes⁵⁵.

En esa misma línea, las reglas de prescripción adquisitiva y liberativa —en el Derecho Civil— y los estatutos de limitación —En el *Common Law*— son frecuentemente utilizados para extinguir los reclamos de propiedad antiguos. En algunas jurisdicciones del *Common Law*, los convenios reales expiran tras un periodo de tiempo fijado estatutariamente, a menos que se renueven (Dwyer y Mennell, 1998). En las jurisdicciones del Derecho Civil, los derechos de propiedad absoluta no están sujetos a la prescripción liberativa⁵⁶, los derechos de propiedad limitada a menudo sí. Por ejemplo, el plazo de prescripción de los derechos de propiedad nominados es usualmente entre veinte y treinta años⁵⁷. En contraste, uno iniciar una acción de mandato judicial o de daños y perjuicios, si es que un derecho de propiedad innominado o atípico (como una restricción de construcción o convenio de subdivisión) es violado en un periodo más corto de tiempo⁵⁸. En todos estos casos, los estatutos de limitación no prohíbe simplemente la acción para aplicar el derecho de propiedad atípico, sino que extingue el derecho real de sí mismo, en esencia reunificando la propiedad

⁵⁵ Rose (1999) luego observa que esto crea incentivos para publicitar y registrar sus reclamos y, más importante aún, para usar paquetes de propiedad del tipo estándar.

⁵⁶ La Propiedad está sujeta, obviamente, a la prescripción adquisitiva (por posesión adversa).

⁵⁷ Ver, por ejemplo, el artículo 617 del Código Civil Francés, el cual establece un plazo de treinta años para la prescripción por usufructo. Asimismo, el artículo 195 del Código Civil Alemán establece un periodo general de treinta años para la prescripción, aplicable a las acciones reales. Por otro lado, los artículos 970 y 1014 del Código Civil Italiano establecen la prescripción a los veinte años, para los derechos de superficie y usufructo, respectivamente.

⁵⁸ Por ejemplo, de acuerdo al artículo 781 del Código Civil de Louisiana (revisado en 1977), “ninguna acción de cesación o de los daños a causa de la violación de una restricción de construcción pueden presentarse después de un lapso de dos años desde el comienzo de una violación notable”. Ver también el comentario oficial bajo el artículo 781, el cual establece que esta provisión no cambia la ley, cuando en lugar de eso ha sido notado enfáticamente por Yiannopoulos (1983) que tales plazos prescriptivos parten sustancialmente de los principios generales de la prescripción de obligaciones contractuales (con una prescripción de diez, en lugar de dos años).

fragmentada con respecto a terceros⁵⁹. A partir de la prescripción de los derechos, las restricciones son tratadas como si nunca hubieran existido, y la propiedad es liberada de todas las cargas que habían sido violadas⁶⁰.

Estas reglas han sido aplicadas liberalmente. Por ejemplo, de acuerdo a los principios del derecho civil tradicional, la prescripción liberativa puede tan solo acumularse contra las actuales violaciones a las que no ha habido respuesta durante todo el estatuto de limitación. Este acercamiento es consistente con la concepción de *usucapio libertatis*, específicamente la reinstauración de la libertad total de uso luego le la extinción de restricciones existentes en la propiedad. Pero las cortes son a menudo son mucho más activas, liberando la propiedad de otras limitaciones relacionadas⁶¹. Asimismo, las cortes han analizado la prescripción de una restricción contra la propiedad de una parcela dada como equivalente al abandono de la restricción por toda la comunidad o subdivisión⁶², resultando en un crecimiento exponencial en la reunificación de la propiedad fragmentada.

Desde una perspectiva política, estas doctrinas son problemáticas, ya que debilitan la fuerza y

estabilidad del contrato original para restringir el uso de la tierra. Tales doctrinas, sin embargo, pueden ser consideradas como intentos de mitigar los efectos de costos de transacción asimétricos e ineficiencias resultantes de la propiedad fragmentada⁶³. En muchos casos, la disponibilidad de estos mecanismos *ex post* de reunificación protege la integridad de la fragmentación *ex ante* de la propiedad: porque los peligros de la entropía de la propiedad pérdidas de bienestar de anticomunes son eliminados, el valor de la decisión inicial de fragmentar la propiedad se mantiene.

B. La entropía y el uso selectivo de remedios

Los remedios selectivos también minimizan el efecto de la entropía y las pérdidas anticomunes. Interesantemente, incluso los sistemas legales que han reconocido nuevas formas de propiedad atípica les proveen menos protección **remedial**. En contraste a los otros derechos reales en el *common law*, los derechos reales atípicos (como los convenios reales) son aplicables solo con daños⁶⁴. En efecto, si bien ahora es reconocido que los convenios se transfieren con la tierra, un particular aún no puede obtener una resolución judicial para ostentar sus derechos incluso habiendo prueba de un convenio

⁵⁹ Estos plazos de prescripción son a veces sorprendentemente cortos. Ver, por ejemplo, el caso del Estatuto de limitaciones de Louisiana, extinguiendo los derechos reales luego de dos años desde el comienzo de la violación. Es importante notar que, en la misma jurisdicción, una acción personal para la aplicación de restricción sería sujeto a un plazo mucho mayor, de diez años por prescripción liberativa. Ver el Código Civil de Louisiana, en su artículo 3499, revisado en 1983 (artículo 3544 en el Código de 1870). Ver, también, Yiannopoulos (1983).

⁶⁰ Ver Yiannopoulos (1983), cuando discute el artículo 781 del Código Civil de Louisiana, revisado en 1977.

⁶¹ De acuerdo a los principios legales, la extinción de un tipo de restricción, concluido el lapso de un estatuto de limitación no afecta la aplicabilidad de otros tipos de restricción, así como tampoco lo extiende a otras situaciones (por ejemplo, librando otros lotes del mismo tiempo de restricción que ha sido violada). No obstante, como Yiannopoulos (1983) señala, las cortes han sostenido recientemente que cuando un propietario usa su propiedad para fines comerciales, contrario al convenio de subdivisión durante un periodo de más de dos años, la propiedad se libera de todas las restricciones relativas al uso comercial.

⁶² De acuerdo al artículo 782 del Código Civil de Louisiana, las restricciones a la construcción terminan "por abandono del plan completo" o por "un abandono general de una restricción particular". El abandono, como la prescripción, no se limita a prohibir el derecho de acción para la aplicación de restricciones; extingue el derecho real. Ver el artículo 782 del Código Civil de Louisiana, revisado en 1977, extensivamente discutido en Yiannopoulos (1983).

⁶³ En líneas similares, un estudio de derecho de propiedad americano por Michael Heller (1999) revela lo que él llama "límite de principio" el cual limita el derecho a subdividir la propiedad privada en fragmentos. El derecho de Propiedad responde a la excesiva fragmentación con el uso de una variedad de reglas y doctrinas como la regla contra restricciones de perpetuidad, zonificación y subdivisión, impuestos a la propiedad y costos de registro, entre otros. Ver Heller (1999: pp. 1173-1174), citando las restricciones de zonificación y subdivisión como el tamaño mínimo del lote, áreas de piso y contratiempos que evitan que la gente fragmente demasiado los recursos. Heller sugiere que, crear y mantener los fragmentos es costoso, por los gastos anuales; más aún, la excesiva fragmentación in fragmentos de poco valor será disuadida, y los fragmentos existentes serán abandonados para que el Estado pueda luego recuperarlos.

⁶⁴ En el caso de un incumplimiento de un convenio real, por ejemplo, el propietario dominante puede solo recuperarse a través de daños y perjuicios.

válido. El titular del derecho puede obtener una declaración judicial de sus derechos pero el demandado puede persistir en la violación simplemente pagando por los daños.

La protección limitada dada a derechos atípicos (o innominados) aún caracteriza el derecho moderno de remedios, en jurisdicciones tanto en el *common law* cuanto del derecho civil. Los profesores de derecho a la propiedad a menudo citan este hecho como uno de los muchos inexplicables rompecabezas de su materia⁶⁵, asumiendo que la disponibilidad de los remedios confiables para ciertas categorías de derechos reales es una mera coincidencia. En un conocido libro de Propiedad, Dwyer y Menel (1998, p. 760) observan que “debido a uno de muchos históricos accidentes que plagaron el derecho a la propiedad, los convenios reales son reforzados por un remedio de daños.” Yo sugiero que estas anomalías no son un mero evento fortuito.

Como discutimos líneas arriba, los efectos asimétricos de la entropía en la propiedad arrojan que los remedios deben ser determinados en base a costos esperados de dirección en oposición al promedio o total de costos de transacción en el contrato o una relación de propiedad. Esto justifica un sistema que favorece el uso liberal de remedios para la propiedad, cuando la reparación de las reclamaciones de los propietarios de la propiedad no fragmentada, y que requiere de responsabilidad limitada del tipo de protección en respuesta a las alegaciones relativas a la propiedad disfuncional. Este uso selectivo de remedios es análogo a una fuerza gravitacional que puede sobre venir a la entropía en la propiedad.

Estos mecanismos legales promueven la reunificación de derechos y privilegios que deben ser ostentados naturalmente por un solo propietario, dada su complementariedad. Esta reunificación regenera la conformidad natural entre los atributos complementarios de un derecho (por ejemplo, entre el derecho de uso y el de exclusión), no obstante, debido a las leyes naturales de la entropía, la restauración del *estatus quo ante* requiere gastos adicionales⁶⁶.

Interesantemente, muchos de estos mecanismos de reunificación no se aplican con respecto a los derechos de propiedad típicos⁶⁷, los cuales, de hecho, son ya consistentes, eliminando así la necesidad de favorecer la reunificación en lugar de reservar el *estatus quo*. En contraste los acuerdos que no conforman propiedad (esto es, aquellos que desmiembran los atributos complementarios de un derecho de propiedad) son o bien (i) sujeto a limitaciones temporales, o (ii) disfrutan el efecto de mecanismos automáticos de reunificación, discutidos en la sección anterior. En suma, la aplicación de remedios selectivos puede minimizar la pérdida de bienestar ocasionada por la entropía.

Sólo las asimetrías substanciales y sistemáticas en los costos de transacción, pueden justificar el uso de remedios direccionales⁶⁸. Los ejemplos de tales asimetrías incluyen aquellos producto de (i) productos estructurales de la relación; (ii) un número dispar de partes; o (iii) incentivos asimétricos estratégicos entre las partes contratantes. Cuando tales diferencias sistemáticas son esperadas, los remedios podrán ser elegidos para minimizar la pérdida del peso muerto

⁶⁵ Ver también Stoebe (1977).

⁶⁶ Restaurar el acuerdo natural original requiere esfuerzos legales y transaccionales (tal como rodar una piedra cuesta arriba requiere esfuerzo físico con un costo incrementado de energía). En suma, luego de la reunificación, las cosas pueden verse como antes, pero el cambio no se da sin costos sociales.

⁶⁷ Merrill y Smith (2000) plantean la interesante pregunta de por qué tales preocupaciones surgen solo con respecto a derechos reales atípicos. La conclusión del autor desestima la explicación de anticomunes de Heller (1999) sobre la doctrina de *numerus clausus*, y sugiere que el objetivo de tales reglas es la minimización de los costos de información.

⁶⁸ La implementación de un paradigma de “remedios direccionales” obviamente requiere información *ex ante* sobre la magnitud de los costos de dirección. La decisión de los remedios llevados a cabo en la sección previa, de hecho, se refiere a decisiones *ex ante* de remedios óptimos. Los remedios son seleccionados en la base de los costos de dirección esperados, y no serían aplicables en situaciones donde no se esperen diferencias de dirección sistemáticas. Una evaluación *ex post* de tales costos, mientras que mejoran potencialmente en la eficiencia de la asignación, incrementaría la incertidumbre de la protección remedial disponible para los propietarios actuales, reduciendo los incentivos para mejorar el valor de las inversiones para los propietarios racionales con aversión al riesgo.

social esperado que puede variar dentro de la misma relación en respuesta a un amplio rango de preocupaciones.

C. *Favor libertatis* y la concepción natural de la propiedad

El reconocimiento de nuevas formas de derechos de propiedad más adelante necesitó la articulación de principios generales para minimizar el riesgo de la entropía en la propiedad. Estos principios son derivados de los conceptos de propiedad absoluta, avocados por juristas del siglo dieciocho, y muchos son simples aplicaciones de los ideales de unidad en la propiedad.

La concepción resultante de la propiedad de un derecho absoluto sugiere que los propietarios disfruten la propiedad a través de una relación directa con la cosa de la que son dueños, sin necesidad de cooperación de terceros. Esta caracterización de un derecho absoluto se distingue de la naturaleza de un derecho relativo (como las obligaciones personales y derechos de crédito) la satisfacción de la cual depende en la cooperación activa de otra parte. Esta clasificación de derechos ha dado a las generaciones exitosas una poderosa retórica en la cual los derechos absolutos (como la propiedad) solo crean obligaciones negativas aplicables *erga omnes*, efectivamente equiparando a la propiedad con la libertad (negativa)⁶⁹. Durante el siglo veinte, la ecuación entre la estructura de los derechos absolutos y la libertad, pasó a ser un lugar común en la teoría legal, económica y política.

Las cortes del Derecho Civil han suscrito a su vez este principio general, desarrollando una presunción interpretativa a favor de una propiedad unificada que es a menudo referida como el principio de *favor libertatis*. Esto sugiere que las cargas restrictivas de la Propiedad deben ser interpretadas para promover, en la medida de lo posible, la

libertad de la Propiedad sobrecargada⁷⁰. Esta presunción está claramente relacionada a los ideales post-Revolución Francesa de la unidad en la Propiedad. Desde una perspectiva puramente interpretativa, sin embargo, ello parte de los principios generales que se aplican a la interpretación de los contratos, los cuales promueven que los contratos deben ser interpretados para asegurar que pueden producir efectos, incluso cuando tales efectos limitan la libertad de propiedad.

A falta de una presunción del *favor libertatis*, las cortes del *Common Law* han tomado otro acercamiento a la unidad, valorado en la doctrina de las circunstancias cambiadas. Esto permite a las cortes eliminar las restricciones que han perdido su propósito original y valor sin obtener el consentimiento unánime de los varios titulares de Derecho (Rose, 1999). Una restricción de subdivisión, por ejemplo, puede requerir el uso de detalles arquitectónicos obsoletos, o el uso de materiales de construcción ineficientes. Una abrogación contractual de tal convenio de subdivisión puede probarse difícil debido a los problemas comunes de retención de los varios derechos de los propietarios.

Tradicionalmente, las jurisdicciones del *Common Law* emplearon convenios reales en el Derecho por más de que los cambios alrededor (por ejemplo, la transformación gradual de una subdivisión residencial en un área comercial o industrial) debilitaron el propósito y valor originales de los convenios de las partes. En los últimos años, sin embargo, la mayoría de Estados han adoptado una regla diferente para lidiar con convenios reales obsoletos, sosteniendo que la doctrina de circunstancias cambiadas es una defensa al reclamo por daños y puede ser usada para determinar un convenio real⁷¹.

Si suficientes restricciones en los convenios han sido violadas, las cortes tienden a considerar abandonado el plan general

⁶⁹ Mattei (2000: p. 123) observa que la "taxonomía que requiere que el objeto de la propiedad sea una cosa material y tangible, puede ser explicada como una expulsión del dominio del derecho de propiedad de esos poderes no relacionados a una relación física con la tierra, como solía ser el caso de la mayoría de derechos de propiedad.

⁷⁰ Como una aplicación de este principio, los documentos que establecen convenios restrictivos deben ser interpretados en favor de la libertad de la propiedad sirviendo, en lugar de en contra de ella. Yiannopoulos (1983).

⁷¹ Hess v. Country Club Park, 213 Cal. 613, 2 P.2d 782 (1931); Restatement of Property § 564. Para una discusión más extensa, ver Dwyer y Mennel (1998) y Stoebuck (1977).

de subdivisión⁷². En ese punto, todas las otras restricciones se extinguen y el uso de la propiedad es liberado para todos los propósitos generales (Yiannopoulos, 1983)⁷³.

IV. LIBERTAD DE CONTRATAR Y LAS LEYES DE LA ENTROPÍA

Hay una peculiar tensión entre los principios que rigen la propiedad y aquellos relacionados a los contratos⁷⁴. La teoría tradicional de Contratos garantiza autonomía total a las partes y les permite personalizar sus relaciones contractuales como crean conveniente⁷⁵. Aun así, el derecho de la propiedad limita la libertad contractual, **permitiendo un *numerus clausus*** de formas de propiedad estandarizada y, restringiendo la autonomía de las partes en su intento por personalizar el contenido de los derechos de propiedad⁷⁶. [El énfasis es nuestro].

Mientras las doctrinas del *numerus clausus* —o la clasificación *off-the-rack* de las prestaciones de la Propiedad, como promulgaba Rose (1999)— satisfacen un rol comparable a aquel de los Contratos estándar (por ejemplo, reducir los costos de transacción e información entre propietarios presentes y futuros), tales doctrinas hacen más que tan solo proveer soluciones estandarizadas.

En la regulación de las formas típicas de propiedad, los sistemas legales generalmente especifican los elementos formativos de los derechos reales disponibles y enuncian reglas obligatorias que rigen las prerrogativas de los sujetos de derecho. A diferencia de los Contratos estándar, las doctrinas de *numerus clausus* reducen la libertad de las partes para innovar e ir más allá de los prototipos disponibles hacia acuerdos especiales, apropiados para las circunstancias. En pocas palabras, los propietarios no pueden optar

⁷² En la jurisprudencia de Louisiana, el abandono de una restricción particular es entendido como el abandono de un convenio real, afectado a todas las partes del convenio original. Los cambios en la vecindad de la subdivisión, pero no dentro de ella, no tienen, por tanto, efecto en la validez de las restricciones de construcción en la subdivisión (Yiannopoulos, 1983).

