

# El panorama nacional: apreciaciones desde un punto de vista del Análisis Económico del Derecho<sup>(\*)</sup>

## ALFREDO JOSÉ BULLARD GONZÁLEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Máster en Derecho por la Universidad de Yale.  
Socio principal del estudio Bullard, Falla & Ezcurrea Abogados.

## GUILLERMO FERNANDO CABIESES CROVETTO

Abogado por la Universidad de Lima.  
Máster en Derecho por la Universidad de Chicago.  
Profesor de Derecho en la Universidad del Pacífico.

## FREDDY ÓSCAR ESCOBAR ROZAS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Máster en Derecho por la Universidad de Harvard.



(\*) *ADVOCATUS* agradece a sus Miembros Asociados Jorge Francisco Lazo Lema, Astrid Eliane Polo Castillo y Alejandro Alvarado Padilla por su contribución en la elaboración de las preguntas de la presente entrevista, la conducción de esta y su posterior transcripción.

## RESUMEN:

**ADVOCATUS** tuvo la oportunidad de reunirse con prestigiosos abogados peruanos para entrevistarlos y conocer sus apreciaciones sobre diversos tópicos relativos al panorama nacional actual, empleando para ello un enfoque que considere el Análisis Económico del Derecho — AED.

**Palabras clave:** Análisis Económico del Derecho — AED, derecho minero, propiedad del subsuelo, informalidad, impuesto a la riqueza, financiamiento de partidos políticos, virtualidad, entrevista.

## ABSTRACT:

**ADVOCATUS** had the opportunity to meet with prestigious Peruvian lawyers to interview them and learn their views on various topics related to the current national scene, using an approach that considers the Law and Economics.

**Keywords:** Law and Economics, mining law, subsoil ownership, informality, wealth tax, financing of political parties, virtuality, interview.

1. **Siendo el Perú un país minero, hablemos de derechos de subsuelo. ¿Qué opinan sobre del actual estado del Derecho minero peruano? ¿De quién debería ser la propiedad del subsuelo?**

**Alfredo Bullard González (ABG):** Para mí, la propiedad del subsuelo debería ser del titular del suelo; es decir, debería proyectarse, digamos, la titularidad que tiene sobre la superficie —para ello habría que poner algunas reglas porque hay algunos asuntos como el petróleo, en los casos en los que el yacimiento va más allá de un solo terreno—, pero más allá de eso, en principio, el propietario del suelo debería ser el propietario del subsuelo.

El marco legal peruano, siguiendo otros marcos legales que existen, lo que ha hecho es separar y darle la propiedad al Estado de lo que está debajo, de los recursos naturales que puedan extraerse debajo del suelo. Al hacerlo se crea un desmembramiento artificial de la titularidad, lo cual genera la posibilidad de que el estado tenga el control de esos recursos.

Consecuentemente, se generan los problemas que siempre vemos, como los casos en los que hay titularidad arriba, y otra parte tiene el derecho minero obtenido a través de una concesión con el estado, pero los propietarios del suelo pueden impedir la explotación; ante lo cual aparece la figura denominada “servidumbre forzosa”, que deriva de un esquema de incentivos perverso donde el Estado tiene el control

de las cosas, y eso frena la posibilidad de una explotación minera y eleva los costos de transacción.

Así se genera un desmembramiento de la propiedad donde uno debe adquirir distintos derechos para poder acceder al recurso cuando, en realidad, adquiriendo el suelo debería adquirirse el derecho para poder explotar lo que está debajo. Esta situación claramente genera incentivos perversos y explica una serie de problemas.

Es muy interesante que cuando hablo con mis amigos mineros, ellos están a favor del sistema que hay en el Perú; uno podría pensar lo contrario, pues solo se compra la superficie. La verdad nunca me han podido explicar por qué. Yo creo tendría que ver con la idea, posiblemente equivocada, de mayor seguridad si se los da el Estado a un particular, posiblemente porque se paga menos de esa manera, evitando negociar con el titular del suelo, pero desde el punto de vista económico considero que este sistema es mucho más lógico.

**Freddy Escobar Rozas (FER):** Solamente un par de ideas; primero, en el derecho ancestral la propiedad del subsuelo era del que tenía la propiedad del suelo, es decir, inicialmente en Atenas, por ejemplo, el propietario del suelo tenía también la propiedad de los recursos que estaban debajo del mismo. Segundo, uno podría comparar beneficios de un sistema en el cual el propietario del suelo sea también pro-

pietario del subsuelo con uno en que el Estado sea propietario del suelo y del subsuelo, y claro, ahí podríamos comparar beneficios de una manera razonable; el asunto está en que nosotros tenemos un sistema mixto porque el Estado es el propietario de lo que está debajo del suelo, y la persona o empresa es propietaria del suelo.

Entonces, como dice Alfredo, en este sistema mixto, los costos los tienes que negociar con dos agentes: con el Estado y con la persona o empresa dueña del suelo, elevando así los costos de transacción. En adición, se tiene el problema de los incentivos perversos que Alfredo ha señalado, el propietario del suelo, al ver que las regalías las recibe el Estado y no él, y como sabe que sin su permiso el proyecto no se realizará, tiene todos los incentivos perversos para bloquear el proyecto o para autorizarlo y luego revocar dicha autorización, que es lo que normalmente sucede.

Usualmente, el titular del suelo autoriza un proyecto, pero a los pocos años desconoce la autorización, entonces, el inversionista tiene dos frentes: el Estado y la persona; el Estado no revoca la concesión sin causa justa, la persona sí. Y claro, se puede resolver en las cortes, pero el proyecto ya está paralizado.

Entonces, yo creo que deberíamos tener un solo sistema, o la persona es propietaria del suelo y del subsuelo, o el Estado es propietario del suelo y del subsuelo a través de una expropiación; por lo que el peor escenario es el que tenemos ahora, donde tenemos un régimen mixto en el cual tienes que negociar con uno y luego con otro.

**Guillermo Cabieses Crovetto (GCV):** Ahí no sé si coincido con Freddy, yo creería que el peor de los mundos es aquel en el que el Estado es dueño del suelo y del subsuelo.