⁷³ El artículo 783 del Código Civil de Louisiana declara que la duda "sobre la existencia, validez o alcance de las restricciones de construcción se resuelve a favor de la libre utilización del inmueble". De acuerdo a las cortes de Louisiana, desde que las servidumbres y las restricciones conveniales tienen efectos similares a aquellos de otras restricciones de construcción, cualquier convenio que establece restricciones en el uso de la propiedad debería ser interpretado en *favorem libertatis*. Yiannopoulos (1983). Por lo tanto, cuando hay una duda sobre el contenido o validez de una restricción (por ejemplo, un cuestionamiento de la validez de un plan de subdivisión o convenio real), la duda se resuelve favoreciendo el uso irrestricto de la propiedad. Yiannopoulos también provee varios casos y ejemplos, explicando que cuando una restricción particular de subdivisión ha sido abandonada, las propiedades en la misma subdivisión son liberadas de esa sola restricción. Por tanto, un cambio en el vecindario de residencial a comercial no afecta automáticamente otras restricciones funcionales no relacionadas, pero puede afectar otras limitaciones funcionalmente relacionadas.

⁷⁴ Esta aparente anomalía en la coordinación de propiedad y reglas contractuales ha sido pasada por alto en la literatura. Investigaciones recientes sugieren que las cortes angloamericanas respondieron intuitivamente a los peligros de la fragmentación irrestricta, obstruyendo el devenir de las promesas personales adjuntas a la tierra en favor de los acuerdos objetivos, intrínsecos a la tierra en cuestión. Ver Depoorter y Parisi (2000).

⁷⁵ El concepto legal de libertad de contratar emergió a fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, como un resultado del ideal de libertad económica e intelectual acogido por la teoría política liberal. Gordley (1991). La teoría contractual europea continental aplicó la noción de libertad de contratar a un amplio rango de situaciones que son generalmente agrupadas bajo los tres títulos generales de libertad de forma, tipo y objeto. Para fines del siglo XIX, el Derecho inglés había consolidado también un principio de libertad de contratar, el cual permaneció como un principio central de su marco de ordenamiento privado. El ideal de libertad de contratar del siglo XIX rechazó la imposición de restricciones legales a la libre determinación de las partes a un contrato, sin embargo, se dejó un espacio para una distinción entre acuerdos de propiedad típicos y atípicos con una protección remedial diferenciada. Parisi (1995).

⁷⁶ Como se mencionó, estas libertades contractuales son a menudo agrupadas bajo tres títulos generales en la teoría contractual europea, a saber, libertad de forma, tipo y objeto. Parisi (1995). La libertad de tipo aborda los problemas de taxonomía en acuerdos contractuales. Lo interesante de esta libertad es que las partes de un contrato tienen la libertad de forjar nuevos tipos de contratos fuera de los tipos contractuales estandarizados de los códigos civiles modernos. En la historia del derecho de contratos, los contratos innominados o atípicos son, en efecto, definidos como aquellos que no caben dentro de los tipos contractuales estándar, y por los cuales la ley no provee ningún puñado de reglas designadas para esa transacción en particular. Estos contratos atípicos disfrutaron la plena aplicación por el sistema legal y son generalmente adjudicados en la base de los principios generales del derecho de contratos (a menudo contenidos en los títulos "On Contracts in General" en los códigos europeos) y la elección específica de disposiciones predominantes, acordada por las partes.

por una alternativa fuera de las estándar. No obstante las partes pueden pactar contractualmente para regirse por otras reglas en su relación recíproca, los sistemas legales no reconocen tales *addenda* contractuales como derechos reales aplicables⁷⁷.

A. En busca de un *rationale*

Las doctrinas de propiedad unitaria son comúnmente aceptadas como dogmas “autoevidentes” del Derecho Civil, y como tales han disfrutado solo limitados intentos de racionalización. Un argumento ocasionalmente expresado es que los intereses de la propiedad “permitida” abarcan todos los posibles intereses de la Propiedad⁷⁸. Esta explicación, a la cual se ha referido como el *rationale* de la “ausencia de demanda”, obviamente prueba demasiado. Si no tuviéramos demanda para la creación de derechos de propiedad atípicos, la doctrina de los *numerus clausus* no tendría razón de existir, o bien su aplicación abstracta no sería polémica. En la vida real, sin embargo, los individuos sí intentan crear intereses de propiedad alternativos, considerando tales doctrinas relevantes y a menudo controversiales.

Frecuentemente es sugerido también que los límites a la commodificación de la Propiedad yacen en el hecho de que los acuerdos de Propiedad son oponibles *erga omnes*, así afectando a terceros que no tenían un

vínculo legal con el contrato original⁷⁹. Más recientemente, Mattei (2000, p. 39) invoca esta explicación para justificar la dicotomía entre el contrato y las doctrinas de propiedad, notando que, a diferencia de los contratos personales, los acuerdos de propiedad pueden tener esencialmente ramificaciones perpetuas⁸⁰. La necesidad de limitar el impacto permanente de los derechos de propiedad sobre recursos escasos se justifica en la visión de Mattei, varias doctrinas de propiedad, incluyendo la regla del *Common Law* en contra de las perpetuidades y otras reglas que promueven la unidad en la Propiedad. Estas reglas tratan de limitar el impacto de la fragmentación de la propiedad en generaciones futuras, de manera que, incluso sin una doctrina de *numerus clausus* de pleno desarrollo, los sistemas del *common law* reconozcan la necesidad de limitar la entropía en la Propiedad.

Varios *rationales* económicos para la dicotomía de Propiedad v. Contrato han sido a su vez examinados y fácilmente descartados por académicos del Derecho. La justificación de comerciabilidad de restricciones en la fragmentación de la Propiedad está relacionada a la idea de que la creación de derechos de propiedad atípicos tendría el potencial para entorpecer la comerciabilidad de la tierra⁸¹. Mas, como señaló Rudden (1987), el único efecto real de la fragmentación disfuncional de la propiedad sería incidir en el precio de la propiedad. Más

⁷⁷ Rose (1999) nota que, mientras las partes privadas pueden contratar en torno a muchas características de las formas típicas de la propiedad, los sistemas legales suelen imponer requisitos estrictos para el reconocimiento y la ejecución de estos derechos contra terceros. French (1982) y Ayres y Gertner (1989). Estas restricciones a menudo van más allá de la necesidad obvia de dar aviso a terceros y compradores subsecuentes.

⁷⁸ This argument is considered by Rudden (1987) en el contexto de los *numerus clausus* de los intereses de propiedad.

⁷⁸ La idea es que cuando los derechos de propiedad son creados, todos están obligados a respetar esos derechos, incluso si no están en connivencia con las partes originales. Por otro lado, cuando un mero derecho contractual es creado, tal acuerdo se une sólo a los individuos que realmente entraron al contrato. Mattei (2000). Aplicando la concepción de derechos de Wesley N. Hohfeld (1923), Rudden (1987: p. 251-252) considera que un derecho de propiedad de lujo podía “alterar para mal la posición legal de las personas que no lo consientan.” Tudden ilustra su idea con la siguiente observación. Supongamos que Negro tiene la propiedad de Acrenegro, mientras que su vecino Blanco tiene la propiedad de Acreblanco. Si Blanco le da a Negro el derecho de paso a través de Acreblanco, entonces la transacción imparte a Negro una réplica del reclamo de Blanco, que nadie construye en Acreblanco. Por tanto, en una transacción que envuelve solo a Blanco y Negro, la posición legal del resto del mundo es alterada en que ellos ahora deben a “Negro un deber - el no poder construir.”

⁸⁰ Mattei (2000) llama a este efecto el “factor de impacto permanente.”

⁸¹ Rudden (1987: p.254) hace referencia a una cita de Ginossar (1960): “toda obligación real arriesga crear un obstáculo a la libre circulación de las cosas.” Por lo tanto, las especulaciones pueden ser prohibidas para reducir la dificultad y los costos de transacción en general.

aun, agregaría que los propietarios racionales están inducidos a tomar en cuenta la pérdida de valor o de comerciabilidad de la tierra al momento de tomar en consideración fragmentar y las fuerzas del mercado servirían así como un límite natural a las formas ineficientes de fragmentación de propiedad.

A muchos comentaristas les preocupa el que la proliferación de gravámenes atípicos en la propiedad pueda esterilizar el desarrollo eficiente de la tierra. Rudden indica varias objeciones a esta aprehensión: algunas obligaciones positivas (por ejemplo, las obligaciones de soporte romanas) pueden aumentar el valor de dos lotes; las obligaciones pueden ser canceladas; los vendedores pueden contraer obligaciones por otro método más caro. Por otra parte, obligaciones positivas tales como calefacción central podría en realidad incrementar la eficiencia de la tierra. Tales obligaciones son permitidas típicamente solo si se crea una ventaja correspondiente. No obstante, distintos sistemas legales tienen una diferente visión de lo que es una ventaja correspondiente. Como una regla general, los intereses de propiedad son creados de manera que van a resistir por un largo periodo de tiempo. Sin embargo, los derechos reales atípicos responden a necesidades dinámicas y en desarrollo, las cuales no justifican su aplicación como derechos reales perpetuos.

B. Propiedad versus Contrato: Explicaciones de los costos de información

Los académicos del Derecho han usado recientemente argumentos referentes a los costos de transacción y de información para explicar la emergencia de doctrinas de propiedad unificada. Más notablemente, Rose (1999) sugiere que las limitaciones a la libertad de las partes para crear derechos de propiedad atípicos están ligadas a la función gubernamental del registro. Los gobiernos

proveen títulos de propiedad preestablecidos porque los acuerdos de propiedad son presumibles a producir efectos que se extiendan más allá de la vida de las partes contratantes y, por tanto, debe ser fácilmente manejable.

Esta particular figura distingue la propiedad de todos los otros aspectos del Derecho privado patrimonial. Los efectos *erga omnes* de los acuerdos de propiedad crean una necesidad de notificación efectiva a terceros. Como Mattei nota, tal anuncio público no podría ser proveído efectivamente si las partes estuvieran libres de forjar nuevas formas de propiedad. Rudden (1987) señala que desde el punto de vista del comprador, la consecuencia del *numerus clausus* es que él tiene que buscar solo un número limitado de prestaciones, y que consecuentemente deberá menos obligaciones a individuos distintos al vendedor.

Estos argumentos revelan tanto la fundación cuanto los límites de la explicación del costo de información. Si pudiéramos organizar un registro público suficientemente dependiente para seguir el paso de los derechos de propiedad, no habría razón para limitar su número. Mattei (2000, pp. 91-92) lleva este argumento a su conclusión lógica, observando que la libertad de los propietarios para disponer de su propiedad y dar forma a nuevos regímenes legales de propiedad “debe ser salvaguardada hasta las señales sociales que él o ella transporte al mercado no sean ambiguas y capaces de confundir la seguridad de los terceros”.

Merrill y Smith (2000) han ofrecido la variación más reciente en el *rationale* de costo de información, sugiriendo que debido a la naturaleza largo-placista (o perpetua) de la mayoría de acuerdos de propiedad, es necesario empacar las transacciones de propiedad de tal forma que los compradores subsiguientes puedan reconocer fácilmente y respetar su naturaleza y contenido⁸².

⁸² Merrill y Smith (2000: p. 8) propusieron una teoría positiva del *numerus clausus*, proveyendo así una explicación para por qué los derechos de propiedad, a diferencia de los derechos contractuales, están restringidos a un número limitado de formas estandarizadas, manifestando que “la raíz de la diferencia (...) nace de la naturaleza *in rem* de los derechos de propiedad: Cuando los derechos de propiedad son creados, los terceros deben gastar tiempo y recursos para determinar los atributos de estos derechos, ambos para evitar violarlos y para adquirirlos de los poseedores actuales. La existencia de derechos de propiedad inusuales incrementa el costo de procesamiento de información sobre los derechos de propiedad. No siempre se espera que tomen incrementos en costos de medida en consideración, aquellos que crean o transfieren derechos de propiedad idiosincráticos. Esto los vuelve una verdadera externalidad. La estandarización de derechos de propiedad reduce estos costos de medida”.

De acuerdo a los académicos mencionados líneas arriba, las reglas que limitan la autonomía de las partes a favor de la propiedad unificada son necesarias para aliviar problemas informacionales en la transferencia de propiedad. Más específicamente, la doctrina del *numerus clausus* es considerada una restricción sensible que permite a futuros propietarios (o al menos a sus abogados) entender el contenido de un gravamen o restricción en el uso de su propiedad.

Estos argumentos, si bien persuasivos para sus partidarios, fallan en considerar que los argumentos de los costos de información no pueden fácilmente explicar un largo número de doctrinas relacionadas a la propiedad unitaria. Las formas vertical y horizontal de fragmentación, por ejemplo, plantea problemas informacionales similares. Aun así, los sistemas legales son menos liberales en permitir una forma de fragmentación en lugar de la otra. De la misma manera, varios convenios reales son tan fácilmente registrables y tratables como otras servidumbres reales, pero los sistemas legales tratan a tales derechos de forma diferenciada, en términos de reconocimiento y protección remedial.

Generalmente, las explicaciones de los costos de información pierden gran parte de su coherencia conforme las nuevas tecnologías de la información incrementan la posibilidad de acceso en tiempo real y a bajo costo a los registros públicos. No obstante, la fuerte presunción en contra del reconocimiento judicial de nuevas formas de propiedad retiene su poder a través de los sistemas legales. En las siguientes páginas, debería formular una justificación económica diferente para las varias doctrinas de unidad en la propiedad consideradas líneas arriba.

C. La entropía y el *rationale* económico para la propiedad unificada

En un mundo de transacciones costo cero, una adjudicación eficiente de recursos ocurre sin importar la adjudicación inicial de título legal y la elección de remedios para protegerlos⁸³. Si todos los derechos fueran libremente transferibles y los costos de transacción fueran cero, una partición inicial ineficiente de derechos de propiedad no podría prevenir un uso final eficiente de los recursos. En el caso de una fragmentación de propiedad ineficiente, los acuerdos voluntarios reagregarían a la propiedad en racimos de tamaño adecuado, maximizando el valor total de la propiedad.

En el mundo real, sin embargo, la reunificación de los derechos fragmentados usualmente involucra costos estratégicos y de transacción de una mayor magnitud que aquellos incurridos en el acto original de fragmentación. El razonamiento que lleva a este resultado es bastante directo. Un propietario enfrenta cero costos estratégicos cuando decide cómo partir su propiedad. Por otro lado, en el caso de los copropietarios múltiples, éstos enfrentan un problema estratégico, dada la interdependencia de sus decisiones. Las elecciones estratégicas de los propietarios impiden la reunificación óptima de los fragmentos disconformes en un atado unificado.

En el contexto de la propiedad, Posner (1998, p. 76) reconoció los costos de la fragmentación excesiva de la propiedad⁸⁴. Heller (1998), más recientemente, elaboró el argumento de que es a veces más difícil regenerar atados separados que fragmentarlos; Buchanan-

⁸³ Coase (1960). Ver también Eggerston (1990b: pp. 38-39) en la atenuación y partición de los derechos de propiedad.

⁸⁴ Posner primero reconoció los costos de la excesiva fragmentación, proveyendo una aplicación en el derecho de propiedad de las servidumbres. La distinción del *Common Law* entre promesas que conciernen a la tierra y los convenios restrictivos que son meramente personales es explicada en esta luz. La idea, formulada en las primeras ediciones de este texto, se expresa en la última edición, como sigue: "Una razón es que teniendo muchos palos en el conjunto de derechos ... la propiedad incrementa los costos de transferir propiedad." (1998: p. 76). Algunos de los impedimentos de la transacción que pueden ser esperados: (i) encuentro y negociación entre las partes, y (ii) la superación de la negociación estratégica. Notablemente, la primera tiene más posibilidad de dominar problemas comunes, mientras la última tiende a dominar situaciones de anticomunes. La búsqueda y los costos de transacción serían generalmente altos en casos tradicionales de comunes (libre acceso), dado el potencialmente ilimitado número de individuos que podían tener acceso a un recurso de libre acceso, desestabilizando y explotando cualquier acuerdo a que los usuarios incumbentes podían haber llegado entre ellos. En casos de anticomunes, sin embargo, como en las propiedades del escaparate de Heller, cada parte trata de ejercitar un derecho a excluir. Pero para hacer esa amenaza funcionar, la parte debe identificarse ante las otras partes. Entonces, el problema no será encontrando los que ostentan los derechos, sino sacándolos de sus respectivas posiciones estrategias de negociación.

Yoon (2000) y Parisi-Schulz-Depoorter (2000) volvieron a plantear esta tesis con modelos económicos formales.

El punto interesante aquí es que, mientras la fragmentación de la propiedad puede ocasionalmente ser eficiente *ex ante*, dados los objetivos específicos perseguidos por los propietarios, puede resultar en adjudicaciones *ex post* ineficientes. Más aun, a pesar de la perfecta alineación de los incentivos privados y sociales de los propietarios particulares, los problemas de entropía persisten. Los propietarios buscan maximizar el valor de su propiedad, mas, dada cierta incertidumbre en el uso final óptimo, lo hacen con un margen de error normalmente distribuido. Debido a la adhesividad unidireccional en el proceso de fragmentación (esto es, la fragmentación óptima puede ser fácilmente corregida *ex post*, mientras la fragmentación excesiva es probablemente irreversible), la distribución normal de los errores tiene efectos acumulativos, más que compensatorios, en la sociedad⁸⁵. En pocas palabras, los efectos de una adjudicación mal concebida de los derechos de propiedad no desaparecen con el tiempo.

D. Propietarios racionales y la fragmentación ineficiente: Revisitando el rompecabezas

La elección ideal del remedio para la entropía debería considerar los efectos de una fragmentación disfuncional de la propiedad, balanceando un amplio rango de preocupaciones. En cuanto al caso general, el gobierno —como responsable de la planificación y elaboración de políticas— debe tener en mente que el escoger entre remedios alternativos tiene efectos tanto prospectivos cuanto retrospectivos.

Prospectivamente, los remedios alternativos llevarían a los propietarios racionales a tomar decisiones diferentes bajo las reglas de la Propiedad en relación a las que tomarían bajo un régimen de confianza. Contrario a Epstein (1982), sugiero que, a falta de una opción apropiada de remedios, la racionalidad de los propietarios no será suficiente para minimizar el costo de la entropía en la propiedad. Las partes racionales, es sabido, anticiparán cualquier devaluación producto de la fragmentación y también tomarán en consideración el valor actual esperado de oportunidades no percibidas cuando se fragmenta el título. No obstante, la decisión razonable del nivel de fragmentación será distinta bajo diferentes remedios. En un régimen de confianza, los propietarios elegirán un nivel de fragmentación para su propiedad, teniendo en mente que el remedio de la confianza bajará los costos de adjudicación esperados. Por otro lado, bajo una regla de propiedad, los propietarios elegirán un nivel menor de fragmentación debido a los altos costos de la unificación ulterior de su propiedad. En suma, el escoger remedios diferentes afecta la pérdida social ocasionada por las decisiones racionales de los propietarios, simplemente porque los propietarios racionales tomarían diferentes decisiones bajo varios remedios.

Retrospectivamente, el escoger remedios diferentes tiene un efecto importante en el control de la entropía en la Propiedad. En los muchos acuerdos que no constituyen propiedad, la entropía genera una adhesividad unidireccional en la transferencia de títulos legales⁸⁶. Como discutimos anteriormente, las externalidades y retenciones son dos grandes impedimentos en la unificación de la propiedad fragmentada. El remedio óptimo

⁸⁵ Una ilustración sería de ayuda. Considera el caso en el que un dueño que deliberadamente elige fragmentar su propiedad como un modo de controlar el futuro del uso de la propiedad (por ejemplo, en el caso de grupos a favor del medio ambiente y asociaciones para el cuidado de la naturaleza que utilizan fragmentaciones de anti comunes como una forma de asegurar la conservación a largo plazo o perpetua de tierra en un estado impecable. El tamaño y configuración de cada parcela fragmentada es escogida intencionalmente para rendir cualquier parcela (o combinación de unas cuantas parcelas) que no se puede usar para otros propósitos prácticos. Si la meta de preservación que motive la fragmentación de anti comunes se vuelve imposible a causa de algún incidente impredecible de la naturaleza (por ejemplo la flora y fauna abandonan la reserve natural, o un incendio destruye la flora y fauna que garantizaron preservación, etc.), tanto los dueños fragmentarios y la sociedad se quedan con un costo hundido, debido al mosaico despielfarro de los pequeños títulos inservibles.

⁸⁶ Si los derechos atípicos fuesen clasificados e impuestos como propiedad, con remedios de propiedad (en vez de meros contratos, con remedios fiables), habrían costos de transacción prohibitivos en su final, en vez de en su creación. Ver también Reichman (1982: p. 1233).

legal será el que minimice el costo social neto de las externalidades y el costo de las retenciones en cualquier marco institucional particular. En el contexto de la Propiedad, los costos estratégicos y de transacción unidireccionales justificarían un uso más selectivo de los remedios de confianza⁸⁷. El estudio comparativo de los remedios reales confirma la hipótesis de que los sistemas legales permitirán una protección de propiedad menos extensiva a los acuerdos no constitutivos de Propiedad. Asimismo, otras reglas legales pueden crear mecanismos de reunificación por defecto. Límites temporales, estatutos de limitación, prescripción liberativa, reglas de extinción por no-uso, entre otras figuras, pueden ser considerados dispositivos legales para facilitar la costosa y difícil reunificación de los fragmentos no constitutivos de un derecho de propiedad.

Estas soluciones legales son análogas a una fuerza gravitacional, reunificando derechos que, dada su estricta complementariedad, podrían ser ostentados por un solo sujeto. Esta tendencia hacia la reunificación tiene efectos en los derechos de propiedad, de manera que regenera la conformidad natural entre los derechos de uso y exclusión; y, más generalmente, entre dos cualesquiera fragmentos complementarios de propiedad.

V. CONCLUSIONES: MÁS ALLÁ DE LAS YUXTAPOSICIONES SEMÁNTICAS

Cuando decimos que hay libertad de contratación pero no de propiedad, estamos contrastando categorías incomparables, ya que los contratos son a menudo la forma en la cual los derechos de propiedad son creados y transferidos. De muchas maneras, la distinción entre propiedad y contratos con respecto a los acuerdos atípicos hace uso de yuxtaposiciones semánticas. La verdadera cuestión no es establecer dónde termina la libertad de contratación y dónde

empieza la formalidad en la propiedad. Las doctrinas de libertad de contratación y las de *numerus clausus* coexisten en armonía en muchos sistemas legales en el mundo, incluyendo el sistema romano que produjo las doctrinas de *numerus clausus*. La cuestión es entender por qué los sistemas legales ofrecen remedios de propiedad en la mayoría de los otros casos. Puesto en estos términos, el uso de distinciones categóricas confunde el verdadero entendimiento de la materia⁸⁸. Académicos de la propiedad, quienes no consideran que estos hechos no tengan sentido dentro de las aparentes anomalías en la protección del Derecho de Propiedad. La mayoría de estudiosos y profesores de Propiedad consideran la presencia de remedios de confianza para ciertas categorías de derechos reales como meramente coincidentes.

En este artículo, sugiero que estas aparentes anomalías en el Derecho de remedios no son el resultado de la heterodoxia legal. Incluso dejando de lado las explicaciones del costo de información discutido anteriormente (en efecto, tales explicaciones pueden perder cierta acogida a la luz de las conveniencias que las nuevas tecnologías informáticas que se permiten), la fuerte presunción en contra del reconocimiento judicial de nuevas formas de propiedad y las varias doctrinas de propiedad unificada retiene una justificación económica sólida. Evaluando las reglas inalienables y las doctrinas del *numerus clausus*, el gobierno considera razonablemente un intercambio entre las oportunidades de valor agregado no percibidas para los propietarios y las potenciales pérdidas “peso muerto” de la entropía. Como sugerimos líneas arriba, la partición atípica de los derechos de propiedad puede ser importante para el éxito de los objetivos del propietario. Desde una perspectiva *laissez-faire*, estos acuerdos expresan la libertad de contratación del propietario y su autonomía. En el diseño

⁸⁷ En el campo de contratos, un uso liberal del desenvolvimiento específico puede ser esperado con respecto a contratos que están destinados a reunificar fragmentos de propiedad no-conformantes, en vez de aquellos hechos para crear una fragmentación. Recontratar es, en efecto, sustancialmente barato en el último caso, reduciendo la necesidad de conservar el acuerdo original.

⁸⁸ Hay ciertas situaciones reales de propiedades que disfrutan de protección fiable. Aun así, hay varios casi arreglos contractuales que disfrutan de protección de propiedad (de alguna forma, podemos pensar en un desenvolvimiento específico, a medida que el derecho contractual analógico de los remedios de propiedad). Como todos los estudiantes que sobrevivieron a una cátedra de remedios podrían darse cuenta, las categorías sustantivas de propiedad y contratos solo son *proxies* muy imperfectos para las categorías remediales aplicables en el caso

de soluciones legales a la fragmentación disfuncional de la Propiedad, la preocupación más crítica debe estar en hacer un balance entre los objetivos de eficiencia y la autonomía de las partes.

Los costos estratégicos y de transacción unidireccionales conllevan a un uso relativamente más liberal de los remedios de propiedad que favorecen a los propietarios de propiedades no fragmentadas; al mismo tiempo justifican la protección de confianza limitada para titulares de derechos disfuncionales o fragmentados. Este acercamiento dual a la protección está justificada por el hecho de que el propietario "unitario" no enfrenta impedimentos estratégicos al decidir entre los usos alternativos de su propiedad, o cuando re-adjudica internamente sus recursos. Por otro lado, los propietarios de propiedades disfuncionales o fragmentadas enfrentan impedimentos transaccionales que ameritan el uso de remedios de confianza.

El uso selectivo de remedios legales es análogo a un agente adhesivo para superar la entropía en la propiedad. Estos mecanismos legales promueven la reunificación de derechos y privilegios que, dada su complementariedad, deberían ser ostentados naturalmente por un solo dueño, (re)generando la conformidad natural entre atributos complementarios de un derecho –tal como el derecho a uso y exclusividad frente a otros.

Como hemos visto, tales doctrinas tienen un largo legado ascendente, muchas de las cuales datan de tiempos romanos, y son hallados en sistemas legales a lo largo de un área geográfica bien amplia. Durante el siglo diecinueve, los ideales de autonomía individual y libertad de contratación permitieron a los académicos del Derecho y las cortes analizar a profundidad estas restricciones. Como resultado, los sistemas modernos en la tradición legal occidental han intentado llegar a un balance entre el principio de libertad de contratación y el interés societario de proteger la propiedad unificada proveyendo diferentes protecciones remediales a derechos de propiedad típicos (o nominados) y atípicos (o innominados). Aunque las partes pueden contratar sin restricciones, si es que crean derechos de propiedad atípicos, pueden contar con tan solo protección de

confianza bajo la mayoría de circunstancias. La dicotomía en el trato de derechos de propiedad típicos y atípicos minimiza el costo social de la entropía.

Los derechos que no configuran propiedad conllevan el riesgo de intervención del Estado en la regulación de la propiedad privada. Las regulaciones a menudo conllevan a la fragmentación disfuncional de los derechos de propiedad, a afectar la adjudicación de recursos, y generalmente a producir ineficiencias más notorias que las que resultan del mal cálculo ocasional de los propietarios particulares con poca visión.

El análisis comparativo del sistema legal histórico en relación al contemporáneo confirma nuestra hipótesis (esto es, que las cortes y los legisladores se han decidido por el camino de los efectos asimétricos de la fragmentación de propiedad). Los sistemas legales no sólo son renuentes a darle protección extensiva y de propiedad a los acuerdos que no conforman propiedad, pero tienden a diseñar una reunificación activa predeterminada para los acuerdos de derechos atípicos de propiedad.

Curiosamente, la entropía puede explicar el uso selectivo de diferentes remedios dentro del mismo título o relación. Los remedios asimétricos exceden las fricciones asimétricas encontradas en la transferencia de derechos. En este punto, las anomalías observadas en realidad confirman nuestra hipótesis de la eficiencia, sugiriendo que frente a impedimentos estratégicos asimétricos y transaccionales, los sistemas legales pueden proveer un trato dicotómico de las relaciones legales. Tales reglas tomarían los costos de transacción direccionales ocasionados por la entropía del caso (por ejemplo, los distintos costos en fragmentar algo unificado, y reunificar algo fragmentado).

Estos remedios direccionales son análogos a una fuerza gravitacional, facilitando la reunificación de derechos que, dada su estricta complementariedad, serían mejor ostentados por un solo dueño. Esta tendencia hacia la reunificación funciona reuniendo derechos de propiedad de manera que regenere la conformidad natural entre el derecho de uso y de exclusión y, más ampliamente, entre cualesquiera dos fragmentos complementarios de propiedad.

Muchas otras reglas concernientes a la creación y aplicación de derechos atípicos de propiedad pueden ser puestas a la luz de la hipótesis positiva de la minimización de costos estratégicos y de transacción. La necesidad de que contenga entropía, como hemos visto, explica varias doctrinas civilistas y angloamericanas.

El análisis económico provee un factor importante en el entendimiento de los resultados de este análisis comparativo e histórico, ya que nos permite distinguir entre las soluciones alternativas ofrecidas por varios sistemas legales. Específicamente, sugiere que el uso de soluciones inalienables para prevenir el problema de la entropía no es elemental dado el hecho de que este tipo de remedio podría ejecutar la hipoteca para mejorar el valor de las oportunidades de cambio. Otras soluciones parecen ser métodos más sensibles y rentables de prevenir la entropía porque protegen la autonomía individual mientras preservan la flexibilidad en el uso de la propiedad. Ejemplos de esta última categoría incluyen la acción de la partición para promover la unidad legal, el uso selectivo de remedios para nuevas formas

de propiedad, la adopción de términos acortados de prescripción adquisitiva o liberativa, y el uso de las doctrinas de circunstancias cambiadas, entre otros. En este contexto, las reglas legales crean mecanismos de reunificación por defecto, los cuales obvian la necesidad de negociaciones difíciles y costosas para asegurar la liberación de obligaciones obsoletas o para reunificar fragmentos disfuncionales de propiedad. Dependiendo del sistema legal, diferentes soluciones corrigen las variadas formas de fragmentación funcional, física y legal consideradas en este trabajo. La ventaja de estas soluciones sobre los remedios inalienables es que, en la mayoría de casos, se apoyan en mecanismos de mercado, los únicos dispositivos prácticos para promover adjudicaciones finales eficientes en el nivel *micro*.

Finalmente, uno no debe olvidar que si todos esos remedios fallan en cumplir su objetivo, los gobiernos mantienen su poder de eminente dominio, el que puede ser visto como un instrumento posible, a pesar de intrusivo, para las formas más crónicas e irreversibles de entropía.



LÍNEA MECÁNICA DE MEDICIÓN DE PRESIÓN



LÍNEA MECÁNICA DE MEDICIÓN DE



LÍNEA ELÉCTRICA DE MEDICIÓN DE PRESIÓN



LÍNEA ELECTRÓNICA DE MEDICIÓN DE TEMPERATURA

LOGINDUSTRIAS

Representante exclusivo a nivel nacional:

Marques de Torre Tagle 357 6to y 7mo piso, Lima 18-Perú

Telf.: 447 5760 / 444 2389 / 241 0081 Fax: 446 3914

E-mail: ventas@logindustrias.com

Web: www.logindustrias.com



ESTUDIO
MUÑOZ

MUÑOZ
RAMIREZ
PEREZ-TAIMAN
& OLAYA
Abogados

Las Begonias 475, 6to piso · Lima 27 · Perú · **T** (51-1) 611 7000
F (51-1) 611 7010 / 611 7020 · **Tele Conf** (51-1) 212 5053

LIMA · TRUJILLO · AREQUIPA · CHINCHA · ICA · PIURA · CUSCO · CHICLAYO · QUITO · GUAYAQUIL

www.munizlaw.com



DelmarUgarte
A B O G A D O S

Av. Sáenz Peña 214 Barranco 4, Lima - Perú.
T. (511) 252 - 9808 / Fax. (511) 477 - 1799

www.delmar-ugarte.com

LA INDEPENDENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL Y EL COMPETENCE-COMPETENCE EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Claudio Lava Cavassa*

El arbitraje supone un sistema eficaz de solución de controversias que incentiva la inversión. Sin embargo, esta eficacia depende en gran medida de si son los jueces o los propios árbitros los que pueden decidir quién tiene competencia frente a determinadas disputas.

En este sentido, el presente artículo presenta breves aproximaciones a la independencia del convenio arbitral y al competence-competence. Además, mediante el análisis de la legislación comparada se podrán evidenciar las diferencias de ambos conceptos, así como sus elementos esenciales, todo ello en el marco del Arbitraje Comercial Internacional.

* Abogado. Magíster (LL.M) en Derecho Comercial Internacional por la Universidad King's College de Londres. Asociado del Estudio Payet, Rey, Cauvi Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

La propia existencia y el éxito del Arbitraje Internacional como un sistema eficaz de solución de controversias dependen en gran medida de la manera en que los diferentes sistemas legales nacionales determinen si son los jueces o los propios árbitros los que deben decidir quién tiene competencia frente a determinadas disputas. Es precisamente en este punto donde juegan un rol trascendental la autonomía o independencia del convenio arbitral y el *competence-competence*. La escasa aplicación de la regla del *lis pendens* en el arbitraje comercial internacional revela su capacidad para desenvolverse como un sistema de reglas coherente y autosuficiente gracias a la independencia del convenio arbitral, pero principalmente gracias al *competence-competence*, cuyo objetivo manifiesto es asegurar la posibilidad de que los propios árbitros adopten la primera decisión respecto a su propia competencia, decisión que puede ser posteriormente revisada por los jueces y cortes nacionales¹.

No obstante, a pesar de la amplia acogida que han recibido ambos conceptos alrededor del globo, aún persisten considerables discrepancias respecto a sus límites y a sus objetivos precisos². Por ejemplo, la revisión judicial de los pronunciamientos arbitrales en materia de su propia competencia es un área controvertida donde frecuentemente entran en conflicto la libertad contractual y la necesidad de protección legal. Asimismo, el momento adecuado para la intervención judicial es otra área de frecuente controversia, donde se enfrentan el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y la posibilidad de que ésta se emplee como una herramienta dilatoria³. En este contexto, todo sistema legal debe decidir qué peso otorgar a estos valores en juego y cómo estructurar el proceso arbitral

para maximizar eficiencias, de modo que se reduzca el espacio para el obstruccionismo y se preserve al mismo tiempo la posibilidad de que cualquier demanda legítima pueda recibir una pronta decisión por parte de los jueces y cortes nacionales⁴.

El propósito del presente artículo es presentar al lector algunas breves aproximaciones respecto a los diferentes enfoques que se tiene en torno a la independencia del convenio arbitral y al *competence-competence*. Con tal propósito, el artículo explora distintas definiciones que ponen al descubierto los elementos esenciales de los conceptos analizados, más allá de los diferentes enfoques que sin duda existen en torno a éstos. Este análisis permitirá al lector entender la razón por la que estos conceptos son frecuentemente abordados de manera conjunta. El artículo muestra también algunas de las diferencias más saltantes en torno a la independencia del convenio arbitral y al *competence-competence* al describir brevemente el tratamiento legal que se les otorga en la legislación comparada.

Adicionalmente, conviene precisar que este artículo está enfocado al análisis del Arbitraje Comercial Internacional, por lo que no se pretende explorar otras áreas dentro del terreno arbitral. No obstante, el artículo incluye algunas menciones —ciertamente muy breves— al Arbitraje de las Inversiones, atendiendo a la particular importancia de esta área y su auge creciente en el ámbito del Arbitraje Internacional. Finalmente, cabe la aclaración de que no es posible abarcar a plenitud todas las aristas en relación a la independencia del convenio arbitral y al *competence-competence* en un artículo de extensión limitada como éste, por lo que el objetivo de este artículo consiste únicamente en hacer un breve repaso sobre sus aspectos más saltantes.

¹ GAILLARD E. y Y. BANIFATEMI. "Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in favour of the Arbitrators" en "Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice". Gaillard E. y D. Di Pietro (eds.) Cameron May: Reino Unido. 2008. pp. 272-273.

² BORN, G. "International Commercial Arbitration". Kluwer Law International: 2009. Recobrado el 1 de Febrero de 2010. En: <http://www.kluwerarbitration.com.libproxy.kcl.ac.uk/print.aspx?ids=ipn31371>. pp. 851-855.

³ PARK, W. "The Arbitrators' Jurisdiction to determine Jurisdiction" en ICCA Congress series 13 International Arbitration 2006: Back to Basics?, AJ Van den Berg (ed), Kluwer Law International: La Haya. 2007. pp. 3-6.