**FER:** Me refiero, a través de una expropiación, lo que digo es que, por ejemplo, uno es propietario del suelo, el estado propietario del subsuelo, se da una concesión minera y el titular del suelo no quiere dar el permiso, bueno, el estado expropia el terreno y lo da a quien obtuvo la concesión.

**GCV:** Yo entiendo ese sistema, pero no soy partidario de las reglas de responsabilidad cuando el sistema de propiedad está disponible. Yo prefiero un sistema de propiedad que fuerce un acuerdo. El problema del subsuelo es reciente, como bien dice Freddy, la propiedad en Roma era desde el cielo hasta los infiernos, y por un fenómeno evolutivo que bien explica Harold Demsetz en su teoría de los derechos de propiedad, la propiedad se fue reduciendo a un derecho útil, es por ello que las aerolíneas no tienen que pagarles a las casas por pasar por encima, porque las casas no encuentran utilidad ahí.

Sobre la base de ese fenómeno evolutivo, los estados decidieron expropiar de las personas, en el nacimiento de los estados modernos, el subsuelo, para tener una fuente adicional de ingresos; esto, posiblemente fruto de haber observado la “fiebre del oro” que se dio en California; sin embargo, al hacer esto desconocieron la teoría económica, ya que esta nos dice que la regla más eficiente para asignar derechos de propiedad es la del “*single owner*” —único propietario—, pues permite internalizar todos los costos de una actividad. Entonces, tenemos un aseguramiento de que la actividad será eficiente, porque internaliza todos los costos. Cuando se disgrega la propiedad del subsuelo del suelo, se rompe la regla que es más eficiente respecto de un propietario; asimismo, se le da la espalda a la teoría económica, que nos dice que el derecho lo que debe tratar de hacer es abaratar los costos de transacción. A su vez, cuando respecto de un mismo bien, hay dos derechos exclusivos, se genera lo que Machlup, economista austríaco, identificó en los sesenta como un monopolio bilateral.

La existencia del monopolio bilateral implica la existencia de un solo comprador y un solo vendedor, lo cual resulta similar al “juego del ultimátum”, cada uno quiere llevarse la mayor parte del pastel. Es como darle el cofre del tesoro a una persona y a otro la llave, y por más racional sea decir que la ganancia será mitad y mitad, el problema se genera con respecto de los yacimientos mineros con respecto de varios pequeños propietarios del suelo, entonces, hay un montón de pequeños cofres y un montón

de pequeñas llaves, y el fenómeno denominado “monopolio bilateral” se multiplica por la cantidad de propietarios que haya. Lo que genera que el costo de transacción para la conclusión de un acuerdo sea gigantesco.

Si, por el contrario, el propietario del suelo, — que es el sistema que naturalmente deberíamos tener, porque responde a la tradición del siglo, del primer ocupante—, es propietario del subsuelo, lo que pasaría es que se generaría una puja competitiva. Entonces, ¿por qué los mineros actualmente prefieren nuestro sistema? Porque nadie más puede competir con ellos. Cualquier otro que venga y compre, y esté dispuesto a comprar los minerales, no va a poder porque el minero tiene el cofre. Por lo que otros podrán comprar la llave, pero no el cofre; mientras que en el otro sistema habría una competencia por el cofre y por la llave.

La preocupación del Estado respecto de que una persona se aproveche de los recursos minerales que deberían ser de todos, es una preocupación absurda, porque podría solucionarse, pese a mi disgusto, con un impuesto a la ganancia por este terreno para la explotación minera. El Estado, para expropiarnos, ha inventado miles de formas; y la más absurda que ha inventado hasta ahora es esta, dividir la propiedad del suelo y el subsuelo.

**ABG:** Solamente para complementar lo que acaba de decir Guillermo, y un poco en la línea de lo que decía Freddy, Michael Heller estableció esta teoría de “La tragedia de los anti-comunes”. Por un lado, la tragedia de los comunes se presenta cuando faltan derechos de exclusión, pero también se presenta un fenómeno nocivo cuando creas excesivos derechos de exclusión; entonces, lo que pasa en la actividad minera es que el propietario de la superficie puede excluir, el titular de la concesión minera también puede excluir, sea el Estado o el concesionario; pero hay otros adicionales, la UEFA debe dar autorización para el desarrollo de la actividad, por ejemplo. Entonces, tienen en el fondo, lo que denominan derecho de regulación, derecho administrativo, pero en realidad es un derecho de propiedad, porque les concede la exclusión

del uso del recurso. Consecuentemente, ya no se tiene que negociar con uno o con dos, sino con todos los que deben actuar para iniciar la actividad minera.

Al desmembrar los derechos de exclusión de esa manera, lo que se genera es inmovilismo, y es lo que pasa cuando se tiene un proyecto minero y se demora diez años en iniciar operaciones, porque no se tienen los permisos, ya que se tiene que negociar con la comunidad que está arriba —a veces toca negociar con varias comunidades, porque resulta que hay una comunidad más grande y una comunidad más pequeña—, y se generan una serie de derechos que no se pueden ejercer de manera plena para la producción minera porque se excluyen entre ellos, y eso vendría a ser el fenómeno del monopolio bilateral.

**FER:** Quisiera agregar un comentario. Justamente, como Guillermo explicaba, por el tamaño del mercado minero, no tenemos a un solo propietario del suelo, sino a muchos propietarios de pequeñas parcelas. La concesión minera normalmente abarca un área que excede una propiedad, y que requiere el consentimiento de varios propietarios; allí yace la idea de la expropiación, que yo, evidentemente, pienso es la segunda mejor opción. Pero lo que no hace ningún sentido es que uno sea propietario del suelo, o que varios sean propietarios del suelo, y otro propietario del recurso que está en el subsuelo. Ese es el peor sistema. El segundo mejor sistema vendría a ser el que comento, donde el estado expropia si da una concesión, y entrega lo correspondiente. El mejor y el más óptimo sistema es el que tanto Guillermo como Alfredo han descrito, que es la propiedad privada sobre el suelo y el subsuelo.

2. **En cuanto a la informalidad, que es un tema sobre el cual se ha comentado muchísimo en el Perú. ¿Hay algún beneficio en la informalidad pensando fuera de la caja? Y, por el lado contrario, ¿por qué no se puede avanzar en lograr un mayor grado de formalidad a nivel nacional aun cuando se ha buscado reducir los costos para conseguirlo?**

**GCC:** Más que pensando fuera de la caja, yo diría pensando dentro de la caja; la informalidad es un fenómeno que genera un sinnúmero de beneficios, la prueba es que la gente es informal. La gente se enfrenta con dos sistemas, y hace un análisis costo-beneficio, el sistema formal, que te ofrece ciertos beneficios y te impone ciertos costos, o el sistema informal. Entre los beneficios de la formalidad encontramos acceder al crédito bancario, tener la posibilidad de comerciar con más personas, —porque hay un montón de gente que no puede comerciar con informales—, y tener la posibilidad de acceder al mercado de valores; entre los costos de la formalidad se encuentra reportar las operaciones al Estado, tener que pagar el Impuesto a las Transacciones Financieras — ITF cuando haces una operación financiera, que tus cuentas sean reportadas a la SUNAT, tener al Estado como socio al 30%, y respetar los derechos laborales, que representan un costo altísimo.

La informalidad, por el contrario, tiene una serie de desventajas: no se participa en el mercado formal, el mercado de valores, el mercado financiero, y el mercado de bancos; no se puede contratar con grandes empresas y demás; pero te ahorras el impuesto de 30% que cobra la SUNAT, te ahorras el costo de los derechos laborales, te ahorras contrataciones con la remuneración mínima vital, entre otros. Esto hace que la gente opte por este sistema, ya que encuentran muchos más beneficios para ellos que en el sistema contrario. En adición, el sistema de detección que tenemos a nivel nacional de la informalidad fiscal es muy malo; la SUNAT está mucho más preocupada por fiscalizar grandes empresas, que por tratar de fiscalizar a los pequeños informales. Entonces, desde el punto de vista de los informales, su decisión es perfectamente racional, pues según ellos, la probabilidad de tensión es muy baja y se ahorran los costos mencionados. Sin embargo, se pierde la posibilidad de crecer y llegar a un mercado más grande, y de obtener financiamiento bancario.

Desde el punto de vista macroeconómico, la informalidad tiene un beneficio frente a una crisis internacional financiera; el Perú no se ve afecta-

do en la magnitud que uno pensaría por el tamaño de su economía, porque una gran parte de ella se mueve por fuera del sistema bancario formal, y entonces, eso nos genera una especie de blindaje contra las grandes crisis financieras internacionales y locales.

Entonces, la informalidad *per se* es un fenómeno que, como todo en esta vida, tiene beneficios y costos. El costo macro es que somos muy pocas las personas que pagamos por mantener al Estado— y en teoría, el impuesto, como decía Oliver Holmes, es el costo de vivir en sociedad—, sin embargo, en el contexto nacional, aquellos que no pagan, sí terminan usando los beneficios: las pistas, la policía, los sistemas de educación pública, el sistema de salud pública, y una gran parte de los ciudadanos que pagan los impuestos, que además, probablemente no usen esos servicios, asumen todo el costo del Estado.

Como colofón, me da gracia, si cabe el término, o me parece muy irónico, cuando la gente dice que en el Perú hay ciudadanos de segunda categoría, y yo digo sí, los que pagan impuestos, esos son los de segunda categoría; los de primera categoría son los que pueden hacer su negocio sin respetar las reglas laborales, contratando sin pagar los impuestos y sin tener que asumir toda la carga burocrática del Estado; ellos son para mí los ciudadanos de primera categoría; los de segunda somos los que tenemos que vivir bajo este sistema burocrático e ineficiente.

**FER:** Yo agrego un comentario muy pequeño, porque estoy básicamente de acuerdo con lo que ha dicho Guillermo, quizás un beneficio adicional en términos macro de la informalidad, es la reducción de precios y, por lo tanto, la posibilidad de que muchas más personas accedan a bienes y servicios. Es evidente que un informal tiene menos costos, por lo tanto, el precio que cobra es menor al precio que cobra el formal por un bien sustituto o similar, entonces, con precios más bajos, muchas más personas acceden a esos bienes y servicios; eso me parece que es una ventaja o un aspecto muy positivo de la informalidad.

De todos modos, sí es un problema, porque un Estado no puede prosperar como tal si solo algunos tributan; un país difícilmente se convertirá en país desarrollado si solamente el 20% o el 30% de sus ciudadanos tributan directa o indirectamente. La informalidad, como ha dicho Guillermo, permite que muchas personas reciban beneficios gratuitos y genera que muchas personas, en algún momento, se cansen de pagar impuestos. A la larga, en mi opinión, no es sostenible para un país que pretende ser desarrollado.

**ABG:** Yo coincido esencialmente, con todo lo que se ha dicho; personalmente yo diría que la informalidad es el estado natural de las cosas en el origen de la sociedad. Anteriormente, no se pedía ningún permiso para desarrollar una actividad económica; luego, por supuesto, el Estado o alguien llegó rápido y comenzó a poner requisitos para desarrollar aquellas actividades; esto tiene mucho que ver con el siguiente tema que vamos a tocar, que es el tema tributario, cómo resolver el problema de los bienes públicos, lo cual no hemos hecho de forma adecuada. Se ha sobreestimado la necesidad del Estado para la generación de bienes públicos y, además, el Estado se ha atribuido la facultad de generar bienes privados, es decir, proveer bienes que podrían ser provistos por el mercado, que hace que el Estado crezca y, en consecuencia, se genera un terrible círculo vicioso. El Estado comienza a subir más los impuestos, porque como bien decía Guillermo, tiene que proveer servicios para la sociedad, aunque solo una parte cumpla con el pago. Entonces, el Estado comete el torpe error de crear mayor número de formalidades para “incentivar” a que la gente se formalice, nuevos requisitos, autorizaciones, sin darse cuenta de que aquello no funciona, porque, los ciudadanos, al hacer el cálculo costo-beneficio, toman la decisión de vivir en la informalidad. Y si agregamos un Estado ineficiente, se explica la no incorporación de las personas a la economía.