⁴ BARCELÓ, J. "Who decides the Arbitrators' jurisdiction? Separability and competence-competence in Transnational Perspective". En: Vanderbilt Journal of Transnational Law. 2003. Recobrado el 29 de Junio de 2010. [http://library2.lawschool.cornell.edu/hein/Barcelo,%20John%2036%20Vand.%20J.%20Transnatl%20L.%201115%20\(2003\).pdf](http://library2.lawschool.cornell.edu/hein/Barcelo,%20John%2036%20Vand.%20J.%20Transnatl%20L.%201115%20(2003).pdf), p. 1119.

II. DEFINICIONES E IDEAS PRELIMINARES

A. Autonomía, independencia o separabilidad del convenio arbitral

En el derecho comparado, no es extraño encontrar que el principio de independencia del convenio arbitral reciba también otras denominaciones, tales como “*severability*”, “*separability*” o “*l'autonomie de la clause compromissoire*”⁵. En el presente artículo se empleará el término “independencia”. La independencia puede ser definida como el principio por medio del cual el convenio arbitral se considera independiente y distinto del contrato principal celebrado por las partes⁶. Una de las consecuencias más obvias de este principio es que el convenio arbitral no se verá necesariamente afectado por los vicios del contrato principal⁷, y la otra es que el convenio arbitral puede ser sometido a una ley distinta que la que regula al contrato principal⁸. En efecto, tradicionalmente se entiende que la independencia del convenio arbitral internacional supone la validez y eficacia de éste sin importar los vicios que pudieran afectar al contrato subyacente, lo cual es consecuencia lógica de su independencia tanto respecto del contrato principal como de la *lex contractus*⁹. Ciertamente, si bastaran meras objeciones de que el contrato subyacente es inválido para que el demandado pudiera fácilmente eludir

el arbitraje, entonces el convenio arbitral se tornaría sencillamente inútil. Por lo demás, ésta es precisamente una de las situaciones en las que más se requiere salvaguardar y poner de relieve la eficacia del convenio arbitral¹⁰. En tal medida, suele afirmarse que la independencia es una “ficción pragmática y conveniente”¹¹, la cual es ampliamente reconocida como un principio del derecho internacional¹², y un elemento esencial para la existencia misma del sistema arbitral internacional¹³.

Dos razones fundamentales son las que comúnmente sirven de sustento para la independencia o autonomía del convenio arbitral. La primera viene dada por la voluntad de las partes contratantes de que las disputas entre ellos sean resueltas por un foro neutral¹⁴ a través de un único proceso. Lord Hoffmann puso de relieve este aspecto en el conocido caso *Premium Nafta v. Fili Shipping Co. Ltd.* (en adelante se le denominará “Premium Nafta”) al señalar que “no hay base racional por la cual los hombres de negocios pudieran querer que las cuestiones sobre la validez o eficacia del contrato sean decididas por un tribunal y que las cuestiones relativas a su ejecución sean decididas por otro, uno necesitaría encontrar un lenguaje muy claro para decidir que ellos deben haber tenido una intención como esa”¹⁵. En cuanto a la segunda justificación, la independencia del

⁵ SUSLER, O. “The Jurisdiction of the Arbitral Tribunal: A transnational analysis of the negative effect of the competence-competence”. En: Macquarie Journal of Business Law. Febrero de 2010. Recobrado el 28 de Junio de 2010. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1546242. p. 122.

REDFERN, A.; HUNTER, M.; BLACKABY, N. y C. PARTASIDES, “Redfern and Hunter on International Arbitration”. Quinta edición. Oxford University Press: 2009. p. 117.

⁶ SUSLER, O. Op. cit. p. 122.

⁷ Ibidem.

⁸ SAMUEL, A. “Separability of Arbitration Clauses – some awkward questions about the law on contracts, conflict of laws and the administration of justice” en Adam, SAMUEL. 2009. Recobrado el 01 de Julio de 2010. <http://www.adamsamuel.com/pdfs/separabi.pdf>, pp. 2-5.

⁹ LEBOULANGER, P. “The Arbitration Agreement: Still Autonomous?”. En: ICCA Congress series 13 International Arbitration 2006: Back to Basics? AJ Van den Berg (ed.). Kluwer Law International: La Haya. 2007. p. 4.

¹⁰ REDFERN; HUNTER; BLACKABY y PARTASIDES. p. 117.

¹¹ Ibid. p. 345. Traducción libre del autor.

¹² DIMOLITSA, A. “Separability and kompetenz-kompetenz”. En: ICCA Congress series 9 Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention. AJ Van den Berg (ed.). Kluwer Law International: La Haya. 1999. p. 221.

¹³ FOUCHARD, P. “Ou va l'arbitrage International?”. En: McGill Law Journal 3. 1989. p. 435. Citada en Le Boulanger. p. 4.

¹⁴ LEBOULANGER. p. 13.

¹⁵ Premium Nafta Products Limited and others v. Fili Shipping Company Limited [2007] EWCA Civ 20. párrafo 7. Traducción libre del autor.

convenio arbitral puede sustentarse en que mientras el convenio o cláusula arbitral regula aspectos procedimentales, el resto de cláusulas del contrato típicamente están destinadas a regular la relación sustantiva entre las partes, y en consecuencia, ello justificaría un tratamiento diferenciado para ambos tipos de cláusulas¹⁶.

Aunque persisten algunos aspectos controvertidos respecto a los límites precisos de la independencia del convenio arbitral, su reconocimiento alrededor del planeta muestra cierto grado de uniformidad. Esto probablemente se debe en buena medida a la amplia aceptación de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, se denominará la “Ley Modelo”)¹⁷. El artículo 16(1) de la Ley Modelo reconoce tanto la independencia del convenio arbitral como el *competence-competence* al señalar expresamente: “[e]l tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”¹⁸.

En el caso peruano, el artículo 41 del Decreto Legislativo 1071 recoge una norma similar, que señala expresamente: “1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las

excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales. 2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste...”¹⁹. Países como Alemania²⁰ o la India²¹ han adoptado textos similares a aquél del artículo 16(1).

En el caso de Inglaterra, el artículo 16(1) de la Ley Modelo ha inspirado también hasta cierto punto el artículo 7 de la Arbitration Act de 1996 (en adelante, se denominará “English Arbitration Act”),²² que recoge el principio de “separability”, el cual fue primeramente reconocido en Inglaterra en el caso *Harbour Assurance Co. (UK) Ltd. v. Kansa General International Insurance Co. Ltd. and others*²³. Posteriormente, el caso Premium Nafta fortaleció el principio al establecer que una alegación de soborno en la formación del contrato no necesariamente afecta la cláusula arbitral²⁴. Aún así, los jueces y cortes ingleses no han sido del todo consistentes al momento de permitir que sean los propios árbitros los que decidan cuestiones relativas a la validez del contrato²⁵.

¹⁶ Leboulanger. p. 14.

¹⁷ Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, 21 de Junio de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006.

¹⁸ *Ibid.* Artículo 16(1).

¹⁹ Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, del 28 de Junio de 2008, artículo 41.

²⁰ Zivilprozessordnung, del 01 de Enero de 1998. Artículo 1040(1).

²¹ DIMOLITSA. p. 222.

²² Arbitration Act, del 17 de Junio de 1996, artículo 7.

PAULSSON, J. “Arbitration-Friendliness: Promises of Principle and Realities of Practice”. En: *Arbitration International* 3. 2007. pp. 480-483.
DIMOLITSA. p. 222.

²³ *Harbour Assurance Co. (UK) Ltd. v. Kansa General International Insurance Co. Ltd. and others* [1993] 1 Lloyd’s Rep. 455.

²⁴ PENGELLEY, N. “Separability Revisited: Arbitration Clauses and Bribery”. En: *Journal of International Arbitration* 5. 2007. pp. 445-454.

²⁵ PAULSSON. p. 483.

Por el contrario, en Francia, la autonomía del convenio arbitral ha sido consistentemente reconocida desde el caso *Ets. Raymond Gosset v. Carapelli*²⁶. El sistema francés ha desarrollado un concepto mucho más amplio de “total autonomía” que se explica más abajo. En el caso de Estados Unidos, el principio de “*separability*” fue reconocido por el fallo de la Corte Suprema en el caso *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*²⁷ y reafirmado posteriormente en el caso *Buckeye Check Cashing, Inc v. John Cardegna*²⁸, según el cual, los árbitros deben resolver los cuestionamientos a la validez del contrato, pero son los jueces y tribunales quienes deben resolver los cuestionamientos sobre el propio convenio arbitral²⁹. En Suiza, el artículo 178(3) de la Ley de Derecho Internacional Privado establece que la validez del convenio arbitral no puede ser cuestionada en razón de la invalidez del contrato subyacente³⁰.

B. Competence – competence

Si bien la independencia del convenio arbitral permite que el convenio arbitral “sobreviva” a los cuestionamientos sobre la validez del contrato subyacente, no dice nada acerca de quién debe resolver las excepciones u objeciones relativas a la propia competencia de los árbitros³¹. En este punto entra en acción la doctrina del *competence-competence*, a veces considerada como una consecuencia funcional de la independencia del convenio arbitral. Barceló ilustra el concepto de *competence-*

competence, señalando que “los árbitros están autorizados para decidir sobre su propia competencia, al menos como cuestión inicial”³². Así, los cuestionamientos a la competencia de los árbitros no impiden que sean éstos los primeros en evaluar y resolver dichos cuestionamientos³³. Solo a modo referencial, en el ámbito del Arbitraje de las Inversiones, el artículo 41 de las Reglas de Arbitraje del Convenio CIADI (en adelante, se denominará el “Convenio CIADI”) reconoce expresamente que el propio tribunal arbitral podrá considerar, incluso de oficio, si la disputa que se le ha sometido es de su propia competencia³⁴.

No obstante, el estudio de los diferentes enfoques otorgados en la legislación comparada muestra las discrepancias que existen en aspectos tales como el momento propicio para la revisión judicial de esas primeras decisiones arbitrales, la naturaleza y el alcance de dicha revisión o las situaciones en las que no debe admitirse el *competence-competence* de los árbitros. Esta situación dificulta la posibilidad de alcanzar una definición más precisa del *competence-competence*^{35 36}. En esta misma línea, a menudo se emplean denominaciones tales como “*competence-competence*”, “*kompetenz-kompetenz*” o simplemente “*the who decides question*” para hacer referencia a los distintos enfoques que existen sobre el mismo concepto³⁷. Originalmente, fue conocido con las palabras alemanas “*kompetenz-kompetenz*”, permitiéndose incluso que los árbitros fallen de forma definitiva sobre su propia competencia,

²⁶ LEBOULANGER. p. 7.

²⁷ *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.* 388 U.S. 395 (1967). KENT, A. “The Separability Doctrine: The Continuing Impact of *Prima Paint* in Georgia, Alabama, and the Eleventh Circuit”. En: *Findlaw for Legal Professionals*. Marzo de 2004. Recobrado el 16 de Enero de 2010. <http://library.findlaw.com/2004/Mar/9/133330.html>.

²⁸ *Buckeye Check Cashing, Inc. v. John Cardegna*. 126 S.Ct. 1204 (2006)

²⁹ WARE, S. “Arbitration Law’s Separability Doctrine After *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*”. En: *Nevada Law Journal*, October 2007. Recobrado el 30 de Junio de 2010. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1018526. sec. I.

³⁰ Ley de Derecho Internacional Privado, del 18 de Diciembre de 1987, artículo 178(3).

³¹ REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. p. 346.

³² BARCELÓ. p. 1118. Traducción libre del autor.

³³ GAILLARD, E. y J. SAVAGE (eds.) Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International: La Haya. 1999. p. 400.

³⁴ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 18 de marzo de 1965, con las enmiendas aprobadas el 29 de setiembre de 2002.

³⁵ PARK, W. “Arbitral Jurisdiction in the United States: Who decides what?”. En: *International Arbitration Law Review*. 2008. Recobrado el 28 de Julio de 2010. <http://www.williamwpark.com/documents/Arbitral%20Jurisdiction%20%20IALR.pdf>, pp. 37-40.

³⁶ BORN, pp. 851-855, 971, 988-1001.

³⁷ *Ibíd.* pp. 852-854.

sin que haya lugar a revisión judicial. Sin embargo, este enfoque no es universalmente aceptado hoy en día; de ahí que parece mejor evitar el uso de dicha terminología³⁸. En este artículo se ha optado por emplear el término “*competence-competence*”.

El poder que tienen los árbitros para tomar decisiones sobre su propia competencia, como se ha mencionado anteriormente, es usualmente conocido como el efecto positivo del *competence-competence*. Born explica que la aceptación universal de este aspecto otorga al *competence-competence* el nivel de norma de derecho internacional³⁹. Por otro lado, el efecto negativo del *competence-competence* prohíbe que los jueces y cortes nacionales se inmiscuyan en estas disputas, al menos hasta un momento posterior⁴⁰. La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante, se denominará “Convención de Nueva York”) reconoce el efecto negativo en su artículo II(3): “El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”⁴¹. Como puede verse, el artículo citado no proporciona mayores detalles acerca del tipo de evaluación que debe ser llevada a cabo por el tribunal del Estado Contratante, lo cual guarda estrecha relación también con la oportunidad en que debe realizarse dicho pronunciamiento judicial. El reconocer plenamente el efecto negativo del *competence-competence* supone aceptar un principio de prioridad a favor de los árbitros. La denominada “*priority rule*” busca posponer la intervención judicial hasta una etapa posterior, e.g., la etapa de impugnación o de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral⁴². Aún así, el sistema francés parece ser el único que ha adoptado en su total dimensión esta “*priority*

rule”, consistente con su reconocimiento del principio de validez del convenio arbitral⁴³, tal como se verá más adelante.

C. Los principios analizados en conjunto

Frecuentemente la autonomía o independencia del convenio arbitral y el *competence-competence* reciben un tratamiento conjunto en los diferentes sistemas legales. La razón para este tratamiento conjunto radica en la estrecha interrelación funcional de los dos conceptos al permitir a los árbitros continuar con el procedimiento arbitral, evitando cualquier intervención judicial temprana. En efecto, si la cláusula arbitral se considerara nula o inexistente como consecuencia de la nulidad o inexistencia del contrato subyacente, entonces desaparecería el sustento para que los árbitros asuman competencia y emitan pronunciamiento alguno. Como se ha explicado anteriormente, en virtud de la independencia del convenio arbitral, las defensas basadas en la invalidez del contrato principal no acarrearán necesariamente la invalidez del convenio arbitral; en consecuencia, la interposición de dichas excepciones o defensas no perjudican la facultad del tribunal arbitral para resolver las mismas⁴⁴. Es importante recordar que “el convenio arbitral debe ser tratado como un acuerdo distinto y puede ser nulo o anulable únicamente por vicios que afecten directamente al convenio arbitral”⁴⁵. Por otro lado, las excepciones u objeciones relativas a la inexistencia o invalidez del propio convenio arbitral, o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, pueden ser resueltas en primer término por el propio tribunal arbitral (y no por los jueces o cortes nacionales) en virtud del *competence-competence*⁴⁶.

A menudo se afirma que el *competence-competence* necesita la independencia del convenio arbitral a efectos de ser una herramienta procedimental verdaderamente efectiva. De ahí que suela afirmarse que “sin

³⁸ GAILLARD y SAVAGE. p. 396.

³⁹ BORN. pp. 967-968.

⁴⁰ GAILLARD y SAVAGE. pp. 401-402.

⁴¹ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 10 de Junio de 1958. artículo II(3).

⁴² GAILLARD y BANIFATEMI. p. 260.

⁴³ DIMOLITSA. p. 238.

⁴⁴ REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. pp. 344-346.

⁴⁵ Premium Nafta. párrafo 17. Traducción libre del autor.

⁴⁶ REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES. pp. 346-347.

la doctrina de la separabilidad, un tribunal haciendo uso de su *competence-competence* estaría potencialmente obligado a declinar su competencia sobre el fondo dado que la existencia de la cláusula arbitral podría verse afectada por la invalidez del contrato subyacente⁴⁷. Ciertamente, obviando la idea de la separabilidad o independencia, un laudo que declare nulo el contrato subyacente pondría en riesgo su propia legitimidad, ya que siendo nulo el contrato principal, la cláusula arbitral devendría en nula también. Sin embargo, aunque se trata de instituciones estrechamente vinculadas, no se debe justificar la facultad de los árbitros para resolver sobre su propia competencia sobre la base del carácter separable del convenio arbitral. Por ejemplo, el *competence-competence* no necesita la independencia del convenio arbitral cuando se alega que la controversia está fuera del ámbito de aplicación del convenio arbitral, o que por su propia naturaleza la controversia no es susceptible de ser sometida a arbitraje. En ciertas circunstancias, los cuestionamientos a la competencia de los árbitros surgen a raíz de cuestionamientos hechos contra la existencia o validez del contrato principal. Sin embargo, en estos casos, es la independencia del convenio arbitral la que permite a los árbitros emitir pronunciamientos sobre tales cuestionamientos, dado que no hay cuestionamientos contra el convenio arbitral en sí mismo, y en consecuencia, no hay lugar para el *competence-competence*⁴⁸.

Aun cuando las diferencias entre la independencia del convenio arbitral y el *competence-competence* son muchas veces erróneamente entendidas o aplicadas, se trata en efecto de conceptos distintos, con la particularidad de que comparten el objetivo de evitar las disrupciones que podría causar en el proceso arbitral una interferencia judicial prematura⁴⁹. El principio de independencia del convenio arbitral logra este objetivo al permitir que los árbitros resuelvan cuestiones vinculadas a la

formación del contrato principal, al margen del contenido de sus pronunciamientos. El *competence-competence* lo logra al permitir que los árbitros fallen sobre su propia competencia, lo cual incluye (pero no se limita a) los eventuales defectos en el propio convenio arbitral. En suma, la independencia del convenio arbitral se interseca con el *competence-competence* en la medida en que ambos contribuyen a la misma función, esto es, "...prevenir que una parte actuando de mala fe detenga el procedimiento arbitral antes de que éste se inicie"⁵⁰.

III. DIFICULTADES EN TORNO A LA INDEPENDENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

A. La independencia del convenio arbitral y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

Probablemente la objeción más importante contra la independencia del convenio arbitral está en el hecho de que al aceptar que la cláusula arbitral no se vea afectada por los vicios del contrato principal, podría terminarse forzando a una de las partes a formar parte del arbitraje aún cuando nunca se haya celebrado un contrato válido (y en consecuencia, no exista en realidad una cláusula arbitral válida). Así, se dice que las partes deberían ser remitidas al arbitraje solo luego de que algún juez o corte nacional haya determinado que las partes efectivamente celebraron un contrato válido y eficaz que incluya una cláusula arbitral. Dado que el sometimiento al arbitraje supone una renuncia a la tutela jurisdiccional del Estado, el hecho de permitir que los árbitros fallen sobre la validez o la existencia misma del contrato "contenedor" podría acarrear que se afecte gravemente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandado, ya que la renuncia a dicho derecho sería evaluada con un estándar más bajo que el requerido por la ley aplicable al contrato⁵¹.

⁴⁷ LEW, JD. MISTELIS, LA. y SM KRÖLL. "Comparative International Commercial Arbitration" Kluwer Law International: La Haya. 2003. p. 334. Traducción libre del autor.

⁴⁸ BORN. pp. 873-875.

⁴⁹ BARCELÓ. p. 1116.

⁵⁰ PARK. W. "The Arbitrability Dicta in First Options v. Kaplan: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?": En: Arbitration International 12. 1996. pp. 153-154.

⁵¹ Ware. sec. IIIA.

En síntesis, según algunos autores, vale la pena sacrificar las ventajas de la independencia del convenio arbitral con tal de asegurar que el derecho a la tutela jurisdiccional reciba la protección que otorga la ley aplicable al contrato⁵². Sin embargo, este análisis puede no ser del todo preciso en el contexto internacional, donde las partes suelen preferir que sus disputas sean resueltas precisamente ante foros extra-judiciales, y en ocasiones, incluso sin remitirse a ninguna legislación en particular.

B. Inexistencia del contrato principal

En línea con la crítica anterior, frecuentemente se señala que mientras que el convenio arbitral no se ve afectado normalmente por la ineficacia sobreviniente del contrato principal, sí se ve afectado en cambio por la inexistencia de éste. En consecuencia, existe una corriente para la cual el convenio arbitral no puede considerarse independiente o autónomo en aquellos casos en que se alegue la inexistencia del contrato principal. Muchos autores ponen de relieve que la distinción entre cláusulas anulables y cláusulas *ab initio* ha quedado desfasada a decir de los más recientes pronunciamientos arbitrales⁵³. No obstante, todavía hay quienes consideran relevante la distinción entre contratos que nunca existieron y contratos que dejaron de existir, sobre la premisa de que, a diferencia de los últimos, “si el contrato nunca existió, entonces el convenio arbitral nunca existió”⁵⁴. Así, según este enfoque, la independencia del convenio arbitral sería de aplicación en la medida en que el contrato haya tenido existencia.

C. ¿Completa autonomía o mera divisibilidad?

La idea de la autonomía completa, desarrollada en Francia, supone que el convenio arbitral no

está sujeto a ninguna legislación nacional. Casos como el de *Hecht v. Buisman's*, *Gatoil v. National Iranian Oil Co.* y el de *Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergheb v. Dalico Contractors* (al que en adelante denominaremos “*Dalico*”) han dado lugar a una norma sustantiva recogida en el “principio de validez” del convenio arbitral internacional, sujeto solo a las normas imperativas del derecho francés y al orden público internacional (son las así llamadas “*Dalico rules*”), sin referencia a ninguna norma de derecho internacional privado en concreto^{55 56}. Sin embargo, este enfoque no ha sido aceptado universalmente, probablemente porque supone un reconocimiento de la discutida autonomía del sistema arbitral internacional.

Siendo esto así, hay quienes sostienen que la cláusula arbitral no puede existir sin el contrato subyacente. Para esta corriente, la naturaleza “procedimental” de la cláusula arbitral, en oposición a las restantes cláusulas “sustantivas” del contrato no podría justificar la independencia de la cláusula arbitral⁵⁷. Por ejemplo, Pierre Mayer sugiere que se debería más bien emplear el término “*severability*”, el cual supone que la cláusula arbitral puede ser “retirada” o “separada” del contrato principal, pero que en ciertas circunstancias la cláusula arbitral será inválida o inexistente como consecuencia de la invalidez o inexistencia del contrato principal⁵⁸. No obstante, incluso una cláusula arbitral susceptible de ser “retirada” o “separada”, será cedida conjuntamente con el contrato principal en casos de cesión de posición contractual⁵⁹. Sin embargo, esta es otra arista no resuelta. Mientras que la transmisión automática de la cláusula arbitral junto con el contrato principal, es defendida por los jueces y cortes de Suiza, Alemania y Francia, en Estados Unidos las autoridades judiciales han determinado que la cesión del convenio arbitral requiere el acuerdo expreso de las partes en ese sentido⁶⁰.

⁵² *Ibíd.* sec. IV.

⁵³ LEBOULANGER. pp. 24-27.

⁵⁴ SUSLER. p. 123.

Ver también: GOLDSTEIN, D. “Arbitrator’s power to determine whether a contract is void *ab initio*”. En: Australian Construction Law Newsletter. 1995. Recobrado el 28 de Julio de 2010. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUConstrLawNlr/1995/2.html>. pp. 7-8.

⁵⁵ DIMOLITSA. pp. 217-228.

⁵⁶ LEBOULANGER. pp. 19-21.

⁵⁷ *Ibíd.* p. 14.

⁵⁸ MAYER, P. “The Limits of Severability of the Arbitration Clause”. En: ICCA Congress series 9 Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, AJ Van den Berg (ed.). Kluwer Law International. La Haya, 1999. pp. 263-264.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ LEBOULANGER. pp. 28-31.

D. Acerca de la ley aplicable

Tal como se señaló anteriormente, la independencia del convenio arbitral permite que un convenio arbitral esté sujeto a una legislación distinta que aquella que regula el contrato principal. No obstante, la realidad indica que las partes contratantes no suelen pactar la aplicación de leyes distintas para el convenio arbitral y para el contrato principal, de modo que resulta útil indagar en cada caso concreto cuál es la real intención de las partes respecto a la independencia del convenio arbitral⁶¹. Ante la falta de un pacto expreso acerca de la ley aplicable específicamente al convenio arbitral, suele recurrirse a la ley del lugar del arbitraje o a la *lex contractus* para determinar la validez del convenio arbitral. Es interesante recordar aquí la relevancia del caso *Dalico*, de acuerdo con el cual la validez del convenio arbitral internacional debe ser determinada únicamente con sujeción al orden público internacional (ciertamente un concepto impreciso) y a las normas imperativas del derecho francés⁶².

En virtud del artículo II(3) de la Convención de Nueva York, los jueces nacionales deben remitir las disputas a los árbitros, salvo que en un caso concreto, el convenio arbitral sea “nulo, ineficaz o inaplicable”. El texto en inglés del artículo II(3) de la Convención de Nueva York señala que la excepción consiste en que el acuerdo de arbitraje sea “*null, void, inoperative or incapable of being performed*”⁶³. El artículo no establece el tipo de análisis que deben realizar los jueces para evaluar si los convenios arbitrales son nulos, ineficaces o inaplicables, así como tampoco señala a qué ley deben remitirse los jueces al momento de hacer dicha evaluación. De ahí que algunos jueces tengan la tendencia a aplicar la ley del lugar del arbitraje, en virtud del artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York, el cual literalmente remite a “la ley del país en que se haya dictado la sentencia” [arbitral]⁶⁴ ⁶⁵. Dimolitsa, por su

parte, puntualiza la estrategia firmemente adoptada en los Estados Unidos a favor del arbitraje, así como las “*régle matérielle*” aplicadas en Francia para dar prevalencia a la voluntad de las partes, pero siempre dentro de los límites del orden público internacional⁶⁶. Adicionalmente, aunque el artículo II(3) abre un espacio para la aplicación de la completa autonomía al no establecer ninguna ley aplicable, otras disposiciones, tales como los artículos II(2), V(1)(a) y V(2) (a) de la Convención de Nueva York podrían acabar por socavar la completa autonomía. De hecho, estas disposiciones podrían hacer que los árbitros observen con rigidez el requisito del convenio arbitral escrito, o que tomen en cuenta la ley del lugar del arbitraje o la *lex contractus* al momento de evaluar la validez de la cláusula arbitral, o que, al evaluar si se encuentran ante una materia arbitrable, apliquen la ley del lugar de ejecución del laudo. Así, aunque la Convención de Nueva York vincula a los jueces y cortes nacionales, y no a los árbitros, la ejecución del laudo arbitral puede verse afectada si los árbitros aplicaran la total autonomía del convenio arbitral y arribaran a soluciones distintas que aquellas que se derivarían de la aplicación estricta de la Convención de Nueva York⁶⁷.

IV. DIFICULTADES EN TORNO AL COMPETENCE-COMPETENCE

A diferencia de la independencia del convenio arbitral, que ha sido aceptada con cierto grado de uniformidad, el *competence-competence* ha dado lugar a una amplia gama de enfoques por parte de los diferentes sistemas legales nacionales. Esto, a su vez, es consecuencia de las distintas maneras en que los sistemas legales han asignado competencias entre árbitros y jueces para resolver las objeciones a la competencia arbitral, y refleja claramente la necesidad de entender estas diferencias para un mejor estudio del tema. De hecho, difícilmente podría sostenerse que existe solo una aproximación correcta, ya que ello

⁶¹ MAYER. pp. 266-267.

⁶² LEW, MISTELIS y KRÖLL. pp. 107, 123-124.

⁶³ Convención de Nueva York, artículo II (3).

⁶⁴ *Ibíd.* artículo V(1)(a).

⁶⁵ DIMOLITSA. p. 242.

⁶⁶ *Ibíd.* pp. 243-244.

⁶⁷ *Ibíd.* pp. 246-248.

LEW, MISTELIS y KRÖLL. p. 119.

dependerá de los valores y objetivos que sean priorizados por cada sistema legal, los cuales determinarán en última instancia la regulación específica que se adopte en cuanto a la independencia del convenio arbitral y al *competence-competence*. En esta sección se pondrá énfasis en las áreas más relevantes donde usualmente se presentan divergencias en la legislación comparada en torno al *competence-competence*.

A. La fuente del *competence-competence*

La fuente de la que emana la competencia de los árbitros para emitir pronunciamientos sobre su propia competencia es un área de frecuentes controversias. Mientras que la posición predominante parece ser que el *competence-competence* se fundamenta en el acuerdo de las partes⁶⁸, algunos consideran que esta justificación es frágil dado que la competencia de un tribunal arbitral para fallar sobre la validez de un convenio arbitral no podría provenir de un convenio arbitral inválido⁶⁹. Por otro lado, se sugiere también que la fuente del *competence-competence* se encuentra en la ley del lugar del arbitraje y también en la ley de los países que estén a cargo del reconocimiento y ejecución de las decisiones arbitrales en materia de competencia⁷⁰.

B. Momento apropiado para la intervención judicial

Otro aspecto de profunda controversia es el referente al momento oportuno para que los jueces o cortes nacionales intervengan en el proceso arbitral. Mientras que una intervención judicial temprana incrementa las posibilidades para la disrupción del proceso arbitral, el hecho de posponer dicha intervención puede suponer que alguna de las partes termine viéndose sujeta a

un arbitraje que no fue pactado⁷¹. La Ley Modelo permite que los árbitros resuelvan las excepciones a la competencia arbitral “como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo”⁷². El Convenio CIADI, en lo que respecta al Arbitraje de las Inversiones, también señala que el tribunal arbitral podrá pronunciarse sobre estas excepciones como una cuestión preliminar o conjuntamente con su pronunciamiento sobre el fondo⁷³. De manera similar, en Perú, el artículo 41.4 del Decreto Legislativo que norma el arbitraje señala que el tribunal arbitral decidirá estas excepciones con carácter previo o junto con su pronunciamiento sobre el fondo⁷⁴.

La Ley Modelo añade, en su artículo 34, que este pronunciamiento arbitral está sujeto a una revisión temprana por parte de las autoridades judiciales⁷⁵. Sin embargo, la Ley Modelo también prevé la posibilidad de que sean los jueces y cortes nacionales los primeros en resolver cuestiones sobre competencia⁷⁶. En los Estados Unidos, las partes tienen en principio el derecho de objetar la competencia de los árbitros en cualquier etapa del proceso arbitral, para que sean las cortes las que resuelvan si las partes efectivamente acordaron someterse al arbitraje. Bajo este modelo, una parte que nunca manifestó su voluntad de recurrir al arbitraje no se ve forzada a proseguir con el arbitraje⁷⁷. No obstante, este esquema permite que haya lugar para tácticas dilatorias en contra del arbitraje.

Contrariamente a lo que ocurre en el caso de Estados Unidos, el sistema francés pospone la intervención judicial en materia de competencia hasta luego de que se expida el laudo arbitral. El artículo 1466 del Código de Procedimientos Civiles francés contempla expresamente el efecto positivo del *competence-competence*⁷⁸,

⁶⁸ Ver por ejemplo, GAILLARD y BANIFATEMI. p. 259.

⁶⁹ GAILLARD y SAVAGE. p. 400.

⁷⁰ BORN. p. 968.

⁷¹ PARK. “The Arbitrators’ Jurisdiction to determine Jurisdiction”. pp. 4-5.

⁷² Ley Modelo. Artículo 16(3).

⁷³ Convenio CIADI. Artículo 41(4).

⁷⁴ Decreto Legislativo que norma el arbitraje. Artículo 41.4.

⁷⁵ Ley Modelo. Artículo 34.

⁷⁶ BORN. p. 880.

⁷⁷ PARK. “Arbitral Jurisdiction in the United States: Who decides what?”. pp. 38-39.

⁷⁸ Código de Procedimientos Civiles francés, Decreto Legislativo del 14 de Mayo de 1981. artículo 1466.

mientras que el artículo 1458 establece que los jueces y cortes deben declinar jurisdicción en aquellas disputas que sean sometidas a arbitraje⁷⁹. Esta aproximación, similar a la del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (en adelante, se denominará “Convenio Europeo”)⁸⁰, recoge casi a plenitud la “*priority rule*”. Minimiza la posibilidad de que se empleen tácticas dilatorias, mientras que se maximiza la economía en el uso de los recursos judiciales⁸¹. “Para el legislador francés y los redactores del Convenio Europeo, el riesgo de que los árbitros asuman competencia erróneamente en algunos casos, y de que dicha decisión sea revocada por las cortes (...) parecía menos grave que el riesgo de que las partes, actuando de mala fe, puedan perturbar el proceso arbitral cuestionando sistemáticamente la competencia del tribunal arbitral...”⁸².

En cuanto al derecho inglés, el artículo 30 de la English Arbitration Act⁸³ reconoce el efecto positivo del *competence-competence*. Adicionalmente, sólo una persona que no participa del proceso arbitral tiene el derecho de objetar la jurisdicción arbitral ante las cortes inglesas⁸⁴. La English Arbitration Act también prevé la posibilidad de solicitar la intervención judicial respecto de algún “aspecto preliminar de jurisdicción”⁸⁵. En Alemania, una corte o juez puede resolver sobre la competencia de un tribunal arbitral antes de que éste se constituya. Luego de que el tribunal arbitral se constituya, éste tiene competencia exclusiva respecto de su propia competencia⁸⁶.

C. Observancia de las decisiones arbitrales en materia de competencia

Los efectos que los jueces y cortes deben dar a las decisiones arbitrales en materia de su propia competencia es también un aspecto que ha recibido un tratamiento disímil. En efecto, “los sistemas legales difieren en cuanto a si la decisión de un árbitro sobre su propia autoridad debería imposibilitar, o cuándo debería imposibilitar, pronunciamientos judiciales sobre la materia”⁸⁷. Por ejemplo, mientras que el sistema alemán admitía en el pasado las cláusulas de *kompetenz-kompetenz*, hoy en día son los jueces quienes tienen siempre la última palabra respecto a la competencia de los árbitros. En consecuencia, a efectos de proteger el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el sistema alemán ha optado por sacrificar la libertad contractual⁸⁸. A diferencia del caso alemán, en los Estados Unidos las partes pueden decidir de mutuo acuerdo que la competencia de los árbitros sea determinada por los propios árbitros, adoptando así la vieja regla del *kompetenz-kompetenz*⁸⁹. De acuerdo con el razonamiento planteado en el caso *First Options of Chicago v. Manuel Kaplan and MK Investments*⁹⁰ (en adelante se le denominará “*First Options*”), los aspectos *ratione personae* del convenio arbitral deben ser decididos por las cortes nacionales, a menos que las partes hayan acordado lo contrario de manera indubitable⁹¹. Por el contrario, el caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*⁹² (en adelante se le denominará “*Mitsubishi*”) estableció una

⁷⁹ Ibid. Artículo 1458.

BREKOUKAKIS, SL. “The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict has to be Negative”. En: Australian Arbitration Yearbook. Junio de 2009, recobrado el 28 de Junio de 2010. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414325. sec. II.A.

⁸⁰ Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional. Ginebra. 21 de Abril de 1961.

⁸¹ PARK. “The Arbitrators’ Jurisdiction to determine Jurisdiction”. pp. 43-44.

⁸² GAILLARD y SAVAGE. p. 411. Traducción libre del autor.

⁸³ English Arbitration Act. Artículo 30.

⁸⁴ Ibid. sec. 72.

⁸⁵ Ibid. sec. 32. Traducción libre del autor.

⁸⁶ PARK, “The Arbitrators’ Jurisdiction to determine Jurisdiction”. p. 5. Traducción libre del autor.

⁸⁷ PARK, “The Arbitrators’ Jurisdiction to determine Jurisdiction”. p. 5. Traducción libre del autor.

⁸⁸ Ibid. pp. 93-96.

⁸⁹ Ibid. pp. 112-113.

⁹⁰ First Options of Chicago, Inc. v. Manuel Kaplan et uxor and MK Investments, Inc. (94-560), 514 U.S. 938 (1995).

⁹¹ PARK. “The Arbitrability Dicta in First Options v. Kaplan: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?”. pp. 141-142.

⁹² Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. 473 U.S. 614 (1985).

presunción pro-arbitraje en aquellos casos en que debe determinarse los alcances objetivos del convenio arbitral⁹³. En cualquier caso, la voluntad de las partes juega un rol decisivo al momento de determinar la competencia de los árbitros.