Se ha generado un problema complejo. La formalidad, en el fondo, depende de dónde se traza la línea; a partir de qué punto se es formal o informal. Yo creo que lo que hace el Estado

continuamente es mover la línea hacia el lado de la mayor formalidad, sin darse cuenta de que solo genera mayor informalidad.

Tú mencionaste, Jorge, al contextualizar la pregunta, por qué no se formalizan las personas si se han bajado los costos; yo te diría que no le han bajado los costos a nadie, claro, se han simplificado algunas cosas, pero en los últimos años se han creado una cantidad de regulaciones de todo tipo que solo se aplican al sector formal— entonces, todo el mundo le crea regulaciones ambientales a la minería, y la minería informal no respeta ninguna regla, y la respuesta del Estado es seguir creando más requisitos adicionales, que únicamente aplican al sector formal—. Entonces, sí, algunas cosas las han simplificado, pero te puedo asegurar que lo que hemos crecido en términos de costos es mayor de lo que hemos aliviado en términos de simplificación.

La verdad, es muy curioso y entendible porque se rajan las empresas formales al decir: ¿Por qué me hacen pagar a mí lo que otros no pagan y ellos reciben los mismos servicios? ¿Por qué me obligan a mí a cumplir con todo esto —regulaciones— cuando no lo puedo cumplir? Y esto genera problemas tremendos.

Coincido con Guillermo, que en parte hay ciudadanos de primera y segunda categoría, pero también es cierto que en algunos aspectos la situación se invierte, y algunos informales son de segunda categoría, ya que, efectivamente, no tienen acceso a los beneficios y/o capital que otros que sí tienen, ya que la única forma de ser formal en el Perú es tener plata, todo eso restringe el crecimiento y las actividades. Es un tema bien complejo y yo creo que se suele dar mucho énfasis al lado equivocado, se enfocan en incentivar que la gente pague los impuestos o cumplan las formalidades, y no analizan dónde se ha trazado la línea, dónde se ha exigido demasiado.

**GCC:** Me gustaría hacer un par de comentarios adicionales porque estoy de acuerdo con todo lo que se ha dicho. El primero, es acerca de dónde trazas la línea. Milton Friedman tenía una frase, que a mí me gusta mucho citar, que

es: “No copies lo que los países ricos hacen hoy, copia lo que hicieron para llegar a ser ricos”. Entonces, esta obsesión de entrar a la OCDE y tener un marco regulatorio como el que tienen los países europeos, siendo un país que tiene 70% de informalidad, es absurdo, pero todo el mundo, toda la burocracia, incluso los empresarios se ponen entusiastas sobre poder tener al Perú en la OCDE, la cual no es más que un club de países altamente regulados con economías muy formales y sofisticadas. En consecuencia, pretender hacer al Perú parte de la OCDE es condenarlo a la informalidad, porque nadie va a poder cumplir con esas reglas tan estrictas. Lo que deberíamos hacer es “desformalizar”, hacer más informal nuestra economía, con menos requisitos para que la gente vaya ingresando a la formalidad. Porque luego salirse de la informalidad tiene un costo muy alto. Entonces, incluso, podrías pensar como estrategia el reducir las barreras para ser formal, y luego analizar si subirlas o no.

El segundo punto que quería decir es que el gran beneficio de la informalidad es el pleno empleo. La gente dice: “En el Perú varios de cada 10 peruanos tienen un empleo digno”. Okey, vayamos a discutir que es un empleo digno, pero empleo, prácticamente tienen todos. La informalidad permite que si un adulto quiere contratar a alguien por debajo del sueldo mínimo y otro adulto quiere trabajar por debajo del sueldo mínimo —porque si no se muere de hambre— lo puede hacer, ambos mejoran su situación, y la sociedad en su conjunto mejora. Entonces, si el Perú no tuviese su fenómeno de la informalidad, con su productividad y reglas laborales, tendríamos un sector desempleado demasiado grande y muchísima gente en la pobreza extrema. Ese es uno de los grandes beneficios de la informalidad.

### 3. Existe la percepción de que en el Perú se pagan muchos impuestos, afectando con ello la actividad empresarial. ¿Cuáles son las principales razones de la fuga de capitales en el Perú y cómo se puede evitar?

**FER:** Si quieren esta vez comienzo yo. Creo que podemos afirmar que pagamos muchos im-

puestos en comparación a los beneficios que recibimos. Porque si comparamos las tasas del impuesto a la renta con las de otros países, nominalmente, no son tan altas. Pero si las comparamos en términos no nominales sino reales —porque la idea del impuesto es que tú recibas un beneficio—. Si comparamos lo que pagamos con lo que recibimos; entonces sí, definitivamente pagamos en exceso debido a que recibimos muy poco o casi nada. Ahora, no sé si la fuga de capitales es a causa del tema impositivo. Yo tengo la impresión de que no. Sí lo es, es un motivo marginal en mi opinión. Creo que la principal razón para que los capitales fuguen del país es la incertidumbre política y la debilidad institucional. De hecho, hemos visto históricamente los movimientos del capital de afuera hacia el Perú y del Perú hacia afuera en los últimos 20 o 30 años y nos damos con la sorpresa de que a raíz de la última elección hemos tenido la fuga de capitales más grande de las últimas tres décadas. Y esa salida no obedece a un tema impositivo, sino a un tema político. Luego las desinversiones que se han producido en general, que no han sido muchas antes de esta elección, se han debido a problemas de poca institucionalidad que, tristemente, hoy en día se han vuelto recurrente. Tienes a los distintos estamentos del estado que constantemente envían mensajes contradictorios. Tienes a un ejecutivo que suscribe un contrato ley y te garantiza ciertos derechos, pero luego tienes a un legislativo que promulga leyes que violan esos contratos ley. Entonces, ante un estado compuesto por distintos estamentos que actúan de manera contradictoria e irracional, muchos inversionistas deciden desinvertir y sacar su dinero fuera del país. Para concluir, si bien es cierto que pagamos impuestos demasiado altos en términos reales, la mayor causa de fuga de capitales no es el tema impositivo, sino el tema político y el tema de una garantía institucional mínima que un inversionista busca en un país.