Por su parte, las decisiones arbitrales según las cuales los árbitros carecen de competencia constituyen otra área no resuelta. El problema aquí es si las partes conservan el derecho de impugnar el laudo. Las legislaciones suiza⁹⁴, inglesa⁹⁵ y francesa⁹⁶ sí prevén la posibilidad de plantear impugnaciones contra los laudos que declaren la falta de competencia de los árbitros. No obstante, el artículo 16(3) de la Ley Modelo únicamente contempla la posibilidad de impugnar aquellas decisiones en las que los árbitros acepten competencia⁹⁷.

D. El estándar de la revisión que deben aplicar las cortes y jueces nacionales

Otra dificultad viene relacionada con los estándares que deben aplicar los jueces al momento de evaluar la validez de los convenios arbitrales de conformidad con el artículo II(3) de la Convención de Nueva York. Nuevamente nos encontramos en un área donde entran en conflicto diferentes principios y valores según el modelo que se adopte. Ya se ha explicado anteriormente que el sistema francés ha adoptado en buena medida la “*priority rule*” a favor de los árbitros; consecuentemente, las cortes pueden pronunciarse sobre la validez de un convenio arbitral solo mediante una

revisión *prima facie*⁹⁸ y únicamente en la medida en que no se haya constituido todavía el tribunal arbitral, esto es, las cortes remitirán siempre la disputa al arbitraje a menos que el convenio arbitral sea evidentemente inválido o inexistente. Los promotores de la revisión *prima facie* entienden que se trata del aspecto central del efecto negativo del *competence-competence*⁹⁹. En el sistema legal suizo por ejemplo, las cortes deben llevar a cabo un análisis *prima facie* cuando el lugar del arbitraje está dentro de Suiza¹⁰⁰.

No obstante, de acuerdo con algunos autores, se justifica una revisión completa por parte de los jueces en aquellas situaciones en las que se discute la existencia del consentimiento, particularmente por ejemplo en casos de grupos de empresas o de cesión del convenio arbitral¹⁰¹. La revisión completa está orientada a proteger la tarea jurisdiccional de las cortes nacionales, así como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de una parte en contra de otra parte que intenta comenzar un arbitraje sobre la base de una cláusula arbitral inexistente o inválida. Los jueces y cortes de los Estados Unidos de América pueden llevar a cabo un examen completo aún cuando el procedimiento arbitral se hubiera iniciado¹⁰². En el sistema alemán, si una parte plantea una demanda ante una corte nacional y el demandado se defiende alegando la existencia de un convenio arbitral, la corte puede llevar a cabo un análisis exhaustivo y completo de la validez del convenio arbitral, y no tiene la obligación de detener el proceso judicial¹⁰³.

⁹³ DIMOLITSA. p. 230.

⁹⁴ Ley de Derecho Internacional Privado. Artículo 190(2)(b).

⁹⁵ English Arbitration Act. Artículo 67.

⁹⁶ Código de Procedimientos Civiles francés. Artículo 1502(3).

⁹⁷ DIMOLITSA. p. 232.

Ley Modelo, artículo 16(3).

⁹⁸ GAILLARD y SAVAGE. p. 411.

⁹⁹ GAILLARD, E. “The urgency of not revising the New York Convention”. En: ICCA Congress series 14, 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference. AJ Van den Berg (ed.) Kluwer Law International: La Haya. 2009. p. 694.

¹⁰⁰ VON SEGESSER, G. “Possible reinforcement of the negative effect of the “competence-competence” principle in Swiss legislation”. En: Kluwer Arbitration. Febrero de 2010. Recuperado el 5 de Febrero de 2010, http://klowerarbitrationblog.com/blog/2010/02/05/possible-reinforcement-of-the-negative-effect-of-the-%e2%80%99competence-competence%e2%80%9d-principle-in-swiss-legislation/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogExcerpt+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Excerpts%29.

¹⁰¹ BREKOULAKIS. sec. III.B.

¹⁰² PARK. “The Arbitrators’ Jurisdiction to determine Jurisdiction”. p. 11.

¹⁰³ Zivilprozessordnung. Artículo 1032(1).

BREKOULAKIS. sec. II.C.

La Ley Modelo no establece expresamente un estándar particular de revisión. Además, algunos de los sistemas legales que han adoptado la Ley Modelo permiten un examen judicial exhaustivo y completo de la invalidez, inexistencia o ilegalidad del convenio arbitral, pero solo una revisión *prima facie* del objeto del convenio. Por el contrario, la Corte Suprema de la India ha admitido aparentemente un estándar *prima facie* para la revisión de las objeciones basadas tanto en la validez como en el objeto del convenio arbitral¹⁰⁴.

E. Medidas de los árbitros para resguardar el proceso arbitral contra medidas cautelares dictadas por las autoridades judiciales

Es práctica común para un litigante recalcitrante causar disrupción en los procedimientos arbitrales¹⁰⁵, ya sea comenzando un proceso judicial paralelo o incluso buscando la expedición de medidas cautelares por parte de las cortes nacionales. En este contexto, adquiere gran relevancia el poder de los árbitros para expedir "*anti-suit injunctions*", esto es, medidas para resguardar el proceso arbitral en contra de las maniobras obstructivas. Frente a esto, se han planteado críticas en el sentido de que las medidas cautelares de cualquier naturaleza están reservadas para los jueces nacionales o que ellas entran en conflicto con la propia *competence-competence* de los jueces. Sin embargo, Gaillard afirma que las "*anti-suit injunctions*" están dentro de las facultades de los tribunales arbitrales dado que el *competence-competence* implica la competencia de los árbitros para ordenar el cumplimiento de los convenios arbitrales¹⁰⁶, pero también porque los árbitros tienen

las facultades necesarias para adoptar las medidas que se requieran "a efectos de evitar que se agrave la disputa o a efectos de proteger la efectividad del laudo"¹⁰⁷. Este tema, sin embargo, permanece abierto a debate.

V. OPOSICIONES U OBJECIONES A LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS

Uno de los ámbitos donde se presentan más divergencias se relaciona con los eventuales límites con que debe entenderse la independencia del convenio arbitral y el *competence-competence*. Otra manera de observar esta problemática es revisar y entender cuáles son las oposiciones u objeciones que frecuentemente se plantean a la competencia de los árbitros. En esencia, dos son las categorías más comunes de objeciones contra la competencia de los árbitros. Una de ellas se vincula con la existencia, validez y legalidad del convenio arbitral, mientras que la otra se relaciona con el objeto del convenio¹⁰⁸. Por otro lado, las objeciones a la competencia basadas en normas de orden público se clasifican algunas veces bajo una categoría diferente.

A. Oposiciones relativas a la inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral

Como ya se ha mencionado, de acuerdo con la Convención de Nueva York, la presunción de validez del convenio arbitral está sujeta a la excepción de que el convenio sea "nulo, ineficaz o inaplicable"¹⁰⁹. Excepciones similares se encuentran en el artículo V(1) del Convenio Europeo¹¹⁰ y en el artículo 8(2) de la Ley Modelo¹¹¹. En el Arbitraje Comercial

¹⁰⁴ BORN. pp. 885-890.

¹⁰⁵ HOLTZMANN, HM. "How to prevent delay and disruption of arbitration: Lessons of the 1990 ICCA Stockholm Congress". En: ICCA Congress series N° 5 Preventing Delay and Disruption of Arbitration / Effective Proceedings in Construction cases. AJ Van den Berg (ed.) Kluwer Law International. La Haya. 1991. pp. 21-22.

¹⁰⁶ GAILLARD, E. "Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators". En: ICCA Congress series 13 International Arbitration 2006: Back to Basics? AJ Van den Berg (ed.) Kluwer Law International. La Haya. 2007. pp. 235-243.

¹⁰⁷ *Ibíd.* p. 239. Traducción libre del autor.

Ver también TT Landau, "Arbitral Lifelines": The Protection of Jurisdiction by arbitrators". En: ICCA Congress series N° 13 International Arbitration 2006: Back to Basics? AJ Van den Berg (ed.). Kluwer Law International: La Haya. 2007. pp. 293-294.

¹⁰⁸ BORN. pp. 877-986.

¹⁰⁹ Convención de Nueva York. artículo II(3).

¹¹⁰ Convenio Europeo. Artículo V(1).

¹¹¹ Ley Modelo. Artículo 8(2).

Internacional existe cierto consenso en el sentido de que las excepciones recogidas en la Convención de Nueva York incluyen, entre otras, aquellas situaciones en las que el convenio arbitral no ha sido válidamente celebrado por las partes, como por ejemplo en aquellos casos en que media engaño o error, o también aquellos convenios o cláusulas válidamente celebrados pero que posteriormente dejan de surtir los efectos buscados por las partes. Aunque el texto de la Convención de Nueva York no recoge expresamente los casos de inexistencia del convenio arbitral, se entiende que dichos supuestos se encuentran también incluidos entre las excepciones.

Para un mejor entendimiento de las excepciones, conviene tener en cuenta también el texto en inglés de la Convención de Nueva York, según el cual, la presunción de validez está sujeta a la excepción de que el convenio sea “*null, void, inoperative or incapable of being performed*”. La revisión de la doctrina y el estudio de casos en el Arbitraje Comercial Internacional nos permiten darnos cuenta que bajo los términos “*inoperative*” e “*incapable of being performed*” se incluyen aquellos convenios arbitrales que no pueden ser ejecutados, por ejemplo, porque el árbitro se rehúsa a actuar como tal o porque las disposiciones procedimentales del acuerdo de arbitraje son ambiguas o contradictorias¹¹².

La independencia del convenio arbitral juega un papel importante cuando se cuestiona la validez del convenio arbitral sobre la base de vicios del contrato principal¹¹³. Por ejemplo, en virtud de la independencia del convenio arbitral, las excepciones o defensas basadas en la invalidez del contrato subyacente por fraude no suponen necesariamente la invalidez de la cláusula arbitral. Este criterio resulta de aplicación casi invariablemente

a los casos de contratos celebrados sobre la base del error (como se reconoce en la práctica jurisprudencial de Alemania, Estados Unidos y Suiza) o a los casos de contratos contrarios a la ley (como se reconoce en la práctica jurisprudencial de Estados Unidos e Inglaterra). No obstante, la independencia del convenio arbitral no entra en juego cuando se alega la existencia de convenios arbitrales asimétricos o unilaterales, ya que en estos casos se ataca directamente algún defecto en el convenio arbitral en sí mismo. A propósito, es interesante destacar que en Inglaterra, Estados Unidos y Francia no se exige que el convenio arbitral sea simétrico o recíproco, mientras que en Alemania se considera inválido al convenio asimétrico¹¹⁴. De acuerdo con Mayer, “el escenario donde más claramente la cláusula arbitral no sería separada, y en consecuencia sería inválida, es aquel en el que falta el consentimiento de una de las partes”¹¹⁵ esto es, casos de falsificación de la firma de una de las partes¹¹⁶. El mismo resultado sería de aplicación en aquellos casos de ausencia de facultades de representación¹¹⁷ o de firmas no autorizadas¹¹⁸. En estas situaciones el vicio afecta casi invariablemente tanto a la cláusula arbitral como al contrato subyacente¹¹⁹. Por su parte, la jurisprudencia marcada por los jueces de los Estados Unidos en los casos *First Options* y *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.* ha establecido que la “*separability*” no es aplicable a las defensas basadas en la invalidez del contrato por falta de manifestación de voluntad del agente, aspecto que debe ser decidido por el órgano judicial¹²⁰.

El *competence-competence* está directamente relacionado a las excepciones o defensas basadas en los defectos de la cláusula arbitral en sí misma. La asignación de las competencias necesarias para resolver este tipo de controversias depende del enfoque

¹¹² BORN. pp. 708-713.

¹¹³ BORN. pp. 708-713.

¹¹⁴ BORN. pp. 579-580.

¹¹⁵ Ibid. pp. 705-759.

¹¹⁶ MAYER. p. 264. Traducción libre del autor.

¹¹⁷ PARK. “The Arbitrators’ Jurisdiction to determine Jurisdiction”. p. 114.

¹¹⁸ MAYER. p. 265.

¹¹⁹ PARK. “The Arbitrators’ Jurisdiction to determine Jurisdiction”. p. 114.

¹²⁰ Premium Nafta. Párrafo 17.

¹²¹ WARE. sec. IIA.

que tenga cada sistema legal en relación al *competence-competence*. Por ejemplo, frente a alegaciones de que el convenio arbitral fue celebrado por medio de violencia o intimidación, algunas jurisdicciones han optado por remitir la controversia al arbitraje. Lo mismo ha ocurrido frente a excepciones o defensas basadas en la renuncia al arbitraje. Por lo demás, el objeto preciso y los alcances de estas renunciaciones han resultado ser un aspecto extremadamente controversial, incluso entre los sistemas legales que han adoptado la Ley Modelo. Del mismo modo, no hay consenso acerca de si los jueces o los propios árbitros deben resolver las alegaciones de que la ejecución del convenio arbitral ha devenido en imposible¹²¹. Para algunos autores, cuando un convenio arbitral defectuoso impide que se constituya el tribunal arbitral, resulta necesario recurrir a los jueces nacionales. La Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza¹²² reconoce una situación similar cuando la imposibilidad de constituir el tribunal arbitral es atribuible al demandado. Las cortes de Francia y Estados Unidos tienen la tendencia de entender que ambas partes han renunciado al convenio arbitral¹²³.

B. Objeciones contra el objeto del convenio arbitral

Dentro de esta categoría podemos incluir aquellas controversias referidas a la identificación de las partes en disputa, las atribuciones procedimentales otorgadas al tribunal y asimismo la determinación de la controversia sometida al arbitraje. La identificación de las partes en disputa puede ser una tarea particularmente difícil en aquellos casos en que se busca someter a arbitraje a partes no signatarias del convenio o en casos de grupos de empresas. Las atribuciones procedimentales del tribunal pueden ser un área fértil para cuestionar

su competencia cuando el tribunal ha sido constituido indebidamente o por ejemplo cuando intenta consolidar dos o más procesos arbitrales. Por lo demás, la determinación de la controversia usualmente requiere una profunda investigación de la voluntad de las partes¹²⁴. Al respecto, Born resalta que el artículo II(3) de la Convención de Nueva York no incluye aquellas situaciones en las que la disputa está fuera del ámbito del convenio arbitral, como uno de los casos excepcionales en los que los propios jueces deben asumir competencia. En consecuencia, en estos casos, los jueces y tribunales deben remitir automáticamente la disputa al arbitraje, fortaleciéndose así la institución del *competence-competence*. No hay consenso en este punto, lo cual contribuye a la ausencia de uniformidad en este terreno. No obstante, razones de política legislativa pueden justificar que “las cortes nacionales enfrentando objeciones jurisdiccionales basadas solamente en el objeto de un convenio arbitral que se admite como existente y válido, deberían remitir a las partes a arbitraje para una primera determinación del objeto del convenio arbitral”¹²⁵.

C. Excepciones o defensas vinculadas a razones de orden público

La terminología “orden público” hace referencia a aquellas normas imperativas que prohíben que las partes sometan a arbitraje determinadas materias¹²⁶. En consecuencia, el denominado orden público a veces limita la capacidad de los árbitros, y en tal medida el orden público se relaciona con la idea de arbitrabilidad¹²⁷. Es necesario ser cuidadosos con el término “arbitrabilidad”, que hace referencia a si determinadas materias caen dentro de la competencia exclusiva de las cortes nacionales o si un laudo pudiera terminar convalidando actos ilegales. En los Estados Unidos, sin embargo, el término

¹²¹ BORN. pp. 724-753.

¹²² Ley de Derecho Internacional Privado. Artículo 7.

¹²³ GAILLARD y SAVAGE. p. 386.

¹²⁴ PARK. “The Arbitrators’ Jurisdiction to determine Jurisdiction”. pp. 68-73.

¹²⁵ BORN. pp. 860-861. Traducción libre del autor.

¹²⁶ BARCELÓ. p. 1119.

¹²⁷ PARK. “The Arbitrators’ Jurisdiction to determine Jurisdiction”. p. 66.

POUDRET, JF; BESSON, S; BERTI, S; y, A. PONTI. Comparative Law of International Arbitration. Segunda edición. Sweet & Maxwell: Londres. 2007. pp. 281-283, 292-293.

"*arbitrability*" incluye adicionalmente la discusión de quién debe decidir si una disputa en particular ha sido sometida a arbitraje¹²⁸. Entonces, el contenido preciso del concepto de "*arbitrabilidad*" o "*arbitrability*" representa otro ámbito que exige cautela.

La dificultad con el denominado "orden público" es que es una noción más bien vaga e imprecisa, y en consecuencia, las materias que se reservan para sí las autoridades judiciales pueden variar de un sistema legal a otro. Adicionalmente, existen divergencias en cuanto al tratamiento de esta área. A manera de ejemplo, mientras que muchos sistemas legales impiden que determinados tipos de controversias sean arbitradas, la denominada "*Second Look Doctrine*" planteada en los Estados Unidos en el caso Mitsubishi estableció una aproximación particular, de acuerdo con la cual no se debería impedir a los árbitros conocer un caso en el cual se plantean objeciones de orden público, dado que las cortes nacionales tendrán la oportunidad de revisar este aspecto en la etapa de ejecución del laudo¹²⁹.

VI. CONCLUSIONES

A pesar de los diferentes (y a veces contradictorios) enfoques, particularmente en relación al efecto negativo del *competence-competence*, existe cierto consenso en cuanto a los elementos mínimos que son esenciales en la independencia del convenio arbitral y en el *competence-competence*. Lo relevante es que tanto la independencia del convenio arbitral como el *competence-competence* comparten una función significativa, esto es, evitar interferencias judiciales en las etapas iniciales del arbitraje. Sin embargo, estas instituciones no están libres de incertidumbres y dificultades. Una fuente importante de dificultades radica precisamente en los diferentes significados asociados a estos conceptos. De allí que, cuando se analiza y estudia estos conceptos, uno no debería partir

de premisas absolutas acerca del grado de autonomía del convenio arbitral, o acerca del momento exacto y facultades que tienen los tribunales arbitrales para adoptar decisiones sobre su propia competencia¹³⁰.

Al momento de dotar de contenido a la independencia del convenio arbitral y al *competence-competence*, cada sistema legal responde a objetivos específicos que pretende promover. Por ejemplo, al permitir la intervención judicial durante el proceso arbitral (o incluso antes de que éste se inicie) se evita que tenga lugar un arbitraje inválido, pero al mismo tiempo se favorece la actuación de partes recalcitrantes que pudieran oponerse ilegítimamente al arbitraje. Por otro lado, al posponer la revisión judicial puede salvaguardarse la economía de los recursos judiciales y favorecerse el curso normal del proceso arbitral, pero asimismo podría significar que una parte que no consintió con el arbitraje, se vea forzada a formar parte del mismo. Dentro de este amplio rango de posibilidades, algunos países han optado por sistemas híbridos¹³¹.

Parece justificado pensar que no existe una única y perfecta aproximación a las instituciones que son objeto del presente artículo¹³². Los esfuerzos deben dirigirse a entender y evaluar las razones y objetivos que subyacen a cada modelo, y también a determinar el grado en que determinado sistema legal alcanza sus propósitos mediante la distribución de competencias entre las cortes nacionales y los árbitros para resolver las oposiciones a la competencia arbitral. Por ejemplo, en el caso peruano, el Decreto Legislativo que norma el arbitraje se inclina principalmente por reforzar el sistema arbitral, reconociendo la independencia del convenio arbitral y el *competence-competence* de los árbitros, y procurando minimizar las posibilidades de tácticas dilatorias en contra del arbitraje. Desde luego, hace falta analizar otros factores, tal como la visión de los jueces y tribunales frente a las decisiones de los

¹²⁸ SHORE, L. "Part I Fundamental observations and Applicable Law, Chapter 4 – The United States' perspective on Arbitrability". En: *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. Mistelis y Brekoulakis (eds.). Kluwer Law International: Países Bajos. 2009. p. 70.

¹²⁹ Mitsubishi. pie de página 19.

¹³⁰ BORN. p. 855.

¹³¹ BORN. pp. 860-861. Traducción libre del autor.

¹³² BARCELÓ. p. 1119.

árbitros respecto a su propia competencia. Pero dicho análisis excede los alcances del presente artículo.

Un entendimiento superficial y limitado de los diferentes enfoques que existen acerca de la independencia del convenio arbitral y del *competence-competence* bien puede

conducirnos a errores sustanciales. Se requiere un conocimiento profundo de estos conceptos y un estudio crítico de sus aspectos controversiales para poder homogeneizar su aplicación, lo cual, en última instancia, favorecerá al Arbitraje Comercial Internacional como un sistema de resolución de conflictos coherente y completo en sí mismo.

THĒMIS

Revista de Derecho



Lorenzo de la Puente Brunke • Erick Lau G. • Mario Castillo Freyre
Guido Calabresi • Carlos Fernández Sessarego • Carlos A. Soto Coaguila
Juan Guillermo Lohmann • Jaime Miranda Gómez • Francisco Avendaño Arana
Felipe Osterling Parodi • Alfredo Bullard G. • Carlos Cárdenas Quirós
Freddy Escobar Rozas • Luciano Barchi Velaochaga • Moisés Arata Solís
Guillermo García Montufar • Jorge Avendaño V. • Martín Mejorada C.
Juan Espinoza Espinoza • Sinthya Rubio Escolar • Fernando de Trazegnies
Luis Felipe Del Risco Sotil • Talía Díaz R. • Charles Schudson • Carlos Ramos
Guillermo Arribas I. • Eduardo Barboza Beraún • Marco Zaldivar Chauca

1965 - 2011

ENTREVISTA

ESTADO E INVERSIÓN PRIVADA: ¿QUÉ ROL CUMPLEN EN EL DESARROLLO DEL PAÍS?

**Entrevista a George L. Priest
Miembro del Comité Consultivo de THEMIS**

Todos los pobladores buscan que su país se encuentre en una etapa de desarrollo y bienestar. Cada gobernante, político o académico busca en ideologías como el capitalismo, el socialismo o el comunismo, la fórmula para lograrlo.

En el presente artículo el autor nos habla de cómo la reducción de la intervención estatal, sumada a otras políticas que promuevan la inversión privada nos llevan al crecimiento económico y en última instancia al desarrollo de un país.

* La presente entrevista fue realizada por Mijael Hernán Garrido-Lecca Palacios, ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS y Daniela Meneses Sala, miembro del Consejo Directivo de THEMIS. Su traducción estuvo a cargo de Carolina Pérez Harm, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS. El contacto con el profesor George Priest se logró gracias a la amable colaboración de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). La UPC tuvo la gentileza de invitarnos a su evento "Seminario Internacional: Estado, Mercado y Derecho" organizado con motivo de la presentación de un libro del profesor Priest, editado por la mencionada universidad. Asimismo, señalamos que George Priest es profesor honorario de la UPC.

1. **Desde comienzos de los noventa el Perú ha estado experimentando un boom en términos macroeconómicos como la reducción de la pobreza y el crecimiento económico. Además, la cantidad de intervención del Estado en el mercado se ha reducido sustancialmente. Sin embargo, dos décadas después, políticamente, la gente aún prefiere el socialismo. ¿Cómo puede explicarse esto?**

No entienden que el crecimiento económico es el resultado de una reducción en la intervención del Estado. Cuando plantean la pregunta dicen que desde comienzos de los noventa ha crecido sustancialmente la economía, reduciéndose la pobreza y teniendo menos intervención del Estado, sin embargo esta formulación no es exacta. Un correcto entendimiento de lo que ha sucedido en la economía peruana lleva a concluir que el crecimiento económico y la reducción en la pobreza se debe a que el Estado ha intervenido menos en la economía.

Ahora bien, otra característica que es importante es que Perú ha reducido sus barreras externas que posibilitan mayor inversión extranjera y competencia internacional lo que también tiene el efecto de acelerar el crecimiento económico.

Ahora, ¿por qué hay esta atracción hacia el socialismo? Porque los ciudadanos no entienden su paradigma económico. No ha habido suficiente explicación a los ciudadanos, pero esto sucede también en Estados Unidos, de la relación entre la reducción de la intervención del Estado en la economía, que significa un incremento en la inversión privada; y, el involucramiento estatal en la economía, hasta el punto que lleva al crecimiento económico y la reducción de la pobreza.

2. **¿Cómo piensa que es posible construir un puente conceptual entre la reducción de la intervención del Estado en el mercado y el hecho que la economía crece no sólo en el Perú sino en América Latina?**

Tienes que enseñarle a la gente sobre esto, pero es empíricamente cierto alrededor

del mundo. La razón de los problemas económicos de Estados Unidos actualmente es justamente que los gobiernos han aumentado su intervención en la economía en los últimos diez años.

La razón por la cual Estados Unidos alcanzó la economía más grande y próspera en el mundo fue porque tenía la menor intervención estatal en la economía, y vemos alrededor del mundo en los años ochenta y en los noventa, una reducción en la intervención del Estado en la economía y el consecuente crecimiento económico.

3. **¿Por qué cree que el termino *laissez-faire* suele confundirse con el mercantilismo?**

Nuevamente tiene que ver con la educación. Personalmente no apoyo el liberalismo del *laissez-faire*, pero se diferencia del mercantilismo en que este último es un intento directo del Estado de controlar la economía e incrementarla capturando recursos. La historia muestra que el Perú fue una gran víctima de ello. Los españoles no vinieron al Perú como turistas, vinieron para robar las riquezas de los Incas, el cual fue uno de los episodios más destructivos en la historia de la humanidad. Fue terrible, y todos lo sabemos; ustedes son descendientes de ellos. En mi caso, traje a esta conferencia a dos de mis nietos, para enseñarles acerca de la terrible destrucción de Perú y la colonización y su ulterior independencia, así como la lucha por la supervivencia de parte de la estructura colonial española. Así, a medida que Perú y los otros países de Latinoamérica pudieron superar esta estructura colonial se han vuelto mas ricos y la pobreza se ha reducido sustancialmente. De este modo es necesaria la educación en estos temas.

4. **¿Cuál cree que debería ser el rol del gobierno promoviendo el desarrollo económico y combatiendo la pobreza?**

El rol del gobierno debería ser reducir las limitaciones a la inversión privada y reducir otras constricciones en la economía como los altos impuestos —en términos de reducir pobreza— ésto contribuiría al crecimiento económico. Además se deben eliminar barreras de comercio, lo que el Perú ya ha

hecho. El Perú ha tenido un gran desarrollo económico en los últimos años, bastante mayor que el de Estados Unidos. Por otro lado, en relación a la disminución de la pobreza, incrementar las oportunidades para inversión es probablemente la mejor política que puede adoptarse, pues ello lleva a generar mas trabajo; incrementar la educación, proveyendo mejor educación, es otro factor extremadamente importante. Hay grandes desigualdades en el Perú, las cuales pueden ser superadas con mejor educación y permitiendo mas inversiones de modo que se generen mas empleos.

5. Nos gustaría hacerle una pregunta acerca del rol específico entre el gobierno y la inversión privada en un caso reciente de Estados Unidos donde bloquearon la fusión entre AT&T y T-mobile. ¿Qué piensa sobre el bloqueo?

Bueno aún no ha sido bloqueado completamente, sigue en litigio. Es un poco complicado porque el problema de la fusión entre AT&T y T-mobile está en el espectro. La extensión del espectro que está disponible se encuentra en control del Estado. De modo que si éste accede a liberar parte del espectro que se encuentra ahora en manos de la radio o la televisión se solucionarían muchos de los problemas de este caso. Pero en mi análisis, sabemos que las telecomunicaciones son una industria de redes, y que AT&T está tratando de agrandar la red. T-mobile no es una red que va a ser exitosa por sí sola, de modo que permitir que AT&T adquiera a T-mobile es bueno. Pero esto aún no ha finalizado, todavía siguen las negociaciones.

6. ¿Cuál piensa que debe ser el rol de la inversión privada para enfrentar la pobreza?

La inversión privada es la mejor arma contra la pobreza. Permitiendo ésta, habrá reducción en la pobreza. Ahora, nuevamente, para que la inversión privada conduzca a la reducción de la pobreza, la gente pobre debe tener ciertas habilidades, tienen que ser aptos para un empleo, si no saben hacer nada no son muy útiles en la economía moderna. De esta forma la educación es primordial.

7. ¿Cree que los ciudadanos regulares deben tener un rol actuando contra la pobreza? En otras palabras, ¿los ciudadanos tienen un deber moral de actuar contra la pobreza?

Yo creo que si. Los ciudadanos tenemos un deber moral de actuar contra la pobreza en el sentido que a nadie le gusta la pobreza, no creo que alguien pueda defender la pobreza. Hay algunas personas que son pobres porque son mentalmente discapacitados, otros que son pobres porque no quieren aprender nuevas habilidades –lo cual es un problema– y también existen personas que piensan que el Estado debería darles dinero. Por otro lado, también están las personas que sí quieren ganar nuevas habilidades y quieren trabajar, en este caso sí deberíamos preocuparnos. Ahora, tenemos que pensar cómo combatir la pobreza, proveer subsidios no es generalmente una respuesta mientras que proveer habilidades sí lo es, si la gente trabaja podrá mantenerse. En los años 90, hubo grandes cambios en la política de Bienestar del gobierno de los Estados Unidos, donde despidieron a muchas personas y estas salieron a buscar trabajo, lo cual es muy bueno, pues lleva al crecimiento económico y a que estos individuos obtengan ingresos sostenibles. Cuando preguntan si tienen un deber moral, yo creo que sí lo tienen, en el sentido de apoyar las políticas del gobierno conducentes a reducir la pobreza como por ejemplo permitir la inversión, abrir mercados para el libre mercado, ayudar a los individuos a construir habilidades. Pero ¿tienen un deber moral de ayudar a combatir la pobreza regalando dinero? No.

8. Usted escribió un artículo sobre democracia y el control de mayorías. Usted dijo que en una segunda etapa de la democracia es importante tener un control sobre las mayorías. Ahora estamos viviendo en Latinoamérica una gran ola nacionalista. ¿Cómo piensa que está relacionada esta ola nacionalista con el control de mayorías?

Creo que sí está relacionada al control mayoritario pero también a una falta de entendimiento de parte de muchos

ciudadanos sobre cómo sus países pueden mejorar. Por ejemplo tenemos una experiencia asentada en Wallstreet. Este sector no busca directamente contribuir al crecimiento económico, lo que busca es generar dinero. Sin embargo, el crecimiento económico es más que sólo dinero, es más que sólo materialismo. El sector de Wall Street es hasta cierto punto materialista, eso está bien, yo no lo soy, cómo serlo siendo un profesor, me gustaría intentar pero no he tenido la oportunidad aún. De todos modos, los países que tienen mayor crecimiento económico, que son más ricos, tienen mayores expectativas de vida, menores índices de mortalidad, mejor salud. Éstas son metas humanitarias, pero que están relacionadas con el crecimiento económico. Uno puede ser lo humanitario que quiera, pero si vive en un país pobre tendrá menores expectativas de vida, mayores índices de mortalidad y enfermedades. Así, el crecimiento económico es sobre todo humanitario, de modo que luchar contra el crecimiento económico es antihumanitario, pero no creo que todo el mundo lo sepa; y uno debe entenderlo, tratar de ver el porqué de grupos como el que ocupó Wall Street – personas que no entienden de qué se están quejando– o políticos que mueven mayorías a favor de políticas anticapitalistas como Chávez en Venezuela o Morales en Bolivia. Lo cierto es que no van a parar el curso del crecimiento económico ni van a dejar de buscar mejores condiciones para todos los ciudadanos.

9. Casi todas las universidades renombradas en el Perú –y quizás también en Estados Unidos– tienen una ideología izquierdista. ¿Por qué cree que casi toda universidad o grupo de investigación académica tiende a ser de ideología izquierdista?

Es una muy buena pregunta y no se la respuesta exacta. Una razón es que los especialistas en humanidades e incluso los especialistas en ciencias no entienden como funciona la economía. No entienden estos puntos sobre el crecimiento económico y en qué medida éste lleva a la reducción de la pobreza. Claro, ¿Quién no sabe que el crecimiento económico

conlleva la reducción de la pobreza? Pero no llegan a entenderlo completamente. En segundo lugar, hay una característica común en muchas universidades en donde los mejores alumnos del colegio o de la universidad terminan con trabajos relativamente bajos de sueldo en comparación con estudiantes a los cuales no les tenían mucho respeto o estudiantes que abandonaron los estudios y formaron negocios que se volvieron bastante exitosos. Tomen a Bill Gates o Steve Jobs como ejemplos, ellos no tuvieron educación formal. Las personas que culminaron el grado para luego continuar con los doctorados debieron verlos como desertores, pues eso fueron, pero se volvieron las personas más ricas y productivas del mundo. Hay un tipo de resentimiento proveniente de esto, cuando eres un buen estudiante y ves a otras personas, que no son tan buenos estudiantes, pero que son financiera y productivamente más exitosas, eso tiene mucho que ver, pero creo que es también la falta de comprensión de la economía.

10. ¿Qué tan acertado sería decir que las universidades producen muchas ideas izquierdistas para poder entender el hecho que el mercado rechaza –en términos de retribución financiera– los trabajos académicos?

Sí, creo que es adecuado. Otra característica de los académicos es que para convertirte en uno exitoso tienes que ser muy inteligente, y si crees que eres muy inteligente piensas que tienes la respuesta a todos los problemas, de modo que ¿por qué no tendrías que estar a cargo? ¿por qué no podrías usar tus ideas en lugar de dejar que el mercado opere? ¿qué es el mercado? ¿es tan bueno como mis ideas? No, como puede suceder esto si soy tan inteligente. De este modo, como los académicos creen que son tan inteligentes –más inteligentes que los demás–, la mayoría de veces piensan que son ellos los que deben tomar las decisiones. Eso los vuelve socialistas. Les gusta que los gobiernos escojan sus políticas y ciertamente quieren gente inteligente al mando, en lugar de dejar que el mercado opere.

FE DE ERRATAS – KPMG

En THEMIS-Revista de Derecho 59 publicamos el artículo titulado "La Due Diligence Legal" elaborado por el equipo de Due Diligence de Grellaud y Luque Abogados, firma miembro de KPMG Internacional.

En la página 57, penúltimo párrafo, inciso "e", se consignó por un error en la edición que las siglas SPP y SNP corresponden al "Sistema Profesional de Policía" y al "Sindicato Nacional de Policía", respectivamente. Dichas siglas hacen alusión al Sistema Privado de Pensiones (SPP) y al Sistema Nacional de Pensiones (SNP).

Nos disculpamos por cualquier inconveniente que podamos haber causado.

"EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL PERÚ"

Luego de un año de arduo trabajo, THEMIS y la ONG Suma Ciudadana se unen para presentar su publicación titulada "El Derecho de Acceso a la Información en el Perú". En este producto reunimos artículos de los mejores especialistas en la materia que, desde diferentes perspectivas, analizan el tratamiento del Derecho de Acceso a la Información en el ordenamiento nacional. Asimismo, se encargan de desarrollar un tema que cobra especial vigencia en la actualidad.

Los libros se encuentran a la venta en la oficina de THEMIS, en el segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

20 MEJORES ARTÍCULOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

La Asociación Civil THEMIS presenta el disco compacto "20 Mejores artículos de Derecho de la Competencia", el cual contiene una selecta compilación de artículos sobre la materia. Se trata de artículos que, a lo largo de la historia de nuestra asociación, han sido publicados en THEMIS-Revista de Derecho.

La compilación ha estado a cargo de Ivo S. Gagliuffi Piercechi y Carlos Rojas Klauer, miembros del Estudio Lazo, De Romaña & Gagliuffi Abogados. En ella presentamos artículos de autores reconocidos nacional e internacionalmente, tales como Gary Becker, Richard Posner, George Priest, Robert Bork, Herbert Hovenkamp, Alfredo Bullard, Luis Diez Canseco, Juan José Haro, entre otros. El contenido de los artículos abarca tanto los fundamentos teóricos y técnicos del Derecho de la Competencia como la aplicación práctica de estos en el contexto nacional y extranjero.

ENFOQUE DERECHO

La Asociación Civil THEMIS felicita a Enfoque Derecho por sus diez años de aniversario. En el portal web www.enfoquederecho.com podrás encontrar diariamente nuevos artículos, entrevistas y blogs de destacados profesionales del derecho, además de distintos videos con contenido jurídico e interdisciplinario.