**ABG:** Si quieren sigo yo. Yo tengo ahí varios puntos que comentar, sobre todo basándome en lo que comentaba Freddy. Primero, creo que los impuestos como los tenemos concebidos, como nos lo han enseñado y como nos los han

vendido son un error conceptual. La razón por la cual se nos cobran impuestos es porque, supuestamente, hay bienes públicos que no se van a generar por el mercado. Ese es el punto de partida, como no se van a generar ciertos servicios, no va a haber calle, no va a haber seguridad; tenemos que cobrar impuestos. Y lo primero que debo decir es que eso tiene que demostrarse. Si bien uno puede encontrar supuestos en los cuales ciertos bienes podrían no producirse, la inmensa mayoría de los bienes públicos se producen, incluso por el sector privado. La mayor prueba de esto son los sectores informales que generan sus propios sistemas de infraestructura o seguridad. Esto porque saben que el Estado no se los va a dar.

Entonces encuentran formas de colaborar para conseguir esos bienes. Por lo que no necesitan regular todo. Lo siguiente es que los impuestos no se utilizan para generar bienes públicos, sino bienes privados que perfectamente podrían ser generados por el mercado. Directamente a través de actividad empresarial, indirectamente a través de subsidios a ciertas actividades o intervención del Estado. Entonces, lo primero que hay que decir es que todo esto para lo que necesitamos los impuestos no está muy claro que sea algo para lo cual se necesitan los impuestos. Este es un primer punto. Un segundo punto es que, la creación del sistema de impuestos es un sistema perverso. Y es un sistema perverso porque es equivalente a que yo le colocara a alguien la facultad de fijar su propio sueldo. Entonces, si yo me fijo mi propio sueldo, por supuesto me voy a fijar el sueldo que yo quiera. Y es que, además, sí el que se fija el sueldo es un alcohólico, se va a tirar todo el dinero en trago o corrupción o en contratar gente incapaz como hemos visto hace poco y que seguiremos viendo. Y cuando no le alcance la plata ¿qué va a hacer? No es que vaya a despedir a esa gente, va a agarrar y va a subir los impuestos. Va a cobrar más impuestos y va a seguir subsidiando algo que no sirve o buena parte de lo que no sirve. Entonces ahí hay un problema. Y un tercer problema, y esto quizá tenga algo que ver con la fuga de capitales. Yo coincidí con Freddy en que no es la principal causa, pero sí creo que los impuestos sí tienen un impacto en donde sí van

los capitales. Ahí hay una cosa terrible que ocurre y que yo sinceramente no entiendo cómo la toleramos y la vemos como algo positivo. Ahorita la Unión Europea, y habló de la UE porque la OCDE plantea cosas parecidas, te dice: “hay unos países que ponen unos impuestos muy bajitos y como son muy bajitos atraen inversión y nos friegan a nosotros que cobramos bien. Entonces, nos tenemos que poner de acuerdo, tenemos que presionar para que no sean impuestos tan bajos”. Entonces ahora están presionando a Portugal y Andorra para que suban sus impuestos. Y esto mismo lo plantea la OCDE y el FMI, que hay que tener un cierto nivel de recaudación tributaria. Y es bien curioso, porque el Estado persigue a los carteles empresariales por ponerse de acuerdo por fijar precios y a la competencia institucional entre los países, eso donde es una de las cosas que controlen algo el movimiento de capitales y entre personas que dicen: “Bueno, yo no voto, pero voto con los pies y voy con mi plata a otro lado”. Eso es limitado por acuerdos institucionales entre países, que limitan justamente la posibilidad de bajar impuestos y de ser atractivos. Entonces mata la competencia. ¿Por qué el Perú tiene control de fusiones? Debido a que alguien dijo que los países desarrollados lo tienen. Ese es el argumento, no hay más. Lo cual es un cartel para poner leyes de competencia o ciertas leyes de competencia. Por eso mismo se ven un montón de regulaciones laborales, ambientales, etc. Donde ahí sí vale la pena ponerse de acuerdo para reducir la competencia. Y yo creo que los niveles de impuestos que enfrentamos ahora son, en parte, consecuencia de la ineficiencia del Estado y en parte a causa de estos carteles internacionales de países hechos para fijar niveles de impuestos “razonables”.

**GCC:** Yo coincidí con lo que se ha dicho. Yo no creo que los impuestos en el Perú tengan que ver con la fuga de capitales, porque las tasas impositivas en el Perú no son muy distintas a lo que vemos en otros países de la región. Creo que el Perú ha caído, como dice Alfredo, en este dinamismo absurdo de tratar deshacerse de sus ventajas competitivas para atraer inversiones como, por ejemplo: tasas de impuestos más bajas. Pero la principal ventaja a la que ha renun-