Los invitamos a compartir con nosotros esta nueva alternativa para la difusión de la cultura jurídica.

COMISIÓN DE CONTENIDO

La comisión de Contenido a cargo de la presente edición de THEMIS-Revista de Derecho estuvo conformada por Marco Ismael Zaldívar Chauca (Director), Carolina Pérez Harm, Carlos Fernando de Trazegnies Valdez, Natalie Bosshard Vizcarra y Camilo Clavijo Jave.

Miembros honorarios de la Asociación Civil THEMIS

Luis Abramovich Ackerman • Carmen María Accinelli Obando • Luis Enrique Adrianzén Trint Ursula Afán Castillo • Edgar Aguirre Ramos • Guillermo Francisco Alarcón Zubiaurr • Javier Albán González • César Antonio Alcorta Suero • Luis Aliaga Blanco • Jimena Aliaga Gamarra • María Cristina Alva Noriega • Juan Carlos Alvarado Ortiz • José Daniel Amado Vargas • Marisa Amado Vargas • Kathy Ames Valdivieso • Bruno Amiel Rodríguez-Carpi • Guillermo Arribas Irazola Andrés Avelino Aramburú Piaggio • Carlos Arata Delgado • Agnes Arbaiza Mejía • César Arbe Saldaña • Luis Arbulú Alva • Gabriela Arbulú León-Prado • Sergio Emilio Arellano Gonzáles Fernando Arias-Stella Castillo • Cristina Arizmendi Bellido-Tagle • Arturo Arróspide Villarán Patricio Ato del Avellanal Carrera • Lucía Ávila Bedregal • Carolina Awapara Penalillo • Álvaro Ayllón Bondy • Cecilia Azerrad Urrutia • Inés Baca de la Piedra • Juan Luis Balarezo Revilla • Fabiola Baquerizo Micheline • Alonso Barreda Ayllón • Jorge Gonzalo Barrionuevo Alba • Ana Cristina Barrionuevo Luna • Manuel Barrios Arbulú • María Rebeca Barrón Rodríguez • Sebastián Basombrío Dughi • Ariana Bassino Balta • Jack Batievisky Spack • Pamela Battifora del Pozo • Andrés Bayly Letts • Carmen Luisa Bedoya Eyzaguirre • María del Carmen Bedoya Valdez • Alberto de Belaunde de Cárdenas • Javier de Belaunde de Cárdenas • Maria Lucía Bellido Bertie • Úrsula Ben-Hammou Novoa • Francisca Benavides Roose • Ximena Benavides Reverditto • Carla Bengoa Rojas • Licy Benzaquén Gonzalo • Fernando Berckemeyer Olaechea • Gonzalo Bernal Neumann • Gabriela Bernales Wuan • Luis de Bernardis Llosa • Maria Cecilia Blume Cillóniz • Iván Blume Moore Gonzalo Bonifaz Tweddle • Costanza Borea Rieckhof • Lorena Borgo Hannach • Beatriz Boza Dibós Guillermo Bracamonte Hinostroza • Elizabeth Briones Gómez • Patricia Brocos Duda Mayra Bryce Alberti • Alfredo Bullard González • Daniel Cabrera Morgan • Franco Marco Caccia Arana • Aldo Cáceres Martínez • Augusto Cáceres Vega • Fernando Cáceres Freyre • Franklin Cáceres Freyre • Héctor Calero Ramírez • Jorge Antonio Calle Brush • Analía Calmell del Solar del Río Javier Calmell del Solar Monasi • Cecilia Cánepa Olaechea • Fernando Cantuarias Salaverry Federico de Cárdenas Romero • Christian Armando Carvajal Valenzuela • Diego Carrión Álvarez-Calderón • Carlos Casabonne Stoehssel • Patricia Casaverde Rodríguez • Renzo Castagnino Abásolo Fernando Castañeda Melgar • Alejandra Castañeda Andrade • Enrique Del Castillo Fernandez José Ignacio Castro Otero • Evelyn Castro Ramos • Augusto Francisco Cauti Barrantes • Mariana Cazorla Quiñones • Jackeline Chappuis Cardich • Vanesa Chávarry Meza • Carolina Chipollini Román • Liz Chirinos Cuadros • Javier Chocano Portillo • María Andrea Colina Cardozo • Úrsula Collimboy Sayán • Jorge Contreras Condezo • Lorena Cook Llosa • Marcel Cordero Cabrera Nicolás Cornejo Gerner • Rita Cornejo Lanao • Micaela Cortés Cabieses • Carlos Cornejo Vargas Carlos Eduardo Coter Solano • Juan Carlos Crisanto Vargas • Pablo Cueto Saco • Vera Czichowsky Hinterseer • Jorge Dajes Fleishman • Joanna Dawson Pendavis • Chantal Deleplanque Sánchez Mariana Delgado Zeppilli • Miguel Denegri Portela • Margarita Díaz Picasso • Nathalie Díaz Silva Gisella Domecq Garcés • Andrea Domínguez Noriega • Mario Fernando Drago Alfaro • Paul Duclós Parodi • Augusto Durand Palacios • Jaime Escribens Olaechea • Juan Antonio Egúez Toledo Inés Elías Dupuy • Ricardo Elías Puelles • Alessandra Espino Beltrán • Walter Esquivel Valera Enrique Felices Saavedra • Enrique Ferrand Rubini • Arturo Ferrari Carrasco • Cristina Ferraro Delgado • Verónica Ferrero Díaz • Pamela Ferro Cornejo • Gustavo Fierro Campos • Alejandra Flecha Corvetto • Fernando de la Flor Koechlin • Nicolás de la Flor Puccinelli • Daniel Flores Consigliieri • Rodrigo Flores Benavides • Hugo Forno Odría • Laura Francia Acuña • Daniel Francisco Pimentel • José Enrique Frías Amat y León • Nicolás Galindo García • Patricia Gallegos Quesquén Giuseppe Galluccio Tonder • Viviana Gálvez Córdova • Edgardo Gamarra Bellido • Carlos Garatea Yori • Gabriela García Arcia • Domingo García Belaunde • Juan García-Montúfar Sarmiento • José Luis Gargurevich Valdez • Mijael Garrido-Lecca Palacios • Bruno Giusti Díaz Carlos Glave Mavila • Andrés Gómez de la Torre Barrera • Enrique Gómez Ossio • Corina Gonzáles Barrón • Daniel Gonzáles la Rosa • Arabella Gonzáles Netto • Gianina Gotuzzo Oliva • José Bernardo Goyburu Vassallo • Carlos Granda Bullón • Agustín Grández Mariño • Melisa Guevara Paredes • Nydia Guevara Villavicencio • Mauricio Gustín de Olarte • Juan Carlos Gutiérrez Azabache • Carlos Hamann García-Belaunde • José Juan Haro Seijas • Allan Hennings Marianyi Mariella del Carmen Hernández Valencia • Fernando Hesse Alfageme • María José Higuera Chicot Zoila Horna Zegarra • Mario Huapaya Nava • Eduardo Hurtado Arrieta • Fernando Hurtado de Mendoza • Úrsula Indacocha Prevost • Patricia Inga Falcón • Gianfranco Iparraguirre Romero Rosario Isasi Morales • José María de la Jara Plaza • José Alfredo Jiménez García • Baldo Kresalja Roselló • Rúzika Kresalja Santos • Antonio Kuljevan Pagador • Diego la Rosa Gonzáles del Riego • Sheila la Serna Jordán • Juan Miguel Labarthe Ferreyros Felix Labrín Mendoza • Rafael Lanfranco Gallofré • Fernando Lanfranco Garrido-Lecca • Erick Lau Gastelo • Anthony Laub Benavides

Claudia Isabel Lazarte Abarca • Elsa Marina Lazarte Zababburú • Denise Ledgard Antúnez de Mayolo
Sebastián León Saavedra • Nicolás Lerner Von Mallinckrodt • Eliana Gisella Lesem Guerra • Julián Li
Díaz • Alejandro Lira Peschiera • Francisco Lira Miró Quesada • Isabel Lira Miró Quesada • Beatriz
Llanos Cabanillas • Mónica Llosa Gastañeta • Alejandra Llosa Parró • Gustavo López-Ameri Cáceres
Julia Loret de Mola Cáceres • Eduardo Loret de Mola Ugarte • Lucia Luna Negrón • Rosa Isabel
Luna-Victoria Jammaers • Roberto Guillermo Mac Lean Martins • Kiana Maggiolo Cook • Alejandro
Manayalle Chirinos • María Teresa Marroquín Manrique • Chiara Marinelli Tagliavento • Mercedes
Martínez Meza • Juan José Martínez Ortiz • Úrsula Martínez García • Giuseppe Marzullo Carranza
Verónica Maseda Beaumont • Paola Massa Belaunde • Giorgio Massari Figari • Fernando del Mastro
Puccio • Elías Maya Zusman • Juan Carlos Mejía Cornejo • Martín Mejorada Chauca • Jorge Melo
Vega • Patricia Mendoza Franco • Daniela Meneses Sala • Marilú Merzthal Shigyo • Francisco
Miranda Aguilar • Guillermo Miranda Benavides • Mirella Miranda Ñique • Fernando Molina Rey de
Castro • Rosa María Montero Musso • Juan Francisco Monteverde Vargas • Óscar Montezuma Panez
Miguel Morachimo Rodríguez • Elva Morán Rodríguez • Andrea Morelli Ferreyros • Jorge Luis Morelli
Ferreyros • Pablo Mori Bregante • Vasco Mujica Roggero • Ítalo Muñoz Bazán • Milagros Muñoz
Bazán • Jaime Mur Campoverde • Manuel Núñez Farfán • Mónica Núñez Salas • Mariana Negri
Mendiola • Paul Nina Nina • Manuel Noya Sarmiento • Raúl Ñato Zevallos • Cecilia O'Neill De la
Fuente • Diego Ocampo Acuña • Lucía Olavarría Salinas • Pilar Olavide Galdós • Pia Gabriela Olea
Ubillús • Pilar Oliva Rocca • Antonio Olórtegui Marky • Bernardo Ortega Malatesta • Gonzalo Ortiz de
Zevallos Olaechea • Valeria Osorio Véliz • Andrés Osterling Letts • Claudia Pacora Rodriguez • Giselle
Pacheco Guillén • Rodrigo Padilla Philipps • Alvaro Palao Carrera • Xavier Palao Carrera • Valentín
Paniagua Jara • Susana Paniagua Jara • Fernando Pardo Segovia • César Augusto Parodi • Mario
Pasco Lizárraga • Enrique Pasquel Rodríguez • Carlos Alberto Patrón Salinas • Juan Manuel Pazos
Aurich • José Pedraza Newton • Milan Pejnovic Delgado • Eduardo Peláez Santillán • Macarena
Penny Yrigoyen • Fernando Peña Nevon • Diego Pérez Terry • Mariela Pérez-Costa Piscoya • Luz
María Pérez-Garland Gamio • Alejandro Peschiera Bonifaz • Chiara Pescetto Bustamante • Renato
Piazzón Falcone • Noé Fernando Nicolás Piérola Castro • Antonio Pinilla Cisneros • Pilar Pizarro
Bustamante • Alfredo Polo Gálvez • Milagros de Pomar Saettone • Vladimir Popov • Andrea Portaro
Pancorbo • José Miguel Porto Urrutia • Diego Portocarrero Koechlin • Stefany Porudominsky
Rotstain • Patricia Pow-Sang Tejada • Berta Prado Manrique • Rafael Prado Bringas • Manuel Fabricio
Privat Colla • Luis Guillermo Puelles Olivera • Rafael Puiggros Aramburú • Diego Pulgar-Vidal
Lehmkemper • Flavia Queirolo-Nicolini Pflucker • María Teresa Quiñones Alayza • Carmen Luz
Quiróz Romero • Pedro Ramírez Pequeño • Roxana Ramírez Ráez • Christian Ramirez-Gastón Durán
Alberto Rebaza Torres • Aldo Reggiardo Denegri • Cristina Rey Montes • Claudia Cristina Reyes
Juscamaíta • Viviana Ritchie Martínez • Eduardo de Rivero Santana • Carla Rizo-Patrón Labarthe
Ricardo Rizo Patrón Olaechea • André Robilliard Escobal • Marco Patricio Rodríguez Terry • Víctor
Rodríguez Macedo • Diana Roig Trelancia • Carlos Rojas Klauer • Miguel Ángel Ronceros Neciosup
Juan José Ruda Santolaria • Milo Ruíz González • Ángela Ruiz de Somocurcio Cornejo • Silvia Ruiz
Sandoval • Sebastian De Rutté Boiset • Rosario Saco Oliva • María Gracia Sáenz González • Rafael
Salazar Gamarra • Michelle Salcedo Teullet • Liliana Salomé Resurrección • Rafael Sánchez Ríos
Rocío Saux Valdez • Luis Andrés Schrader Mindreau • Christian Schroeder Romero • Michel Seiner
Pellny • Karen Sheppard Castillo • Estefanía Shulca Romero • Hugo Hernando Sifuentes Domenack
Cynthia Siles Estabridis • Juliana Silva Cabrera • Gerardo Solís Vissner • Sebastián Soltau Salazar
Sara Sotelo Aguilar • Eduardo José Sotelo Castañeda • Martín Sotero Garzón • Ernesto Soto Chávez
Gilda Spallarosa Lecca • Brenda Sparrow Alcázar • Patrick Stennig Lavallo • Luis Stucchi Díaz • Óscar
Súmar Albújar • Rossana Pilar Taquia Gutiérrez • Luciana Tataje Villalobos • Martín Tayro Cuba
Jaime Thorne León • María del Pilar Torres • Josefina Townsend Seoane • Augusto Townsend Klinge
Jorge Trelles Castro-Mendivil • Óscar Trelles de Belaunde • Gladis Triveño Chan Jan • Mariella
Nathalia Trujillo Würtella • Manuel Ugarte Maggiolo • Rafael Urbina Fletcher • Alejandra Uribe del
Águila • Jessica Valdivia Amayo • Eduardo Valdizán Sala • José Agustín Valencia-Dongo Medina
Álvaro del Valle Roeder • Óscar Daniel del Valle Salinas • Cristina Van Zuiden Pancorvo • Luis
Ernesto Vargas Loayza • Nelly Vásquez Jiménez • Delia Vásquez Llerena • Robinson Vásquez Montes
Nicolás Vassallo Burneo • Javier de la Vega Gómez • Miguel Vega Alvear • Fernando Vega Sánchez
Inés Vega Franco • Jorge Vega Velasco • Claudia Velarde Arnaez • Jorge Velarde Arnaez • Luis Miguel
Velarde Saffer • Pedro Mario Vera Ortiz • Verónica Vergaray Béjar • Aarón Verona Badajoz • Inti Vidal
Felip • Ramón Vidurizaga de Amézaga • Diego Villanueva Contardo • Carmen María Villarán
Ascenzo • Milagros Villavicencio Pachas • María Teresa Vizcarra Alarcón • Percy Wilman Arriarán
Deborah Woll Castañeda • Rocío Yépez Minaya • Bruno Zanolio Maggiolo • Verónica Zavala
Lombardi • Ximena Zavala Lombardi • Gonzalo Alonso Zegarra Mulanovich • Juan Carlos
Zegarra Vilchez • Carlos Zelada Acuña • Gloria Zubizarreta Rondón • Fiorella Zúñiga Dede

AGRADECIMIENTOS

THEMIS-Revista de Derecho agradece a todas las personas e instituciones que de una u otra manera colaboraron con nosotros y sin cuyo apoyo no hubiera sido posible la publicación del presente número; en particular a:

César Alfonso Alva Falcón, Augusto Astorga Philippon, Gonzalo Bonifaz Tweddle, Crosby Buleje Diaz, Italo Carrano Tarrillo, Diego E. Carrillo Purin, Luis Diez Canseco Núñez, Mario Fernando Drago Alfaro, Héctor Figari Costa, Reynaldo Antonio Guarniz Izquierdo, Alfonso de los Heros Pérez Albela, Claudio Lava Cavassa, Beatriz Merino Lucero, Francesco Parisi, Enrique Pasquel Rodríguez, George L. Priest, María del Carmen Quiroz Ochoa, Rolando Salvatierra Combina, Daniel Schmerler Vainstein, Gonzalo Soriano Castillo, Gerardo Soto Carrillo, Maria Eugenia Yabar Guevara, Gonzalo Zegarra Mulanovich.

Editorial Economía y Finanzas, Payet, Rey, Cauvi Abogados S.Civil de R.L., Rehder Y Asociados S.A., Estudio Bramont Arias – Torres, Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya, Envasadora San Gabriel, Hernández & Cía. Abogados, Toque Fino S.A.C, Delamar Ugarte Abogados, Gonzales & Asociados S.C, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Estudio Olaechea, La Unión Corredores de Seguros S.A.C, Bedoya Servicios Gestiones e Inversiones S.A.C, Calidad Plástica S.A.C, Estudio Diaz, Sanchez & Asociados – Abogados S.A.C, Miranda & Amado Abogados, Fernández, Heraud & Sanchez, Balbi Consultores Asociados, El Polo Tours S.A.C., Rebaza, Alcazar & De Las Casas, Logindustrias S.R.L, estudio Luis Echeopar Garcia S.R.L.

THEMIS-Revista de Derecho agradece de forma especial a los miembros que dedicaron parte de su vida universitaria al trabajo de nuestra institución. A todos ellos, que se retiran junto con la presente edición, les deseamos lo mejor.

María Andrea Colina Cardozo, Micaela Cortés Cabieses, Gustavo Fierro Campos, Daniela Meneses Sala, Paul Nina Nina, Valeria Osorio Véliz, Chiara Pescetto Bustamante, Diego Pulgar-Vidal Lehmkeper, Milagros Villavicencio Pachas.

PARTICIPACIÓN EN THEMIS-REVISTA DE DERECHO

Todos los interesados en colaborar con **THEMIS-Revista de Derecho** mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos, pueden acercarse a nuestra oficina en el Segundo Piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviarnos un correo electrónico a **editor@themis.pe**

THEMIS-Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

Se terminó de imprimir en:



 (511) - 3366699
www.printing.com.pe
ventaskinkos@gmail.com
Av. Venezuela 2344 - Lima 1
Junio 2012



themis.pe

THĒMIS
desde 1965

ISSN: 1810-9934