ciado el Perú, que tuvo durante un momento, es a la estabilidad del marco legal. Durante un momento en el Perú había cierta estabilidad para hacer inversiones. Se firmaban convenios de inversión, se estabilizaba ciertos regímenes como el régimen tributario. Y eso le daba al inversionista la seguridad de que un país latinoamericano como es el Perú, que históricamente es un país inestable, pues que las reglas de juego no se las iban a cambiar. Yo creo que el Perú ha entrado en un escenario de inestabilidad política extrema con la cantidad de presidentes que hemos tenido en los últimos 5 años. Que todos estén investigados o presos o que se hayan suicidado, muestra pues que hay una inestabilidad extrema. Y en esa situación es que los inversionistas empiezan a ver que el riesgo de la inversión ya no es razonable y comienza la fuga de capitales. ¿Qué rol diría yo desde el aspecto impositivo afecta a la fuga de capitales? No tanto el rol de la tasa nominal, sino cómo te fiscaliza la autoridad. Hoy la autoridad fiscal, copiando a la OCDE, ha puesto normas de lo más absurdas. En donde cuestionan las formas empresariales, corporativas y contractuales que tú utilices para hacer tus negocios. Y si tú encuentras una ventaja fiscal dentro del marco legal que la propia autoridad legal creó, te dice que no puedes utilizar esa, sino que tienes que utilizar la más cara. Entonces, cuando empiezas a tener un sistema en donde el Estado te dice "Ya, esta actividad paga 5 y esta actividad paga 30". Y entonces tú haces una estructura para utilizar la ventaja del 5 y pagar 30 respecto del resto, el Estado te dice "Tienes que pagar 30 respecto de todo". Porque no me puedes arbitrar dentro de la propia regla que yo creé, y tú le dices al Estado "¡Pero esa regla es legal!" Sí, pero bajo mi criterio no se te aplica, te dice el Estado. Entonces cuando entras en este nivel de arbitrariedad y todo el mundo fiscal está lleno de eso: los precios de transferencia, las normas anti elusivas, las fiscalizaciones por periodos de 7 años, las reglas que fija el tribunal fiscal con un nuevo criterio hoy distinto al que se ha llevado en el resto del periodo y que te quiere hacer cumplir para periodos pasados en una especie de aplicación retroactiva de la ley. Todo esto termina generando que los inversionistas, que ven que invertir en el Perú es muy riesgoso, terminen

yéndose. Por eso yo creo que tienen más que ver cómo aplicamos el marco fiscal y el marco regulatorio que con las tasas impositivas.

#### 4. Con relación al tema previamente desarrollado, ¿de qué manera impactaría el establecimiento de un impuesto a la riqueza en el mercado nacional?

**FER:** Yo creo que vamos a coincidir todos en que es una muy mala idea. No solo desde una perspectiva económica, porque vas a ahuyentar a las personas haciendo que tengan más incentivo para mudarse a otras jurisdicciones, con lo cual vas a perder como país a un grupo de personas que pueden crear valor para la sociedad. Y desde el punto de vista moral tampoco tiene justificación porque esas personas las estás castigando por el hecho de ser exitosas. Esas personas ya crean valor, crean puestos de trabajo y pagan impuestos. Es como que estemos en una clase y hay uno que siempre saca 20. Bueno, los demás pueden decir que este siempre saca 20 y que eso no es justo porque el monopoliza el premio y por ello, en algún momento, hay que castigarlo y ponerle un 5. No tiene sentido económico ni moral.

**GCC:** Para mí, el impuesto a la riqueza es una propuesta muy tonta. Quienes proponen eso no se han puesto a pensar en los problemas que eso genera. Por ejemplo, ¿qué genera un impuesto a la riqueza? Menos trabajo ¿Por qué? ¿Cómo se consigue la riqueza? Invertiendo. Lo cual es poner a trabajar el capital para que genere más capital. Entonces, conforme yo invierta más mi capital, generaré más capital y seré más rico. La gente piensa que los ricos son como Rico McPato y están en una piscina nadando entre las monedas de oro que tienen. La verdad es que los ricos tienen una capacidad de consumo limitada como la nuestra y lo único diferente que tienen es la habilidad para invertir el capital y generar más capital. Al invertir ese capital se generan más puestos de trabajo, debido a que se requiere más personas, fábricas, servicios, etc. Si a mí me dicen que ese capital que me regresa me lo van a gravar, como, por ejemplo, los impuestos a la herencia, ¿cuál es el incentivo que tengo? El incentivo que tengo es

a consumir. Y entonces empiezo a consumir más y no invierto, por lo que la sociedad se vuelve menos desarrollada. Además, hay una situación particular, que es que la gente se va fugando a los lugares que no tienen este impuesto. Es por eso que Francia ha perdido como 15 mil millones de dólares en los últimos 10 años debido a que millonarios se han ido del país gracias a sus impuestos a la riqueza. Por eso es un impuesto bastante tonto que consigue lo contrario a lo que busca. Primero, desincentiva la inversión; segundo, baja la tasa de impuestos efectiva debido a que la gente invierte menos y consume más; tercero, genera que la gente con mayor patrimonio que es la que más puestos de trabajo genera se vaya del país. Entonces hay que estar bastante mal de la cabeza o ser un completo ignorante en materia económica para proponer eso.

**ABG:** Yo coincido. Además, es un impuesto que desde el punto de vista de la eficiencia económica no tiene ningún sustento por las razones que ustedes ya han explicado. Entonces claro, la gente te dice cuando tú hablas del impuesto a la riqueza: “¡Acaban de poner el impuesto a la riqueza en España!” —donde yo estoy viviendo—, y claro, tú escuchas la opinión y los argumentos y son absurdos. Y el único argumento que queda en pie, cuando tú les explicas toda la parte de que nadie va a invertir y la gente se va a largar, entonces te dicen que no es justo que alguien tenga tanta riqueza. Ahí queda el argumento, se acabó el de riqueza porque ese no hay forma de sostenerlo y termina siendo un argumento de justicia. Pero ese argumento también es absurdo porque parte de un supuesto equivocado y es que la gente es rica porque le quitó a alguien algo. Entonces, yo soy rico porque hay un stock limitado de recursos y a mí me ha tocado más. Entonces hay que quitarle una parte al rico y regresarla a los demás a través de los impuestos y servicios públicos. El error de eso es que es falso. Los ricos, usualmente debido a que hay de todo, son ricos porque han producido algo, han generado algo, riqueza, tiene una idea, sabe mover su capital y ha generado más riqueza. Y de esa riqueza se ha ganado una parte y no se nota todo el beneficio que hay. Bill Gates tiene mucho dinero, pero yo les pre-

gunto ¿Cuánto ha aportado Bill Gates al bolsillo de cada una de las personas que están leyendo lo que nosotros estamos aportando ahora? Su Microsoft ha permitido aumentar la productividad. Yo antes podía hacer un informe a la semana cuando era practicante. Ahora puedo hacer 10 gracias a Microsoft. ¿Cuánta riqueza he obtenido yo como consecuencia de la idea de Bill Gates? Bill Gates saca un pedacito de ello, pues imagínense cuántos se han beneficiado de la idea de Bill Gates. Cuando pones impuesto a la riqueza, disminuyen los incentivos de Bill Gates o de gente similar de crear ideas que generan esos beneficios.

**5. Con el adelanto de elecciones se va a hablar bastante sobre el financiamiento de los partidos políticos. Desde el punto de vista del *Law and Economics*, ¿cuál es su opinión al respecto?**

**GCC:** Yo, la verdad, acerca del financiamiento de los partidos políticos es un tema muy delicado debido a que hay incentivos para la falta de transparencia. ¿Cuál debería ser el sistema ideal? Que la gente vote con su dinero. Una forma de manifestar su preferencia es con el dinero, sin embargo, ello se puede prestar a una especie de compra de consciencia cuando no tienes un Estado institucionalizado. Peor es tener un sistema administrado con el Estado, donde el mismo financia con los impuestos a los partidos políticos, ya que pierdo la posibilidad de manifestar mi preferencia. Cuando el Estado se encarga de financiar a los partidos políticos nos está privando de nuestra posibilidad de elegir. En respuesta podríamos decir: “Esto es un acto donde estás suplantando mi decisión respecto a mi participación en el sistema político”, lo ideal sería que el Estado deje de cobrarnos los impuestos para esta financiación y que nosotros elijamos como pagar al partido de mi preferencia o, por último, que se nos dé la facultad de señalarle al Estado a quien quiero que mis impuestos financien. Considero que la lógica de que el Estado financia según lo que le parece para que exista imparcialidad, es expropiarle al particular su capacidad de participar en el sistema político a través de una de las herramientas que tiene. Es distinto el fi-

nanciamiento de partidos políticos hecho por empresas, al que, por personas, allí se genera un segundo debate: Sí las empresas deben o no participar en la política, o solo los ciudadanos. Hoy las empresas tienen una cosmovisión de su rol que va más allá del original, que era generar dinero para el accionista únicamente. Se genera una segunda preocupación de la existencia de un sistema distorsionado. Prefiero un sistema de partidos políticos donde la única exigencia sea revelar la entrega del dinero, a un sistema de financiamiento de partidos políticos estatal. Además, en un país tan informal como el nuestro, los que quieren participar en el sistema político mediante la entrega de dinero, tienden a no hacerlo porque existe una persecución política a quien financia al rival. Sin embargo, quienes viven en la informalidad y no son fiscalizados, financian a los partidos políticos que quieren. Yo prefiero un sistema donde yo pueda directamente manifestar al partido que quiera, manifestando así mi preferencia y que el Estado no participe del financiamiento de partidos políticos.

**ABG:** Coincido. Me parece que es un tema muy complejo porque hay muchos argumentos a favor y en contra. Lo que ocurre, en mi opinión, es que a veces se invierte la carga de la prueba y se pide que se demuestre que lo privado va a funcionar mejor que lo público para cambiar el sistema, cuando la carga debería ser al revés, es decir demostrar que lo público te va a generar algún beneficio. No tengo claro que beneficio existe con que el financiamiento sea a través del mecanismo estatal. El Estado distribuye y usa muy mal los recursos, no tengo una razón para pensar que la forma en cómo va a administrar los recursos de los partidos políticos va a ser de una manera eficiente y equilibrada, porque hasta ahora lo que se ve es al Estado financiando a los partidos que más le conviene en el momento. En toda decisión de políticas públicas que tomes, siempre va a haber problemas. Tienden a inflamar problemas “Odebrecht financiaba...” eso es un problema diferente, si la plata que usaba Odebrecht para financiar se hubiera dado de manera transparente, al menos sabrías de dónde viene. Como dice Guillermo, en los esquemas siempre va a

haber problemas, pero también considero que es una expropiación de mi posibilidad de expresarme respecto a quien quiero apoyar o no, es fiscalizado en mi opinión por un mecanismo que no funciona nada bien.

**FER:** Coincido plenamente con lo dicho por Guillermo y Alfredo. El mundo de la política es un mundo de ideas, que se pueden expresar en libros, textos y eventos, que son maneras en las que se puede financiar las ideas políticas en las que crees. No hay una razón por cuál no podamos financiar estas mismas ideas aportando al partido que las defiende. Es un contrasentido que yo pueda comprar libremente mil libros del partido político, por ejemplo, liberal, pero no lo pueda financiar. Por otro lado, está el aparato ineficiente del Estado. En resumen, es un problema de ideas que deben ser financiadas libremente en el Estado.

**ABG:** Complementando, si pensamos que el dinero es el único mecanismo por el que tener éxito político es absurdo, la historia no nos demuestra que ello sea así, mucho menos el argumento de “el partido que tenga acceso a los medios de prensa”. Pareciera que en el Perú “hablar bonito” es más importante que tener dinero. El político más exitoso en el país fue Alan García, no comulgo con sus ideas, pero debo reconocer que hablaba muy bien, entonces, ¿deberíamos limitar cuánto habla puede sesgar cómo decidimos?

## 6. Con relación a la reforma del Poder Judicial a propósito de la reciente apertura del año judicial. ¿Se debería apoyar más la virtualidad en el Perú? Y, por otro lado, ¿qué otros cambios se pueden implementar para aumentar la popularidad del poder judicial?

**ABG:** Lo último que mencionas es tan difícil como subir la popularidad del Congreso. Es complicado e interesante, últimamente existe la idea que la magistratura se está portando mejor respecto a casos de corrupción. Me da la impresión de que hay un problema político en cómo se están enfocando las investigaciones, me parece bien que los responsables de

actos de corrupción vayan presos, pero quienes piden alimentos o pago de una deuda también deberían tener esa posibilidad, pero el sistema parece sesgado a lo que dé popularidad jurídica. Lo que pasa con el Poder Judicial es parecido a lo que pasa con el Estado, cuando tienes un esquema que no compite o tiene monopolio es que estás frente a un problema. Pienso que una de las mejores figuras que ha contribuido a la justicia en el Perú, es el arbitraje. Es verdad que debes tener una buena institucionalidad y mecanismos que aseguren que el sistema arbitral funciona correctamente, pero observo que es evidente a nivel internacional el crecimiento del arbitraje en diferentes países del mundo. Deberíamos popularizar el arbitraje y hacer que mejore. El problema es que el modelo de arbitraje que funciona es uno que claramente no sirve para controversias más pequeñas, cuando vas a la estadística los casos más comunes en el Poder Judicial son dos: 1) ejecuciones, procesos de ejecución y 2) procesos de alimentos. Sinceramente, creo que hay mucho espacio para mejorar, entiendo que los procesos de arbitraje no han sido diseñados para ejecutar, pero creo sería posible diseñarlos para ejecutar. Es complicado encontrar gente honesta que trabaje en Poder Judicial, también existe la historia contraria, gente que deja el Poder Judicial para trabajar en otro ambiente.

**FER:** Coincido con Alfredo. Desde que me recibí como abogado hace bastante tiempo, ha habido muchos intentos de mejorar y modernizar el Poder Judicial y el servicio que presta, esos servicios han pasado por capacitación y programas similares, pero ningún intento está atacando la causa del problema. Primero, una infraestructura a todo nivel inadecuada, estas personas —los jueces— trabajan en condiciones lamentables y, segundo, la atracción de talento, se ha dicho hasta el cansancio que los mejores alumnos no se ven atraídos por la judicatura. La receta y soluciones están hace rato sobre la mesa, se debe invertir infraestructura a todo nivel y ofrecerse remuneraciones atractivas para que el talento sea atraído por el sistema. Sin embargo, tengo la impresión de que a ningún político le conviene un Poder Judicial fuerte y con prestigio, de lo

contrario invertirían en él y no harían reformas únicamente menores. Esta modificación no se hace uno tras otro porque a la clase política del país le resulta funcional un Poder Judicial débil, eventualmente corrupto y mal preparado, lo cual es ciertamente lamentable.

**GCC:** Yo creo que el gran problema del Poder Judicial tiene que ver con la carga. Ahí estoy en línea con lo que dice Alfredo, creo que hay que darles a los ciudadanos un mecanismo alternativo. Hace mucho escribí un artículo “El Arbitraje Obligatorio”, donde sostengo que si la gente tiene un sistema de precios debes utilizarlo; entonces, si la gente usa el sistema de mercado, no tiene por qué acudir al Poder Judicial para resolver sus disputas. Debería necesariamente pagar sus disputas como un costo de contratación. ¿Eso desincentiva la contratación? No, ya que con el Poder Judicial que tenemos, se desincentiva *per se*, ya que la solución que te pueden dar al conflicto puede ser tan precaria que mejor sería generar la obligatoriedad del arbitraje y cámaras especializadas como cortes rápidas y expeditivas que solucionen los contratos de poco dinero. Al final del día, el arbitraje siempre debe estar disponible para todo mecanismo donde los costos de transacción sean bajos. El Poder Judicial debe funcionar, para mí, sobre aquellos casos donde los costos de transacción impiden un pacto. Por ejemplo, no puedo pactar con la persona que me va a robar a donde se va a ver la disputa, ni con quien me atropella, pero sí puedo pactar con la persona que voy a contratar o esa persona puede tener términos estándar que se sometan a una cámara arbitral y se generaría incentivo en el mercado para que existan cámaras que controlen contratos de consumo pequeños. Entonces, para empezar, buscaría mecanismos alternativos que permitan que cuando las partes tienen bajos costos de transacción y se conocen, se produzca una situación de arbitraje o justicia privada —mediación, conciliación— y que el Poder Judicial se limite a los problemas mayores de responsabilidad civil y penales. De igual manera, pienso que hay un tema psicológico donde cada persona a la que le damos el rol de funcionario público, por alguna razón, se vuelve más sabio, más justo y se sostiene que el Estado es el único que puede impartir justicia y, por ende, el arbi-

traje no es una solución viable, ello no es así, la esencia de lo que uno piensa no va a variar por ser funcionario público o no. Pero existe ese mito por la gente, que el funcionario público, asignado aleatoriamente, es mejor que un árbitro que podrías contratar y en el que confías. El Poder Judicial debería ser un sistema residual para cuando las partes no pueden ponerse de acuerdo entre ellas. Por ejemplo, en el matrimonio debería ser requisito, el día que te casas, el dejar por escrito a que corte arbitral te quieres someter en caso de divorcio y sacas del tema al Poder Judicial. Tener que ir al Poder Judicial, cuando las partes se conocen, no funciona.

**ABG:** Incluso creo que en los casos extracontractuales es posible tener una regla de arbitraje. Si tú atropellas a alguien, te vas a un sistema arbitral, donde el demandante escoja el sistema determinado. Por otro lado, buena parte de la sobrecarga es que el sistema judicial no tiene un precio subsidiado, si la gente ve un precio subsidiado lo va a consumir más y va a descartar otras opciones. Algunos países, como por ejemplo Inglaterra, si eres una empresa que va

a litigar, no te cobran el costo subsidiado, sino lo que cuesta; habiendo más incentivo entonces para irte a un sistema arbitral.

**FER:** Creo que las ideas de ambos, Guillermo y Alfredo, efectivamente ayudan a resolver el problema cuantitativo. Pero, considero que es más grave el problema cualitativo, aquí los jueces —no todos obviamente, creo que tenemos algunos magníficos vocales— pero, vemos que fallan en contra de la ley. Hace algunos días se publicó una resolución judicial en la cual se establece que el INDECOPI puede revisar una fusión después de realizada una revisión *ex post*, cuando la ley no establece tal cosa. Así, antes me refería a los programas de capacitación que suelen realizarse, en los que creo que los jueces han tenido una sobrecarga de esta teoría de la argumentación, filosófica e interesante a través de la cual fallan en contra del peso de la ley. Entonces, creo que debemos atacar el problema cualitativo, que no creo que se remedie con cursos a través de la Academia de la Magistratura, sino con una selección mucho más rigurosa del talento humano.